

CATHERINE FANIZZI

**DESVENDANDO A JUSTIÇA: uma ressignificação da culpabilidade
penal a partir da situação de liberdade do indivíduo**

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Professora Titular Dra. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2021

CATHERINE FANIZZI

**DESVENDANDO A JUSTIÇA: uma ressignificação da culpabilidade
penal a partir da situação de liberdade do indivíduo**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob a orientação da Professora Titular Dra. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2021

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Fanizzi, Catherine

Desvendando a Justiça: uma ressignificação da culpabilidade penal a partir da situação de liberdade do indivíduo ; Catherine Fanizzi ; orientadora Ana Elisa Liberatore Silva Bechara -- São Paulo, 2021. 277 f.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

1. Direito Penal. 2. Culpabilidade. I. Bechara, Ana Elisa Liberatore Silva, orient. II. Título.

Nome: FANIZZI, Catherine

Título: Desvendando a Justiça: uma resignificação da culpabilidade penal a partir da situação de liberdade do indivíduo

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob a orientação da Professora Titular Dra. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara.

Aprovada em:

Banca examinadora:

Presidenta: _____ Assinatura: _____

Professor(a): _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor(a): _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor(a): _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Uma trajetória que traz até a conclusão de uma dissertação de mestrado é tudo, menos solitária. Este trabalho carrega muito de mim, do conhecimento que me foi passado por grandes mestres – presencialmente e por meio de suas obras – e das experiências que edificaram meu caráter e minha personalidade, dos quais fazem parte minhas inquietações, meus valores e meus sonhos. Tantos “meus” são, na verdade, “nossos”; são resultado de encontros, desencontros e permanências ao longo da vida. Família, amigas e amigos, professoras e professores, colegas e, sobretudo, desconhecidas e desconhecidos, cujas histórias, em sete anos de trabalho na área criminal, convenceram-me de que o *olhar* para o ser humano deve ir muito além das páginas de um processo. Ainda que eu não possa nominá-los, a elas e a eles minha imensa gratidão. A algumas pessoas, meu agradecimento especial:

À querida orientadora e exemplo de mulher, Professora Ana Elisa Bechara, pela oportunidade de ingressar nesta intensa jornada e por todo o conhecimento compartilhado com paciência e gentileza.

Aos Professores Renato de Mello Jorge Silveira e Rodrigo José Fuziger, pelas essenciais contribuições no exame de qualificação, sem as quais o resultado não seria este.

Aos Professores Alysson Leandro Mascaro e Sérgio Salomão Shecaira, pelo generoso auxílio na construção do trabalho e pelas aulas tão instigantes.

Ao colega de pós-graduação e amigo Fernando Calix, que me acolheu com muito afeto e paciência quando tudo era novo e desconhecido.

Aos meus pais, Francisco e Marta, por construírem com tanto esforço e carinho os degraus que me trouxeram até aqui.

À minha madrinha, Sueli, por compartilhar comigo suas experiências acadêmicas, seu lar e muitos momentos felizes.

À minha avó, Jandyra, e ao meu querido Rafael, que nunca deixaram faltar o essencial: amor.

*“Vítor nasceu no Jardim das Margaridas.
Erva daninha, nunca teve primavera.
Cresceu sem pai, sem mãe, sem norte, sem seta.
Pés no chão, nunca teve bicicleta.
Hugo não nasceu, estreou.
Pele branquinha, nunca teve inverno.
Tinha pai, tinha mãe, caderno e fada madrinha.
Vítor virou ladrão, Hugo salafrário.
Um roubava pro pão, o outro, pra reforçar o salário.
[...] Retrato falado, Vítor tinha a cara na notícia,
enquanto Hugo fazia pose pra revista.
O da pólvora apodrece penitente,
o da caneta enriquece impunemente.”*

(Sérgio Vaz)¹

¹ Trecho de “Os Miseráveis”. VAZ, Sérgio. **Colecionador de pedras**. São Paulo: Global, 2013, pp. 57-58.

FANIZZI, Catherine. **Desvendando a Justiça**: uma ressignificação da culpabilidade penal a partir da situação de liberdade do indivíduo. 2021. 277 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

RESUMO

A presente dissertação busca analisar a culpabilidade penal a fim de compreender seu potencial como instrumento de redução da violência do sistema penal. Partindo dos pressupostos da ilegitimidade do exercício de poder do sistema penal e da forma jurídica como derivada da forma mercadoria, trata-se de ressignificar a culpabilidade como medida urgente para minimizar os efeitos deletérios de uma intervenção penal cruel e seletiva. Para tal finalidade, é necessário compreender a liberdade que a fundamenta não como conceito abstrato e ideal, mas a partir da concreta realidade de cada indivíduo, considerando os marcos que situam a liberdade e que influenciam na decisão pelo agir em conformidade ou desconformidade com o Direito. A culpabilidade não pode espelhar uma igualdade meramente formal, necessitando ater-se à igualdade material e à verdadeira justiça, abrindo os olhos às desigualdades e tratando desigualmente os desiguais. A investigação volta-se mais especificamente aos limites que são impostos de forma exógena ao exercício da liberdade dos indivíduos que são os alvos recorrentes do sistema penal. Contribuições criminológicas relacionadas tanto ao ato como à reação social revelam a existência de um círculo vicioso, em que condições socioeconômicas e culturais desfavoráveis, a atuação seletiva do sistema penal e o estigma que ele produz reduzem sobremaneira o espaço de autodeterminação de alguns indivíduos, selecionados principalmente em função de critérios de raça e classe. Como consequência, esses fatores precisam ser considerados em uma culpabilidade que tenha por fundamento a autodeterminação e é o que fazem propostas como a “cocalpabilidade” e a “culpabilidade pela vulnerabilidade”, as quais guardam compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. O Direito Penal brasileiro já dispõe de mecanismos que permitem a consideração, pelo julgador, dos marcos impostos ao exercício da liberdade dos indivíduos vulneráveis, independentemente de sua – dispensável, porém recomendável – posituação. Necessário, contudo, superar a base ideológica excludente que permeia a sociedade, a fim de que floresçam propostas mais alinhadas, em última instância, à dignidade humana.

Palavras-chave: Culpabilidade; liberdade; seletividade penal; cocalpabilidade; vulnerabilidade.

FANIZZI, Catherine. **Justice unblinded**: reframing criminal culpability considering the individual's freedom situation. 2021. 277 p. Thesis (Master). Law School, University of Sao Paulo, Sao Paulo, 2021.

ABSTRACT

This paper aims to analyze criminal culpability to understand its potential as an instrument for reducing violence in the penal system. Based on the presuppositions of the illegitimate use of power in the penal system and of the legal form as a product of mercantile form, redefining culpability is an urgent measure to minimize the deleterious effects of cruel and selective criminal intervention. For this purpose, the freedom that underlies it must not be seen as an abstract and ideal concept, but understood according to the concrete reality of each individual, considering how the milestones that situate freedom might influence the decision to act according to the Law or not. Culpability must not merely dictate formal equality; instead, it needs to rely on material equality and true justice. In other words, considering inequalities and treating unequal ones unequally. The investigation focuses more specifically on the limits that are exogenously imposed on the exercise of freedom by individuals who are the recurrent targets of the penal system. Criminological contributions related to both the act and the social reaction reveal the existence of a vicious circle, in which unfavorable socioeconomic and cultural conditions, the selective action of the penal system and the stigma it produces greatly reduce the space for self-determination of certain individuals, selected mainly according to race and class criteria. Therefore, culpability theories based on self-determination need to consider these circumstances. Theories like “co-culpability” and “culpability by vulnerability” fulfill this task and are compatible with the Brazilian legal system. Brazilian Criminal Law already has mechanisms that allow the judge to consider the milestones imposed on the exercise of the freedom of vulnerable individuals, regardless of their - dispensable, but recommended - inclusion in the Law text. However, overcoming the exclusionary ideological basis that permeates society is necessary for proposals more aligned with human dignity to flourish.

Key words: Culpability; freedom; criminal selectivity; co-culpability; vulnerability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 O PAPEL DO DIREITO PENAL DIANTE DA ILEGITIMIDADE DO EXERCÍCIO DE PODER DO SISTEMA PENAL	15
1.1 A ilegitimidade do exercício de poder do sistema penal como ponto de partida ..	15
1.1.1 Forma política e forma jurídica: o Estado e o Direito como derivados do capitalismo	19
1.2 O Direito Penal como filtro da violência do poder do sistema penal	27
1.2.1 Direito Penal redutor.....	29
1.2.2 O Direito Penal é o “direito desigual por excelência”	32
1.2.2.1 Igualdade formal e igualdade substancial	34
1.2.3 O Direito Penal sob a ótica constitucional da igualdade material	46
1.3 A função da teoria do delito e da teoria da pena na contenção do poder punitivo	56
1.3.1 A culpabilidade como categoria central na tarefa de redução da seletividade e da violência do exercício de poder do sistema penal.....	60
2 A CULPABILIDADE PENAL E A LIBERDADE COMO SEU FUNDAMENTO	68
2.1 A Escola Clássica e a Escola Positiva: livre-arbítrio vs. determinismo	68
2.2 Evolução da culpabilidade na teoria do delito	82
2.2.1 Sistemas causais: do causalismo ao neokantismo	82
2.2.2 O sistema finalista: origens e fundamentos	96
2.2.3 A culpabilidade após o finalismo.....	107
2.3 A estrutura da culpabilidade no Direito Penal brasileiro.....	116
2.3.1 Imputabilidade	117
2.3.2 Potencial consciência da antijuridicidade.....	119
2.3.3 Exigibilidade de conduta diversa.....	122

2.3.3.1	A exigibilidade como base do conceito de culpabilidade e a inexigibilidade como fundamento geral da inculpabilidade	125
2.4	O fundamento material da culpabilidade	133
2.4.1	A liberdade como alicerce a ser revisitado	137
2.4.2	Liberdade situada.....	141
3	A SITUAÇÃO DE LIBERDADE COM BASE NAS CONTRIBUIÇÕES DA CRIMINOLOGIA	147
3.1	Criminalidade e criminalização: um círculo vicioso perverso.....	147
3.2	Privação relativa: a vulnerabilidade social como marco do exercício da liberdade.....	152
3.3	Seletividade primária: a seletividade do legislador penal como marco do exercício da liberdade	165
3.4	Seletividade secundária: a seletividade das agências de criminalização secundária e o processo de rotulação como marcos do exercício da liberdade	172
3.5	Prisão e estigma: o reforço à vulnerabilidade social e à seletividade.....	180
3.6	Criminologia clínica e o paradigma das interrelações sociais	186
3.7	Aportes sobre raça e classe – o sistema penal com alvo certo	193
4	RESSIGNIFICAÇÃO DA CULPABILIDADE A PARTIR DA SITUAÇÃO DE LIBERDADE	207
4.1	Coculpabilidade	207
4.2	Culpabilidade pela vulnerabilidade	215
4.3	A coculpabilidade, a culpabilidade pela vulnerabilidade e os marcos do exercício da liberdade na teoria do delito e na teoria da pena.....	226
4.3.1	A coculpabilidade e o pequeno esforço por vulnerabilidade como excludentes da culpabilidade.....	226
4.3.2	A coculpabilidade e o pequeno esforço por vulnerabilidade como mitigadores da culpabilidade.....	231

4.3.3	Impactos da liberdade situada pelo círculo vicioso do crime na formação do delito e na dosimetria da pena.....	237
4.4	Experiências das leis penais latino-americanas	243
4.5	As lentes da ideologia	246
4.5.1	Ideologia e hermenêutica	247
	CONCLUSÕES.....	258
	REFERÊNCIAS.....	264

INTRODUÇÃO

De *Themis* e *Diké* na mitologia grega a *Iustitia* no cenário romano, são diversas as representações da Justiça, cujos atributos variam conforme a significação do justo para os diferentes povos e são simbolizados ora pela espada, ora pela balança, ora pela venda sobre seus olhos ou, ainda, pela reunião e combinação desses elementos. A balança representa a mensuração e o sopesamento dos comportamentos dos indivíduos envolvidos; a espada o uso da coerção; a venda, por sua vez, atesta que a Justiça “só observará o resultado da sua pesagem. Ela não se deixará impressionar por outras considerações”².

A venda é, certamente, o mais enigmático dos três itens atribuídos às deusas: ela simboliza a imparcialidade da Justiça, a cegueira do julgador que não distingue aqueles a quem julga. Entretanto, na realidade – principalmente dos países periféricos –, a Justiça de olhos vendados não evita privilégios, mas ignora a desigualdade, a miséria, a marginalização, a exclusão e a vulnerabilidade de alguns setores da sociedade. O resultado disso é uma Justiça que mantém e agrava esses fatores e funciona a serviço da conservação do *status quo*. A Justiça, cujos olhos não enxergam o indivíduo a sua frente, acaba por tornar-se insensível, indiferente e desorientada e, assim, deixa de ser verdadeira justiça.

É necessário *desvendar* a Justiça, removendo suas vendas e abrindo-lhe os olhos ao indivíduo real que a ela apresenta-se, com toda a sua história e complexidade. Mais do que isso, *desvendar* a Justiça implica *revelar* o seu significado, o verdadeiro sentido do justo, que não pode desvencilhar-se do conhecimento e da consideração das desigualdades que permeiam tão intensamente as estruturas da sociedade brasileira. A verdadeira Justiça é aquela orientada não pela mera igualdade formal, mas pela igualdade material e, para que os desiguais sejam tratados desigualmente, é necessário *enxergar* qual é a medida de suas desigualdades.

Parte dessa operação cega da Justiça dá-se pelo fato de o Direito, como forma jurídica, ser derivado da forma mercantil e, assim como a forma política estatal, ter origem nas relações de produção capitalistas. O Direito é específico do capitalismo: ele surge a partir de suas demandas e como seu reflexo, voltando-se à sua preservação e,

² PERELMAN, 1976, p. 26 *apud* LACERDA, Bruno Amaro. Balança, espada e venda: a justiça e a imparcialidade do juiz. In: TROGO, Sebastião e COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos (orgs.). **Direito, Filosofia e arte**: ensaios de fenomenologia do conflito. 1ª ed. São Paulo: Rideel, pp. 33-50, 2012, p. 46.

consequentemente, à manutenção da exploração³. Não obstante, as limitações impostas pela forma jurídica não devem impedir a busca por uma leitura do Direito mais atenta aos preceitos constitucionais, mormente à igualdade material e à dignidade humana.

Mais especificamente no campo do Direito Penal, há uma necessidade premente de reformas, com vistas à sua futura abolição, na medida em que o exercício do poder punitivo, principalmente nos países da periferia do poder planetário, é extremamente violento, estigmatizante e seletivo. As prisões brasileiras estão repletas de indivíduos selecionados em razão de fatores como raça e classe. A criminalização seletiva, que não considera o ponto de partida de cada um e também reforça as posições das pessoas em uma sociedade de classes estanques, torna impraticável um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

A fim de evitar esse cenário, o Direito Penal precisa atuar como dique de contenção que, não obstante não seja capaz de legitimar o poder do sistema penal, reduza seus níveis de violência e suas violações aos direitos e princípios constitucionais. Trata-se de formular um Direito Penal redutor, como faz Eugenio Raúl Zaffaroni⁴.

Dentre as formas de realizar essa contenção, repensar a culpabilidade parece ser uma das mais urgentes e efetivas. É na culpabilidade que uma operação cega da Justiça traz efeitos mais deletérios, porque é justamente na culpabilidade, como o juízo de reprovação que recai sobre o sujeito e que tem por objeto o injusto penal, que seus olhos deveriam voltar-se ao indivíduo concreto. É ela que vincula de forma pessoal o injusto ao seu autor⁵.

A culpabilidade sofreu modificações intensas na teoria do delito e até hoje não há consenso sobre seu conteúdo e elementos e, principalmente, sobre seu fundamento material. O embate entre Escola Clássica e Escola Positiva não colocou fim à questão da natureza humana como livre ou como determinada, para os fins do Direito. É necessário refletir, portanto, diante de dois parâmetros indemonstráveis, sobre qual concepção é mais favorável ao indivíduo.

A liberdade que fundamenta a reprovação é encarada como uma presunção absoluta e irrestrita, sem vinculação com dados da realidade. Assim, os sujeitos são igualados a partir de uma ideia de liberdade abstrata, que pressupõe que o espaço dado ao seu exercício

³ MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 21 e ss.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, 2ª reimpressão, 2012.

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: volume II, tomo 2. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 150.

é o mesmo para todos. Em uma sociedade desigual, marcada pela pobreza e pela ausência de oportunidades, é essencial questionar e perceber quais são os efeitos oriundos de uma Justiça limitada às noções de liberdade abstrata e de igualdade meramente formal. Reforça-se, assim, a necessidade de uma dogmática brasileira que observe e encare a realidade específica do País, em muitos aspectos diversa da realidade dos países centrais.

É indispensável identificar, no momento da reprovação, se há fatores exógenos que marcam o espaço de autodeterminação dos indivíduos e influenciam a escolha pelo agir em conformidade ou desconformidade com a norma. Estando presentes esses fatores, devem eles ser considerados pelo julgador, no âmbito da culpabilidade. As vendas da Justiça devem cair para que seus olhos possam abrir-se à situação de liberdade de cada indivíduo.

No contexto brasileiro e, de modo geral, da América Latina, há específicas circunstâncias que envolvem de forma homogênea a liberdade de determinados grupos, moldando seu agir, suas possibilidades e, conseqüentemente, sua escolha pelo injusto penal. São fatores estruturais impostos violentamente a um grande número de pessoas e que, juntos, formam um círculo vicioso que produz criminalidade e criminalização e vitimiza constante e principalmente pobres, negros e negras, em um nível insustentável de afronta aos Direitos Humanos e à Constituição Federal. Por essa razão, tais fatores merecem destaque dentre todos os outros, de diversas ordens e naturezas, que possam situar a liberdade dos indivíduos.

A Criminologia permite a compreensão não só desses marcos impostos à liberdade, como também do nexos causal entre eles e a prática de fatos rotulados como delitos. Com foco aberto, abrangendo tanto o ato como a reação social, teorias como a anomia, a privação relativa, o *labelling approach* e considerações sobre seletividade e estigma fornecem contribuições essenciais à proposta de uma culpabilidade fundada na liberdade atenta à realidade.

São diversas as formas possíveis de realizar a integração desses fatores no âmbito da culpabilidade e as contribuições de Eugenio Raúl Zaffaroni, mediante as teorias da coculpabilidade e da culpabilidade por vulnerabilidade, são essenciais nesse contexto. A primeira, partindo da ideia de que a formação do *ser* de cada um não se dá de forma absolutamente independente e a cargo do próprio indivíduo, pretende que sejam consideradas na culpabilidade as menores chances de autorrealização que são impostas a algumas pessoas. O Estado e a sociedade, que não foram capazes de assegurar a todos as

mesmas condições de existência e oportunidades, seriam, por tal razão, corresponsáveis pelo delito, de modo a reduzir a reprovação sobre aquele que diretamente o praticou⁶.

A culpabilidade pela vulnerabilidade, por sua vez, ao agregar o dado da seletividade à culpabilidade, pretende compensá-lo, adequando-a ao tamanho do esforço pessoal do sujeito para atingir a situação concreta de vulnerabilidade frente ao poder punitivo. Trata-se de compreender que cada um parte de um estado de vulnerabilidade, de um grau de risco de seleção pelo sistema penal, conforme sua correspondência ou não a um estereótipo criminal e de seu pertencimento a uma classe, grupo, estrato social e/ou minoria. A partir desse estado de vulnerabilidade, é diversa a quantidade de esforço que o indivíduo precisa fazer para atingir a concreta situação de vulnerabilidade e a reprovação somente é possível diante desse esforço⁷.

Diante de contribuições tão importantes para a construção de uma culpabilidade mais atenta à realidade e sensível aos sujeitos concretos, é necessário verificar se o ordenamento jurídico brasileiro guarda com elas compatibilidade, bem como se já existem institutos e ferramentas que possam servir eficazmente à sua incorporação ao Direito Penal.

A tarefa de ressignificar a culpabilidade deve ser um passo rumo a um Direito Penal que sirva à redução da violência do exercício de poder do sistema penal. Trata-se de uma busca por “reduzir os níveis de violência, salvar muitas vidas humanas, evitar muita dor inútil, e, finalmente, fazer o sistema penal desaparecer um dia, substituindo-o por mecanismos reais e efetivos de solução de conflitos”⁸.

A presente dissertação, na tarefa de desenhar um caminho para essa ressignificação, divide-se em quatro capítulos:

O capítulo 1 – “O papel do Direito Penal diante da ilegitimidade do exercício de poder do sistema penal” – abordará as limitações inerentes ao Direito – como forma jurídica –, a partir da teoria da derivação. Reconhecendo as limitações do Direito de modo geral, buscar-se-á compreender qual o potencial do Direito Penal, de modo específico, para a contenção da violência do poder punitivo e quais papéis podem desempenhar a teoria do delito, a teoria da pena e, mais especificamente, a culpabilidade nessa tarefa. Propor-se-á,

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Política criminal latinoamericana**. Buenos Aires: Hamurabi, 1981, p. 167.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade. In: **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**, ano 9, n. 14, Rio de Janeiro, Revan, pp. 31-48, 2004.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal...** *Cit.*, p. 159.

assim, um Direito Penal que seja compatível com a igualdade material, rejeitando-se sua vinculação exclusiva à igualdade formal.

No capítulo 2 – “A culpabilidade penal e a liberdade como seu fundamento” – realizar-se-á uma análise mais profunda da culpabilidade e de sua evolução na teoria do delito, abordando os debates entre as Escolas Clássica e Positiva, bem como os elementos da culpabilidade à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, a liberdade como fundamento material da culpabilidade será abordada a partir de um viés crítico, com a apresentação da ideia de liberdade situada como a mais adequada.

O capítulo 3 – “A situação de liberdade com base nas contribuições da Criminologia” – destinar-se-á ao estudo, sob as lentes da Criminologia, dos fatores que reduzem o espaço de autodeterminação de alguns indivíduos, destacados dos demais principalmente por critérios de raça e classe. Serão abordados, sob a perspectiva de existência de um círculo vicioso de produção de criminalidade e criminalização, temas como privação relativa, anomia, rotulação social, seletividade e estigma. Considerações sobre Criminologia clínica, ator social e relação entre sistema penal, raça e classe encerrarão o capítulo.

Por fim, no capítulo 4 – “Ressignificação da culpabilidade a partir da situação de liberdade” – serão apresentadas as teorias da coculpabilidade e da culpabilidade pela vulnerabilidade como capazes de trazer ao Direito Penal os marcos verificados no capítulo 3. Ainda, realizar-se-á a verificação das possibilidades de incorporação das condições socioeconômicas e culturais do sujeito e da seletividade penal no âmbito da teoria do delito e da teoria da pena. Destacar-se-ão as experiências das leis penais latino-americanas e, finalmente, um dos obstáculos de necessária superação para a concretização dessa proposta: a ideologia.

**Como opção metodológica, foram realizadas ao longo da dissertação traduções livres dos trechos citados que foram extraídos de obras nos idiomas espanhol, inglês e italiano.*

1 O PAPEL DO DIREITO PENAL DIANTE DA ILEGITIMIDADE DO EXERCÍCIO DE PODER DO SISTEMA PENAL

*Preso à minha classe e a algumas
roupas, vou de branco pela rua
cinzenta.
Melancolias, mercadorias
espreitam-me.
Devo seguir até o enjoo?
Posso, sem armas, revoltar-me?*

Drummond⁹

1.1 A ilegitimidade do exercício de poder do sistema penal como ponto de partida

A abordagem de propostas de alteração ou de revisão do Direito Penal¹⁰, assim como de qualquer outro ramo do Direito, demanda, em primeiro lugar, o reconhecimento das limitações que um projeto reformador enfrenta. Na medida em que não se propõe à ruptura completa com o Direito e, conseqüentemente, com as estruturas que lhe originam e compõem, há um alcance e potencial de mudança social limitados. Assim, é necessário encarar a ilegitimidade do exercício de poder do sistema penal como ponto de partida para compreender esses limites e para que não se acabe por legitimar aquilo que não se propõe alterar.

O sistema penal pode ser definido como o conjunto das agências¹¹ (políticas, judiciais, policiais, penitenciárias, de comunicação social e de reprodução ideológica¹²) que realizam a criminalização. Trata-se de uma manifestação de poder; nele institucionaliza-se o poder punitivo do Estado e o exercício desse poder obedece a um planejamento. Esse planejamento é explicado pelo discurso jurídico-penal, saber penal ou ciência do Direito Penal, que se anuncia como racional. Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni,

⁹ Trecho selecionado de “A flor e a náusea”, do livro “A rosa do povo”.

¹⁰ “Com a expressão ‘direito penal’ se designam – conjunta ou separadamente – duas entidades diferentes: 1) o conjunto de leis penais, isto é, a legislação penal; e 2) o sistema de interpretação desta legislação, isto é, o saber do direito penal” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1 – parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 83).

¹¹ O emprego do termo agência, explica Zaffaroni, busca evitar outros substantivos mais valorados e conferir um sentido mais amplo aos entes gestores da criminalização, como entes ativos, que atuam (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do direito penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 43).

¹² *Ibid.*, p. 60.

um sistema penal seria em tese legítimo caso operasse conforme um discurso jurídico-penal racional, assim entendido o discurso coerente e verdadeiro¹³.

O discurso coerente é aquele que não possui contradição interna entre seus enunciados e que é dotado de fundamentação antropológica, de modo que, na tarefa de planificação do exercício de poder do sistema penal, seja o indivíduo considerado como pessoa, ou seja, alguém com capacidade de autodeterminação. Por sua vez, o nível de verdade satisfaz-se diante de um projeto criminalizante adequado aos fins propostos e de agentes operando conforme as diretrizes do discurso¹⁴.

A observação da realidade, contudo, permite facilmente perceber que as agências do sistema penal não operam conforme sua programação normativa e a própria estrutura do sistema penal impede que ele se conforme ao discurso jurídico-penal, que carece de racionalidade. Os sintomas verificados, principalmente na América Latina, levam ao diagnóstico da ilegitimidade do exercício de poder do sistema penal e, mais do que isso, da não transitoriedade de sua ilegitimidade.

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 penais¹⁵.

Diante da evidência dessas falhas, o sistema penal está nu¹⁶. Vera Regina Pereira de Andrade aponta, dentre muitos argumentos que compõem esse cenário, a contradição entre as funções declaradas, como a proteção de bens jurídicos e a prevenção da criminalidade, e as funções reais do sistema penal, como a construção seletiva da criminalidade e a “fabricação” de criminosos por meio da prisão¹⁷. Outro argumento que merece destaque é a disparidade entre a capacidade operacional das agências do sistema penal e as hipóteses em que, segundo sua programação, deveriam elas intervir. A existência da chamada cifra oculta da criminalidade apenas reforça que o sistema penal é estruturalmente pensado para atuar de forma seletiva e que sua intervenção mais intensiva é a simbólica, com a

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal...** *Cit.*, p. 16.

¹⁴ Zaffaroni cita como exemplo de um discurso falso, em nível abstrato, aquele que pretenda justificar a tipificação da fabricação de caramelos entre os delitos contra a vida. Em nível concreto, é falso o discurso-jurídico penal quando, por exemplo, os órgãos policiais, judiciais, ministeriais e os meios de comunicação social observam passivamente o homicídio de milhares de pessoas (*Ibid.*, pp. 16-19).

¹⁵ *Ibid.*, p. 15.

¹⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. In: **Revista Sequência**, n. 52, pp. 163-182, jul. 2006, p. 170.

¹⁷ *Ibid.*, p. 171.

promoção da ilusão de segurança jurídica¹⁸. Trata-se, ademais, de um exercício de poder altamente violento, em total desconformidade com os Direitos Humanos, em que as penas revelam-se como uma “infilção de *dor sem sentido*”¹⁹.

A ilustrar a violência do exercício de poder do sistema penal, destaca-se o alto número de mortes por ele causadas. No Brasil, é possível mencionar como exemplo – dentro de um recorte das agências penitenciárias – o número de estabelecimentos prisionais que noticiaram mortes no ano de 2019: no primeiro trimestre, houve mortes em 248 estabelecimentos; no segundo trimestre, em 238 e, no terceiro trimestre, em 220 unidades. No mesmo ano, foram reportadas 1.342 mortes²⁰.

A realidade dos países periféricos – em que a violência do exercício de poder do sistema penal extrapola muito o recorte do cárcere – é capaz de evidenciar a operação estruturalmente problemática do sistema penal de modo mais intenso do que ocorre nos países centrais. Nesse sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni destaca a necessidade de um saber que leve à compreensão dos sistemas penais latino-americanos e do sentido que as explicações, originárias do centro, adquirem na margem²¹. Os níveis de violência atingidos no Brasil servem de reforço à necessidade de abolição da cultura punitiva como fim último a ser perseguido, em razão do sofrimento desnecessário que o sistema penal desigualmente distribui, da dificuldade de mantê-lo sob controle e da ausência de resultados positivos aos envolvidos. Essas três principais razões, apontadas por Louk Hulsman para a abolição,

são de uma evidência inegável em nossa região marginal: as mortes, privações de liberdade e vitimizações que recaem sobre os setores majoritários e carentes de nossas populações; a total indiferença pelas vítimas dos órgãos que exercem o poder penal; a perda completa de controle sobre as agências executivas dos sistemas penais e a crescente minimização da intervenção dos órgãos judiciários; e a prática de delitos gravíssimos por parte de integrantes dos órgãos penais²².

A ilegitimidade do exercício de poder do sistema penal e a crise do discurso jurídico-penal podem ser compreendidas a partir de diversos marcos teóricos, dentre os quais está o marxista. Sem ignorar a necessidade de apreender as particularidades da

¹⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão... *Cit.*, p. 171.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal... *Cit.*, p. 12.

²⁰ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – **Sistema prisional em números**. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>>. Acesso em: 07 fev. 2021.

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**: aproximación desde un margen, volumen I. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 19.

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal... *Cit.*, pp. 107-108.

realidade marginal, o destaque para a contribuição teórica marxista²³, mais especificamente para as considerações trazidas pelo debate derivacionista ou da derivação do Estado²⁴, dá-se em razão de ela proporcionar uma compreensão mais ampla do fenômeno jurídico, produzindo uma deslegitimação geral de seu discurso, além de situá-lo em seu contexto histórico, a partir de suas finalidades e de sua origem. Ao encarar Estado e Direito como derivados de um determinado modo de produção e das relações sociais que lhe são próprias²⁵, evita-se uma das falhas comumente apontadas como obstáculo, não raro inconsciente, à produção de conhecimentos científicos e, mais precisamente, à construção e desenvolvimento da ciência jurídica: o “universalismo a-histórico”.

Tal fenômeno, faceta do idealismo, pode ser compreendido como a eleição das ideias como formas de explicação para todas as coisas, criando-se um conjunto de noções de validade universal, descolado do contexto histórico e geográfico em que foi produzido e sem intervenção da verdadeira história²⁶. Assim, convém contextualizar historicamente o Direito, a partir da essência econômica que o subjaz, na medida em que ele “vem ao mundo [...] para cumprir funções concretas *dentro de e para uma* sociedade que concretamente se organizou de *determinada maneira*”²⁷.

Sem a pretensão de esgotar as contribuições teóricas ao reconhecimento da ilegitimidade do poder exercido pelas agências do sistema penal e acreditando que, antes de excluírem-se, as diversas correntes complementam-se, merece destaque também a virada realizada pela Criminologia da reação social – que será desenvolvida no terceiro capítulo –, a qual se detém no processo de produção e reprodução da delinquência no interior do sistema penal. Suas considerações permitem compreender que o próprio sistema

²³ São muitos os marxismos que servem a esse propósito, conforme destaca Zaffaroni, cuja complexidade extrapola o objeto do presente trabalho. Trata-se, portanto, de apresentar, nesse momento de necessidade de limitação do alcance da proposta, um dos muitos caminhos que são considerados no plano teórico do marxismo, encabeçado por Pachukanis, que Zaffaroni denomina “marxismo institucionalizado” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal...** *Cit.*, p. 52).

²⁴ Sobre a origem da teoria e do termo, discorre Caldas que “em 1970, surgiu na Alemanha Ocidental um grupo de pensadores marxistas que, a partir da perspectiva materialista, procurou repensar o Estado e o Direito diferenciando-se das concepções predominantes [...] O debate desenvolveu-se durante mais de uma década, envolvendo especialmente pensadores da parte ocidental da Alemanha (ex-República Federal da Alemanha) e da Grã-Bretanha [...] Seguramente, é difícil falar em ‘uma’ teoria da derivação do Estado, ante a existência de uma diversidade de argumentações que se excluem reciprocamente, somada a um conjunto de críticas recíprocas entre os autores que participam das discussões desenvolvidas ao longo dos anos. Em função disso, decorre a denominação mais comum para se referir às formulações teóricas dos pensadores reunidos naquela época: ‘debate’ (não ‘teoria’) da derivação do Estado” (CALDAS, Camilo Onoda Luiz. **A teoria da derivação do estado e do direito**. 2013. 214 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, pp. 12-13).

²⁵ *Ibid.*, p. 14.

²⁶ MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 3ª ed. Editorial Estampa, 2005, p. 53.

²⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp. 18-19.

penal é um “mecanismo reprodutor da realidade ‘criminal’”²⁸. Eugenio Raúl Zaffaroni afirma que é a teoria da rotulação, amparada nas contribuições do interacionismo simbólico e da fenomenologia, a responsável pelo “golpe deslegitimador mais forte recebido pelo exercício de poder do sistema penal, do qual o discurso jurídico-penal não mais poderá recuperar-se, a não ser [...] estruturando-se como um delírio social”²⁹.

Possível extrair de cada uma das teorias deslegitimantes a compreensão de uma ou mais facetas de um fenômeno cuja complexidade desautoriza a escolha de apenas uma ou outra posição. Sem olvidar a importância das contribuições de autores como Michel Foucault, de nomes da Escola de Frankfurt, como Georg Rusche e Otto Kirchheimer, entre outros, cujas teorias são igualmente deslegitimantes do poder exercido pelo sistema penal, a crítica marxista encabeçada por Evgeni Pachukanis permite situar as reformas do Direito Penal no contexto de uma progressiva abolição. Em suma, ela reforça o ponto de partida ora adotado, no sentido da ilegitimidade do poder exercido pelo sistema penal e de sua irreversibilidade. A partir do debate derivacionista – cuja perspectiva será complementada com as contribuições criminológicas estudadas em capítulo posterior – será possível questionar qual papel resta ao Direito Penal assumir nesse cenário, diante da necessidade de uma ação imediata em um contexto que se deseja de progressiva abolição.

1.1.1 Forma política e forma jurídica: o Estado e o Direito como derivados do capitalismo

Nas sociedades pré-capitalistas, os modos de produção eram caracterizados pela unidade entre os domínios econômico e político, de maneira que o mando era exercido diretamente: os senhores de escravos e os senhores feudais concentravam em suas mãos os poderes sociais, inexistindo uma forma terceira institucionalizada que com eles concorresse. Não havia especificidade ou separação teórica entre política e economia, tampouco entre Direito, religião e moral³⁰.

Na idade moderna, o rei ainda centralizava o poder econômico-político, mas, com as revoluções burguesas, inaugurou-se o Estado como aparato terceiro, separado das classes e dos indivíduos. Tal forma política vem a consolidar-se na sociedade

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal...** *Cit.*, p. 61.

²⁹ *Ibid.*, p. 61.

³⁰ MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito.** 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 02.

contemporânea, que possui específicas formas de relação social que as sociedades pré-capitalistas não conheciam. Nesse sentido, a forma do Estado no capitalismo não encontra precedentes exatos nos modos de produção anteriores, de maneira que o termo Estado assume o significado de Estado Moderno, “implantado como aparelho centralizado de força com o desenvolvimento do capitalismo e da sociedade burguesa”³¹.

É com o desenvolvimento das relações capitalistas que as interações sociais deixam de ser aleatórias e passam a dar-se em determinados moldes, desenvolvendo-se com uma forma específica que as viabiliza e permite sua reiteração. No passado, as interações eram ocasionais, sem forma específica: se, por exemplo, alguém devesse ser executado, o modo de execução seria determinado por quem detinha o poder e conforme a sua conveniência. A reprodução do capitalismo, por outro lado, opera-se mediante formas sociais específicas, as quais “são modos relacionais constituintes das interações sociais, objetificando-as. Trata-se de um processo de mútua imbricação: as formas sociais advêm das relações sociais, mas acabam por ser suas balizas necessárias”³².

A especificidade desse modelo social reside na centralidade da mercadoria como forma econômica que é, ao mesmo tempo, constituída a partir da generalização das trocas e constituinte da realidade capitalista. Todas as coisas assumem a forma de mercadorias e, como tais, tornam-se passíveis de troca; o valor de troca universal, por sua vez, é referenciado em dinheiro³³.

As interações sociais capitalistas forjam formas que são específicas e necessárias às suas estruturas, distintas de todas as demais até então havidas. A relação de troca entre sujeitos de direito se estabelece como circuito pleno nas sociedades totalmente regidas pela mercadoria. As coisas tornam-se, na plenitude dessa sociabilidade, bens passíveis de troca [...] Quando as relações de produção assumem tal forma mercantil, então o circuito das trocas erige-se como forma social específica e plena, a *forma-valor*³⁴.

Nesses termos, o nascimento da forma política estatal não se dá ao acaso: o Estado surge, como aparato político específico e terceiro, com a função de assegurar a reprodução econômica capitalista; ele é, então, específico do capitalismo e a partir dele se origina. Essa necessidade de separação entre os poderes político e econômico e a demanda por uma forma política terceira aos indivíduos dá-se justamente em razão da generalização

³¹ CALDAS, Camilo Onoda Luiz. *Op. cit.*, p. 69.

³² MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política...** *Cit.*, p. 21.

³³ *Ibid.*, p. 23.

³⁴ *Ibid.*, p. 22.

das relações mercantis: é o Estado que realiza a intermediação universal das mercadorias, garantindo sua troca e a exploração do trabalho assalariado (também uma mercadoria)³⁵.

Em outras palavras, a necessidade da forma política em substituição à dominação direta reside no fato de que as relações sociais do capitalismo demandam que o Estado apresente-se como um órgão apartado das classes sociais, “que se metamorfoseie como um instrumento neutro. Esta posição do estado fornece aos capitalistas o poder de decidir a organização social sem que sejam notados como os verdadeiros agentes de instituição da exploração”³⁶. É nesse sentido que Joachim Hirsch afirma que:

Os capitalistas não devem dispor (legitimamente) dos meios de violência física, senão, não teriam mercado, nem competição, nem trabalho assalariado livre. O estado com seu ‘monopólio de poder’ é, portanto, capitalista, sem poder ser um instrumento direto da classe economicamente dominante³⁷.

Nos moldes estabelecidos pelo debate derivacionista, o Estado é terceiro não imparcial, forma derivada da *forma mercadoria* e garantidor do capital. Para além da *forma política estatal*, contudo, outra forma social é necessária à existência e consolidação da *forma mercadoria* e que, portanto, é também dela derivada: a *forma jurídica*.

Evgeni Pachukanis atribui a Karl Marx a descoberta do vínculo entre forma jurídica e forma mercadoria, na medida em que ele mostra “a condição fundamental, arraigada na própria economia, da existência da forma jurídica, a saber, a unificação das condições de trabalho de acordo com o princípio da troca de equivalentes”³⁸.

Em sua crítica ao programa de Gotha³⁹ – apresentado em meados de 1875 no Congresso que reuniria o Partido Operário Social Democrata e a União Geral dos Operários Alemães – Marx, ao apontar os erros que acreditava presentes no programa, dissecou a questão “o que é distribuição ‘justa’?”⁴⁰.

³⁵ MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política...** *Cit.*, p. 57.

³⁶ MARQUES, Edmilson. Escola derivacionista, estado capitalista e marxismo. In: **Enfrentamento**, ano 13, n. 23, Goiânia, pp. 99-119, jan./jun. 2018, p. 104.

³⁷ HIRSCH, Joachim. Retrospectiva sobre el debate. In: BONNET, Alberto e PIVA, Adrián. **Estado y capital: el debate alemán sobre la derivación del estado**. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Herramienta, pp. 27-38, 2017, p. 29.

³⁸ PACHUKANIS, Evgeni. **A teoria geral do direito e o marxismo e ensaios escolhidos**. São Paulo: Sundermann, 2017, p. 85.

³⁹ Programa do Partido Operário Socialista da Alemanha que, apesar das críticas de Marx e Engels, foi aprovado no Congresso realizado na cidade de Gotha, em 1875.

⁴⁰ A questão surge da análise do tópico 3 do programa: “A libertação do trabalho requer a elevação dos meios de trabalho a patrimônio comum da sociedade e a regulação cooperativa [genossenschaftliche] do trabalho total, com distribuição justa do fruto do trabalho” (MARX, Karl. **Crítica do programa de Gotha**. São Paulo: Boitempo, 2012, pp. 24-25).

Uma das primeiras ressalvas feita por Karl Marx sobre o tema diz respeito, justamente, ao fato de que, na medida em que as relações jurídicas advêm das relações econômicas – e não o contrário – a noção de distribuição justa ou equitativa (do fruto do trabalho) está atrelada à específica configuração econômica da sociedade. As considerações de Marx sobre a distribuição justa do fruto do trabalho proposta pelo programa levam-no à análise de como se daria o desenvolvimento de uma sociedade comunista precedida de uma sociedade capitalista.

É nesse aspecto que se verifica uma conexão entre Direito e capitalismo: a existência do Direito burguês vincula-se à existência da forma de relação de equivalência; ele, totalmente presente na sociedade capitalista, ainda terá impacto em um momento de transição, desaparecendo apenas em uma fase superior da sociedade comunista. A existência do Direito – e, portanto, o seu desaparecimento – acompanha o capitalismo.

Em uma sociedade comunista recém-instaurada sobre os escombros de uma capitalista, opera-se uma lógica que ainda guarda resquícios da sociedade anterior: desaparecendo a mais-valia, o produtor individual obtém da sociedade precisamente aquilo que lhe prestou (sua quantidade individual de trabalho), após as deduções para o fundo comum. Com sua cota, ele adquire dos depósitos sociais de meios de consumo uma parte equivalente à quantidade de trabalho realizada⁴¹.

Há fragmentos do Direito burguês, pois se trata do intercâmbio de equivalentes que, no entanto, não se opera entre mercadorias, mas entre o trabalho: “uma quantidade igual de trabalho em uma forma é trocada por uma quantidade igual de trabalho em outra forma”⁴². O Direito do produtor é proporcional ou equivalente ao trabalho por ele prestado e a medição da igualdade é feita pelo critério *trabalho*. Verifica-se

a subsistência desse princípio de justiça nessa etapa, ainda que se tenha agora a recomposição integral do valor dessa força de trabalho, ou seja, que todo o tempo de trabalho passe a ser pago. Tem-se que a justiça distributiva nessa fase do socialismo não modifica o critério anteriormente estabelecido, apenas o efetua realmente, distinguindo-se assim da ambiguidade presente na sociabilidade capitalista, na qual a equivalência na compra da força de trabalho se traduz na não-equivalência na sua utilização como

⁴¹ MARX, Karl. **Crítica do programa de Gotha...** *Cit.*, p. 27.

⁴² *Ibid.*, p. 27.

valor de uso, gerador de mais-valor. A métrica continua sendo o tempo de trabalho [...]⁴³.

Nesse ponto, é em razão da permanência da forma de troca de equivalentes na relação entre os produtores individuais e a sociedade que o Direito permanece existindo, porque uma nova sociedade comunista traz “as marcas econômicas, morais e espirituais herdadas da velha sociedade de cujo ventre ela saiu”⁴⁴. Em outras palavras, nesse primeiro momento há “relações de transição em que o Direito dito Socialista permanece ainda pela sua forma um Direito desigualitário e, portanto, burguês”⁴⁵.

Karl Marx observa que, partindo do critério *trabalho*, determinado a partir da duração ou intensidade, chegar-se-á a um resultado ainda desigual. Isso porque, em que pese o critério não comporte distinção de classe, na medida em que os indivíduos são reconhecidos igualmente como trabalhadores, haverá distinções de outras ordens.

Os trabalhadores não só apresentam capacidade de rendimento desigual, em razão de suas diversas aptidões, como também vivem em circunstâncias diversas (uns operários são casados e outros não; uns têm mais filhos que outros etc.). Desse modo, mesmo iguais quantidade de trabalho e participação nos depósitos de meios de consumo podem levar à desigualdade: “um recebe, de fato, mais do que o outro, um é mais rico do que o outro etc. A fim de evitar todas essas distorções, o direito teria de ser não igual, mas antes desigual”⁴⁶.

Nesta fase, o princípio da distribuição não é mais o do valor de troca, mas o princípio do trabalho igual. A igual trabalho, igual retribuição. A desigualdade que deriva da aplicação deste princípio formal é indicada, por Marx, no fato de que uma tal distribuição não leva em conta a diversidade de capacidades e de necessidades entre os sujeitos [...] o direito, na sociedade de transição, conserva a característica ideológica própria do direito burguês: a de abstrair a real desigualdade dos sujeitos, contribuindo, com a igualdade formal, para reproduzir e legitimar o sistema de desigualdade substancial⁴⁷.

A superação do direito burguês somente ocorreria em uma fase mais avançada do socialismo, com o fim da relação de equivalentes, ou seja, quando a distribuição deixasse de ser regulada pelo valor ou pela quantidade de trabalho, passando a reger-se pela

⁴³ ALBINATI, Ana Selva Castelo Branco. **A idéia de justiça em Marx**. 2009. Disponível em: <https://www.ifch.unicamp.br/formulario_cemarx/selecao/2009/trabalhos/a-ideia-de-justica-em-marx.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2019, p. 05.

⁴⁴ MARX, Karl. **Crítica do programa de Gotha...** *Cit.*, p. 27.

⁴⁵ ALTHUSSER, Louis. **Sobre a reprodução**. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 88.

⁴⁶ MARX, Karl. **Crítica do programa de Gotha...** *Cit.*, p. 28.

⁴⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp. 163-164.

necessidade individual. O Direito, para Marx, desaparecerá somente quando o trabalho transformar-se na primeira necessidade vital, deixando de ser apenas um meio de viver⁴⁸;

quando juntamente com o desenvolvimento multilateral dos indivíduos crescerem as forças produtivas, quando cada um passar a trabalhar voluntariamente de acordo com suas capacidades [...] quando *tiver sido definitivamente erradicada a forma da relação de equivalentes*⁴⁹.

A eliminação da forma jurídica, em suma, imprescinde da eliminação de todas as reminiscências de uma sociedade burguesa. Nesse momento, desapareceria a necessidade, para a solução dos conflitos (dentre os quais estão aqueles rotulados como delitos), do recurso “ao jurista e a seus tipos legais, a seus códigos, a seu conceito de culpabilidade, de responsabilidade plena e reduzida, a suas sutis distinções entre cumplicidade, favorecimento, instigação, etc.”⁵⁰.

São essas considerações de Karl Marx que, diz Evgeni Pachukanis, fundam a derivação da forma jurídica, como oriunda da forma mercantil, na medida em que a subsistência da primeira liga-se necessariamente à segunda, de modo que com a transição para o comunismo evoluído a forma jurídica – porque necessariamente destinada à manutenção da burguesia – desaparecia⁵¹.

É a partir do capitalismo que se faz possível falar em *especificidade* do Direito, o qual se separa da moral e da religião e adquire *forma* e singularidade. Das soluções artesanais e ao arbítrio de quem detinha ao poder, passa-se a um Direito como esfera social específica e técnica.

No escravagismo e no feudalismo, que são anteriores ao capitalismo, não há especificamente uma instância jurídica. Não há uma qualidade de relações que seja só jurídica em meio ao todo da vida social [...] Se pensássemos que a totalidade das relações sociais fosse um edifício de vários andares, nas sociedades pré-capitalistas não há um andar específico para o direito. No capitalismo, passa a havê-lo. E, no edifício das relações sociais capitalistas, o direito é o andar mais próximo e contíguo ao pavimento do Estado⁵².

⁴⁸ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 07.

⁴⁹ PACHUKANIS, Evgeni. *Op. cit.*, p. 85.

⁵⁰ “Diante da objeção de que sempre permaneceriam alguns delitos contra a vida e outros delitos semelhantes, Pasukanis contestava afirmando que, nessa etapa final, estes fatos seriam considerados problemas médico-pedagógicos” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal...** *Cit.*, p. 53).

⁵¹ PACHUKANIS, Evgeni. *Op. cit.*, p. 86.

⁵² MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito...** *Cit.*, p. 04.

A singularidade do fenômeno jurídico moderno não se configura em razão dos assuntos que ele abrange, mas em virtude de suas ferramentas técnicas específicas, ou seja, da forma particular com a qual o Direito lida com os temas que circunscreve. Assim, um assunto pode concernir tanto à moral quanto ao Direito, mas este último com ele lidará a partir de mecanismos e estruturas jurídicas que lhe são próprias: “é o conjunto de instâncias e dispositivos estatais que correspondem imediatamente às relações mercantis capitalistas que identifica *especificamente* o Direito nos tempos modernos”⁵³.

Nesse contexto, se é o capitalismo que dá especificidade ao Direito, decerto que, tal qual ocorre com a forma política, é inevitável que se estabeleçam ligações entre os dois fenômenos, as quais, já vimos, foram inicialmente desvendadas por Karl Marx e desenvolvidas por Evgeni Pachukanis. Tal qual a forma política, a forma jurídica surge como reflexo e apoio de uma economia mercantil baseada na troca de bens e pessoas.

A própria existência da forma jurídica constitui a sociabilidade capitalista; por direito, o capital é do capitalista e não dos trabalhadores; e o são também por direito a prisão e a segregação dos indesejados; tudo o que circula só se o faz mediante deveres e obrigações. O mundo da mercadoria é jurídico; a equivalência a tudo preside⁵⁴.

A forma jurídica, que constitui os sujeitos de direito, tem a mesma origem da forma política estatal: as relações de produção capitalistas, aqui inseridas a circulação mercantil e a produção baseada na exploração da força de trabalho mediante salário.

A forma política é centrada em um poder descolado dos agentes econômicos a partir de um aparato específico denominado Estado; a forma jurídica, por sua vez, possui como núcleo o “complexo que envolve o sujeito de direito, com seus correlatos do direito subjetivo, do dever e da obrigação – atrelados, necessariamente, à vontade autônoma e à igualdade formal no contrato como seus corolários”⁵⁵.

Assim, em que pese haja um vínculo de conformação entre forma política e forma jurídica, na medida em que o Direito é constituído por normas estatais e o Estado é moldado por institutos jurídicos, a forma jurídica não é derivada do Estado, mas, tal qual a forma política, da forma mercadoria⁵⁶. Isso significa que a forma sujeito destina-se à preservação da forma mercadoria e que todas elas estão entrelaçadas, implicando-se reciprocamente.

⁵³ MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito...** *Cit.*, p. 07.

⁵⁴ MASCARO, Alysson Leandro. **Crise e golpe**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 63.

⁵⁵ MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política...** *Cit.*, p. 39.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 41.

Para que alguém compre e alguém venda, é preciso que exista, juridicamente, a liberdade de contratar. É preciso que os contratantes sejam sujeitos de direito. É preciso que os sujeitos de direito tenham direitos e deveres. É preciso que um terceiro, o Estado, execute os contratos não cumpridos e garanta a propriedade privada das partes⁵⁷.

É assim que os institutos jurídicos surgem das relações sociais que são próprias do capitalismo, dentre os quais tem centralidade o sujeito de direito, que nasce com a finalidade de, conferindo liberdade a todos os indivíduos, tornar possível a venda de sua força de trabalho ao mercado⁵⁸ e, conseqüentemente, a exploração de um pelo outro. Tal instituto, tal como ocorre com a autonomia de vontade, o direito subjetivo, dentre outros, era e é, portanto, necessário à circulação da mercadoria, do trabalho e, logo, à reprodução das relações capitalistas⁵⁹.

Os indivíduos que antes se sujeitavam àquele que ocupava o poder passam, então, a ser submetidos pelo Direito e, conseqüentemente, pela ordem jurídica que serve ao modo de produção capitalista. A equivalência, como coração do capitalismo, toma conta não só das mercadorias, mas também dos sujeitos, que são tornados equivalentes porque sujeitos de direito. Ocorre que a equivalência pelo Direito de sujeitos distintos é cruel e nociva, acabando por penalizar os mais desfavorecidos.

Se o Direito, assim como o Estado, é específico do capitalismo, na medida em que surge de suas demandas e como seu reflexo, estruturando as relações mercantis, mudanças em seu interior não são capazes de pôr fim a determinados fenômenos, pois inerentes às relações capitalistas. Justamente porque o Direito não adquire especificidade pelo seu conteúdo, o fato de ele englobar, por exemplo, normas de proteção ao trabalhador, não fará com que ele deixe de ser voltado à preservação do capitalismo e, portanto, da exploração, porque sua forma, que é capitalista mercantil, permanece inalterada.

A diferença entre os Estados e as sociedades, neste caso, é o quanto de proteção a mais ou a menos se dá ao trabalhador dentro da lógica capitalista, portanto sem se furtar, no fundo à sua exploração. Por isso, não convivem, ao mesmo tempo, direitos saídos de uma lógica formal capitalista e direitos que lhe sejam de forma lógica contrária, originados de outra fonte. Onde quer que chegue o direito moderno, chegará por meio da lógica jurídica que lhe é própria, espelho da lógica mercantil.⁶⁰

⁵⁷ MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito...** *Cit.*, p. 05.

⁵⁸ PACHUKANIS, Evgeni. *Op. cit.*, p. 138.

⁵⁹ MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito...** *Cit.*, p. 06.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 10.

Todavia, trabalhar no interior dessa forma e não a partir de sua ruptura não implica necessariamente atribuir-lhe legitimidade; significa, aqui, reconhecer que o rompimento com a forma jurídica e a implantação de uma sociedade nos moldes socialistas, em que pese seja a melhor solução aos problemas que nos são apresentados, não encontra condições de realização no momento presente.

A consciência da ligação íntima e estrutural entre Direito e capitalismo evita a pretensão ilusória de alcance de uma igualdade plena e de uma sociedade justa apenas por meio de reformas no interior do Direito e, principalmente, do Direito Penal. Por outro lado, nada impede que, reconhecendo os limites decorrentes da forma, sejam buscadas soluções menos excludentes do que as que hoje existem.

Repensar o Direito Penal a partir de moldes diversos dos que atualmente o circundam é uma forma de fertilizar o campo para o almejado abolicionismo penal e para, em maior escala, a superação completa das estruturas capitalistas. Repensá-lo é reconhecer o caráter emergencial das propostas reformistas e a dinamicidade do processo que acarretará a ruptura com a forma, concretizando a utopia⁶¹.

1.2 O Direito Penal como filtro da violência do poder do sistema penal

A partir das considerações do tópico anterior, trabalhando, portanto, no interior da forma jurídica, é possível repensar o Direito Penal para torná-lo menos socialmente excludente dentro dos limites por ela impostos. Trata-se, ademais, de um passo necessário à fertilização do terreno para a futura extinção da forma.

Uma das críticas centrais feitas por Eugenio Raúl Zaffaroni às reações político-criminais à ilegitimidade do poder punitivo reside justamente na ausência de respostas para a atuação dos juristas dos atuais sistemas penais. Encarar o reconhecimento da ilegitimidade desse poder como obstáculo intransponível a qualquer solução no interior do sistema – acreditando-a necessariamente relegitimante e justificadora – obsta que se avance em direção à abolição, que não ocorrerá de forma abrupta, e perpetua o sofrimento imposto, principalmente, à população vulnerável. O autor aponta que é possível e urgente

⁶¹ “Como as injustiças do mundo são pontuais, mas, principalmente, estruturais, o jurista há de se ocupar das pequenas injustiças, no seu labor imediato, mas, principalmente, das grandes injustiças sociais, no seu labor profundo político e social [...] Apontando para o futuro, o justo se constrói com o perecimento dos sistemas da dominação presente, da exploração e da injustiça de nosso tempo, a fim de instaurar novo tempo, que seja estruturalmente mais justo, mais socialista e mais fraterno” (MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito...** *Cit.*, p. 199).

na região marginal construir um novo modelo de saber penal partindo do reconhecimento dessa ilegitimidade e admitindo-se a perspectiva abolicionista do sistema penal⁶².

No mesmo sentido caminha a crítica de Baratta, quando afirma que

sabemos que substituir o direito penal por qualquer coisa melhor somente poderá acontecer quando substituirmos a nossa sociedade por uma sociedade melhor, mas não devemos perder de vista que uma política criminal alternativa e a luta ideológica e cultural que a acompanha devem desenvolver-se com vistas à transição para uma sociedade que não tenha necessidade do direito penal burguês [...]⁶³.

Tal proposta passa por uma visão do Direito Penal que seja mais compatível com os princípios elencados na Constituição Federal e com os Direitos Humanos e que, filtrando a violência inerente ao exercício de poder do sistema penal, produza um resultado de menor exclusão social. A questão, portanto, é reconhecer duas possibilidades de operação do Direito Penal: “fazer uma dogmática descritivo-apologética legitimadora da desigualdade real da democracia formal do capital, ou fazer uma dogmática crítico-libertária, comprometida com um programa político de igualdade social e democracia real”⁶⁴.

É imprescindível à tarefa de construção de uma dogmática crítico-libertária no Brasil que a Justiça volte seus olhos à realidade brasileira, percebendo todos os fatores que a diferem da realidade dos países que não estão à margem, mas no centro do poder planetário. A importação de teorias criadas em países que não enfrentam as chagas que atingem a sociedade brasileira, sem sua adequação frente a elas, é disfuncional e contribui com a manutenção das vendas da Justiça e com a reprodução das desigualdades.

O saber penal precisa abrir-se à realidade de um País que foi fundado sobre bases colonialistas, cuja estrutura de dominação permanece até os dias atuais, vitimizando negros e negras e as camadas mais empobrecidas da população. Dentre tantas impróprias e disfuncionais “importações”, tem-se o exemplo, citado por Vera Malaguti Batista, do transplante do positivismo realizado por Nina Rodrigues – responsável pela disseminação do pensamento de Cesare Lombroso no Brasil. A autora questiona: como “um corpo de

⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal...** *Cit.*, p. 94.

⁶³ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 207.

⁶⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral.** 6ª ed., atual. e ampl. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, pp. 462-463.

idéias tão contra nós pode se instalar, criar raízes e ter uma permanência tão sólida nas nossas ciências humanas?”⁶⁵.

É como reação à ilegitimidade já pontuada e com o intuito de criar um saber latino-americano próprio que Eugenio Raúl Zaffaroni propõe o chamado realismo marginal. Realismo porque renuncia as ficções e metáforas, inadmitindo um discurso que não se adapte à realidade, que use de invenções para suprir lacunas, quando não as ignora. Marginal, justamente porque orientado pelo ponto de vista da realidade latino-americana, como região marginal do poder planetário na qual a maioria da população é ao mesmo tempo marginalizada do poder e objeto de violência⁶⁶. E esse nível de violência “a que assistimos e sua trágica progressão fazem-nos tomar a decisão de ‘sair do sistema planetário’. É possível que não se trate de ‘sair’ e, sim, de reconhecer que estão nos deixando de fora”⁶⁷.

Zaffaroni propõe um novo discurso descomprometido com a legitimação do exercício do poder punitivo. O autor defende a possibilidade de reconstrução da dogmática jurídico-penal conforme diretrizes de um Direito Penal garantidor e ético, com o reconhecimento da realidade de poder e da ilegitimidade do exercício de poder do sistema penal. Trata-se de um discurso que renuncia a um modelo ideal em face da urgência de uma prática redutora da violência e que o faz a partir da realidade da periferia do poder planetário. Nesse contexto, a opção por um Direito Penal redutor, nos moldes pensados por Zaffaroni, é uma forma imediata de lidar com os problemas oriundos do sistema penal, os quais somente findarão com sua abolição.

1.2.1 *Direito Penal redutor*

Operar o Direito Penal no contexto de um sistema penal que exerce um poder ilegítimo implica ressignificá-lo, racionalizá-lo, transformando-o em um filtro contendor da violência. Essa é a proposta de um Direito Penal redutor, amparada na obra de Eugenio Raúl Zaffaroni, e que se revela como solução coerente com a necessidade de ação imediata no cenário já exposto de um sistema estruturalmente problemático.

⁶⁵ BATISTA, Vera Malaguti. O realismo marginal: criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo. In: MELLO, Marcelo Pereira de (org.). **Sociologia e direito: explorando as interseções**. Niterói: PPGSD, pp. 135-148, 2007.

⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal...** *Cit.*, pp. 163-165.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 07.

Zaffaroni indica que o discurso jurídico-penal atual pretende cumprir as funções legitimante e pautadora. De um lado, o discurso tem a função legitimante de todo o sistema penal, racionalizando o exercício de poder verticalizante. De outro lado, o discurso jurídico-penal pauta regras gerais para decisões da agência judicial. Para cumprir tais funções, o discurso jurídico-penal apresenta componentes legitimantes e componentes pautadores, vinculados entre si: os primeiros atribuem função à pena e é dessa função que derivam os componentes pautadores. A vinculação entre esses elementos torna impossível a criação de um discurso com pautas decisórias racionais, justamente porque leva em consideração componentes justificadores falsos, que buscam legitimar um sistema não legitimável, em vez de dados da realidade social.

A proposta de um discurso jurídico-penal racional passa, portanto, pela retirada do discurso legitimador/justificador da base das construções dogmáticas, substituindo-o por dados da realidade, o que implica, inclusive, uma reformulação do conceito de pena, que passaria a ter significado ôntico, reconhecendo-a como sofrimento irracional, unicamente com o sentido de manifestação de poder⁶⁸.

Com esse descolamento do discurso justificador, Zaffaroni esclarece ser possível que as agências judiciais comportem-se racionalmente, exercendo seu poder de forma legítima frente a um sistema penal ilegítimo e limitando-se à função pautadora decisória.

A construção de um novo discurso jurídico-penal implica a planificação normativa do exercício do poder decisório dos juristas, como poder efetivo de sua agência judicial, livre dos obstáculos impostos pela dependência servil dedutiva dos falsos elementos deslegitimantes do sistema penal. Em consequência, deixa-se aberta a possibilidade de se construir uma pauta decisória legítima. [...] A construção de um discurso jurídico-penal que reconhece o caráter de fato de poder deslegitimado do sistema penal e se limite à pauta de decisões da agência judicial não implica uma relegitimação do sistema penal.⁶⁹

Esclarecendo sua construção, o autor utiliza-se da comparação do sistema penal com a guerra. Ambos são fatos de poder e, como tais, existem como parte da realidade e não podem ser ignorados, tampouco, ao menos por ora, suprimidos – resta, então, administrá-los. Em relação à guerra, o Direito Humanitário⁷⁰ desempenha o papel de redução do seu nível de violência, atuando, portanto, de forma legítima diante de um

⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal... *Cit.*, p. 203.

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 196-197.

⁷⁰ Concebido como o conjunto de normas destinadas a reduzir os efeitos dos conflitos armados, protegendo aqueles que deles não participam e restringindo os métodos e meios de combate.

exercício ilegítimo do poder. Em relação ao sistema penal como fato de poder, o Direito Penal deveria comportar-se de mesma forma que o Direito Humanitário, com as agências judiciais desempenhando uma função de contradição diante das demais agências do sistema penal, reduzindo sua violência⁷¹.

A busca por uma solução menos violenta, ou seja, a tentativa de controle da violência – que ocorre de forma inevitável com a intervenção do sistema penal consubstanciada na atuação das outras agências – seria o fator legitimante do poder de decisão da agência judicial. Assim, reconhece-se a necessidade de ancoragem do realismo marginal na priorização da pessoa, na vida humana e no desvalor de sua destruição.

O conteúdo ético do discurso jurídico-penal (que lhe devolveria a racionalidade perdida) seria fornecido por seu geral objetivo de limitar, controlar e reduzir o nível de violência do sistema penal, o que implica que o direito penal, concebido como o direito humanitário em conjuntura política, teria uma função político-criminal (de redutora de violência) como um passo no caminho rumo à utopia⁷².

A função da agência judicial, nesse contexto, deve ser uma função contraditória, com seu exercício de poder colocado em contradição com o das demais agências. É, em essência, o mesmo sentido que Liszt deu ao Direito Penal quando o definiu como a Carta Magna do criminoso⁷³. A realidade operativa do sistema penal deve, sempre, ser colocada em contradição com os princípios constitucionais e com os Direitos Humanos, os quais devem prevalecer. Não se trata de acreditar ingenuamente na aplicação e realização plena dos últimos, justamente porque o sistema penal é estruturado para sua violação. Trata-se de exigir que a agência judicial atue, amparada em um Direito Penal comprometido com a redução da violência, no sentido de minimizar as violações perpetradas pelo sistema penal criando, de forma progressiva, padrões de efetivação de tais princípios e direitos que sirvam para limitar a violência do exercício de poder do sistema penal.

⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal...** *Cit.*, p. 198.

⁷² *Ibid.*, p. 213.

⁷³ LISZT, 1893 *apud* ASHTON, Peter Walter. As principais teorias de direito penal, seus proponentes e seu desenvolvimento na Alemanha. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 12, pp. 237-246, 1996, p. 242.

1.2.2 O Direito Penal é o “direito desigual por excelência”

Dentre os princípios cuja violação deve ser evitada no contexto do Direito Penal, sob uma perspectiva redutora, merece destaque o princípio da igualdade, que parece ser aquele que o sistema penal mais intensa e frequentemente desrespeita. Tal violação dá-se em diversos níveis, que serão melhor verificados a partir das contribuições criminológicas dos capítulos seguintes; contudo, de antemão é possível afirmar que o Direito Penal não se adequa nem minimamente ao postulado da igualdade material. A consequência dessa total inobservância à ideia de igualdade – que é aliada direta de um conceito de justiça – é sentida pela população carente e vulnerável.

A relação entre justiça e a verdadeira igualdade é encontrada, por exemplo, no conceito de equidade de Aristóteles. Em linhas gerais, o filósofo de Estagira observa a justiça sob duas perspectivas: uma universal, em que a justiça é encarada como a virtude que está presente em todas as outras virtudes⁷⁴, e uma particular, ou seja, a justiça como virtude em si mesma. Sob a perspectiva particular, a justiça tem um conteúdo específico que a caracteriza e possui duas principais manifestações: a justiça distributiva e a justiça corretiva. A justiça manifesta-se, no primeiro caso, na distribuição de bens entre os cidadãos de uma cidade (funções de governo, dinheiro, riquezas, benefícios, honrarias) e envolverá, no mínimo, quatro elementos: duas pessoas, perante as quais será avaliada a justiça da distribuição, e duas coisas, que serão distribuídas entre as partes. A relação de justiça estabelecida funciona a partir de uma proporção geométrica e a distribuição deve ser proporcional e afastar-se do excesso e da carência⁷⁵. A justiça corretiva ou diortótica, por sua vez, aplica-se às transações particulares, nas quais há relação de coordenação, e consiste em uma proporção aritmética. Trata-se da reparação ou devolução daquilo que foi subtraído de alguém e acrescido a outrem⁷⁶.

Entretanto, para que as “operações” de distribuição ou retribuição consagrem-se como justas é necessário que, ao seu final, a equidade seja alcançada. A equidade,

⁷⁴ “A caridade ou a paciência, por exemplo, e todas as virtudes demandam um conteúdo específico que as tipifica. Diz-se que a caridade se tipifica num ato de dar. Mas aquele que dá ao poderoso, por medo de ser violentado, e não dá ao necessitado, por lhe ser superior em poder, não é caridoso, porque ao mero ato de dar deve se acrescentar a justiça do ato. O paciente com o chefe e impaciente com o subordinado também não tem essa virtude da paciência, na medida em que esta presume o seu agir com justiça. A caridade não é uma virtude em si própria sem que se lhe acresça a virtude da justiça. O mesmo com a paciência. Mas alguém pode ser justamente caridoso e impaciente. A caridade presume justiça, a paciência presume justiça, mas a caridade não presume paciência. A justiça está em todas as demais virtudes, e por isso é a única virtude universal” (MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 66-67).

⁷⁵ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 106-108.

⁷⁶ *Ibid.*, pp. 110-112.

compreendida como a justiça do caso concreto, atua como retificadora da justiça legal. A lei, ao enunciar um princípio universal, não abarca as especificidades da realidade, de modo que, para sanar as omissões e defeitos que a generalidade da lei inevitavelmente gera, a equidade deve ajustá-la ao caso concreto. A figura da régua de Lesbos foi empregada por Aristóteles para representar a equidade: os construtores da ilha grega, localizada no nordeste do Mar Egeu, utilizavam uma régua de chumbo flexível, que se adaptava à forma da pedra. Assim, a justiça não decorria do cumprimento estrito das normas, demandando, também, a atenção cuidadosa ao caso concreto⁷⁷. Em outras palavras, “não pode ser o homem justo um mero cumpridor cego das normas, sem atentar para as especificidades de cada caso concreto”⁷⁸. A justiça, assim, relaciona-se com a noção de igualdade e, mais especificamente, com a igualdade atenta à realidade – a igualdade substancial ou material. Ambas não se realizam sem que sejam levadas em consideração as condições reais dos indivíduos, o caso concreto.

Não obstante a estreita relação entre justiça e igualdade, o Direito Penal é, nos dizeres de Alessandro Baratta, o “direito desigual por excelência”⁷⁹. A seleção dos bens jurídicos protegidos não se dá, via de regra, em razão de sua essencialidade a todos os cidadãos, mas voltada à proteção das classes hegemônicas das relações econômicas. Mesmo quando existe a proteção de bens essenciais a todos, a intensidade da punição à ofensa ao bem essencial é desigual. Do mesmo modo, a aplicação da lei penal é desigual, na medida em que o rótulo de criminoso é distribuído de acordo com as chances de o sujeito tornar-se alvo do sistema e não a partir do critério da danosidade social ou da gravidade de sua conduta. Opera-se a estigmatização seletiva dos indivíduos excluídos das relações de produção e do poder político. A criminalidade é um *status* atribuído a determinadas pessoas – e não um dado ontológico – e, assim, revela-se como bem negativo, “distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos”⁸⁰. Por fim, no nível de execução penal, há a repressão desses mesmos indivíduos, com a reprodução da desigualdade própria do capitalismo⁸¹.

Quando não privilegia acentuadamente as classes hegemônicas, o Direito – e, mais especificamente, o Direito Penal – funciona sem considerar as reais desigualdades existentes na sociedade e, portanto, a partir de uma igualdade apenas formal. A crítica

⁷⁷ ARISTÓTELES. *Op. cit.*, pp. 124-125.

⁷⁸ MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito...** *Cit.*, p. 79.

⁷⁹ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 162.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 161.

⁸¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal:** parte geral... *Cit.*, p. 460.

marxista permite compreender que a equivalência é, no capitalismo, também aplicada aos indivíduos, que são tornados equivalentes por meio do rótulo de sujeitos de direito. A equivalência pelo Direito de sujeitos distintos, principalmente em uma sociedade abissalmente desigual, produz resultados nocivos, muito sentidos pela população alvo do sistema penal.

A preferência pela igualdade formal em detrimento da igualdade substancial fica clara quando se pune igualmente indivíduos em situações extremamente díspares, o que reforça a desigualdade preexistente. Sem dúvida, “reprovar com a mesma intensidade as pessoas que ocupam situações de privilégio e a outras que se acham em situação de extrema penúria é uma clara violação ao princípio da igualdade corretamente entendido”⁸². A situação é ainda pior quando a punição é inversamente desigual, recaindo com mais severidade sobre aqueles já em situação de marginalização.

É necessário, portanto, na tarefa de repensar o Direito Penal, direcioná-lo ao papel de filtro do desrespeito contínuo à igualdade material. Para isso, é preciso ajustá-lo a uma leitura mais adequada com a Constituição Federal, o que significa, antes mesmo da compreensão das categorias dogmáticas que podem servir a esse papel, a substituição da concepção liberal de igualdade por sua verdadeira compreensão.

1.2.2.1 Igualdade formal e igualdade substancial

A concepção de igualdade em sua relação com a ordem jurídica desenvolveu-se paralelamente às sociedades e, como categoria jurídica, sofreu significativas mudanças até os dias atuais. Os privilégios de alguns e a legitimação da discriminação entre pobres e ricos permaneceram da Antiguidade até a Idade Média, momento em que atingiram seu ápice com uma sociedade estamental dividida entre senhores feudais e servos. Com o declínio do sistema feudal e o surgimento da burguesia começa a desenhar-se uma primeira noção de igualdade jurídica, que ganha corpo ao final das monarquias absolutistas, com o Estado liberal.

⁸² ZAFFARONI, 1986, p. 58 *apud* BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro... Cit.**, p. 102.

O conceito de igualdade foi edificado no âmbito jurídico principalmente a partir das revoluções francesa e americana. A primeira, no entanto, tem maior destaque no processo em razão da amplitude e do impacto de suas ideias nas demais nações⁸³.

O Antigo Regime, contrário à dinâmica do capitalismo nascente, era estruturado sobre os privilégios da nobreza e do clero, de modo que a burguesia, em que pese almejasse com mais fervor a liberdade, reclamava também uma medida de igualdade suficiente à extinção das benesses próprias do sistema social e político até então vigente. A burguesia, amparada nas ideias do liberalismo clássico formuladas por filósofos e economistas, buscava o fim da sociedade hierárquica de privilégios orientados pela nobreza, mas o fazia não em prol de uma sociedade democrática e igualitária, mas de um Estado governado por proprietários, com liberdades civis e garantias para a propriedade privada⁸⁴.

A ideia central que permeava a reivindicação pela igualdade era a criação de um espaço neutro, por meio da lei, no qual seria possível o livre desenvolvimento dos indivíduos, em oposição aos privilégios, entendidos como espaços criados pelo homem em que desigualdades artificiais desenvolviam-se⁸⁵. Reconhecia-se que todos nascem iguais, nos moldes de uma igualdade absoluta, sendo irrelevantes juridicamente as desigualdades existentes entre os indivíduos. Assim, perante a lei e no momento de sua aplicação todos eram igualados na categoria de cidadãos, destinatários do comando legal.

A igualdade *perante a lei*⁸⁶, sustentáculo do Estado liberal burguês, era efetivada com sua mera inclusão no rol de direitos fundamentais, refletindo a noção liberal de neutralidade estatal. O princípio da igualdade traduzia-se em um dado meramente formal, com a sujeição de “todos”, como cidadãos e de forma indistinta e uniforme, às normas jurídicas.

Subjaz a esta concepção a convicção de que só a generalidade da lei permitia a extinção dos privilégios e sujeições da sociedade

⁸³ “A França forneceu o vocabulário e os temas da política liberal e radical-democrática para a maior parte do mundo. A França deu o primeiro grande exemplo, o conceito e o vocabulário do nacionalismo. A França forneceu os códigos legais, o modelo de organização técnica e científica e o sistema métrico de medidas para a maioria dos países. A ideologia do mundo moderno atingiu as antigas civilizações que tinham até então resistido às ideias europeias inicialmente através da influência francesa. Esta foi a obra da Revolução Francesa” (HOBBSAWM, Eric J. **A era das revoluções, 1789-1848**. 39ª ed. São Paulo: Paz & Terra, 2017, p. 98).

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 106-107.

⁸⁵ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Instrumentos e métodos de mitigação da desigualdade em direito constitucional e internacional**. Rio de Janeiro, 2000. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/instrumentos-e-m%C3%A9todos-de-mitiga%C3%A7%C3%A3o-da-desigualdade-em-direito-constitucional-e-internacion>>. Acesso em 20 jan. 2019, p. 02.

⁸⁶ Sobre a distinção entre as expressões igualdade *perante a lei* e igualdade *na lei*, vide tópico 1.2.3.

estamental [...] Isto não quer dizer que outros critérios de discriminação de tratamento não fossem mantidos pelo legislador, tais como as posses e o sexo, de que a proibição do voto dos trabalhadores e das mulheres, no caso de participação na vida do Estado, é um exemplo. ‘Todos’, neste caso, eram nobres, burgueses proprietários e pequeno burgueses (artesãos, comerciantes, profissionais liberais) e jamais proletários, cuja única propriedade é a força de trabalho, vendido como mercadoria, ou mulheres, equiparadas às crianças e, portanto, "menores" civis⁸⁷.

Nesse contexto, é importante reforçar que os privilégios da nobreza e do clero aos quais a igualdade perante a lei buscava pôr fim foram apenas substituídos por novos privilégios próprios de uma sociedade de classes, de modo que “a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade”. A razão é simples: “um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa”⁸⁸.

Retomando as ressalvas iniciais sobre forma política e forma jurídica como derivadas do modo de produção capitalista, fica mais claro o porquê da criação de uma igualdade formal:

A igualdade formal, que serviu de lema das revoluções liberais, é o espelho de um mundo feito um grande mercado, do qual todos se igualam na condição de compradores e de vendedores, no qual até a exploração deixa de ser um mando direto de um senhor sobre um escravo e passa a ser a igual vontade jurídica de patrão e proletário [...] Por mais diversos sejam os homens, por mais egoístas seus interesses, todos num passe de mágica são formalmente iguais aos outros, exploradores e explorados, e, perante a imparcialidade da lei, a igualdade e a vontade sem coerção sobrem todos os atos jurídicos com o manto da justiça formal.⁸⁹

Com base nesse ideário, os documentos constitucionais editados após as experiências do final do século XVIII alçaram a igualdade ao significado de igualdade perante a lei, a qual deveria ser igual para todos, incidindo de forma neutra nos casos concretos. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, consolidou as exigências burguesas e, em seu artigo 1º, estabeleceu que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos”. Seu artigo 6º reforça uma concepção formal de igualdade: “a lei é a

⁸⁷ TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 211, Rio de Janeiro, pp. 241-269, jan./mar. 1998, p. 255. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47142>>.

⁸⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 211.

⁸⁹ MASCARO, Alysson Leandro. **Crítica da legalidade e do direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 21-22.

expressão da vontade geral [...] Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir”⁹⁰. No mesmo sentido da declaração francesa, a Declaração dos Direitos da Virgínia, de 1776, também em seu primeiro artigo afirma que “todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos [...] que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”⁹¹.

Foi assim que a previsão de uma igualdade jurídica, meramente formal, consolidou-se como chave do constitucionalismo do século XIX, que triunfou por boa parte do século XX. Entretanto, conforme afirma Eric Hobsbawn, “tal como construída, à luz da cartilha liberal oitocentista, a igualdade jurídica não passa de mera ficção”⁹². O problema das previsões das declarações revolucionárias sobre o tema da igualdade é resumido pelo autor ao afirmar que: “Os homens eram iguais perante a lei e as profissões estavam igualmente abertas ao talento; mas, se a corrida começasse sem *handicaps*, era igualmente entendido como fato consumado que os corredores não terminariam juntos”⁹³.

O postulado da igualdade nos moldes do Estado liberal burguês, ademais, não abarcava o legislador que permanecia podendo livremente estabelecer situações de igualdade ou desigualdade o que, somado à abstração do indivíduo como destinatário da norma, acabou por agravar as desigualdades reais entre as pessoas.

A partir dessa insuficiência da igualdade nos termos liberais, desenvolveram-se na doutrina outras noções de igualdade, o que refletiu nos textos constitucionais, dentre eles o brasileiro. Possível destacar três fases no tocante à compreensão do conteúdo do referido princípio no âmbito jurídico:

- (a) a igualdade compreendida como igualdade de todos perante a lei, onde a igualdade também implica a afirmação da prevalência da lei; (b) a igualdade compreendida como proibição de discriminação de qualquer natureza; (c) igualdade como igualdade da própria lei, portanto, uma igualdade ‘na’ lei.⁹⁴

⁹⁰ ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE FRANCESA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão**. Versalhes, 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

⁹¹ **Declaração de direitos do bom povo de Virgínia**. Williamsburg, 1776. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>>. Acesso em: 01 jul. 2019.

⁹² GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Op. cit.*, p. 02.

⁹³ HOBBSAWM, Eric J.. **A era das revoluções, 1789-1848...** *Cit.*, p. 106.

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 526.

Antes, contudo, da análise da segunda e terceira fases, outras leituras – contemporâneas, mas diversas daquelas que representaram a primeira fase – merecem destaque.

Nesse sentido, interessante destacar que mesmo entre os nomes do contratualismo, vertente do Iluminismo – movimento teórico que consolidou as ideias que derrubaram o Antigo Regime e inspiraram a Revolução Francesa –, alguns se destacam por irem além da ideia de igualdade formal. É possível afirmar que vários contratualismos existiram, conforme a construção de Estado e a concepção de ser humano de cada autor, servindo para embasar tanto o despotismo ilustrado como o liberalismo político e, até mesmo, aspirações socialistas⁹⁵⁹⁶.

Jean-Jacques Rousseau⁹⁷ concebia duas espécies de desigualdade: uma natural ou física e uma moral ou política. A primeira é decorrência da natureza, como a diferença de idades, saúde, forças do corpo e qualidades do espírito; a segunda é estabelecida pelo consentimento dos homens, consistindo nos privilégios de alguns, como riqueza e poder, em prejuízo de outros⁹⁸.

Rousseau afasta-se desde logo da ideia, legitimante dos regimes escravistas, de que as desigualdades naturais conduzem, necessariamente, às desigualdades políticas, negando a existência de uma ligação essencial entre elas. A origem da desigualdade natural reside, como indica a própria palavra, na natureza; já a desigualdade política dá-se com o surgimento da noção de propriedade privada e é unicamente autorizada pelo direito positivo.

O primeiro que, tendo cercado um terreno, atreveu-se a dizer: *Isto é meu*, e encontrou pessoas simples o suficiente para acreditar nele, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassínios, quantas misérias e horrores não teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, houvesse gritado aos seus semelhantes: ‘Evitai ouvir esse

⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 66.

⁹⁶ “Por conseguinte, também podia converter-se em algo perigoso para a própria classe que o impulsionava, que defendia a igualdade, mas que começava, também, a distinguir entre os mais e os menos iguais, à medida que não apenas ia considerando a si mesma como a melhor e mais brilhante da Europa, senão de todo o planeta” (*Ibid.*, p. 69).

⁹⁷ Rousseau foi um indivíduo emblemático, na medida em que suas ideias foram utilizadas pela burguesia e, ao mesmo tempo, guardam importante potencial crítico: “Rousseau está no limite entre a visão jurídica burguesa e a crítica contemporânea, que de algum modo antecipa” (MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito...** *Cit.*, p. 207).

⁹⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 159.

impostor. Estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não é de ninguém!’⁹⁹

O estado de guerra instaurado a partir da propriedade privada, para Rousseau, leva à construção de uma ordem jurídica e política que serve aos ricos e subjuga os pobres, destruindo a liberdade natural e consolidando “a lei da propriedade e da desigualdade” e, então, sujeitando “todo o gênero humano ao trabalho, à servidão e à miséria”¹⁰⁰.

Para pôr fim a essa situação, surge a ideia de um novo arranjo – anunciado como legítimo, ao contrário do anterior – que institua uma ordem política, jurídica e social que vise ao bem comum. O contrato social, em Rousseau, consubstancia a associação entre os indivíduos que passam a compor um todo orgânico lastreado na vontade geral, no interesse comum, ou seja, naquilo que resta após a remoção dos “mais e [d]os menos que se destroem mutuamente” das vontades particulares¹⁰¹.

Na dimensão prática, a vontade geral será manifestada pela lei que, por sua vez, será criada em conjunto pelos membros do Estado. Nesses moldes, a lei deve ser geral, universal e impessoal, mas – e aqui se evidencia a sua aproximação com uma igualdade material – não bastam seus atributos meramente formais. As leis devem objetivar a realização da liberdade e da igualdade: “nesse sentido, Rousseau é muito mais profundo, progressista e crítico. Estabelece uma base material à igualdade, sem a qual não se pode falar em construção da vontade geral”¹⁰².

É nesse contexto que Rousseau afirma que a igualdade, nos maus governos, somente se destina à manutenção do poder do rico e da miséria do pobre e que as leis têm utilidade apenas aos primeiros, “donde se segue que o estado social só é vantajoso aos homens na medida em que todos eles têm alguma coisa e nenhum tem demais”¹⁰³.

Vislumbra-se também em sua obra a consciência da necessidade de construção de uma sociedade igualitária como condição prévia à aplicação da lei de forma geral, impessoal e universal. Ademais, para o autor, assim como já havia defendido Aristóteles¹⁰⁴, é no meio-termo, no afastamento dos extremos, que está o bem comum: “aproximai os graus extremos tanto quanto seja possível; não tolereis nem homens

⁹⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens...** *Cit.*, p. 203.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 222.

¹⁰¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 37.

¹⁰² MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito...** *Cit.*, pp. 199-200.

¹⁰³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social...** *Cit.*, p. 30.

¹⁰⁴ ARISTÓTELES. *Op. cit.*, p. 108.

opulentos nem indigentes. Esses dois estados, naturalmente inseparáveis, são igualmente funestos ao bem comum”¹⁰⁵.

Outro nome que não pode deixar de ser mencionado é Jean-Paul Marat¹⁰⁶, revolucionário francês, defensor de uma versão socialista de contratualismo¹⁰⁷. O autor, já no início de sua obra “Plano de legislação criminal”¹⁰⁸, faz um alerta à disparidade entre aquilo que deveria resultar de um pacto entre os membros da sociedade (“liberdade, justiça, paz, concórdia, felicidade”) e aquilo que de fato observa-se no histórico dos povos (“tirania de um lado e servidão do outro são as únicas coisas que, sob todas as formas possíveis, se apresentam ante meus olhos”¹⁰⁹). Marat já alerta – advertência lamentavelmente muito atual – que o poder concentra-se nas mãos de alguns, sendo eles próprios quem farão as leis, delas prescindindo quando lhes convêm, de modo a criar uma blindagem ao seu redor.

enfim, as leis, as mesmas leis se dobram ante o forte e unicamente para o fraco são inflexíveis. E tal a deplorável sorte dos desgraçados que, ao cruel sentimento dos ultrajes que sofrem, se acresce o desespero de não ver nunca o fim de semelhante estado de coisas. Mas, mesmo que não se abuse do poder, esta desordem não é artificial ou imaginária. Nascemos na servidão ou na independência, na riqueza ou na miséria, na obscuridade ou na elevação e, apesar da instabilidade das coisas humanas, é pequeno o número de indivíduos que saem deste estado em que se encontram desde seu nascimento.¹¹⁰

Vê-se que Marat já identifica, no plano da realidade, um cenário de desigualdades quase inevitáveis, mantidas por um ciclo em que há dominação e monopólio do poder por parte de um grupo, amparado em leis forjadas e manipuladas para a manutenção dessa dominação. A igualdade social primitiva é rompida pela violência dos fortes sobre os fracos, o que se perpetua ao longo das gerações em razão da ausência de limitações ao aumento das fortunas. Para Marat, o Estado tem origem na violência e, como tal, funciona

¹⁰⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social...** *Cit.*, p. 63.

¹⁰⁶ Hobsbawm destaca o papel de Marat como jornalista que deu voz à política formulada pelos “sansculottes”, “um movimento disforme, sobretudo urbano, de trabalhadores pobres, pequenos artesãos, lojistas, artífices, pequenos empresários etc. [...] verdadeiros manifestantes, agitadores, construtores de barricadas” (HOBSBAWM, Eric J.. **A era das revoluções, 1789-1848...** *Cit.*, p. 112).

¹⁰⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal...** *Cit.*, p. 66.

¹⁰⁸ Marat inicia a elaboração de sua obra em 1777 com a intenção de apresentá-la em um concurso que premiaria um completo e detalhado plano de legislação penal. Posteriormente, percebendo que sua obra não teria sucesso no concurso, Marat a envia à imprensa suíça, sendo publicada em 1780. Contudo, quando enviada à França, as autoridades censuraram-na, por conter “trechos subversivos”, o que levou Marat a destruir todos os exemplares daquela edição. A obra foi novamente publicada em 1783, mas de forma anônima, e, finalmente, em 1790, durante a Revolução Francesa, pelo autor (MARAT, Jean-Paul. **Plano de legislação criminal**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 21).

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 72.

¹¹⁰ *Ibid.*, pp. 72-73.

como uma máquina “de coerção e repressão que legaliza a divisão da sociedade entre ricos e pobres, em benefício dos ricos e à custa dos pobres, em benefício dos déspotas à custa do povo”¹¹¹.

O autor, prevendo a tendência de que parte da sociedade enriquecer-se-ia à custa da outra, chega a afirmar que daqueles abandonados pela sociedade – indigentes e miseráveis – não se pode exigir o respeito à lei, de modo que a sociedade só adquire o direito de punir os infratores após haver cumprido todas as obrigações firmadas com seus membros; do contrário há tirania¹¹². Mais ainda: “em quase todos os países, o próprio governo obriga os pobres a serem criminosos, porque lhes retira os meios de subsistência”¹¹³.

É por afirmações contumazes como esta que é possível compreender o porquê de a obra de Jean-Paul Marat ter sido considerada subversiva à época – e ainda hoje assustaria grande parte da sociedade. O autor, entretanto, mostra sensibilidade e humanidade ímpares, relacionando, desde o primeiro momento de seu trabalho, justiça e igualdade: “tenho dito que ao mesmo delito deve infligir-se igual castigo a todo delinqüente. Contudo esta lei não seria justa a não ser num Estado fundado sobre a igualdade e cujos membros gozassem mais ou menos das mesmas vantagens”¹¹⁴.

É com base na observação das sociedades e da apropriação por uma minoria do poder que havia sido repartido quando da elaboração do contrato social¹¹⁵ que o autor defendia que o talião deixava de ser uma pena justa. Marat compreendia a necessidade de que a pena fosse adaptada às circunstâncias concretas (não apenas econômicas)¹¹⁶:

A natureza tem estabelecido grandes diferenças entre os homens e a fortuna estabelece diferenças maiores; quem não vê que justiça deve ter sempre em consideração as circunstâncias em que o

¹¹¹ MARAT, Jean-Paul. *Op. cit.*, p. 15.

¹¹² *Ibid.*, p. 75.

¹¹³ *Ibid.*, p. 79.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 88.

¹¹⁵ É claro, como alerta Zaffaroni, que os contratualistas não acreditavam na literalidade do contrato social, como um documento assinado por diversos indivíduos primitivos, reunidos, etc. “O *contrato* era, para eles, uma *metáfora*, uma figura da imaginação para representar graficamente a essência ou a natureza da sociedade e do Estado” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal...** *Cit.*, p. 59).

¹¹⁶ Nesse sentido, o trecho a seguir transcrito evidencia que a preocupação do autor não é apenas relativa à fortuna dos indivíduos e tampouco se relaciona apenas aos crimes patrimoniais: “de duas filhas que se tenham entregue à libertinagem, a que, todavia sem experiência, é maltratada por pais severos é menos culpável que aquela que, amada por seus amáveis progenitores, já conhece o mundo. De dois homens que hajam cometido o mesmo roubo, aquele que tem apenas o necessário é menos culpável do que aquele que usufrui o supérfluo. De dois perjuros, aquele que desde a infância teve despertados seus sentimentos de honra é mais criminoso que aquele que, abandonado à natureza, nunca recebeu qualquer educação” (MARAT, Jean-Paul. *Op. cit.*, p. 89).

culpado se encontra, circunstâncias que podem agravar ou atenuar o crime?¹¹⁷.

Eugenio Raúl Zaffaroni¹¹⁸ recorda o magistrado francês Paul Magnaud (“bom juiz Magnaud”) que aplicou a lógica de Marat, ainda que mais de um século depois, sendo visto até hoje como um juiz a frente de seu tempo: “imbuído de idéias humanitárias avançadas, o magistrado francês [...] Mostrava-se clemente e atencioso com os fracos e humildes, enérgico e severo com opulentos e poderosos”¹¹⁹.

Jean-Paul Marat foi expressamente lembrado pelo Senado argentino quando da inclusão¹²⁰ no Código Penal de 1921 de mais um critério em seu artigo 41, parágrafo 2º. O referido dispositivo prevê, dentre os fatores a serem considerados na dosimetria da pena, “a qualidade dos motivos que o levaram a delinquir, especialmente a miséria ou a dificuldade de ganhar o sustento próprio necessário e dos seus”¹²¹. Nota-se que as contribuições enérgicas de Marat produziram frutos e o destaque de sua obra é justamente o fato de que ela .

constitui a denúncia da falácia idealista do retribucionismo talional. É a resposta revolucionária ao pensamento ilustrado da pena talional, sem abandonar-se o esquema contratualista [...] seu sistema denunciava a falácia das construções iluministas, quanto à pretensão de que a pena justa fosse a retributiva, em uma sociedade sem justiça distributiva¹²².

A síntese do pensamento de Jean-Paul Marat e as considerações de Jean-Jacques Rousseau sobre igualdade mostram que, mesmo antes da consolidação da igualdade material como categoria jurídica, já permeava as mentes dos grandes pensadores o senso de justiça aliado à igualdade muito mais que formal, à observância das circunstâncias

¹¹⁷ MARAT, Jean-Paul. *Op. cit.*, pp. 88-89.

¹¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal...** *Cit.*, pp. 66-67.

¹¹⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9ª ed. São Paulo: Forense, 1981, p. 83.

¹²⁰ Atribuída ao esforço do senador Del Valle Iberlucea.

¹²¹ “ARTICULO 40.- En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

ARTICULO 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: 1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados; 2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso” (ARGENTINA. **Código penal de la nación Argentina** (Ley 11.179). Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/textact.htm>>. Acesso em: 15 jan. 2021).

¹²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: volume 1 – parte geral...** *Cit.*, p. 239.

concretas de cada indivíduo e sua consideração como indispensável e essencial à medida da justiça. Podemos afirmar que Marat “antecipa a necessidade de efetivação do Estado Social de Direito, antes mesmo de eclodir a Revolução Francesa, época em que os ideais consistiam em ‘liberdade’ e as reivindicações eram no sentido do afastamento do Estado absolutista”¹²³. Infelizmente, contudo, essas ideias não são constantemente lembradas.

Em que pese a doutrina estabeleça, na maioria das vezes, uma evolução cronológica da aceção de igualdade no âmbito jurídico, não houve uma superação completa da igualdade nos moldes liberais oitocentistas, principalmente nos países periféricos.

No aspecto que interessa ao presente trabalho – o Direito Penal – é possível observar com clareza os dois reflexos do emprego de uma igualdade na aceção meramente formal: a abstração do indivíduo destinatário da lei em todos os seus momentos de incidência, o que deixa de lado as reais desigualdades, e a demasiada liberdade do legislador na classificação das situações como iguais ou desiguais, o que permite sua atuação arbitrária em prol de um ou outro grupo de indivíduos.

Grande parte desse fenômeno pode ser atribuída, sem dúvida, à estrutura própria de uma sociedade de classes, em que a lei acaba por refletir não a vontade geral, mas os interesses das classes hegemônicas da formação econômico-social, funcionando como ferramenta para a manutenção do *status quo*.

Neste ponto, retomando as considerações iniciais, recorda-se que é a equivalência importada ao Direito que torna os sujeitos todos iguais, mediante o instituto do sujeito de direito. Todas as coisas são equivalentes porque são mercadorias e, como tais, passíveis de troca com quaisquer coisas com base monetária; os indivíduos, por sua vez, são equivalentes porque a lei torna todos eles – independentemente de suas diferenças – sujeitos de direito.

O Direito burguês é *universal*, por uma boa e simples razão: em regime capitalista, o jogo das relações de produção é o jogo de um direito mercantil efetivamente universal já que, em regime capitalista, *todos* os indivíduos [...] são sujeitos de direito e que *tudo é mercadoria*. Tudo, isto é, não só os produtos socialmente necessários que se vendem e se compram, mas também *o uso da força de trabalho*¹²⁴.

¹²³ PINTO, Simone Matos Rios. **O princípio da coculpabilidade em uma análise garantista do direito penal**. 2009. 159 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009, p. 52.

¹²⁴ ALTHUSSER, Louis. *Op. cit.*, p. 190.

Sobre o tema, Karl Marx trouxe contribuições essenciais às ideias de igualdade e desigualdade, na medida em que enfrentou a questão abastecido do conceito do trabalho humano como substância comum entre as mercadorias. As críticas de Marx têm lugar na Europa pós-revolução, em que as lutas sociais resultantes da situação deplorável das classes trabalhadoras abrem espaço ao Estado Social. A concepção de uma igualdade meramente formal revela-se insuficiente ao acesso às oportunidades, próprias das classes privilegiadas, por parte das classes socialmente desfavorecidas.

Passa-se a exigir do Estado, para além da criação de um espaço de neutralidade, a atuação positiva e enérgica indispensável à criação de condições para um desenvolvimento livre dos indivíduos, ganhando centralidade os chamados direitos sociais e a preocupação com a igualdade de chances. Assim, para garantir a todos os cidadãos o mesmo ponto de partida¹²⁵, com igualdade de condições, são permitidas discriminações pela lei a fim de corrigir, com o tratamento desigual, uma desigualdade prévia¹²⁶. Tornou-se necessária uma concepção de igualdade que fosse além do formalismo e da abstração da concepção liberal:

uma noção «dinâmica», «militante» de igualdade, na qual necessariamente são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade, de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade.¹²⁷

Transportando o tema da igualdade do âmbito europeu para a América Latina, é importante perceber que não houve, em razão de fatores como o processo de colonização, a sucessão de governos autoritários, a tardia industrialização e a dependência periférica, a realização, ainda que embrionária, de um Estado Social, com atuação e intervenção estatais em prol da correção de desigualdades. A ideia de intervenção estatal na América Latina, pressuposto do desempenho pelo Estado de sua função social, acabou por associar-se a práticas autoritárias e ditatoriais, “construindo-se o avesso da ideia de Estado Providência,

¹²⁵ “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” (GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. A culpabilidade compartilhada como princípio mitigador da ausência de efetivação dos direitos humanos fundamentais. In: **Revista Mestrado em Direito**, ano 10, n. 1, Osasco, pp. 79-96, 2009, p. 85).

¹²⁶ TABORDA, Maren Guimarães. *Op. cit.*, p. 257.

¹²⁷ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Op. cit.*, p. 02.

umentando as distâncias sociais e o processo de empobrecimento das populações”¹²⁸. Nesse contexto, a pretensão do neoliberalismo de um Estado cada vez mais reduzido produz consequências diversas nos países, como o Brasil, que sequer passaram pela etapa do Estado Social. A realidade brasileira foi a de um Estado interventor em favor das elites herdeiras do colonialismo, “que se apropriaram/aproveitaram de tudo desse Estado, privatizando-o, dividindo/lotando com o capital internacional, os monopólios e os oligopólios da economia”¹²⁹.

Marilena Chaui afirma que na sociedade brasileira não há sequer a percepção – tampouco a prática – de que a igualdade seja um direito. A autora traz à tona o chamado autoritarismo social, na medida em que a sociedade é essencialmente hierárquica, com a divisão entre inferiores e superiores, os últimos mandando nos primeiros. Ele, ao lado das desigualdades econômicas, produz uma realidade polarizada entre as camadas populares e suas carências e as classes dominantes e seus interesses, ambos – carências e interesses – obstando o alcance da esfera dos direitos: “interesses, porque não se transformam em direitos, tornam-se privilégios de alguns, de sorte que a polarização social se efetua entre os despossuídos (os carentes) e os privilegiados”¹³⁰.

Segundo Lenio Streck e José Bolzan de Moraes, essa estrutura de dominação foi mantida intacta em razão das alianças conservadoras¹³¹ formadas ao longo da história brasileira, visando à conservação do poder frente à pressão popular por mudanças e/ou determinada conjuntura a elas favorável. A preservação dessa estrutura, dentre outras consequências, leva ao aprisionamento dos indivíduos excluídos socialmente – “o *subintegrado* ou subcidadão, que depende do sistema, mas a ele não tem acesso” –, na medida em que “também nos presídios essa sociedade díspar é reproduzida. Daí porque o estereótipo do delinquente brasileiro se fixa na figura do favelado”¹³².

A igualdade material, em oposição à igualdade meramente formal, reforça a necessidade de observação e consideração, com a cautela necessária, das circunstâncias que cercam cada um dos indivíduos não só no momento da distribuição de bens, mas também no momento da aplicação da lei e da imposição de penas. De outro modo o Direito

¹²⁸ MORAIS, José Luis Bolzan e STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do Estado**. 8ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, pp. 64-65.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 66.

¹³⁰ CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 2000, p. 564.

¹³¹ Independência, abolição da escravatura, República etc..

¹³² MORAIS, José Luis Bolzan e STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 68.

permanecerá – dentro da lógica de possíveis leituras no interior da forma – cruelmente excludente e reprodutor da miséria.

Faz-se necessário perceber as diferenças entre os indivíduos e compreender que, entre os dessemelhantes, a justiça deve incidir diversamente. Era o que fazia Magnaud, no plano da aplicação da lei e seguindo a lógica de Jean-Paul Marat, ao, por exemplo, absolver Luisa Ménard, em 1898, após haver confessado o furto de um pão. Magnaud “registrou [...] nos seus considerandos que ela tinha um filho de 2 anos, que estava procurando emprego sem sucesso e que uma sociedade organizada deveria ter solução para alguém que não pode dar de comer ao seu filho”¹³³.

Além do resultado de menor exclusão social, a aplicação da igualdade material também deve ser fortalecida porque foi abarcada pela Constituição Federal e, portanto, deve ser observada e fomentada pelo ordenamento jurídico como um todo e objeto de especial atenção por seus legisladores e aplicadores:

produto do Estado Social de Direito, a igualdade substancial ou material propugna redobrada atenção por parte dos aplicadores da norma jurídica à variedade das situações individuais, de modo a impedir que o dogma liberal da igualdade formal impeça ou dificulte a proteção e a defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas¹³⁴.

1.2.3 *O Direito Penal sob a ótica constitucional da igualdade material*

Com a revelação de que a igualdade outrora defendida pela burguesia era somente formal e que o liberalismo clássico fechava os olhos aos problemas sociais, surge, a partir das lutas proletárias, a demanda por um Estado Social de Direito, pautado na busca do bem-estar e na proteção da sociedade por meio de prestações estatais positivas. Nas palavras de André Copetti:

Cede assim o Estado liberal-burguês às exigências dos trabalhadores [...] vendo-se forçado a conferir, constitucionalmente, direitos do trabalho, da previdência, da educação, a ditar o salário, a manipular a moeda, a intervir na economia como distribuidor, a comprar a produção, regular preços,

¹³³ FREITAS, Vladimir Passos de. **Conheça o juiz que viveu a frente de seu tempo**. 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-mar-08/segunda-leitura-paul-magnaud-juiz-viveu-frente-tempo>>. Acesso em: 01 jul. 2019.

¹³⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Op. cit.*, pp. 02-03.

combater o desemprego, proteger o trabalhador, controlar as profissões [...]¹³⁵

Foi com a percepção de que a igualdade formal não era suficiente ao combate de situações de injustiça que se desenvolveu a noção de igualdade material, que passa ser a acoplada à ideia de igualdade perante a lei. Assim, migrou-se para uma noção de igualdade na lei, de modo que o seu conteúdo também deveria ser igualitário, e proibiu-se a utilização, para o estabelecimento de relações de igualdade e desigualdade, de critérios arbitrários, injustos e violadores da dignidade da pessoa humana. A igualdade, nessa segunda fase de sua compreensão no âmbito jurídico-constitucional, “opera como exigência de critérios razoáveis e justos para determinados tratamentos desiguais”¹³⁶.

Uma terceira fase da evolução da compreensão da igualdade no âmbito do constitucionalismo moderno implica o reconhecimento de um dever de compensação das desigualdades existentes, sejam elas sociais, econômicas ou culturais. Objetivando a real efetivação da igualdade, não alcançada pelo Estado Social de Direito, acopla-se ao modelo anterior o ideal democrático, a partir do qual se busca a transformação dos poderes então vigentes por meio “da concretização da igualdade, não pela generalidade do comando normativo, mas pela realização, através dele, de intervenções que impliquem diretamente uma alteração da situação da comunidade”¹³⁷.

Mais do que a união dos conceitos de Estado de Direito e Estado Democrático, o Estado Democrático de Direito deve amoldar-se às exigências dos princípios democrático, da constitucionalidade, da justiça social, da igualdade, da divisão de poderes, da legalidade, da segurança jurídica e do sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos¹³⁸. Nesse cenário, portanto, a adoção pela Constituição de 1988 do modelo de um Estado Democrático de Direito¹³⁹, conforme dispõe seu artigo 1º, *caput*¹⁴⁰, implica, necessariamente, a observância de diversos princípios ou vetores, os quais consubstanciam toda a evolução pela qual passou o referido modelo de Estado, desde a instituição do

¹³⁵ COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 54.

¹³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 528.

¹³⁷ MORAIS, José Luis Bolzan e STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 75.

¹³⁸ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 122.

¹³⁹ Partindo do pressuposto que o Brasil, País de modernidade tardia, não passou pela etapa do Estado Social, a Constituição de 1988 releva também uma preocupação com a promoção de direitos sociais e da integração da sociedade nacional, com a transformação da realidade, o que se evidencia em seu artigo 3º (MORAIS, José Luis Bolzan e STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 80).

¹⁴⁰ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Estado Liberal até seu aperfeiçoamento, após a segunda Grande Guerra, atingindo os contornos hoje conhecidos.

Assim, não obstante o Brasil não ter vivenciado na prática a etapa do Estado Social, com um Estado intervencionista em prol da correção das desigualdades, e estar distanciando-se cada vez mais desse papel, é certo que “isso acontece na contramão do que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro, que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador, na esteira daquilo que, contemporaneamente, se entende como Estado Democrático de Direito”¹⁴¹. Nesses moldes, em que pese ser marcadamente capitalista e estratificada na prática, a sociedade brasileira consagrou a igualdade como princípio norte do ordenamento jurídico, por meio da afirmação, no artigo 5º, *caput*, de sua Carta Magna, de que todos são iguais *perante* a lei e que é garantido aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País¹⁴² a inviolabilidade, dentre outros, do direito à igualdade.

No contexto europeu, à expressão “igualdade *perante* a lei” foi atribuído o sentido de aplicação correta das normas jurídicas às situações da vida, independentemente do resultado oriundo dessa aplicação. O comando – que configura uma concepção puramente formal de igualdade –, portanto, somente se destina ao aplicador da norma, isentando o legislador de sua observância. A expressão “igualdade *na* lei”, por outro lado, possui conotação mais abrangente, na medida em que estabelece um dever tanto ao aplicador da norma como ao seu criador que, portanto, não pode produzir normas com distinções além daquelas autorizadas pela Constituição. Em outras palavras, a igualdade *na* lei vincula o legislador quanto ao conteúdo da norma a ser produzida, que deve espelhar a igualdade material, vedando-se discriminações arbitrárias¹⁴³.

Não obstante a utilização do termo *perante* a lei no contexto europeu significar uma igualdade traduzida na aplicação correta da lei, no Brasil a expressão ganhou, desde logo, significado distinto, abrangendo também o sentido de igualdade *na* lei. Seu destinatário, é consenso na doutrina, é, além do aplicador da norma, também o próprio legislador que, limitado pelo princípio jurídico da igualdade, deve regular a vida social conferindo tratamento equitativo aos cidadãos. Em suma,

O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só *perante* a norma posta se nivelam os

¹⁴¹ MORAIS, José Luis Bolzan e STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 67.

¹⁴² É consenso na doutrina e na jurisprudência que o comando também abrange os estrangeiros não residentes.

¹⁴³ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 215.

indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas¹⁴⁴.

O sentido abrangente do termo no ordenamento jurídico brasileiro é evidente em face de uma Constituição cidadã e evada de preocupações sociais, sendo inconcebível admitir que o legislador pudesse estabelecer distinções ao seu arbítrio. Contudo, o princípio da igualdade, identificado com a isonomia, deve ir além dessa imposição de não distinção. Para o legislador, o princípio implica que “ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições [...] situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a aquinhoá-las, ou gravá-las, em proporção às suas diversidades”¹⁴⁵.

Assim, o dever de não criação de distinções não é, de forma alguma, absoluto, pois deve ser necessariamente dispensado tratamento desigual a determinadas pessoas e grupos. Em outras palavras, o postulado da igualdade material “não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual [...] não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma”¹⁴⁶. Por um lado, ficam excluídas discriminações arbitrárias e, por outro lado, somente quando as características essenciais das pessoas para os fins daquela norma sejam iguais (ainda que outros, irrelevantes para o legislador, sejam diversos) fica autorizado o tratamento igual; do contrário, é seu *dever* a criação de uma discriminação.

Nesses moldes, a Constituição Federal, que alicerça o Estado Democrático de Direito, dá forte indícios da maior compatibilidade de uma noção de igualdade substancial com os seus preceitos, afastando-se da exclusividade de uma noção liberal de igualdade perante a lei somente. Ao lado da cláusula geral do artigo 5º, *caput*, a Constituição traz, ao longo de seu texto, diversas disposições impositivas de um tratamento igualitário e proibitivas de discriminação¹⁴⁷, além do dever de promoção de políticas de ações

¹⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 06.

¹⁴⁵ FAGUNDES, Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o poder legislativo. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 41, Rio de Janeiro, pp. 01-12, 1955, p. 05.

¹⁴⁶ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 216.

¹⁴⁷ “as cláusulas especiais de igualdade justamente foram uma resposta ao modelo da igualdade formal, no sentido de uma mera igualdade perante a lei. Além disso, tais cláusulas especiais cumprem a função de afastar os argumentos daqueles que buscavam, mediante uma demonstração da desigualdade entre diversas categorias de pessoas [...] justificar como juridicamente legítimos toda sorte de tratamentos desiguais, pois uma vez proibida constitucionalmente a adoção do critério de discriminação, em princípio este já não poderá mais se invocado como razão suficiente ou como motivo lógico ou racional” (SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 536).

afirmativas¹⁴⁸. Ademais, em seu artigo 3º, ao estabelecer os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a Constituição arrola, dentre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Verifica-se, nesse contexto, que a Constituição Federal traz dimensões diversas do princípio da igualdade: de um lado, a proibição do arbítrio, com a vedação de distinções sem fundamentação razoável e orientação pela pauta constitucional; de outro lado, uma obrigação de tratamento diferenciado a fim de que seja compensada uma desigualdade de oportunidades, “o que pressupõe a eliminação, pelo Poder Público, de desigualdades de natureza social, econômica e cultural”¹⁴⁹. Ademais, tendo em vista que o direito de igualdade implica um juízo relacional e, portanto, não encontra sua proteção pré-determinada no texto constitucional para além das exigências mencionadas, é certo que “*uma intervenção no direito de igualdade se verifica apenas quando se estiver diante de um tratamento igual de situações essencialmente desiguais ou de um tratamento desigual de situações essencialmente iguais*”¹⁵⁰.

Estabelecido, inicialmente, o conteúdo do princípio jurídico da igualdade, é necessário compreender o que distingue uma discriminação arbitrária, por ele vedada, de uma discriminação não só autorizada, como devida e necessária para a concreção das finalidades constitucionais. Nesse sentido, indaga-se o que justifica uma discriminação no âmbito jurídico, ou seja, quem são os iguais e quem são os desiguais?¹⁵¹ Há, aqui, um ônus argumentativo na medida em que, seja para dispensar tratamento igual, seja para conferir tratamento desigual, é necessário que haja razão suficiente que os permita, a fim de afastar-se da vedação de arbitrariedade¹⁵².

Celso Antônio Bandeira de Mello traz três questões centrais que levam à resposta da pergunta formulada: a primeira refere-se ao critério discriminatório, ou seja, ao elemento utilizado como fator de discriminação; a segunda diz respeito ao fundamento lógico, à correlação entre o fator escolhido e o tratamento jurídico construído em razão da desigualdade; a terceira, por fim, refere-se à compatibilidade dessa correlação lógica com os valores do sistema normativo constitucional¹⁵³. A partir dessas três verificações e,

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 530.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 531.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 531.

¹⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 11.

¹⁵² SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 535.

¹⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 22.

portanto, de uma análise concreta entre o fator de discriminação, a diferenciação que será operada e sua harmonia com as finalidades constitucionais é que se verificará a legitimidade de uma discriminação.

Em relação à primeira questão, Bandeira de Mello traz dois requisitos para sua superação: (i) o critério estabelecido pela lei não pode referir-se a um traço cuja especificidade singularize no presente e definitivamente, de forma absoluta, o sujeito que será abarcado pela discriminação; (ii) o critério adotado deve referir-se a um traço que resida na pessoa, na coisa ou na situação a ser discriminada.

Desse modo, ilegítima será a discriminação que seja voltada a uma situação atual única, “logicamente *insuscetível de se reproduzir* ou *materialmente inviável* (pelo que singulariza *agora e para sempre* o destinatário)”¹⁵⁴. A inviabilidade lógica decorre da impossibilidade de reprodução da situação abarcada pela norma em razão de sua abrangência racional (por exemplo, lei que conceda um benefício àqueles que praticaram determinado ato no ano anterior, sabendo-se que apenas um único indivíduo o fez). A inviabilidade material, por sua vez, dá-se quando a situação descrita na norma é tão particular que, mesmo possível de reprodução em tese, sua recorrência é altamente improvável.

No tocante ao segundo requisito, o autor afirma que as diferenciações não podem operar em razão de fatores alheios ou neutros em relação às coisas, pessoas ou situações. Uma discriminação seria ilegítima se, por exemplo, baseada unicamente em um critério espacial ou em um critério temporal. Nesses casos, somente as diferentes situações e circunstâncias existentes em variados locais ou os fatos e estados transcorridos em um período de tempo são capazes de fundamentar uma discriminação. Em suma, “o princípio da isonomia preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Donde não há como desequilibrar pessoas e situações quando *nelas* não se encontram fatores desiguais”¹⁵⁵.

A segunda questão, que diz respeito à correlação lógica entre fator de discriminação e tratamento diferenciado, é central no debate da validade ou invalidade de uma norma perante a isonomia. Para que haja legitimidade da norma, “há que atentar para o fato de que o elemento discriminatório [...] não é autônomo em face da finalidade do ato

¹⁵⁴ O autor cita como exemplo a norma ilegítima que conceda um benefício ao indivíduo X, filho de Y e Z, em oposição a uma norma que conceda um benefício ao primeiro indivíduo que inventar um motor cujo combustível seja a água que, em que pese restrita a um só indivíduo, é legítima na medida em que este é indeterminado e indeterminável no presente (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 24).

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 35.

[...] do qual resulta um tratamento desigual, de modo que se deverá guardar uma relação lógica e racional com a finalidade”¹⁵⁶. Nesses moldes, o elemento de *discrímén* deve guardar relação lógica com os efeitos jurídicos a ela atribuídos. A discriminação não pode ser fortuita e o tratamento diverso deve dar-se em razão do fator de discriminação selecionado, em uma conexão lógica com ele. Nas palavras do autor:

a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada.¹⁵⁷

Por fim, a terceira questão, como já visto, diz respeito à harmonia da correlação lógica firmada com as finalidades e valores constitucionais. Assim, não são quaisquer diferenças, ainda que preenchidos os requisitos abrangidos nas duas primeiras questões, que autorizam discriminações legais: deve haver pertinência constitucional. Somente uma diferença relevante autoriza o *discrímén* e tal relevância é aferida a partir de parâmetros constitucionais. O fundamento lógico da distinção, portanto, deve prestigiar um valor constitucional.

As considerações sobre a abordagem do princípio da igualdade na Constituição Federal e a operacionalização da ideia de conferir tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais revelam que a harmonização do Direito Penal a uma igualdade material não deve realizar-se apenas em razão da crença de que ela gerará resultados menos cruéis, mas também a partir do aspecto formal de compatibilidade com a Carta Magna. Importante lembrar que os preceitos constitucionais também desempenham um papel limitador do exercício do poder punitivo, de modo que o Direito Penal, se mais alinhado à leitura defendida, tenderá a operar com os olhos atentos às desigualdades reais:

Sabe-se por experiência [...] que os menos afortunados ficam muito mais sujeitos aos rigores da justiça penal que os mais aquinhoados de bens materiais. As condições reais de desigualdade condicionam o tratamento desigual perante a lei penal, apesar do princípio da isonomia assegurado a todos pela Constituição (art. 5º)¹⁵⁸.

O Direito Penal, como ramo do saber jurídico, deve funcionar como uma barreira ao poder punitivo, fazendo-o na medida em que constrói um sistema que orienta as decisões judiciais. Estas, como atos de governo, devem ser racionais e, para tal, direcionadas por esse sistema, edificado sobre a interpretação das leis penais. Os juízes

¹⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 537.

¹⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 39.

¹⁵⁸ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 223.

devem atuar, portanto, a partir do planejamento conferido pelo Direito Penal, como contentores do poder punitivo exercido pelas agências executivas e políticas.

Nesses moldes, o Direito Penal relaciona-se diretamente com o Estado de Direito e, portanto, com o Direito Constitucional, na medida em que o primeiro é instrumento de contenção do Estado de polícia, que se opõe (e nele está contido) ao segundo: “*não há estados de direito reais (históricos) perfeitos, mas apenas estados de direito que contêm (mais ou menos eficientemente) os estados de polícia neles enclausurados*”¹⁵⁹.

Além desse nexos funcional, há um vínculo formal, desenhado a partir da supremacia da Constituição, que determina que o Direito Penal amolde-se ao quadro constitucional, de modo que “*o saber do direito penal deve estar sempre sujeito ao que o saber do direito constitucional informar*”¹⁶⁰. Portanto, para além das normas constitucionais que se dirigem especificamente ao ramo penal¹⁶¹ e que, a evidência, devem ser por ele observadas, o Direito Penal deve harmonizar-se, na tarefa de contenção do poder punitivo, a todo o texto constitucional e, então, aos valores, princípios e objetivos por ele defendidos e perseguidos.

Se o Estado de Direito surge com a função de conter o Estado de polícia e se o Direito Penal, como apêndice do Direito Constitucional, destina-se justamente à contenção do poder punitivo, parece evidente que os princípios constitucionais devam nortear tal tarefa de limitação. É constante nos manuais de Direito Penal, nesse contexto, a inclusão, sob o título “princípios constitucionais do Direito Penal”, do estudo dos princípios arrolados na Carta Magna, tanto gerais quanto específicos, que atuam diretamente sobre o Direito Penal, aparelhando-o em sua tarefa de contenção.

Dentre os princípios gerais, como a legalidade, e os específicos, como a humanidade das penas, a lesividade, a culpabilidade e outros, pouco ou nada se diz sobre o princípio constitucional da igualdade na seara penal. Quando a igualdade é lembrada, o é acerca da necessidade de aplicação da mesma lei penal e de suas sanções para todos que praticarem aquele fato típico nela contido¹⁶², aproximando-se de uma visão estreita e limitada à igualdade em sua acepção liberal, meramente formal e, portanto, na contramão da Constituição Federal. Perante a lei penal desaparecem preocupações com os sujeitos, as

¹⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do direito penal... *Cit.*, p. 41.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 319.

¹⁶¹ Como os mandados de criminalização e os princípios específicos da seara penal (nesse sentido, cf., a título de exemplo, incisos XXXIX, XLII, XLIII, XLIV, XLV, XLVI, XLVIII, XLIX, L e LVII do artigo 5º da Constituição Federal).

¹⁶² SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 223.

situações e as circunstâncias envolvidas, bastando a prática do crime para, então, a punição igual operar-se. São escassos e engessados os momentos em que o Direito Penal deixa-se penetrar por elementos concretos referentes ao sujeito e às circunstâncias que o circundam, seja na estrutura do delito, seja no momento da aplicação da pena.

Contudo, é justamente no âmbito Direito Penal, porque destinado a uma tarefa indispensável à subsistência do próprio Estado de Direito, que todos os vetores constitucionais deveriam ser observados em seu máximo potencial e, nesse campo, também a isonomia material deve ser efetivada com maestria. Mais do que isso, pensar o Direito Penal sob a ótica redutora é pensar em um saber que oriente a atividade da agência judicial de forma que ela, diante de um exercício de poder altamente violador da igualdade material, funcione de modo contrasseletivo, a fim de equilibrar a balança. Trata-se de realizar a filtragem da violência do exercício de poder do sistema penal compreendendo que aqueles que são desde logo mais vulneráveis à criminalização merecem uma maior proteção.

A partir dessa lógica, é possível afirmar que se sujeitos em situações e circunstâncias diversas (cuja distinção guarde relação lógica com um tratamento penal diferenciado) praticam o mesmo delito e recebem a mesma pena há violação da isonomia. O Direito Penal preocupa-se com essa violação, entretanto, de forma muitíssimo limitada. Entretanto,

Conhecer e considerar a circunstância de cada um é fundamental também no momento de responsabilizá-lo por seus atos, já que o responsável [...] não é apenas o 'eu', mas sim o 'eu' e sua circunstância. Dessa forma, a imputação penal (como forma severa de responsabilização) deve se ater detidamente a circunstância do indivíduo e valorar a conduta a partir desse critério, dosando as consequências sancionatórias a partir de uma análise do sujeito e de sua situação, pois, ainda que livre, há certas amarras [...] que dificultam o exercício da liberdade. Considerá-las no momento da atribuição de responsabilidade do sujeito, supostamente livre, é uma necessidade de primeira ordem.¹⁶³

É justamente no campo do Direito Penal, no entanto, que a equivalência consubstanciada na aplicação de uma igualdade formal nos moldes liberais traz consequências mais nocivas: todos são equivalentes para fins penais, de modo que os mais diversos indivíduos, com díspares condições de vida, são submetidos por uma mesma e

¹⁶³ FUZIGER, Rodrigo José. **Ao arbítrio de Ananke**: por uma revisão do conceito de autodeterminação no direito penal. 2018. 418 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 176.

rígida régua. Ao olvidar que condições sociais diversas levam a demandas diversas a partir de uma penalização que deixa de alcançar o caso concreto, a consequência é um Direito Penal voltado para os desfavorecidos.

Um breve adendo sobre a equivalência no campo penal parece pertinente: não só os sujeitos são equivalentes perante a lei penal, sejam quais forem as suas circunstâncias de vida, como também há uma equivalência na punição que se opera não por meio do dinheiro, como sói ocorrer no modo de produção capitalista, mas pelo tempo. A cada delito previsto na legislação penal equivale uma medida de tempo de pena, de privação de liberdade. Não à toa é o tempo que rege a equivalência penal: o trabalho, mais importante mercadoria, é remunerado pelo tempo trabalhado. O tempo é a chave da exploração do trabalho no capitalismo, que opera na lógica de trabalhos submetidos à métrica de tempo igual: “A *retribuição equivalente* [...] está ligada ao critério geral do valor da mercadoria, determinado pela quantidade de trabalho social necessário para sua produção: o *tempo médio* de dispêndio de energia produtiva”¹⁶⁴. A pena, portanto, simboliza uma indenização paga pelo indivíduo com a sua capacidade de trabalho, da qual ele é privado por mais ou menos tempo, conforme a gravidade do delito e o dano dele decorrente.

Pode parecer insólito, mas essa é a origem da ideia da unificação das penas em tempo de privação de liberdade, que em seguida se cobrirá com outras racionalizações até nos parecer, a pouco mais de dois séculos de distância, como normal e quase óbvia. Rapidamente nos acostumamos às coisas mais rebuscadas e quando nos perguntam por que, a resposta é *sempre foi assim*, embora não tenha sido sempre nem muito menos assim.¹⁶⁵

Juarez Cirino dos Santos observa que a retribuição equivalente é o marco da passagem da vingança de sangue para a pena proporcional, na medida em que a troca igual, seja pelo talião, seja pela composição, seja pela retribuição equivalente a partir do tempo de privação de liberdade, afasta a vingança. Ainda, a pena como retribuição equivalente, nas palavras do autor, “representa o momento jurídico da *igualdade formal*” e, tal qual ocorre com o salário, oculta a realidade que a subjaz. No âmbito penal, essa igualdade formal oculta a realidade do cárcere como fábrica de proletários; no âmbito do trabalho, a retribuição equivalente por meio do salário esconde a desigualdade consubstanciada na expropriação da mais-valia¹⁶⁶.

¹⁶⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral...** *Cit.*, p. 443.

¹⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal...** *Cit.*, p. 62.

¹⁶⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral...** *Cit.*, p. 445.

Ao fechar os olhos a essas questões relevantes à seara penal, não só se realiza uma contenção do poder punitivo de forma despreparada e desaparelhada do valioso princípio da igualdade em sua concepção material como também, em razão do resultado de exclusão social – que está intrinsecamente ligado à ideia de privação do oferecimento da capacidade de trabalho ao mercado –, caminha-se na contramão dos objetivos constitucionais contidos no artigo 3º da Constituição.

Se o Direito Penal não é apto à melhoria social, seja porque se destina à contenção do poder, seja porque inserido na lógica de proteção capitalista, decerto também isso não o autoriza a abertamente atuar como catalisador da desigualdade e da miséria. A tarefa do Direito Penal de conter a violência de um exercício de poder ilegítimo deve ser orientada pelos princípios constitucionais, que também servem de contenção ao poder punitivo e, assim, realizada da melhor forma possível dentro dos limites que lhe são estruturalmente impostos. Se o poder punitivo pode ser contido, que o seja da forma mais eficaz possível e, nessa tarefa, atentar-se à isonomia e à equidade é indispensável, seja em razão do acoplamento formal do Direito Penal ao Direito Constitucional, seja pela relação funcional entre contenção do poder punitivo e oposição ao Estado de polícia.

Portanto, faz-se necessário, aliando justiça à igualdade material, perceber a necessidade de o Direito Penal, na tarefa de contenção do poder punitivo, conformar-se ao conteúdo e aos desdobramentos do princípio da igualdade material contido na Constituição Federal, filtrando, ao máximo, a sua violação pelo sistema penal como fato de poder.

Na busca pelo justo, não se pode fechar os olhos às desigualdades entre os indivíduos – seres humanos reais, com especificidades inúmeras, “não-números”. A Justiça deve operar de forma diversa quando entre os sujeitos a que se destina existir dessemelhança e quando essa dessemelhança for determinante à “operação” da justiça que se pretende realizar. Isso pressupõe o conhecimento minucioso – e a sensibilização diante dele – dos indivíduos e das circunstâncias que os circunscrevem no caso concreto. Devem cair as vendas da Justiça.

1.3 A função da teoria do delito e da teoria da pena na contenção do poder punitivo

Até aqui foi possível estabelecer que o exercício de poder do sistema penal é ilegítimo, o que, contudo, não impede que o Direito Penal opere de modo a reduzir sua

violência até que a sociedade possa caminhar para sua abolição. Também restou que, no contexto dessa nova forma de operação, é necessária uma atenção maior ao princípio da igualdade, já que a violação da isonomia pelo sistema penal é constante e resulta em um agravamento da miséria.

Resta, então, compreender como operacionalizar essas necessidades e, nesse contexto, possível a limitação da violência seletiva por meio da interpretação das leis penais. Uma vez compreendido o papel que o Direito Penal pode desempenhar em um cenário de ilegitimidade do poder e crise do sistema, emergem diversos caminhos para ressignificá-lo, a fim de que suas estruturas funcionem como diques à violência do sistema penal.

Utilizando a metáfora do dique, Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar¹⁶⁷ comparam o Estado de polícia a águas sujas e turbulentas, que precisam ser contidas para que se evite a submersão do Estado de Direito. Contudo, impossível a contenção de todo o volume de água sem que ocorra a ruptura do dique, de modo que é necessário, em uma operação seletiva, com sinal inverso em relação à seletividade do poder punitivo, permitir a passagem das águas menos sujas.

Nesse sentido, a teoria do delito, no âmbito da dogmática penal¹⁶⁸, cuida da ação perigosa ou lesiva a bens jurídicos e dos requisitos de punibilidade de tal ação. Assim, desempenha papel essencial na contenção do exercício de poder do sistema penal, na medida em que, ocupando-se de explicar o que é o delito, constitui-se pelo conjunto dos requisitos que devem estar presentes para que a agência judicial não o interrompa¹⁶⁹.

É a partir da teoria do crime que o Direito Penal obtém cientificidade, surgindo uma fórmula por meio da qual uma ação passa ao seu âmbito. A ciência do Direito Penal¹⁷⁰ surge com o intuito de garantir uma aplicação segura e previsível da lei penal, organizando os elementos integrantes da lei como sistema. Nesse contexto, a teoria do delito é “*somente o ‘nomenjuris’ de uma parte do discurso jurídico-penal que explicita de forma orgânica o*

¹⁶⁷ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: segundo volume – teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 20.

¹⁶⁸ Ensina Brandão que “a dogmática penal é sustentada através de três grandes pilares: a teoria da pena, a teoria do crime e a teoria da lei penal. A teoria do crime, entretanto, é a que mais se desenvolveu, com vistas a conferir cientificidade ao direito penal” (BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 5ª ed. São Paulo: D’Plácido, 2019, pp. 31-32).

¹⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal... *Cit.*, p. 246.

¹⁷⁰ Nilo Batista defende o uso da expressão ciência do Direito Penal em substituição ao termo dogmática jurídico-penal, na medida em que “a dogmática é o mais prestigiado e eficaz método em uso na ciência do direito, porém não a guardiã solitária das chaves epistemológicas do reino” (BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro...** *Cit.*, p. 114).

*conjunto dos requisitos que a agência judicial deve exigir antes de decidir-se afirmativamente pelo prosseguimento do processo de criminalização*¹⁷¹.

No seio da teoria do delito, a doutrina alemã desenvolveu o sistema tripartido (composto por tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), a partir de uma sucessão de categorias ou instituições que fornecem um padrão teórico para a conversão de uma ação em crime¹⁷², permitindo a melhor visualização e contextualização dos problemas penais e constituindo-se, portanto, em obstáculos que precisam ser superados para que o processo de criminalização siga seu curso.

A teoria do delito, portanto, pode funcionar como um primeiro e importante sistema de contenção do exercício de poder do sistema penal, mediante a imposição de filtros que e somente se ultrapassados resultarão na habilitação desse poder.

Enquanto sistemas de filtros que facultam sucessivas interrogações acerca de uma resposta habilitadora de poder punitivo por parte das agências judiciais, a teoria do delito representa a mais importante concreção da função do direito penal em relação ao poder punitivo fundamentado em leis penais manifestas¹⁷³.

Inclusive, é o que faz Eugenio Raúl Zaffaroni quando propõe a releitura de diversas categorias da teoria do delito a partir da perspectiva redutora. Não se trata, como alerta o próprio autor, de romper com as teorias anteriores, na medida em que de cada uma delas – do neokantismo ao funcionalismo, passando pelo finalismo – é possível extrair uma contribuição.

Ao neokantismo, reconhece o adestramento necessário à fina construção sistemática da teoria do delito. Ao finalismo, o mérito de advertir os dogmas sobre a necessidade de respeito os limites impostos pelo mundo e seus dados à elaboração dos conceitos jurídicos. E, ao funcionalismo, a importância de assumir claramente a funcionalidade política dos conceitos jurídicos¹⁷⁴.

Partindo dessa funcionalidade, ou seja, da relação entre os conceitos jurídicos e seus efeitos políticos¹⁷⁵, e estabelecendo uma relação com as teorias sociais do conflito e com o conceito agnóstico de pena, o autor propõe um novo desenvolvimento da teoria do

¹⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal...** *Cit.*, p. 248.

¹⁷² BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime...** *Cit.*, p. 196.

¹⁷³ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: segundo volume – teoria do delito...** *Cit.*, p. 21.

¹⁷⁴ BRODT, Luís Augusto Sanzo. O direito penal sob a perspectiva funcional redutora de Eugenio Raul Zaffaroni. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 101, Belo Horizonte, pp. 97-136, jul./dez. 2010, p. 99. Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/101097136.pdf>>. Acesso em: 14. nov. 2020.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 100.

delito. Nesse sentido, sua concepção de culpabilidade será adiante abordada com umas das vias que melhor realiza a igualdade material, aliada à concepção de liberdade e de justiça.

Importante destacar que a proposta de um Direito Penal redutor de Eugenio Raúl Zaffaroni vai ao encontro da necessidade de construção de uma dogmática aberta, que incorpore dados da realidade e os seus efeitos sociais, em oposição à dogmática fechada, voltada à compreensão e justificação do sistema penal¹⁷⁶. Como já referido, a partir do reconhecimento da falta de legitimidade do poder de punir, é necessário substituir o discurso de justificação como base da dogmática por dados da realidade, os quais a Criminologia, como saber que consubstancia o conhecimento de múltiplos ramos, é capaz de fornecer.

Um sistema aberto opõe-se à ideia de um sistema axiomático, por meio do qual todo o conhecimento científico é revertido em um número limitado de fórmulas ou axiomas, das quais derivam os demais enunciados particulares a partir de uma lógica dedutiva. Nessa configuração, os axiomas não podem contradizer uns aos outros, tampouco derivarem uns dos outros e, ainda, devem conter todo o saber necessário para a derivação dos enunciados. Na esteira do que diagnostica Zaffaroni, quando trata da irracionalidade do discurso jurídico-penal, Bernd Schünemann afirma que, além de irrealizável, um sistema axiomático não é desejável diante da complexidade e contínua variação da vida social, restando adequado somente para as ciências cujo objeto seja invariável e possua complexidade reduzida (como é o caso da Geometria). Faz-se necessário, portanto, um sistema aberto ou elástico, que “não obstaculize o desenvolvimento social e jurídico, mas que o favoreça ou, ao menos, adapte-se a ele”¹⁷⁷.

Seja nos exatos moldes propostos por Zaffaroni, seja a partir de outras leituras que funcionem também de modo a reduzir a violência seletiva do exercício de poder do sistema penal, a teoria do delito é apta a minimizar os efeitos deletérios de sua operação cruel, justamente porque, ao trazer os requisitos necessários à continuidade do processo de criminalização, funciona como filtro que pode ser reconfigurado – sob a ótica de uma dogmática aberta – de forma a reter parte das violações por ele perpetradas.

O segundo sistema de possível contenção do poder punitivo é a teoria da pena, que fornece a quantificação – a forma e a medida – do exercício concreto do poder punitivo já habilitado.

¹⁷⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro...** *Cit.*, p. 118.

¹⁷⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales.** 2ª ed. Buenos Aires: B. de F., 2012, p. 08.

A quantificação do poder de punir habilitado quando da superação dos requisitos necessários à configuração do crime deve operar, tal qual ocorre na teoria do delito, de modo a combater a seletividade e a violência inerentes a tal poder e abastecida de dados da realidade. Isso ocorre quando, por exemplo, a reincidência é compreendida como produto da ação criminógena do processo de criminalização, fruto da ineficácia da prevenção especial positiva e da deformação operada pela prisionalização e então, como tal, não pode ser utilizada para agravar a pena¹⁷⁸.

Em suma, as categorias da teoria do delito e da teoria da pena poder ser utilizadas de forma contrasseletiva diante do exercício de poder ilegítimo do sistema penal, a fim de reduzir sua violência, conferir racionalidade ao discurso e, acima de tudo, compatibilizá-lo com uma fundamentação centralizada no indivíduo e com os princípios constitucionais e os Direitos Humanos. Necessária a construção de conceitos “capazes de impedir ou de amenizar o sofrimento humano produzido pela *desigualdade* e pela *seletividade* do sistema penal”¹⁷⁹. Nessa tarefa, falar do sujeito que se coloca diante da agência judicial – após ser selecionado pelas demais agências – é falar de culpabilidade.

1.3.1 A culpabilidade como categoria central na tarefa de redução da seletividade e da violência do exercício de poder do sistema penal

Superados os requisitos necessários à configuração do injusto penal, consolidados na tipicidade e na antijuridicidade, resta reconhecida a possibilidade de uma resposta judicial favorável à continuidade do processo de criminalização. Contudo, a resposta por parte da agência judicial frente ao indivíduo somente será efetivada após a análise da culpabilidade, quando se responderá à pergunta: “é admissível aceitar, nesta hipótese em particular e relativamente a este autor concreto, a resposta seletiva?”¹⁸⁰.

A análise da tipicidade destina-se à verificação da existência de uma conduta que afete bem jurídico alheio de forma considerável, o que se faz frente às proibições legais; a verificação da antijuridicidade, por sua vez, destina-se ao exame da existência de permissões legais, mediante as quais a conduta é compreendida como solução ou prevenção de outro conflito, de modo a desautorizar a habilitação do poder punitivo. Os

¹⁷⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral... *Cit.*, p. 541.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 463.

¹⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal... *Cit.*, p. 248.

dois primeiros momentos do conceito analítico de crime, portanto, dizem respeito ao objeto da responsabilização, destinando-se a “descartar tudo quanto não caiba considerar-se como um conflito penalmente relevante”¹⁸¹. É apenas na análise da culpabilidade que a atenção será deslocada do objeto para o sujeito, a fim de que se constate se é possível a sua responsabilização pela produção do conflito penalmente relevante.

Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Slokar e Alejandro Alagia definem a culpabilidade justamente como a ponte entre o injusto e a pena; o juízo que permite vincular de forma pessoal o injusto ao seu autor¹⁸². A culpabilidade é o juízo de reprovação realizado sobre o sujeito, que tem por objeto o injusto penal e seus elementos como fundamentos: “(a) a capacidade geral de *saber (e controlar) o que faz*, (b) o conhecimento concreto que permite ao sujeito *saber realmente o que faz*, e (c) a normalidade das circunstâncias do fato que confere ao sujeito o *poder de não fazer o que faz*”¹⁸³.

Surgem, a partir da questão subjacente à culpabilidade, inúmeros desdobramentos, que vão desde o debate filosófico acerca da liberdade humana até o questionamento dos fatores que nela interferem: somos livres para escolher como agir? A liberdade, porque não empiricamente verificável, pode embasar a culpabilidade? A verificação da possibilidade de agir de outro modo deve considerar fatores sociais, econômicos e culturais? Não obstante a gama de dúvidas que cercam o conceito de culpabilidade, talvez o mais polêmico dos elementos do delito, é certo que é nesse momento que a agência judicial direcionará seus olhos sobre o *indivíduo* e a *situação concreta* que o envolve e, por tal razão, a culpabilidade detém o potencial de funcionar como importante barreira a um poder seletivo, voltado a *determinados sujeitos*, em *específicas circunstâncias concretas*.

Aqui, as considerações tecidas para uma compreensão correta da igualdade tomam corpo: se todos os seres humanos fossem absolutamente iguais e se encontrassem em idênticas condições não faria sentido perquirir o vínculo entre o ato e seu autor. Ao inverso, sendo cada indivíduo diferente do outro, impossível prescindir da culpabilidade: “É porém inevitável que os humanos sejam diferentes entre si, e que cada um deles seja um *ser sendo*, que não pode eludir sua dinâmica própria na conjuntura em que realiza uma *ação*”¹⁸⁴.

¹⁸¹ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: segundo volume – teoria do delito... *Cit.*, p. 28.

¹⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: volume II, tomo 2... *Cit.*, p. 150.

¹⁸³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral... *Cit.*, p. 276.

¹⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: volume II, tomo 2... *Cit.*, p. 160.

Indo mais além, deixar de levar em consideração, no momento da culpabilidade, todos os elementos que diferenciam os sujeitos e que em alguma medida, ao assim operarem, relacionam-se com a prática do injusto e/ou com o processo de criminalização viola a igualdade tal como se dela se prescindisse. A culpabilidade, se pretende funcionar como efetiva barreira ao poder punitivo, deve necessariamente observar a lógica de uma verdadeira igualdade material.

O potencial redutor da agência judicial, portanto, relaciona-se diretamente com sua forma de olhar a pessoa que foi colocada perante ela: um olhar atento, orientado por dados da realidade, condicionado pelos princípios constitucionais – com destaque para a isonomia – e pelos Direitos Humanos e, sobretudo, sensível a esses fatores, proporcionará seu melhor rendimento. Nesse sentido, é necessária a análise da categoria da culpabilidade, a fim de que seja possível compreender como, em seu interior, trabalhar com tais elementos a fim de que seja alcançado o resultado pretendido de menores desigualdade e violência.

A culpabilidade é conceito plurívoco. A primeira das acepções da culpabilidade é a desenvolvida até o presente momento: a culpabilidade como terceiro elemento do conceito analítico de crime, sucedendo a tipicidade e a antijuridicidade. Importante destacar que tais categorias não significam que o delito em si seja uma soma de componentes, tratando tão somente de estratificar-se o seu conceito, obtido a partir de sua análise¹⁸⁵.

É com Franz Von Liszt e Ernst Beling que surge o primeiro sistema teórico-abstrato do delito, estando a culpabilidade dentre suas categorias centrais (ao lado da ação, da tipicidade e da antijuridicidade), a qual permanece nos desenvolvimentos posteriores, ainda que com configurações diversas, conforme será analisado no capítulo subsequente. Não obstante, até o final do século XX parte da doutrina brasileira defendia que a culpabilidade configurava-se como mero pressuposto de aplicação da pena. Assim, negando sua posição de elemento ou requisito do delito, entendia-se que o crime era a ação típica e antijurídica e que a imposição de sanção somente se daria caso o juízo de reprovação fosse positivo. Nas palavras de Damásio de Jesus “a culpabilidade deve ser tratada como um dos pressupostos da pena, merecendo, por isso, ser analisada dentro deste quadro e não mais em setor da teoria geral do delito”¹⁸⁶.

¹⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1 – parte geral... *Cit.*, p. 340.

¹⁸⁶ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte geral, 1º volume. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 500-501.

Na dogmática contemporânea, contudo, a culpabilidade é elemento da estrutura do crime, no âmbito de sua definição analítica. Em uma noção tripartida do delito, a culpabilidade, assim, pode ser definida como a terceira categoria – ao lado da tipicidade e da antijuridicidade – que compõe o conceito de crime, sendo, portanto, necessária à imposição da sanção penal.

Refutando a ideia da culpabilidade como pressuposto de aplicação da pena, Juarez Cirino dos Santos aponta que tal acepção confunde crime com tipo de injusto. Para o autor, o tipo de injusto, como unidade conceitual composta pelo tipo legal e pela antijuridicidade, aliado à culpabilidade forma o fato punível¹⁸⁷. Seja adotando-se o modelo tripartido, seja adotando-se o modelo bipartido¹⁸⁸ do fato punível, é certo que a culpabilidade revela-se como categoria elementar. Não se pode admitir que surja para o Estado o poder de punir – configurando-se o delito de forma completa – tão somente com a prática de fato típico e antijurídico. Ausente reprovação do comportamento do agente, não há que se falar em crime e, conseqüentemente, em sanção.

A par das divergências doutrinárias, decerto que alocar a culpabilidade como único pressuposto de aplicação da pena não é lógico ou funcional. Concordando com Juarez Cirino dos Santos¹⁸⁹, Cezar Roberto Bitencourt afirma que o problema de encarar a culpabilidade como pressuposto de aplicação da pena está em utilizar tal atributo para diferenciá-la – secundarizando-a – das ideias de tipicidade e antijuridicidade. Isto porque, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade são todos pressupostos de aplicação da pena. Se considerarmos o crime como causa e a sanção penal como sua consequência, é certo que esta somente poderá ser aplicada se todos os requisitos formadores do conceito de crime estiverem presentes. Sob tal perspectiva, portanto, “na medida em que a sanção penal é *consequência* jurídica do crime, *este*, com todos os seus elementos, é *pressuposto* daquela”¹⁹⁰.

Em linhas gerais, o conceito de culpabilidade como categoria do delito (nos moldes da teoria normativa pura) funda-se na ideia de que o indivíduo que pratica ato típico e

¹⁸⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral... *Cit.*, p. 73.

¹⁸⁸ Neste ponto, importante esclarecer que há duas acepções diversas para o conceito de teoria bipartida. Alguns autores empregam o termo para designar aquelas teorias que não consideram a culpabilidade como elemento do delito, remanescendo apenas as estruturas da tipicidade e da antijuridicidade. Por isso, o crime seria “bipartido”, ou seja, composto por apenas dois elementos. O autor mencionado, entretanto, emprega o conceito de modelo bipartido não de forma a excluir a culpabilidade da estrutura do delito, mas por entender que tipicidade e antijuridicidade são uma só unidade, a qual, somada à culpabilidade, forma o conceito de delito.

¹⁸⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral... *Cit.*, p. 275.

¹⁹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 388.

antijurídico será culpável se poderia, naquela situação, atuar de outra forma, de modo que age culpavelmente quem pratica o injusto penal quando poderia comportar-se em conformidade com o Direito. Trata-se, portanto, de relacionar a culpabilidade com a reprovabilidade, com um juízo de censura que tem por objeto o injusto penal e recai sobre seu autor que, livre para agir, fez “mau” uso de sua liberdade. Reprova-se o injusto porque o autor não se motivou na norma, sendo exigível, em determinadas circunstâncias concretas, que se motivasse nela, o que demonstra “uma disposição interna contrária o direito”¹⁹¹. A essência da culpabilidade é, portanto, a reprovabilidade e o juízo de culpabilidade é a avaliação para a reprovação, feita pelo juiz¹⁹².

Uma segunda acepção de culpabilidade é aquela que a encara como princípio do Direito Penal e, de tal forma, como um vetor de interpretação da lei penal. A culpabilidade como princípio expresso na máxima *nulla poena sine culpa* impede a punição sem que sejam preenchidos os requisitos do juízo de reprovação expressos por meio dos elementos da culpabilidade¹⁹³. O cerne do princípio da culpabilidade é justamente o reconhecimento da pessoa como ser autodeterminável, reconhecendo a imprescindibilidade de um vínculo subjetivo entre o dano ou perigo e o autor, a fim de que se possa impor pena. Assim, seu fundamento último é a própria dignidade humana, de modo que o “sentido da interpretação penal à luz da culpabilidade é a afirmação da pessoa humana como centro e destinatário das regras do Direito Penal”¹⁹⁴.

A doutrina aponta ainda outros conteúdos e reflexos do princípio da culpabilidade. Nilo Batista¹⁹⁵ ressalta que, em primeiro lugar, o princípio da culpabilidade implica oposição à responsabilidade objetiva. A culpabilidade vem romper em definitivo com a responsabilidade objetiva, na medida em que não mais basta o resultado danoso para a responsabilização, devendo ser verificada a presença de dolo e culpa (ou culpa em sentido amplo). Para o autor, a segunda decorrência do princípio é a personalidade da responsabilidade penal, da qual decorrem a intranscendência e a individualização da pena. Fica afastada, assim, a responsabilidade penal coletiva, não podendo a pena passar da pessoa do autor do delito. Ainda, no âmbito da individualização da pena, impõe-se que a pena aplicada leve em consideração o sujeito concreto apenado.

¹⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1 – parte geral... *Cit.*, p. 521.

¹⁹² WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 96-97.

¹⁹³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral... *Cit.*, p. 24.

¹⁹⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**... *Cit.*, p. 219.

¹⁹⁵ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**... *Cit.*, pp. 100-101.

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli afirmam que o princípio da culpabilidade possui reflexos em dois níveis, em razão de a culpa, no atual sistema, não mais compor a estrutura da culpabilidade: no plano da tipicidade, implica que a conduta seja ao menos culposa para ser típica e, no plano da culpabilidade, exige que o injusto seja reprovável ao autor para que se possa falar em delito¹⁹⁶.

Há, ainda, quem associe o princípio da culpabilidade à disposição do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, o qual prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”¹⁹⁷, o que parece aproximar-se mais da ideia de presunção de inocência.

De forma mais abrangente, Santiago Mir Puig propõe que o princípio da culpabilidade, a fim de limitar o poder punitivo, englobe uma série de limites e exigências decorrentes de um Estado Social e Democrático de Direito, os quais guardam relação com o sentido originário de culpabilidade como possibilidade de imputação de um acontecimento negativo a uma determinada pessoa¹⁹⁸.

Nesse contexto, o autor aponta como exigências para que alguém possa ser considerado “culpado”: o princípio da personalidade da pena (em oposição à responsabilidade coletiva); o princípio da responsabilidade pelo fato (em oposição a um Direito Penal do autor); a imputação objetiva do resultado lesivo à conduta do sujeito (a partir dos critérios desenvolvidos pela teoria da imputação objetiva); a presença de dolo ou culpa (em oposição à responsabilidade objetiva); e a necessidade de culpabilidade em sentido estrito (a presença dos elementos da culpabilidade e a consequente ausência de causas de exculpação)¹⁹⁹.

Por fim, a culpabilidade ainda desempenha papel no âmbito da teoria da pena, sendo também compreendida como critério de fixação da sanção, orientando as decisões judiciais. É esse o sentido do termo empregado pelo Código Penal brasileiro, por exemplo, nos seus artigos 59, 71, parágrafo único, 77, inciso II e 44, inciso III²⁰⁰. A culpabilidade,

¹⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1 – parte geral... *Cit.*, p. 455.

¹⁹⁷ MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no direito penal**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 50.

¹⁹⁸ MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**. 1ª ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 174.

¹⁹⁹ *Ibid.*, pp. 175-176.

²⁰⁰ “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...]”.

como elemento do crime, indicará a existência ou não de uma ação culpável; a culpabilidade, como medida de pena, indicará quais fatores têm relevância para a magnitude da pena em cada caso concreto²⁰¹. A culpabilidade, assim, atua como elemento da medição da pena, embora o conteúdo do termo nos mencionados dispositivos não seja claramente delimitado.

Juarez Cirino dos Santos critica o emprego do conceito de culpabilidade como elemento informador do juízo de reprovação, na medida em que a culpabilidade é o próprio juízo de reprovação, não podendo, portanto, desempenhar ambas as funções²⁰². Também Juarez Tavares alerta que caso pretenda-se dar mesmo significado à culpabilidade do artigo 59 (o que se aplica aos outros dispositivos em que ela é empregada no mesmo sentido) e à culpabilidade como elemento configurador do delito não será possível que o juiz, no momento da individualização da pena, utilize-a novamente, sob pena de violação do *ne bis in idem*. Por outro lado, distinguindo-se os institutos, em que pese sob o mesmo nome, faz-se necessário decidir quais elementos compõem a culpabilidade como medida da pena. Neste caso, o autor sugere que seu conteúdo relacione-se à gravidade objetiva do injusto penal, sem juízos subjetivos de conveniência, repercussão social ou moralidade²⁰³.

Eugenio Raúl Zaffaroni busca integrar o dado da seletividade à culpabilidade e desenvolve a culpabilidade pela vulnerabilidade, que será mais detidamente analisada adiante. A partir dessa construção, o autor afirma evitar uma possível violação do *ne bis in idem*, como alerta Tavares, na medida em que seu conceito de culpabilidade incorporaria o esforço por vulnerabilidade, como elemento regulador da pena. A intenção do autor, no contexto já visto de um funcionalismo redutor, é que o poder do Direito Penal seja exercido contrasseletivamente e, nesse sentido, “na função de indicador da máxima magnitude de pena cabível (no direito brasileiro, no sentido da ‘culpabilidade’ prevista nos

“Art. 71 [...] Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.”

“Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: [...] II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício [...]”.

“Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: [...] III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”.

²⁰¹ SIQUEIRA, Leonardo. **Culpabilidade e pena**: a trajetória do conceito material da culpabilidade e suas relações com a medida da pena. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, pp. 72-73.

²⁰² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral... *Cit.*, p. 528.

²⁰³ TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo e NASCIMENTO, André (orgs.). **Cem anos de reprovação**. Rio de Janeiro: Revan, pp. 121-152, 2011.

artigos 29 e 59 CP) o esforço por vulnerabilidade corrige e reequilibra a seletividade estrutural do sistema penal”²⁰⁴.

Superada a conceituação inicial da culpabilidade, possível passar ao seu estudo mais detido, com o intuito de, ao final, chegar-se a possíveis leituras da culpabilidade que produzam melhores resultados em termos de redução dos efeitos deletérios da atuação do sistema penal. Em suma, o exercício de poder do sistema penal é seletivo, violento, voltado a um determinado público. Sua atuação viola sobremaneira a igualdade e o Direito Penal, nos moldes que hoje opera, apenas reforça essa violação, pois não exerce a tarefa de filtro desse exercício de poder deslegitimado. Esse agravamento das desigualdades se dá, em grande parte, pelas vendas que, ao cobrirem os olhos da *Justiça*, impedem que ela enxergue o sujeito selecionado, suas particularidades e as circunstâncias – inclusive a própria operação seletiva do sistema – que o levaram até aquele momento do processo de criminalização. Sem o olhar para o sujeito e para aquilo que o torna desigual é impossível que seja a ele dispensado tratamento também desigual, a fim de realizar-se a verdadeira isonomia e, assim, a justiça.

É necessário, a partir da perspectiva de um Direito Penal que atue como barreira imposta ao poder punitivo, que o olhar da Justiça dirija-se aos dados sociais, àquilo “que verdadeiramente acontece nas relações sociais entre as pessoas”²⁰⁵. Nesse contexto, revisitar o elemento do Direito Penal que versa sobre a pessoa humana²⁰⁶ – a fim de nele verdadeiramente incorporar tais dados sociais – é essencial para que seja construído um robusto dique à violência do sistema penal, de forma a minimizar as consequências de um ciclo de perpetuação da miséria, da desigualdade e da violência. Urge ressignificar – com olhos abertos, atentos e sensíveis – a culpabilidade penal.

²⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: volume II, tomo 2... *Cit.*, p. 169.

²⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do direito penal... *Cit.*, p. 65.

²⁰⁶ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**... *Cit.*, p. 216.

2 A CULPABILIDADE PENAL E A LIBERDADE COMO SEU FUNDAMENTO

*Em vão me tento explicar, os muros
são surdos.
Sob a pele das palavras há cifras e
códigos.
O sol consola os doentes e não os
renova.
As coisas. Que tristes são as coisas,
consideradas sem ênfase.*

Drummond²⁰⁷

2.1 A Escola Clássica e a Escola Positiva: livre-arbítrio vs. determinismo

O estudo do universo do saber penal permite regressões às primeiras civilizações da humanidade e a dimensão do conhecimento produzido desde então torna necessária a seleção de determinados fatos e períodos históricos, em detrimento de outros, de forma interessada ao trabalho ora desenvolvido. Partindo dessa premissa e tendo em vista a centralidade da liberdade no estudo da culpabilidade, o debate que se estendeu durante os séculos XVIII e XIX entre as Escolas Positiva e Clássica, correntes do pensamento filosófico e jurídico na seara do Direito Penal e da Criminologia, é campo fértil.

O Iluminismo é o marco histórico do surgimento da Escola Clássica, a qual, em suas origens, caracterizou-se por um saber filosófico e, posteriormente, por um saber jurídico, ainda que de fundamentação também filosófica. No primeiro período, cuja expressão encontra-se na obra “Dos Delitos e das Penas”, de Cesare Beccaria, publicada em 1764, conviviam a crítica do Direito e da justiça penal até então vigentes e a projeção de um novo Direito e de uma nova justiça. Com a sua maturidade, a Escola volta-se a um saber essencialmente positivo ou propositivo, o que vem sintetizado na obra “Programa do Curso de Direito Criminal”, de Francesco Carrara, em 1859²⁰⁸.

Durante o período pré-iluminista dominavam um discurso punitivo muito intenso e uma prática de abuso e de violenta opressão; o soberano exercia sua autoridade e seu “poder de morte” de forma notória e cruel. O conhecido episódio que bem ilustra esse

²⁰⁷ Trecho selecionado de “A flor e a náusea”, do livro “A rosa do povo”.

²⁰⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 46.

período e vem relatado na abertura da obra “Vigiar e Punir” é a execução de Robert-François Damiens na Praça de Grève, onde

sobre um patíbulo que aí será erguido, [será] atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento²⁰⁹.

Diante desse cenário de terror, a segunda metade do século XVIII é marcada pela revolta do povo e pela oposição de filósofos, teóricos e operadores do Direito e legisladores ao suplício como forma de punição. Michel Foucault destaca que o Iluminismo vem estabelecer o homem como limite ao poder de punir, como medida do poder, que deve deixar intacta sua humanidade²¹⁰. Surgem, nesse contexto, as primeiras escolas penais, “corpos de doutrina que visam sistematizar a concepção sobre a legitimidade do direito de punir, a natureza do delito e as finalidades das sanções”²¹¹.

Ensina Vera Regina Pereira de Andrade que, diferente do que ocorreu na Alemanha, o saber penal na Itália, desde Beccaria, oscilou em relação ao seu método e objeto, destacando-se, sem prejuízo de posições intermediárias²¹², três Escolas: a Escola Clássica, cujo objeto era o Direito natural, empregando um método dedutivo; a Escola Positiva, tendo por objeto o delito como fato natural e social e por método o indutivo; e a Escola Técnico-Jurídica, com o Direito Positivo como objeto, utilizando o método técnico-jurídico. O embate entre a Escola Clássica e a Escola Positiva dominou o cenário italiano da segunda metade do século XVIII até a segunda metade do século XIX; a Escola Técnico-Jurídica, por sua vez, tem lugar na virada do século XIX para o século XX. Na Alemanha, a dinâmica foi outra, marcada por uma maior constância em relação ao objeto de estudo:

antes de Feuerbach, o Direito Natural se encontra entre as fontes do Direito Positivo; de Feuerbach até aproximadamente 1840, predomina o Direito positivo como objeto da Ciência Penal, ainda

²⁰⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 41ª ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 09.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 72.

²¹¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, p. 31 *apud* JUNQUEIRA, Gustavo e VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal**: parte geral. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 150.

²¹² Como a *terza scuola*, de Manuel Carnevale e Bernardino Alimena, que une postulados das duas escolas (nesse sentido, cf.: MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2ª ed. Buenos Aires: B. de F., 2003, p. 166).

que moderado pelo recurso ao Direito Natural; desde 1840 até aproximadamente 1870, há um retorno, graças ao hegelianismo, da prevalência do Direito racional. A partir de então, e desde K. Binding, triunfam o positivismo jurídico e a consolidação do Direito positivo como objeto da Ciência Penal²¹³.

Não obstante reunir diversos conteúdos e tendências, muitas vezes divergentes²¹⁴, a Escola Clássica guarda unidades ideológica e metodológica que justificam a denominação comum, a qual foi cunhada apenas 1880, por Enrico Ferri. Nesse sentido, a Escola Clássica fundamenta-se nos postulados iluministas e busca a humanização do Direito Penal, a partir da defesa da liberdade e da dignidade humanas, frente aos vícios, excessos e arbitrariedades tão presentes nos regimes jurídicos da Europa àquele tempo²¹⁵.

Para além do livre-arbítrio como postulado básico comum, os autores ditos clássicos adotam uma concepção racionalista de ciência e um método lógico-abstrato ou dedutivo. O recurso à razão desempenha a função de descoberta do seu objeto de análise: o Direito natural²¹⁶. Para a Escola Clássica, o Direito Penal decorre, a partir da dedução lógica, de um contrato social²¹⁷, da natureza racional do homem ou da lei divina²¹⁸ (nunca como produto histórico), configurando-se um sistema dogmático alicerçado sobre conceitos essencialmente racionalistas. Nesses moldes,

A mentalidade iluminista era toda apoiada na capacidade racional do homem controlar, dirigir, planejar e conseguir o que deseja no momento que melhor lhe convém. Criou-se a crença de que a consciência era poderosíssima, capaz de vencer qualquer outro tipo de poder, desde o político até o natural²¹⁹.

O classicismo, marcadamente individualista e liberal, concebe os seres humanos como iguais, na medida em que são livres e dotados de razão, podendo atuar responsabilmente e compreendendo os benefícios oriundos de um contrato social. Cesare Beccaria, na obra que inaugura a fase filosófica do pensamento penal italiano, é enfático ao afirmar que a partir do contrato social, que vincula sociedade e cada um de seus membros,

²¹³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal...** *Cit.*, pp. 44-45.

²¹⁴ Nesse sentido, por exemplo, o embate entre os defensores das teorias absolutas da retribuição, como Carrara, e os adeptos das teorias relativas da prevenção, como Beccaria, Bentham e Romagnosi (*Ibid.*, p. 45).

²¹⁵ TAYLOR, Ian; WALTON, Paul e YOUNG, Jock. **La nueva criminología: contribución a una teoría social de la conducta desviada.** Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1997, p. 19.

²¹⁶ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal...** *Cit.*, p. 155.

²¹⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

²¹⁸ CARRARA, Francesco. **Programma del corso di diritto criminale: dettato nella r. università di Pisa, parte generale.** 3ª ed. Lucca: Tipografia Giusti, 1867.

²¹⁹ VELO, Joe Tennyson. **Criminologia analítica: conceitos de psicologia analítica para uma hipótese etiológica em criminologia.** São Paulo: IBCCrim, 1998, p. 164.

surge uma obrigação “que desce do trono até o campo, que deixa iguais o maior e o menor dentre os homens” e que significa que “é interesse de todos que os pactos úteis ao maior número sejam observados”,²²⁰.

Nesse cenário, o criminoso nada mais é do que “um homem normal que se sente livre para optar entre o bem e o mal, tendo preferido este último”²²¹. Ele apenas diferencia-se do indivíduo que respeita a lei em razão do fato praticado, o qual ocupa o centro da análise da Escola Clássica, emergindo, assim, um Direito Penal do fato²²². Em suma,

a escola liberal clássica não considerava o delinquente como um ser diferente dos outros, não partia da hipótese de um rígido determinismo [...] e se detinha principalmente sobre o delito, entendido como conceito jurídico, isto é, como violação do direito e, também, daquele pacto social que estava, segundo a filosofia política do liberalismo clássico, na base do Estado e do direito. Como comportamento, o delito surgia da livre vontade do indivíduo, não de causas patológicas, e por isso, do ponto de vista da liberdade e da responsabilidade moral pelas próprias ações, o delinquente não era diferente, segundo a Escola clássica, do indivíduo normal²²³.

O crime, como produto da vontade do delinquente, configura-se como uma violação consciente e voluntária da norma penal e, portanto, pressupõe a existência de uma vontade culpável, entendida como a vontade de violar a norma. Em outras palavras, para que haja responsabilidade penal é necessário que a vontade seja exercida no domínio do livre-arbítrio, o que atribui imputabilidade ao agente. Inegável, portanto, que o livre-arbítrio constitui o sustentáculo do Direito Penal clássico²²⁴.

Em Francesco Carrara, já no âmbito da fase jurídica da Escola Clássica, o fundamento do poder de punir é divino – rejeitando-se a ideia de transição de um estado primitivo, com total isolamento, para outro artificial – e o delito é ente jurídico, na medida em que sua essência é a violação de um direito, o qual só pode ser atingido por uma vontade livre e inteligente, atributos que Deus conferiu ao homem²²⁵. Nesses contornos, “o indivíduo, não sendo portador de moléstia mental, possui *a priori* ampla liberdade em seus

²²⁰ BECCARIA, Cesare. *Op. cit.*, p. 42.

²²¹ JUNQUEIRA, Gustavo e VANZOLINI, Patrícia. *Op. cit.*, p. 153.

²²² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal... *Cit.*, p. 58.

²²³ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 31.

²²⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal... *Cit.*, pp. 55-56.

²²⁵ CARRARA, Francesco. *Op. cit.*, p. 10.

comportamentos, com total independência de fatores externos e internos”²²⁶. O livre-arbítrio e a imputabilidade moral do homem funcionam, como o próprio autor reconhece, como princípios imutáveis – verdadeiros dogmas – que se pressupõe aceitos e sobre os quais se edifica a ciência criminal.

No mais, o delito não conta ainda com uma estrutura própria e seus requisitos funcionam apenas como pressupostos da responsabilidade penal. Interessa não a ação como conceito isolado, mas sua contradição com a proibição legal, o que, inclusive, reflete na definição de Carrara de delito: *infração* da lei estatal – promulgada para proteger a segurança dos cidadãos – resultante de um ato externo humano (seja positivo ou negativo) moralmente imputável e politicamente danoso²²⁷. A noção de delito de Carrara, nos moldes do princípio da imputação, decorre justamente daquilo que ele entende como necessário para que o magistrado possa *imputar* a um cidadão um fato como delito, o que somente ocorre quando

O magistrado encontra naquele indivíduo a causa *material* do ato: e lhe diz – *tu fizeste* – imputação *física*. Observa que aquele indivíduo praticou aquele ato com vontade inteligente: e lhe diz – *tu fizeste voluntariamente* – imputação moral. Observa que aquele fato era proibido pela lei da cidade: e lhe diz – *tu fizeste contra a lei* – imputação legal²²⁸.

Como já mencionado, o que interessa ao autor é a contrariedade à lei penal sob um prisma meramente formal, a qual se realizava por meio das chamadas forças, conceito introduzido por Giovanni Carmignani²²⁹. Para Carrara, a concretização do delito pressupõe o concurso de duas forças: uma moral e outra física, ambas dadas ao homem pela natureza e dotadas de dimensões subjetiva (causas) e objetiva (resultados). A força moral subjetiva do delito é a vontade inteligente do sujeito; ela, considerada objetivamente, traduz-se na intimidação que o delito causa nos cidadãos e no seu mau exemplo, ou seja, o dano moral do delito. Já a força física subjetiva do delito é o movimento do corpo por meio do qual o agente realiza seu “projeto perverso” e, por fim, sua dimensão objetiva é o dano material do delito, a ofensa ao direito atacado²³⁰.

²²⁶ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A culpabilidade e a perspectiva ontológica de liberdade. In: **Revista Justitia**, v. 64, São Paulo, pp. 65-71, jul./dez. 2007, p. 65.

²²⁷ CARRARA, Francesco. *Op. cit.*, p. 45. No mesmo sentido: TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, pp. 08-09.

²²⁸ CARRARA, Francesco. *Op. cit.*, pp. 31-32.

²²⁹ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências...** *Cit.*, p. 09.

²³⁰ CARRARA, Francesco. *Op. cit.*, p. 56.

A força moral em sua dimensão subjetiva requer a cognição da lei; a previsão dos efeitos; a liberdade de escolha; e a vontade de agir. Os dois primeiros – que resultam no concurso do intelecto – basta que existam potencialmente; os últimos – resumidos como concurso da vontade – devem existir atualmente. Todos juntos formam a intenção, como esforço da vontade em direção a um fim (nesse caso, o delito). A intenção pode ser perfeita, quando intelecto e vontade estão presentes de forma plena e atual, ou imperfeita, quando um ou outro estiverem diminuídos. Ainda, a intenção será direta quando o resultado é previsto e querido pelo agente; indireta quando tal resultado era uma consequência prevista, mas não precisamente querida (positiva) ou sequer prevista (negativa). Intenção direta e intenção indireta positiva fazem surgir o dolo; intenção negativa, a culpa²³¹.

As considerações de Francesco Carrara a respeito da concretização do delito reforçam a essencialidade da crença no livre-arbítrio como ponto de congruência dos pensamentos abrangidos sob o rótulo Escola Clássica. Razão, como capacidade de compreensão (que existe em Deus ou na natureza), e liberdade, como condição daquele não determinado previamente em seu agir, são os denominadores comuns dos indivíduos na concepção clássica, tornando-os iguais²³² e suscetíveis à pena. Não obstante certa divergência entre os autores clássicos, a atribuição de uma finalidade retributiva à pena, como decorrência do livre-arbítrio, consagra os pilares da Escola Clássica²³³. Pune-se em retribuição à culpa moral e a fim de restabelecer a ordem jurídica violada; trata-se de justo e proporcional castigo, de resposta do ordenamento jurídico àquele que livre e conscientemente optou pelo delito.

Para os clássicos, a pena é uma retribuição jurídica que tem como objetivo o restabelecimento da ordem externa violada. A pena, como negação da negação do direito (segundo Hegel), ou o justicamento do último assassino que se achasse na prisão, caso a sociedade fosse se dissolver (segundo Kant), são exemplos de como a pena tinha como objetivo o restabelecimento da ordem externa (leia-se jurídica) violada²³⁴.

Ao apego à igualdade formal já foram tecidas críticas no primeiro capítulo. Somado a isso, sob a perspectiva da Escola Clássica “nunca se questionava a imposição da pena, os

²³¹ CARRARA, Francesco. *Op. cit.*, pp. 56-60.

²³² TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 58.

²³³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal... *Cit.*, p. 57.

²³⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 92.

alcances do livre arbítrio ou o problema das relações de dominação que podia refletir determinada estrutura jurídica”²³⁵. Não se ignora o mérito da concepção de indivíduo “universal”²³⁶ no que tange ao seu aspecto de reação às discricionariedades e ao sistema de privilégios até então vigente; afinal “não se poderia derrubar um regime autoritário apenas trocando o dono do chicote”²³⁷. Contudo, são necessárias, aqui, as considerações sobre seu potencial de agravamento de misérias e da desigualdade social.

Na medida em que se parte de uma ideia de igualdade plena entre os indivíduos – porque dotados de livre-arbítrio e, então, igualmente livres – para pressupor que todos aqueles que, imputáveis, são da mesma forma culpáveis, realiza-se uma simplificação, com consequências cruéis, de toda a complexa gama de fatores que interferem na forma e na amplitude do exercício da liberdade de cada sujeito concreto que pode vir a praticar um delito. A presença do livre-arbítrio em cada um dos indivíduos não deve, por si só e no que se refere à sua culpabilidade, torná-los iguais aos olhos da lei penal, que, assim, fica cega a outros elementos que deveriam ser pesados em sua balança. No mesmo sentido caminha a crítica de Santiago Mir Puig, ao afirmar que, a partir da igualdade formal característica da Escola Clássica, “não se tratava *materialmente* igual todos os indivíduos, resultando favorecidos aqueles que se encontrassem em uma situação individual ou social mais favorável” e, apesar dos esforços empreendidos desde então, “deve se reconhecer que, como os códigos, seguimos em boa parte ancorados em uma perspectiva metódica consideravelmente abstrata, sem dúvida herança das origens liberais de nossa disciplina”²³⁸.

Em lado oposto ao da Escola Clássica, a Escola Positiva italiana estruturou-se a partir dos pensamentos positivista, evolucionista e naturalista, predominantes no fim do século XIX, e aliada, dentre outros fatores, ao descrédito da doutrina metafísica e à falha do programa clássico no combate à criminalidade²³⁹. Sérgio Salomão Shecaira destaca que

²³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 55.

²³⁶ De acordo com Young, a ideia do homem universal atendia aos interesses da burguesia emergente da época. Na prática, permaneceram excepcionados dessa ideia grupos como mulheres, trabalhadores e ‘loucos’, pois não eram considerados plenamente racionais, de modo a não atingir os critérios da cidadania destinada apenas aos indivíduos plenamente racionais (YOUNG, Jock. *Thinking seriously about crime: some models of criminology*. In: FITZGERALD, Mike; MCLENNAN, Gregor e PAWSON, Jennie (orgs.). **Crime and Society**: readings in history and theory. Londres: Routledge; The Open University, pp. 206-260, 2005, p. 213).

²³⁷ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Op. cit.*, p. 58.

²³⁸ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal...** *Cit.*, p. 159.

²³⁹ Mir Puig reputa injusta a responsabilização da Escola Clássica (atribuída pela Escola Positiva) pela delinquência do século XIX, no sentido de ter ela perdido de vista as necessidades sociais de prevenção e, assim, fracassar em fazer frente à criminalidade que aumentava – muito mais como resultado das dificuldades

a crítica ao pensamento clássico tem lugar diante de uma ideologia burguesa imersa nas fracassadas expectativas “depositadas nas mudanças de paradigmas do capitalismo, que não só não diminuíram a dimensão da criminalidade, como ainda foram incapazes de entender o grave momento histórico e criminal decorrente da Revolução Industrial”²⁴⁰.

O positivismo propõe a unidade do método científico, adotando o método experimental ou empírico-indutivo, pautado na quantificação dos fenômenos, na neutralidade e no determinismo, também para o estudo da sociedade e do homem²⁴¹. Nesses moldes, o delito passa a ser analisado como fenômeno empírico e, para ser tratado cientificamente, sujeita-se às leis que regem o mundo real-material, dentre elas a causalidade: “todo fato da natureza responde a determinadas *causas*, ou seja, está determinado causalmente. Também o delito devia ser produto de causas que determinassem a vontade de seu autor”²⁴². Enrico Ferri, um dos maiores nomes da Escola Positiva, afirma que ela constitui

uma renovação completa, uma mudança de método científico no estudo da patologia social criminal e do que há de mais eficaz entre as soluções sociais e jurídicas que nos oferece. A ciência dos delitos e das penas era uma exposição doutrinária de silogismos, nascidos por força exclusiva da fantasia lógica; nossa escola fez disso uma ciência de observação positiva que, fundando-se na antropologia, na psicologia e na estatística criminal, assim como sobre o direito penal e os estudos penitenciários, chega a ser a ciência sintética [...] [que] não faz outra coisa senão levar à ciência criminal clássica o sopro vivificador das últimas e irrefutáveis conquistas da ciência do homem e da sociedade, renovada pelas doutrinas evolucionistas²⁴³.

A partir da premissa do total determinismo dos comportamentos, de impossível convivência com o livre-arbítrio que alicerça a Escola Clássica, o indivíduo delinquente no positivismo não é o sujeito mau ou ignorante, que violou os princípios morais implícitos ao contrato social, mas alguém sujeito a forças que desconhece. Não importam a moralidade do ato ou a sua motivação; o foco é o delinquente e não o ato delitivo²⁴⁴.

Costuma-se dividir a Escola Positiva em três correntes ou fases, cada uma representada por um de seus expoentes: a fase antropológica, de Cesare Lombroso, a

de adaptação da população às condições da sociedade industrial que surgia (MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal...** *Cit.*, p. 157).

²⁴⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia...** *Cit.*, p. 93.

²⁴¹ TAYLOR, Ian; WALTON, Paul e YOUNG, Jock. *Op. cit.*, p. 29.

²⁴² MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal...** *Cit.*, pp. 161-162.

²⁴³ FERRI, Enrico. **Sociología criminal**: tomo I. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 2004, p. 44.

²⁴⁴ TAYLOR, Ian; WALTON, Paul e YOUNG, Jock. *Op. cit.*, pp. 40-41.

sociológica, com Enrico Ferri e a corrente jurídica, de Raffaele Garofalo. Mais uma vez com o recorte focado nas ideias de liberdade e de culpabilidade, possível verificar que, não obstante todos os autores neguem o livre-arbítrio, há diferenças em relação à explicação do comportamento criminoso.

Cesare Lombroso, considerado fundador da Antropologia Criminal e do período “científico” da Criminologia²⁴⁵, vale-se do método de investigação e análise para o estudo de um grande número de criminosos – principalmente de prisões e hospitais psiquiátricos do sul da Itália – a partir de suas características fisionômicas, anatômicas e fisiológicas. Comparando grupos criminosos e não criminosos, o autor busca as bases de sua investigação no chamado “tríptico lombrosiano”: atavismo, epilepsia e loucura moral²⁴⁶. Para ele, o criminoso nasce criminoso, assim determinado por fatores biológicos: “Lombroso afirmava ser o criminoso um ser atávico que representa a regressão do homem ao primitivismo. É um selvagem que já nasce delinquente. A causa da degeneração que conduz ao nascimento do criminoso é a epilepsia, que ataca os centros nervosos dele”²⁴⁷.

O crime é encarado, nesse contexto, como um fenômeno natural (necessário, tal qual o nascimento e a morte)²⁴⁸ e perde relevo frente ao estudo do criminoso, uma espécie particular do gênero humano. Importante destacar que a definição do tipo antropológico do delinquente como predestinado à prática de crimes não significa que Lombroso via nas pessoas “sadias” uma livre vontade. Igualmente determinados, o são por “motivos, desejos, que não contrariam o bem estar social”; nelas, “os maus instintos, quando surgem, são freados por outros motivos”, os quais “não influenciam o louco moral nem o delinquente nato”²⁴⁹.

Enrico Ferri, criador da Sociologia Criminal, expande o rol de causas do crime, englobando na explicação da criminalidade, para além dos fatores biológicos, elementos físicos e sociais. Desenvolve-se, assim, uma perspectiva sociológica da Criminologia etiológica, para a qual a criminalidade, independentemente de sua forma e categoria, tem

²⁴⁵ As teorias voltadas a uma etiologia orgânica do delito, por outro lado, já existiam, principalmente no meio da Medicina, antes da obra de Lombroso (nesse sentido, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal...** *Cit.*, p. 82).

²⁴⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal...** *Cit.*, p. 65.

²⁴⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia...** *Cit.*, p. 94.

²⁴⁸ LOMBROSO, Cesare. **O homem criminoso**. Rio de Janeiro: Editora Rio, p. 501.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 488.

origem e natureza complexos: “todo delito, qualquer que seja a categoria a qual pertença, é um produto simultâneo do concurso destas três ordens naturais”²⁵⁰.

Em Ferri, o predomínio de uma ou outra ordem de fatores produz diferentes categorias de delinquentes. Ao lado do criminoso nato lombrosiano – o homem selvagem, brutal, perverso, que não distingue a conduta delitativa em geral da honesta – existem outras quatro categorias: o criminoso habitual, o ocasional, o louco e o passional²⁵¹. O louco, categoria que inclui variadas condições psicopatológicas, pratica o delito motivado por sua enfermidade mental e atrofia do senso moral. Os delinquentes habituais estão ligados à criminalidade patrimonial e, inseridos na miséria, iniciam uma escalada no crime a partir de pequenas faltas²⁵². O criminoso ocasional pratica crimes menos por uma tendência inata do que motivados pelo impulso de influências ambientais. Os criminosos passionais, por fim, são em menor número e, como o próprio nome sugere, cometem delitos dominados pelo impulso de uma paixão.

O crime, nesses moldes, permanece fruto não do livre-arbítrio, mas de um conjunto de caracteres que moldam a personalidade de um grupo minoritário e perigoso de pessoas. Ferri dedicou sua tese de doutoramento à negação do livre-arbítrio, que define como a faculdade por meio da qual o homem pode *querer* uma determinada coisa ao invés de outra, *independentemente* de qualquer razão que o determine *necessariamente* àquela decisão²⁵³. Para o autor, que se ocupa da ideia de responsabilidade social – e não moral ou metafísica –, liberdade e responsabilidade não são um binômio necessário. O autor faz uma analogia entre um cão que, sem livre-arbítrio, é treinado por seu dono e responde aos seus estímulos de forma a modificar seu comportamento. Assim como ocorre com os animais, é possível modificar o homem, operando sobre sua índole ou sobre sua inteligência. O legislador protege a sociedade dos delinquentes mediante a ameaça da pena e se um cidadão, mesmo diante dessa ameaça, delinque, isso significa que uma razão mais forte levou-o a violar a lei:

mesmo o cachorro, caso alguma vez, fugindo, tenha sido espancado, teria permanecido na sala de jantar, apesar da correção de seu mestre, porque teria escolhido o mal menor. Os crimes, portanto, cometidos apesar das leis, confirmam esta verdade: que o homem não é livre, mas é necessariamente determinado pelas

²⁵⁰ FERRI, Enrico. **Sociologia criminal**, tomo I... *Cit.*, p. 136.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 164.

²⁵² SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia...** *Cit.*, p. 98.

²⁵³ FERRI, Enrico. **La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio**. Firenze: Tipografia di G. Barbèra, 1878, p. 16.

razões mais fortes, que agem sobre ele. O medo da pena [...], em regra, ganhará vantagem sobre os motivos que levam ao mal; mas caso se depreenda com um motivo muito forte, por exemplo, o ímpeto da paixão, cederá e o homem delinquirá. O legislador propõe-se, portanto, a prevenir crimes como regra geral, mas não pretende fazê-los desaparecer completamente, porque seria insano querer opor-se à necessidade das coisas²⁵⁴.

Não havendo que se falar em liberdade de escolha pelo delito, a reação punitiva precisa encontrar fundamentos em outro lugar. Há uma reação ao individualismo – no sentido de valorização do indivíduo – próprio da Escola Clássica, alterando-se o foco para a proteção da sociedade contra o criminoso, pois “se um homem está fatalmente determinado a cometer delitos, então está a sociedade igualmente determinada a defender as condições de sua existência contra aqueles que a ameaçam”²⁵⁵. Fala-se em responsabilidade penal como responsabilidade social, como a necessidade do indivíduo ser responsável por seus atos frente à sociedade, na medida em que nela vive e, assim, recebe as vantagens de proteção e auxílio em seu desenvolvimento. A punição, portanto, assume a finalidade de proteção da sociedade: “a pena é justa na medida em que é necessária para alcançar um fim social, como é justo matar uma besta feroz para proteger-se dela”²⁵⁶.

Aliando as finalidades de proteção social e de tratamento, Raffaele Garofalo cunhou o termo “temibilidade”. A finalidade de proteção justifica – dispensando a culpabilidade – o cerceamento dos direitos do criminoso; a temibilidade, por sua vez, proporciona a medida da reação penal: quanto maiores a probabilidade de o sujeito delinquir e sua perversidade constante e ativa, mais intensa a defesa da sociedade. Assim, o pressuposto da defesa social situa-se no próprio criminoso e não no delito, que era justamente a manifestação da periculosidade (ou “temibilidade”) do seu autor²⁵⁷. Justificam-se, assim, as medidas de segurança como forma de tratamento: “uma vez realizado o diagnóstico, o criminoso deve ser tratado pelo tempo que for necessário. As sentenças, portanto, são indeterminadas, assim como uma estadia no hospital é indeterminada e baseada no tratamento satisfatório ou cura”²⁵⁸.

Estabelecidas as premissas da Escola Positiva, resta claro que muitas são as críticas que podem ser a ela tecidas. Não obstante pretender-se científica como reação à metafísica da Escola Clássica (que estrutura sua visão de mundo sobre um indemonstrável livre-

²⁵⁴ FERRI, Enrico. *La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio...* *Cit.*, p. 418.

²⁵⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, p. 66 *apud* JUNQUEIRA, Gustavo e VANZOLINI, Patrícia. *Op. cit.*, p. 159.

²⁵⁶ FERRI, Enrico. *La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio...* *Cit.*, p. 421.

²⁵⁷ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal...* *Cit.*, p. 163.

²⁵⁸ YOUNG, Jock. *Thinking seriously about crime: some models of criminology...* *Cit.*, p. 21.

arbítrio), as experiências levadas a cabo por seus autores, antes de provarem o determinismo comportamental do ser humano, foram mais uma tentativa de justificar a dominação sobre determinados grupos. As críticas de Eugenio Raúl Zaffaroni sobre o tema são mais uma vez precisas. Afirma o autor que a nova classe hegemônica europeia não demandava mais as construções idealistas e o artifício do contrato social para sua manutenção e sim instrumentos mais eficazes e compatíveis com o ideário da época. Revestir tais teorias, verdadeiramente racistas, de ares científicos²⁵⁹ é artifício que se revelou eficaz à dominação dos “selvagens colonizados”: “se a prisão estava destinada aos brancos ‘atávicos’ nos países colonialistas, porque eles se pareciam com os selvagens, cabe pensar que os territórios colonizados eram grandes prisões, ou seja, imensos campos de concentração”²⁶⁰. Termina o autor por afirmar que o positivismo fez renascer a estrutura do discurso inquisitorial:

a criminologia substituiu a demonologia e explicava a ‘etiologia’ do crime; o direito penal mostrava seus ‘sintomas’ ou ‘manifestações’ da mesma forma que as antigas ‘bruxarias’; o direito processual explicava a forma de persegui-lo sem muitas travas à atuação policial (inclusive sem delito); a pena neutralizava a periculosidade (sem menção da culpabilidade) e a criminalística permitia reconhecer as marcas do mal (os caracteres do ‘criminoso nato’).²⁶¹

O embate entre Escola Clássica e Escola Positiva levou a certo esquecimento do Direito positivo vigente, em meio à atenção destinada ora ao Direito natural, ora à realidade metajurídica, o que foi observado por Arturo Rocco no início do século XX²⁶². Surge, com ele e em face desse abandono, o tecnicismo jurídico que, em linhas muito gerais, restringe seu foco ao direito positivado, excluindo interferências externas de outras ciências. O debate sobre a existência ou não do livre-arbítrio, porque filosófico, não tem

²⁵⁹ As teorias racistas, baseadas na existência de raças e de diferentes biológicas e genéticas entre elas, em uma relação de hierarquia, foram posteriormente importadas para o Brasil para autorizar o tratamento desigual e a perpetuação de violências – que supostamente desapareceriam com o fim da escravatura. Foi nesse cenário que Nina Rodrigues escreveu “A igualdade é falsa, a igualdade só existe nas mãos dos juristas” (RODRIGUES, 1894 *apud* BENEDITO, Deise. Dos navios negreiros aos dias de hoje: a violência e a juventude negra. In: **Boletim do Instituto de Saúde**, n. 44, São Paulo, pp. 26-29, abr. 2008, p. 27). O autor, principal seguidor brasileiro de Lombroso, chegou a defender a existência de Códigos Penais distintos para brancos e não brancos, baseado na crença de que o desenvolvimento mental era diverso nas raças que ele considerava inferiores. Evidentemente que a teoria do racismo é baseada em uma pseudorracionalidade e em uma pseudocientificidade, revelando-se, na verdade, “uma prática (e não uma teoria) econômica, social, política e cultura para justificar a violência contra seres humanos e, portanto, é inaceitável para as ciências, para a Filosofia e para a razão. Uma ‘razão’ racista não é razão, mas ignorância, preconceito, violência e irrazão” (CHAUI, Marilena. *Op. cit.*, p. 107).

²⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal...** *Cit.*, p. 88.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 93.

²⁶² MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal...** *Cit.*, p. 168.

lugar no Direito Penal²⁶³. A reação de Rocco, afirma Santiago Mir Puig, é inspirada pelo Positivismo Jurídico alemão e por exemplos como Karl Binding, Franz Von Liszt e Ernst Von Beling²⁶⁴.

A ciência do Direito Penal alemã, que tem Paul J. Anselm Von Feuerbach – autor do Código Penal bávaro de 1813 – como seu fundador, não experimentou uma mudança de objeto tão marcante como ocorreu na Itália, resumindo-se mais a uma evolução da ciência do Direito positivo. Assim, “quando o positivismo, como movimento cultural de âmbito geral, invade o espírito da segunda parte do século XIX, já fazia tempo que a ciência penal alemã utilizava o método dogmático”²⁶⁵.

É com Feuerbach que o Direito positivo ganha predomínio sobre o Direito natural, como objeto de estudo. É a ele, inclusive, que são atribuídos os primeiros indícios do conceito analítico de delito (ao definir o crime como ação antijurídica, cominada em uma lei penal), bem como da concepção normativa de culpabilidade (ao exigir que o agente possua consciência da antijuridicidade de sua conduta para que possa ser punido)²⁶⁶.

Diferentemente do que ocorreu na Itália, portanto, não foi preciso esperar até o início do século XX para que a ciência se voltasse à elaboração das leis positivas. Por outro lado, a Escola Positiva, nos moldes desenvolvidos na Itália, ou seja, focada na realidade empírica naturalista, não encontrou eco na Alemanha, sendo Liszt, como representante de uma corrente eclética (Terceira Escola Alemã, Escola Moderna Alemã ou Escola Sociológica Alemã²⁶⁷), quem mais se aproximou do evolucionismo naturalístico, aliando à dogmática penal o estudo “científico” do crime e do criminoso. Nesse contexto, Santiago Mir Puig explica que o positivismo tomou duas direções diversas: o positivismo jurídico como normativismo, com Karl Binding, e o positivismo naturalista, com Franz Von Liszt²⁶⁸.

Em linhas gerais, por meio do método positivista-normativista rejeitam-se quaisquer elementos estranhos à lei. Binding, em sua obra “As normas e suas violações”, de 1872, deixa claro que o objeto de seu estudo é o Direito positivo, excluídos fatores metajurídicos, bem como a abordagem da realidade empírica do delito e da pena. O autor concebe a norma como ente jurídico, no âmbito do Direito Público, e não como norma

²⁶³ JUNQUEIRA, Gustavo e VANZOLINI, Patrícia. *Op. cit.*, p. 169.

²⁶⁴ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal...** *Cit.*, pp. 169-170.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 187.

²⁶⁶ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências...** *Cit.*, p. 13.

²⁶⁷ JUNQUEIRA, Gustavo e VANZOLINI, Patrícia. *Op. cit.*, p. 166.

²⁶⁸ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal...** *Cit.*, p. 188.

social de cultura. À lei penal resta o papel secundário de ameaçar com pena uma lesão à norma, de modo que o delito é uma espécie dessa lesão. O juiz vincula-se somente à lei e a pena destina-se à retribuição pelo fato cometido. Assim, questões materiais como “que as normas penais expressem ou não valorações sociais, que o *ius puniendi* do Estado tenha um significado político variável [...] e que a pena possa servir a fins situados fora de seu conceito jurídico, [...] ficam à margem da consideração de Binding”²⁶⁹.

Para o autor, culpabilidade é a intenção ou vontade de um sujeito, com capacidade de ação, como causa de uma antijuridicidade e subdivide-se em dolo e negligência, que são elementos da punibilidade. A imputação, nesses moldes, designa se essa intenção foi causa do fato, ou seja, se ele resultou de uma vontade juridicamente relevante²⁷⁰. Conforme observa Davi Tangerino, não obstante sua contribuição para a superação da imputação moral, Binding inicialmente não confere à culpabilidade um papel autônomo como categoria do delito, tendo em vista que, para ele, todo comportamento antijurídico seria sempre culpável²⁷¹²⁷².

Ao passo que o positivismo jurídico liga-se à ideologia liberal clássica, o positivismo naturalista encontra guarida nos mesmos fatores que levaram à origem da Escola Positiva italiana: a transição do Estado Liberal clássico para o Estado Social²⁷³ e o apogeu das ciências naturais e do evolucionismo. Contudo, como já afirmado, não houve a substituição do objeto da ciência penal pela realidade empírica do delito, a qual apenas acoplou-se à dogmática jurídico-penal. Em outras palavras, “na dogmática, o naturalismo somente teve influência como modo de estudo do direito positivo, que seguiu constituindo seu único objeto”²⁷⁴. É nesse contexto que surge o sistema causal-naturalista, a partir do qual será realizado um estudo sistemático da culpabilidade.

²⁶⁹ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal...** *Cit.*, p. 192.

²⁷⁰ BINDING, Karl. **La culpabilidad en derecho penal.** Buenos Aires: B. de F., 2009, p. 12.

²⁷¹ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Op. cit.*, p. 65.

²⁷² Tavares aponta que a teoria de Binding, em que pese sua contribuição à interpretação das normas jurídicas, “deve ser afastada da análise do conceito de delito [...] Os sistemas modernos começam a efetivamente tomar corpo através de outras contribuições doutrinárias, fora do âmbito da teoria das normas” (TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências...** *Cit.*, pp. 14-15).

²⁷³ “Se o Estado liberal havia defendido um direito penal de garantia, despreocupado de incidir na realidade e mais preocupado em não fazê-lo, o novo Estado social foi chamado a encarnar um direito penal de prevenção efetiva. Acompanhava-se, assim, o significativo aumento da delinquência produzido pela industrialização. Mas advirta-se: isto indica que no direito penal a filosofia intervencionista voltou-se, por assim dizer, contra o agente histórico que lhe deu origem a nível político geral: o proletariado, cujas dificuldades de adaptação à nova sociedade industrial eram a principal causa do referido aumento da criminalidade” (MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal...** *Cit.*, p. 197).

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 198.

2.2 Evolução da culpabilidade na teoria do delito

2.2.1 *Sistemas causais: do causalismo ao neokantismo*

Como já mencionado, é com Franz Von Liszt e Ernst Von Beling que surge o primeiro sistema teórico-abstrato do delito e, a partir de então, suas categorias centrais são combinadas e desenvolvidas até os moldes dos atuais sistemas. O sistema causal ou clássico encontra fundamento no positivismo naturalista do século XIX, o qual se desenvolveu na Alemanha a partir dos anos 1880, tendo como marco a publicação do “Programa de Marburgo”, de Liszt, em 1882. As ciências da natureza e o evolucionismo de Charles Darwin estavam em seu apogeu e acreditava-se que somente o método experimental caracterizava uma atividade como científica²⁷⁵. Assim, transportou-se para a ciência penal (e, então, para o seu objeto de conhecimento – o crime) a utilização da metodologia das ciências da natureza, com a observação e descrição da realidade e foco nas relações de causa e efeito que podem ser percebidas pelos sentidos. Ficam de fora da dogmática jurídica as valorações filosóficas, os conhecimentos psicológicos e os dados sociológicos²⁷⁶.

Liszt define crime como “o injusto contra o qual o Estado comina pena”, sendo o injusto “a ação culposa e contrária ao direito”²⁷⁷. Beling completa o rol das categorias centrais das teorias do delito ao distinguir a antijuridicidade da tipicidade, conceituando crime como a “ação típica, antijurídica, culpável, submetida a uma cominação penal adequada e ajustada às condições de dita penalidade”²⁷⁸. Nesse contexto, a tipicidade é a proibição de causação do resultado danoso e a antijuridicidade a inadequação da causação do resultado à ordem jurídica.

A ação desempenha papel central no sistema Liszt-Beling: é elemento comum a todos os crimes, valorativamente neutra e adjetivada pela tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Consiste no movimento corpóreo e voluntário que gera uma alteração no

²⁷⁵ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal...** *Cit.*, p. 197.

²⁷⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal:** parte general. 5ª ed. ren. ampl. Granada: Imprenta, 2002, p. 218.

²⁷⁷ VON LISZT, Franz. **Tratado de direito penal alemão:** tomo I. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, 1899, p. 183.

²⁷⁸ COUSO SALAS, 2006, p. 73 *apud* TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Op. cit.*, p. 71.

mundo exterior perceptível pelos sentidos e cinde-se em três elementos: vontade, resultado e o vínculo entre eles²⁷⁹.

A adoção do método descritivo fundado na relação de causa e efeito leva a um conceito de vontade que se confunde com a ideia de um impulso mecânico e não guarda relação com o livre arbítrio no sentido metafísico. Não se perquire a existência de desejo ou faculdade, bastando a ausência de coação física ou psicofísica, de modo que “não pratica ação aquele que, em um ataque de convulsão, danifica objetos alheios [...] [ou] quem é coagido pelo poder psíquico de outrem a fazer ou deixar de fazer alguma coisa”²⁸⁰. O resultado, por sua vez, é a mudança concreta no mundo sensível, causada ou não impedida, e vincula-se ao impulso da vontade por um aspecto objetivo e por outro subjetivo. O primeiro é uma simples relação de causalidade ou de não impedimento²⁸¹, ou seja, a referência do resultado de forma objetiva ao ato de vontade do autor²⁸². O liame subjetivo ou vínculo psicológico entre o agente e o resultado, por sua vez, é o conteúdo da culpabilidade.

É na medida em que o sistema causal atribui os elementos objetivos do fato punível ao injusto – como lesão causal do bem jurídico – e seus elementos subjetivos à culpabilidade – como relação psíquica do autor com o fato²⁸³ – que ele se diferencia do quanto desenvolvido até então.

Pode-se dizer que o valor da teoria causal resida justamente neste ponto, de enquadrar tecnicamente os elementos objetivo e subjetivo na estrutura do crime, a partir de um conceito básico de ação, que os engloba de modo geral e mínimo, já antecedentemente a qualquer incidência legal. Nas formulações anteriores, esses elementos estavam, em termos sistemáticos, praticamente perdidos dentro dos pressupostos de punibilidade²⁸⁴.

Nessa perspectiva, portanto, a culpabilidade é o vínculo psíquico entre a conduta e o resultado, tratando-se da descrição de uma relação psicológica. Basta a realização do fato, com dolo ou com culpa, para estarem preenchidos os requisitos para tornar seu autor responsável²⁸⁵. Percebe-se que a intensa discussão sobre o livre-arbítrio exposta no tópico anterior é marginalizada na teoria psicológica da culpabilidade, decorrência lógica do

²⁷⁹ VON LISZT, Franz. *Op. cit.*, p. 193.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 197.

²⁸¹ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Op. cit.*, p. 72.

²⁸² VON LISZT, Franz. *Op. cit.*, p. 249.

²⁸³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral... *Cit.*, p. 276.

²⁸⁴ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**: variações e tendências... *Cit.*, p. 20.

²⁸⁵ TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 6, n. 24, pp. 145-156, 1998, p. 145.

sistema Liszt-Beling²⁸⁶, que dispensa o fundamento em uma concepção antropológica, pautada na autodeterminação do sujeito.

A culpabilidade, agregando todos os elementos psicomentais, configura-se como a causação psíquica do resultado e, por meio dela, estabelece-se um segundo nexos causal entre ele e a conduta. São duas as perguntas, portanto, a serem respondidas e cujas respostas revelarão a existência ou não dos dois nexos causais: “um físico (a conduta causou o resultado?) e outro psíquico (há uma relação psicológica entre a conduta e o resultado?)”²⁸⁷.

A causação psíquica do resultado existirá ou como a consciência e vontade do autor de realizar o fato e, portanto, na espécie dolosa, ou como a causação do resultado por imprudência, imperícia ou negligência, ou seja, na espécie culposa. Acerca da consciência da antijuridicidade como elemento da culpabilidade (de forma autônoma ou integrante do dolo), não há uniformidade no âmbito do sistema causal-naturalista.

A ação culposa, em Liszt, é a “causação ou o não-impedimento, por ato voluntário, de um resultado que não foi previsto, mas que podia sê-lo”²⁸⁸. Como tal, pressupõe dois requisitos: a falta do cuidado imposto pela ordem jurídica, o que é aferido conforme a natureza da ação (e não segundo as particularidades do agente), e a falta de previsão do resultado que poderia ser previsto, o que é verificado levando-se em conta as faculdades mentais do sujeito²⁸⁹.

O dolo, por sua vez, é formado pela vontade (elemento volitivo) e pela consciência (elemento intelectual). Divergindo de Binding, que definia o dolo como a vontade consciente e contrária ao direito²⁹⁰, em Liszt o dolo não compreende a consciência da ilicitude²⁹¹. Trata-se de dolo puramente psicológico, bastando que o sujeito queira seu ato e preveja a consequência de sua ação, querendo-a também ou a ela anuindo; em suma “ao se renunciar aos elementos normativos, retira-se a consciência da antijuridicidade do dolo,

²⁸⁶ Tavares explica que “Embora se descubra essa concepção psicológica também fora do sistema Liszt-Beling, por exemplo, em Binding, pode-se considerá-la como consequência lógica desse sistema, pois nele é que ela irá encontrar sua verdadeira razão de ser sistemática” (TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências...** *Cit.*, pp. 27-28).

²⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: volume 1 – parte geral...** *Cit.*, p. 347.

²⁸⁸ VON LISZT, Franz. *Op. cit.*, pp. 290-291.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 292.

²⁹⁰ FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. A culpabilidade no direito penal: estruturação dogmática das teorias da culpabilidade e os limites ao poder de punir do Estado. In: **Revista Acadêmica**, n. 1, v. 86, pp. 165-244, 2014, p. 194.

²⁹¹ VON LISZT, Franz. *Op. cit.*, p. 278.

que passa a ser concebido como pura previsibilidade aliada à vontade de realização do fato”²⁹². Liszt chega a afirmar que incluir a consciência da ilicitude como elemento do dolo ou mesmo como requisito independente do delito paralisaria a administração da justiça, na medida em que a ela seria imposto o ônus de provar, em cada caso, que o agente conhecia a norma violada²⁹³. Além do alerta de Liszt – mais político do que jurídico – é certo que incluir a consciência da antijuridicidade no dolo implica um abandono de seu conteúdo exclusivamente naturalista.

Ainda, na teoria psicológica a culpabilidade – que se confunde com dolo e culpa – tem por pressupostos a imputabilidade e a imputação. A imputabilidade nada mais é do que a capacidade jurídico-penal de ação ou a capacidade de conduzir-se socialmente, o que, em Liszt, pressupõe algumas subcapacidades, sendo necessário que

(i) a psique do autor disponha de riqueza de representações para a completa valoração social; (ii) que a associação de tais representações se produza normalmente e em velocidade normal; (iii) que tenha uma base afetiva normal das representações, (iv) e de uma força motivadora correspondentes à medida média, das normas gerais, jurídicas, morais, religiosas etc.; e (v) que a direção e vigor dos impulsos da vontade não ofereçam nada essencialmente anormal²⁹⁴.

Em resumo, exige-se que o autor do crime possua a capacidade de “*compreender o valor do fato e de querer conforme a compreensão do valor do fato, excluída ou reduzida em situações de imperfeição (imaturidade) ou de defecção (doença mental) do aparelho psíquico*”²⁹⁵. A imputação do resultado, por sua vez, está presente quando ele foi previsto ou, não previsto, poderia sê-lo²⁹⁶. Tratando-se de pressupostos, sua análise precede à verificação das duas espécies de culpabilidade, de modo que, na ótica da teoria psicológica, o inimputável não pode atuar com dolo ou culpa.

Não obstante os avanços que representou no estudo do delito, principalmente na medida em que erigiu “todo um sistema do crime assente numa rigorosa metódica categorial-classificatória, dotado de uma notabilíssima clareza e simplicidade”²⁹⁷, a teoria causalista revelou diversas rupturas, impeditivas de uma real compreensão da essência das

²⁹² BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime...** *Cit.*, p. 226.

²⁹³ VON LISZT, Franz. *Op. cit.*, p. 285.

²⁹⁴ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Op. cit.*, p. 76.

²⁹⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal:** parte geral... *Cit.*, p. 277.

²⁹⁶ VON LISZT, Franz. *Op. cit.*, p. 250.

²⁹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal:** parte geral, tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 241.

categorias do delito, flagrantes nos casos de omissão, culpa inconsciente e causas de exculpação.

O método do positivismo naturalista não era suficiente à explicação da omissão, que não se enquadra na definição de conduta causalista, tampouco se adéqua a um conceito físico-natural de causalidade²⁹⁸. A omissão relevante é justamente a não realização da conduta *devida*. Assim, além de incompatível com a ideia de um movimento corporal que gera modificação no mundo exterior, seu conceito impescinde de um conteúdo normativo. Não basta o não agir, pois nem todas as omissões são causa de um delito, sendo necessária sua valoração como infração da norma obrigatória, que não pode ser percebida pelos sentidos²⁹⁹. Em outras palavras, na omissão causalmente relevante “o elemento integrador da tipicidade não é a causação do resultado, mas o vínculo jurídico-normativo que confere relevância à não evitação dele”³⁰⁰. Assim, tratando-se de elemento valorativo, não poderia integrar o injusto, que é puramente objetivo. A incompatibilidade consiste, portanto, no fato de que o dever de agir de cuja infração deriva a omissão implica um juízo de valor.

Em relação à culpabilidade, Cezar Roberto Bitencourt³⁰¹ afirma que a principal dificuldade da teoria psicológica reside em abranger, sob um mesmo conceito, elementos tão diversos, como o são o dolo, como elemento psíquico, e a culpa, com fundamental conteúdo normativo. Não há como se conceber o conceito de culpa sem a ideia de infração de uma norma de cuidado. Ademais, a culpa inconsciente representa a ruína da teoria causalista no que tange à culpabilidade, na medida em que está ausente qualquer vínculo psicológico entre autor e resultado, que nem sequer representou-o no nível do consciente como possível consequência de sua conduta³⁰².

Por fim, também carentes de respaldo na teoria psicológica as hipóteses de exculpação, uma vez que, nesses casos, não há culpabilidade, mas permanece o nexo psicológico entre autor e resultado. Se no causalismo, contudo, a culpabilidade é justamente tal vínculo, não há como conciliar ambos os institutos. Com as excludentes de culpabilidade opera-se “uma exclusão puramente jurídica da culpabilidade, em aberto contraste com a subsistência da referibilidade psíquica do fato, comprovável e ileso a partir de um ângulo natural-descritivo”³⁰³. Juarez Tavares acrescenta que tampouco seria

²⁹⁸ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**: variações e tendências... *Cit.*, p. 31.

²⁹⁹ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**... *Cit.*, p. 208.

³⁰⁰ JUNQUEIRA, Gustavo e VANZOLINI, Patrícia. *Op. cit.*, p. 419.

³⁰¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**... *Cit.*, pp. 396-398.

³⁰² MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**... *Cit.*, p. 209.

³⁰³ FERNANDEZ, 1995, p. 201 *apud* TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Op. cit.*, p. 82.

possível considerar tais situações como hipóteses de exclusão da ilicitude ou como causas de extinção da punibilidade, uma vez que

o que se observa, aqui, não é a permissibilidade da conduta ou a extinção da punibilidade pura e simples, mas sim uma diminuição do conteúdo de desvalor sobre a vontade do agente, portanto, algo que afeta o componente pessoal do fato. Não é a ilegalidade ou a pena que deixam de existir, é o autor que age com vontade viciada de tal ordem, que não se pode considerá-la relevante para fundamentar um juízo de censura sobre ele.³⁰⁴

O sistema Liszt-Beling, nos moldes apresentados, sofreu diversas alterações ao longo do tempo, as quais “quase o desnaturaram de sua forma primitiva, o que veio a dar lugar, depois, à elaboração de outros sistemas”³⁰⁵. A culpabilidade, antes psicológica, passa por transformações no âmbito da teoria complexa, a partir de Reinhard Frank, o que vem a se consolidar na teoria teleológica. As modernas propostas causais, contudo, não romperam em definitivo com o método positivista, o que ocorre apenas com o finalismo, conforme se verá adiante.

A teoria teleológica, normativa ou neoclássica³⁰⁶ do delito encontra respaldo no neokantismo ou teoria neokantiana do conhecimento, orientação filosófica que aparece como reação às fissuras do método positivista e que ampliou o conceito de ciência para abranger também as disciplinas relacionadas à conduta humana, sem que para isso fosse necessária a importação do método das ciências experimentais³⁰⁷.

Em linhas gerais, o neokantismo parte da distinção entre númeno³⁰⁸ e fenômeno, ou seja, a coisa em si, que não pode ser apreendida pelo conhecimento humano, e a sua manifestação no espaço-tempo, cognoscível pelos sentidos. O fenômeno fornece apenas a matéria do conhecimento e a aplicação das categorias de entendimento³⁰⁹ à matéria produz o conhecimento da realidade empírica, procedimento que dá validade às ciências

³⁰⁴ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências...** *Cit.*, p. 32.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 35.

³⁰⁶ Jescheck e Weigend dividem as etapas de desenvolvimento da moderna teoria do delito em três: o conceito clássico de delito, o neoclássico e aquele elaborado pelo finalismo (JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. *Op. cit.*, p. 214).

³⁰⁷ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal...** *Cit.*, p. 211.

³⁰⁸ “Kant afirmou a existência de uma realidade externa e independente do sujeito, designando-a por as coisas em si ou númenos (noumena)” (SILVEIRA, Fernando Lang da. A teoria do conhecimento de Kant: o idealismo transcendental. In: **Caderno Catarinense de Ensino de Física**, v. 19, número especial, pp. 28-51, mar. 2020, p. 40).

³⁰⁹ “As percepções constituíam-se em dados múltiplos e desordenados; a aplicação dos conceitos puros do entendimento, ou categorias, estruturava esses dados, impondo uma ordem inteligível” (*Ibid.*, p. 43).

experimentais³¹⁰. Diferente de Immanuel Kant, entretanto, os juristas neokantianos tentaram trazer o conhecimento científico obtido nesses moldes para as demais ciências – a diferença residiria apenas nos tipos de categorias de entendimento ou formas *a priori* aplicadas às percepções obtidas a partir dos fenômenos. Em síntese, “se as ciências experimentais supõem a aplicação das categorias do conhecimento à matéria empírica, as ciências humanas requerem a subsunção dessa mesma matéria empírica sob *outro tipo de categorias a priori*, específicas desta classe de ciências”³¹¹.

Assim, possível afirmar que, diferente do método empregado pelo causalismo, não bastava à obtenção do conhecimento a experiência sensorial, sendo necessária, após a constatação do objeto investigado, sua avaliação através de juízos valorativos. À matéria, amorfa e comum às diversas ciências, aplicam-se as categorias *a priori* e disso resulta o valor que, portanto, não advém do objeto, mas do método. Desse modo, o conhecimento é sempre impregnado de valor. Heinrich Rickert, nome da escola subocidental alemã (uma das “vertentes” do neokantismo, ao lado da Escola de Marburgo), traz o conceito de valor como central à diferenciação entre ciências sociais e ciências naturais. Um historiador, por exemplo, define a relevância de um fato para a história a partir de determinadas perspectivas valorativas. No âmbito do Direito, “a dogmática jurídica versa sempre sobre fatos referidos a valor: as normas jurídicas”³¹². Trata-se de uma síntese:

Isto é: o conhecimento dos fatos culturais é o produto de uma síntese categorial de, por um lado, a matéria fornecida pela experiência, na qual não se inclui o valor, e a ‘forma’ *a priori*, que é a que traz à síntese do conhecimento o significado valorativo da matéria empírica³¹³.

É a partir de tais premissas que a teoria neoclássica do delito desenvolve-se, no início do século XX, amparada em um dualismo entre as ciências do ser – a realidade empírica livre de valor – e do dever ser – seu significado valorativo. O neokantismo, pondo fim ao purismo do sistema causal primitivo, vem agregar às estruturas desenvolvidas pelo causalismo categorias subjetivas e referências valorativas, revelando um caráter antes complementar do que destrutivo do sistema Liszt-Beling. Nesse sentido,

³¹⁰ “A matéria de qualquer fenômeno constituía-se das sensações produzidas pelas coisas em si que careciam de qualquer estrutura. Estas sensações eram ordenadas pelas formas *a priori* da sensibilidade (o espaço e o tempo), resultando nas percepções; a razão aplicava-lhes as formas *a priori* do entendimento, alcançando então as coisas para nós. Portanto os objetos nos eram dados na sensibilidade e pensados através de conceitos e princípios no entendimento. As duas faculdades cognitivas estavam indissolúvelmente ligadas, sendo ambas indispensáveis ao conhecimento” (SILVEIRA, Fernando Lang da. *Op. cit.*, p. 40).

³¹¹ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal...** *Cit.*, p. 213.

³¹² *Ibid.*, p. 217.

³¹³ *Ibid.*, p. 218.

Sem que houvesse ruptura com a estrutura do sistema causal concebida por Liszt e Beling, o pensamento neokantista provocou o redimensionamento das suas componentes, borrando-se, principalmente, a rígida separação entre aspectos externos/objetivos e aspectos internos/subjetivos do crime e introduzindo-se em todos eles uma perspectiva axiológica/valorativa, dando-se, assim, origem à teoria chamada ‘neoclássica’. De fato, a manutenção, em linhas gerais, da estrutura do delito concebida pela teoria clássica fez com que boa parte do pensamento jurídico-penal situasse a fase neokantiana como um segundo momento do causalismo [...] ³¹⁴.

É nesse contexto que Reinhard Frank funda, em sua obra “Sobre a estrutura do conceito de culpa”, de 1907, a teoria normativa (psicológico-normativa ou complexa) da culpabilidade. Frank critica a limitação do conceito de culpabilidade desenvolvido até então, o qual, resumindo-se aos conceitos acessórios de dolo e culpa, deixa de lado outros elementos importantes para a apreciação jurídica da ação: as circunstâncias concomitantes.

Para o autor, outros fatores – além do dolo e da culpa – são usados para medir a culpabilidade, seja na linguagem cotidiana, que para ele deve encontrar eco na lei, seja nos tribunais. Assim, por exemplo, é mais culpável o funcionário encarregado de um cruzamento nas linhas férreas que, após um longo descanso, erra na colocação dos desvios do que aquele que comete o mesmo equívoco depois de onze horas ininterruptas de serviço. Da mesma forma, entre um sujeito com boa situação financeira e sem família e outro com dificuldades financeiras, mulher doente e filhos pequenos, o primeiro será mais culpável caso ambos pratiquem uma mesma fraude, agindo com igual dolo. As circunstâncias concomitantes, portanto, funcionam para Frank como um padrão para a medição da culpabilidade, podendo, inclusive, excluí-la ³¹⁵.

Além da consideração das circunstâncias concomitantes no conceito de culpabilidade, a imputabilidade deixa de ser seu pressuposto e passa a integrá-la, o que resolve um dos impasses da teoria psicológica, na medida em que passa a ser possível que o inimputável atue imprudente ou dolosamente, como sói ocorrer. Assim, imputabilidade e circunstâncias concomitantes passam a compor o conceito de culpabilidade, ao lado do dolo e da culpa, que deixam de ser suas espécies para funcionarem, também, como seus elementos. Desse modo, Frank busca corrigir o que considera o erro da culpabilidade psicológica:

³¹⁴ JUNQUEIRA, Gustavo e VANZOLINI, Patrícia. *Op. cit.*, p. 191.

³¹⁵ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: B. de F., 2002, pp. 28-29.

O erro da concepção tradicional se baseia na falta de consideração dos elementos individuais da culpabilidade. Ela considera apenas o dolo e a culpa, mas não a imputabilidade, tampouco as circunstâncias sob as quais o fato é praticado. Mas a isso se agrega outro erro mais importante: a doutrina dominante determina a relação de culpabilidade, dolo e imprudência como a relação de gênero e espécie [...] Do meu ponto de vista, o conceito de culpabilidade é um conceito completo, entre cujos elementos estão, entre outros, o dolo e a imprudência³¹⁶.

A fim de reunir todos os elementos da culpabilidade, sem a anterior relação gênero-espécie, sob uma só expressão, Frank emprega o termo reprovabilidade. A culpabilidade deixa de ser somente um vínculo psíquico entre sujeito e fato, passando a ser também um juízo de censura que tem por base elementos psiconormativos³¹⁷: “não se nega que esse juízo recaí sobre uma realidade psicológica, porém essa realidade psicológica é normatizada pelo direito”³¹⁸. Nesse sentido, o alerta de James Goldschmidt no sentido de que a normalidade das circunstâncias ou motivação normal não é elemento normativo da culpabilidade, mas sim a base psíquica de tal elemento, que é a reprovabilidade³¹⁹.

Ainda, a reprovabilidade, em Frank, deve ser encarada sempre com referência aos elementos da culpabilidade e não como conceito autônomo, com valor em si mesmo. Assim, para que alguém possa ser *reprovado* por seu comportamento, há um triplo pressuposto: uma atitude espiritual normal do autor (imputabilidade); uma relação psíquica do autor com o fato ou a possibilidade desta (dolo ou culpa); e a normalidade das circunstâncias sob as quais o autor atua³²⁰³²¹.

A teoria normativa de Frank também supera a dificuldade apresentada pela teoria psicológica em relação às excludentes de culpabilidade, as quais se compatibilizam, em linhas gerais, com a ideia de anormalidade das circunstâncias. Nesse sentido,

obtem-se, basicamente, a explicação da ausência de punição nos casos de coação irresistível, obediência hierárquica e estado de necessidade exculpante, onde não é afetada a subsistência do elemento subjetivo, mas se afirma a ausência de censurabilidade do

³¹⁶ FRANK, Reinhard. *Op. cit.*, p. 37.

³¹⁷ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências...** *Cit.*, p. 40.

³¹⁸ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime...** *Cit.*, p. 121.

³¹⁹ GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. 2ª ed. Buenos Aires: B. de F., 2002, p. 88.

³²⁰ FRANK, Reinhard. *Op. cit.*, pp. 40-41.

³²¹ Conforme Freudenthal, em face de diversas críticas acerca da objetividade do conceito, Frank acaba por substituir a ideia de circunstâncias concomitantes por sua significação motivadora, a motivação normal (FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Buenos Aires: B. de F., 2003, p. 69).

agente, em virtude da anormalidade das circunstâncias que condicionaram seu agir.³²²

Ainda na perspectiva psicológico-normativa da culpabilidade, James Goldschmidt traz a distinção entre norma de direito, que determina a conduta exterior, e norma de dever, que exige uma conduta interior³²³. Assim, ao lado de cada norma de direito, referente à conduta exterior, à causalidade, haveria uma correspondente norma de dever, referente à conduta interior, à motivação, e que determina que o agente motive-se pelas representações de valor jurídico, ou seja, que se conforme ao Direito. Exemplificando, à norma de direito “não matar” correspondem normas de dever que preconizam “abstenha-se deste ato voluntário por representar que ele causaria a morte de outrem” e “represente no momento do ato de vontade de efeito mortal tal efeito”³²⁴. A partir dessa distinção, a culpabilidade é a atribuição de um fato antijurídico a uma motivação reprovável. Reprova-se o autor em razão da violação da norma de dever, quando era exigível que sua vontade por ela se motivasse³²⁵.

O conceito de exigibilidade que, em Goldschmidt, é a possibilidade de comportar-se conforme a norma de dever³²⁶, ganha relevo na obra de Berthold Freudenthal a partir de seu viés negativo: a inexigibilidade. Para o autor, a desaprovação do agente descansa na ideia de que ele *podia* e devia comportar-se de maneira diversa, mas não o fez. Ausente essa possibilidade, não há que se falar em reprovabilidade jurídica e, conseqüentemente, em culpabilidade. Desse modo, “se para a não execução do fato punível fosse necessária uma medida de resistência que de ninguém pode exigir-se normalmente, então estarão ausentes, junto com o poder, a reprovação e, com a reprovação, a culpabilidade”³²⁷.

Divergindo de Reinhard Frank, Freudenthal afirma que a culpabilidade não reclama a normalidade das circunstâncias concomitantes objetivas, tampouco uma força motivadora nestas, eis que o pressuposto comum do dolo e da culpa – para ele espécies da culpabilidade – é que o autor possa ser reprovado por sua conduta: se, nas circunstâncias concretas, qualquer um teria agido como o autor não há como reprová-lo³²⁸. Para Juarez Cirino dos Santos, Freudenthal formula um

³²² TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**: variações e tendências... *Cit.*, p. 40.

³²³ GOLDSCHMIDT, James. *Op. cit.*, p. 91.

³²⁴ *Ibid.*, p. 101.

³²⁵ *Ibid.*, p. 105.

³²⁶ SIQUEIRA, Leonardo. *Op. cit.*, pp. 80-81.

³²⁷ FREUDENTHAL, Berthold. *Op. cit.*, p. 72.

³²⁸ *Ibid.*, p. 76.

fundamento geral supralegal de exculpação, sob um argumento poderoso: se evitar fatos puníveis pressupõe uma capacidade de resistência *inexigível* do homem do povo, então a *incapacidade de agir conforme a norma de dever* exclui a *exigibilidade de comportamento diverso*, permitindo um juízo de exculpação³²⁹.

Interessante situar a construção da inexigibilidade, em Freudenthal, no contexto da difícil situação socioeconômica pela qual passava a classe trabalhadora da época³³⁰, o que levou o autor a defender, a partir de sua teoria, a absolvição da parteira que registrava os filhos dos mineiros da bacia do Ruhr nascidos em finais de semana ou feriados como nascidos em dias de trabalho, a fim de que seus pais pudessem gozar de um dia de folga remunerado³³¹ ou, ainda, do caixeiro viajante que ficou com o dinheiro recebido pelas vendas para arcar com as despesas da viagem realizada em nome de sua empresa, que se recusava a pagá-las³³².

Além das contribuições de Reinhard Frank, James Goldschmidt e Berthold Freudenthal, a produção de Edmund Mezger merece destaque no âmbito da teoria normativa da culpabilidade. O autor, que foi aluno, dentre outros, de Liszt e Beling, foi o penalista mais destacado do regime nacional-socialista que dominou a Alemanha de 1933 a 1945³³³. Mezger afirma que o juízo de culpabilidade sobre um fato e seu autor não tem apenas por base um conjunto de pressupostos situados na pessoa do autor (ou seja, uma situação de fato da culpabilidade), mas *também* consiste, em conformidade com a concepção normativa da culpabilidade, um juízo valorativo acerca desta situação fática. Assim, a culpabilidade de uma pessoa não está na sua própria cabeça, mas na cabeça daqueles que a julgam³³⁴. Esse juízo, aduz Mezger, recai de forma imediata sobre o injusto penal e, de forma mediata, sobre a personalidade e o caráter do autor: o “objeto do juízo é o ato, e esse é a expressão da personalidade daquele que o realiza”³³⁵.

³²⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral... *Cit.*, p. 278.

³³⁰ Em meio à crise econômica que enfrentava a Alemanha da “República de Weimar”, após a derrota na 1ª Guerra Mundial. A obra de Freudenthal situa-se no cenário do que Hobsbawm denomina como colapso do sistema monetário, que assolou da Alemanha no Ocidente à Rússia soviética no Oriente. “No caso extremo – a Alemanha em 1923 – a unidade monetária foi reduzida a um milionésimo de milhão de seu valor de 1913, ou seja, na prática o valor da moeda foi reduzido a zero” (HOBSBAWM, Eric. **Era dos extremos**: o breve século XX. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 94).

³³¹ Caso “Klapperstorch”.

³³² MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo**: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo. 4ª ed. rev. e ampl. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 56.

³³³ *Ibid.*, p. 82.

³³⁴ MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958, p. 190.

³³⁵ SIQUEIRA, Leonardo. *Op. cit.*, p. 92.

Mezger desenvolve, em 1938, durante o regime nacional-socialista, a chamada culpabilidade pela condução de vida, afirmando que a culpabilidade do autor reside, para além da culpabilidade pelo fato, na atitude que ele manteve ao longo de sua vida em relação ao Direito em sua totalidade³³⁶. Responsabiliza-se o autor pelos atos que formaram sua personalidade e resultaram na decisão pela prática do delito, que é, nessa toada, a expressão desaprovada dessa má-formação de seu caráter.

Mezger volta a utilizar a teoria da culpabilidade pela condução de vida ao reformular sua opinião sobre erro de proibição a partir da teoria limitada do dolo. O dolo, na teoria psicológica-normativa da culpabilidade, é o *dolus malus* ou dolo híbrido, que é valorado por um elemento normativo, consistente na consciência da antijuridicidade, que nada mais é do que o “conhecimento prévio da significação ilícita do comportamento”³³⁷. Em relação à posição da consciência da antijuridicidade, Mezger, em um primeiro momento, aderiu à teoria estrita do dolo, que exige que o conhecimento da ilicitude seja atual, bastando que o sujeito tivesse alguma dúvida razoável sobre o caráter ilícito de sua ação para que reste afastada sua punição por crime doloso. Diante da dificuldade de punição e da pouca possibilidade de aceitação da teoria pelos tribunais, o autor revê seu posicionamento, passando a admitir que, em determinadas situações, a consciência da antijuridicidade não é exigível. Segundo Mezger, os casos de “cegueira jurídica” ou “inimizade ao direito” (o autor, por despreocupação ou desprezo com o ordenamento jurídico, sequer representa a ilicitude de sua conduta) deveriam ser punidos a título de dolo, concepção que encontra fundamento justamente na ideia de culpabilidade pela condução de vida³³⁸. Nesse sentido,

Segundo Mezger, o caráter do agente poderia ser moldado, a partir de uma postura de vida, de modo a lançar o autor em uma cegueira jurídica, que o impediria de diferenciar o lícito do ilícito, o certo do errado. Os hábitos de vida do indivíduo, condicionados que seriam por fatores externos, sobretudo pelo meio social no qual se encontrasse inserido o autor, desenvolveriam nestes valores alheios ao modelo estabelecido pelo ordenamento jurídico. Disso resultaria, muitas das vezes, que o indivíduo, ao violar o preceito normativo penal, estaria na crença de agir segundo o permitido, segundo o que corriqueiramente verificasse ao seu redor. Agiria,

³³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo**: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo... *Cit.*, p. 135.

³³⁷ BRANDÃO, Cláudio. A consciência da antijuridicidade no moderno Direito Penal. In: **Revista de Informação Legislativa**, a. 34, n. 136, Brasília, pp. 55-62, out./dez. 1997, p. 56.

³³⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo**: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo... *Cit.*, p. 134.

portanto, dolosamente, porém, desconhecendo a ilicitude de sua conduta³³⁹.

Ao abordar o tema da liberdade humana, Mezger afirma que uma reprovação pessoal não tem sentido sem um nível de liberdade de escolha suficiente que permita ao indivíduo ter agido de forma diversa daquela que agiu. O autor reconhece não possuir condições de solucionar o impasse da indemonstrabilidade da possibilidade do autor ter agido de outro modo no momento do fato e, assim, vê-se diante da falta de um critério seguro acerca da existência ou não de tal possibilidade. Distinguindo uma culpabilidade ética da culpabilidade jurídica, Mezger propõe que existem exigências normativas às pessoas pertencentes a uma comunidade social e ao Direito cabe generalizar, ou seja, referir-se a conceitos e costumes geralmente válidos³⁴⁰. Assim sendo, a faculdade de decidir livremente, de poder atuar de outro modo, tem por base a participação nos valores suprapessoais, os quais, para o “homem normal”, convertem-se em motivos eficientes de sua conduta, fazendo frente aos impulsos criminais³⁴¹. Por meio do juízo de reprovação, portanto, estabelece-se uma comparação – eminentemente moralizante – entre a conduta do autor e a conduta esperada do “homem normal” ou “homem médio”, na mesma situação.

Evidentemente, a ideia já tão criticada de um “homem médio” não só carece de um conteúdo preciso como é altamente seletiva e opressora, na medida em que acaba por corresponder aos padrões dos julgadores, em geral muito afastados da realidade social da maioria da população. Para além da crítica do conceito de homem médio, a culpabilidade como a expressão desaprovada da personalidade do agente deixa abertas as portas às arbitrariedades do Direito Penal do autor, que ignora direitos fundamentais, além de permitir atrocidades legais como as produzidas pelo nacional-socialismo.

Ademais, é preciso o alerta de Leonardo Siqueira quando afirma que, não obstante o repúdio ao discurso mezgeriano em prol de uma culpabilidade do fato, o ordenamento jurídico pátrio ainda hoje convive com tranquilidade com figuras como a reincidência e os maus antecedentes.

Fica só no discurso a idéia que a culpabilidade seria um juízo de reprovação sobre o indivíduo, mas que teria como objeto de valoração o fato típico e ilícito, quando se percebe que o incremento na culpabilidade tendo em vista, unicamente, a vida

³³⁹ GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 45.

³⁴⁰ MEZGER, Edmund. *Op. cit.*, p. 197.

³⁴¹ NAVARRETE URIETA, Jose Maria. La imputabilidad en el pensamiento de Edmundo Mezger. In: **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, tomo 12, mês 1, pp. 39-62, 1959, p. 48.

pregressa do agente, distancia-se, a perder de vista, do fato concreto³⁴².

Dentre os pontos fracos do sistema da teoria neoclássica de delito, Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend destacam a sua neutralidade frente aos valores fundamentais do Direito Penal, o que prejudicou a posição da ciência na discussão com a ideologia do Estado totalitário, bem como os problemas sociais do período industrial³⁴³. Nesse sentido, a crítica central que será tecida por Hans Welzel ao neokantismo reside justamente no seu subjetivismo metodológico e relativismo axiológico, na medida em que os valores não advêm do objeto, que é amorfo, mas do método, como resultado da aplicação das categorias *a priori*, de modo que a forma das coisas pode variar de pessoa a pessoa. Assim, não há garantia de justiça dos conteúdos das normas, como evidenciado durante a 2ª Guerra Mundial³⁴⁴.

Em termos teóricos, a manutenção do dolo na estrutura da culpabilidade fez permanecerem problemas e assistemáticas, como, por exemplo, a punição da tentativa. A identificação do delito praticado na forma tentada não dispensa a análise do dolo, o qual funciona, então, como fundamentador do ilícito e, como tal, não pode ter lugar na culpabilidade³⁴⁵. Ainda, com o reconhecimento de elementos subjetivos do tipo³⁴⁶ e o fim da separação entre os elementos objetivos e subjetivos no injusto e na culpabilidade, respectivamente, fica assistemática a manutenção do dolo no terceiro componente do delito. Em outras palavras, se “os elementos subjetivos especiais indubitavelmente fazem parte do tipo, por que o dolo, que tem a mesma natureza subjetiva, está fora dele? É assistemático tratar o dolo em lugar distinto dos outros elementos subjetivos”³⁴⁷. Também não se justifica que, reconhecida a ausência do dolo no último momento de análise do

³⁴² SIQUEIRA, Leonardo. *Op. cit.*, p. 92.

³⁴³ JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. *Op. cit.*, p. 223.

³⁴⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral, tomo I... *Cit.*, p. 244.

³⁴⁵ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**: variações e tendências... *Cit.*, p. 48.

³⁴⁶ “Com a descoberta dos elementos subjetivos do injusto produziu-se profunda ruptura nessa separação, aparentemente tão clara, entre o externo e o interno, o objetivo e o subjetivo e na associação do ‘externo’ ao injusto e do ‘interno’ à culpabilidade. Observou-se que, em muitos tipos, o injusto não pode se concebido de um modo puramente objetivo, mas encontra-se constituído também por determinados elementos subjetivo-anímicos. O injusto específico do furto [...] não se esgota na simples subtração objetiva de uma coisa alheia, sedo que apenas o *ânimo de lucro* converte a subtração em furto [...] Com essa descoberta, tinha sido aberta uma brecha profunda no sistema anterior, da concepção puramente ‘objetiva’ do injusto. Essa brecha não levou, todavia, a opinião dominante a reavaliar *a fundo* a doutrina tradicional da ação e do injusto, que prosseguiu partindo da concepção de que o injusto refere-se ‘regularmente à conduta exterior (objetiva, corporal)’ (Mezger, I, p. 88), e que os elementos subjetivos do injusto representam, por isso, apenas ‘exceções à regra’” (WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 74).

³⁴⁷ JUNQUEIRA, Gustavo e VANZOLINI, Patrícia. *Op. cit.*, p. 422.

delito, seja necessário um retorno ao injusto para nova verificação a partir dos parâmetros da culpa³⁴⁸. Em linhas gerais,

a **culpa**, apesar de se dizer concebida como *juízo* de censura, continuava a constituir um conglomerado heterogêneo de objecto da valoração e de valoração do objecto, submetendo ao mesmo denominador características que, como a imputabilidade e a exigibilidade, são na verdade elementos de um puro juízo, e características que, como o dolo e a negligência, são elementos do substrato que deve ser valorado como censurável³⁴⁹.

É a teoria normativa pura da culpabilidade, no âmbito do sistema finalista, que vem resolver, dentre outras, tais falhas, completando uma transição iniciada pela teoria teleológica: “a introdução do normativo na ação, no tipo e na culpabilidade traz, como conseqüência, a necessidade de uma nova estrutura para o delito. Mas essa nova estrutura não se coaduna com o esquema causalista”³⁵⁰.

2.2.2 *O sistema finalista: origens e fundamentos*

As bases metodológicas do finalismo surgem já em 1930, com Hans Welzel³⁵¹, como reação ao subjetivismo epistemológico e ao relativismo valorativo do neokantismo, que à época dominava o cenário do saber penal; seus resultados na teoria do delito, contudo, aparecem quase dez anos depois e até hoje permeiam a dogmática jurídico-penal.

Ao tratar das origens do sistema finalista, Juarez Tavares expõe as duas teses que o compõem: a organização do mundo com vistas a um fim e a explicação dos fenômenos como exposição do fim ao qual se dirigem³⁵². O finalismo pretende substituir o relativismo valorativo pela afirmação de verdades eternas e de estruturas lógico-objetivas³⁵³: com base na ontologia, devem ser respeitadas estruturas pré-jurídicas, que só podem ser reconhecidas pelo Direito, jamais por ele criadas ou alteradas. Assim, estabelecem-se limites à dogmática jurídico-penal, que vinculam também o legislador que, apesar de

³⁴⁸ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências...** *Cit.*, p. 49.

³⁴⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral, tomo I...** *Cit.*, p. 244.

³⁵⁰ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências...** *Cit.*, p. 47.

³⁵¹ Embora já anteriormente, nos últimos anos da década de 1920, houvesse autores, como Weber e Dohna, que, aproximando-se da teoria normativa pura da culpabilidade, que se verá a seguir, incorporaram o dolo e a culpa ao tipo, transformando a culpabilidade em reprovabilidade pura (Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: volume 1 – parte geral...** *Cit.*, p. 348).

³⁵² TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências...** *Cit.*, p. 53.

³⁵³ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal...** *Cit.*, p. 226.

permanecer livre na escolha das ações que irá tipificar, fica vinculado à estrutura final da ação e à autodeterminação do ser humano conforme o sentido (bases da teoria do delito de Welzel, conforme se verá adiante).

Desde logo, sobressai a crítica de Jorge de Figueiredo Dias no sentido de que as estruturas lógico-objetivas engessam o Direito Penal, não restando espaço para opções jurídico-políticas, acabando o finalismo por incorrer nos mesmos erros do “velho direito natural clássico, ao preencher os conceitos do direito positivo com os conteúdos considerados normativamente mais corretos, para em seguida os deduzir do corpo do direito natural e os apresentar assim como vinculantes e livres de discussão”³⁵⁴.

Interessante pontuar que a crítica de Hans Welzel ao subjetivismo não se dirige diretamente a Kant, mas a uma interpretação que ele entende como deturpada do pensamento kantiano. Para ele, as categorias *a priori* não são subjetivas, ou seja, não são pontos de vista que variam conforme cada pessoa; são, ao contrário, objetivas para toda mente inteligente, de modo que Kant não quis dizer que é o entendimento *humano* que prescreve às coisas as suas próprias leis, mas o entendimento *puro*. A interpretação que o neokantismo faz desse pensamento não traz grandes problemas no âmbito das ciências da natureza, cujas categorias do entendimento têm concepções que coincidem para todas as pessoas (realidade, existência, etc.). Por outro lado, no âmbito das ciências do espírito, os valores deduzidos das categorias jurídicas *a priori* são muito mais subjetivos, representando uma razão de cada homem³⁵⁵.

Ao contrário do pensamento neokantista, aqui é o objeto que determina o método e conhecer o objeto é compreendê-lo como ele realmente é. Nesse contexto, o que diferencia as ciências não é o modo como cada uma configura a matéria, por meio de categorias próprias, mas os aspectos que cada uma delas considera de um mesmo e já formado objeto³⁵⁶. O finalismo é antes uma consequência de uma metodologia ontologista no âmbito da dogmática jurídico penal do que apenas uma doutrina sobre a ação ou sobre os elementos do delito. Santiago Mir Puig afirma que são dois os pilares da teoria do delito de Welzel e que ambos são manifestações da aplicação da metodologia finalista: a doutrina da ação final e a concepção da essência de culpabilidade como reprovabilidade em face da possibilidade de agir de outro modo. Nesse sentido, o poder agir de outro modo é “uma

³⁵⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral, tomo I... *Cit.*, p. 246.

³⁵⁵ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Op. cit.*, p. 88.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 88.

‘estrutura lógico-objetiva’ ancorada na essência do homem, como ser responsável caracterizado pela capacidade de autodeterminação final com arranjo a um sentido”³⁵⁷.

A ação, em Welzel, é um conceito pré-jurídico, ontologicamente determinado e que, portanto, deve ser acolhido sem ressalvas pelo legislador. A essência da ação humana, sua natureza ontológica, a partir da qual deriva todo o sistema, reside na “verificação de que o homem dirige finalisticamente os processos causais naturais em direcção a *fins* mentalmente antecipados, escolhendo para o efeito os meios correspondentes”³⁵⁸. Não se trata, ao menos do ponto de vista jurídico, da verificação de um fim útil, mas de um objetivo qualquer querido pelo ser humano.

Para Welzel, o homem, porque possuidor de um saber causal prévio, é capaz de prever as possíveis consequências de sua conduta e, assim, direcioná-la a um fim. Diferente do acontecer causal, que resulta do conjunto de causas existentes em um determinado momento, a atividade final é conscientemente orientada a um fim. Com o intuito de explicar a diferença entre ambos, Welzel compara um raio mortal e um assassinato, na medida em que, neste último caso, “todos os atos estão dirigidos em razão de um fim prefixado: a compra da arma, o mirar, apontar, puxar o gatilho; enquanto no raio, o resultado morte é a resultante cega dos elementos causais existentes”³⁵⁹.

A direcção final de uma ação realiza-se em duas fases: uma na dimensão intelectual, ou seja, no âmbito do pensamento do agente (com a antecipação do fim, a selecção dos meios necessários para seu alcance e a consideração dos efeitos concomitantes) e outra no mundo real (um processo causal externo dominado pela esfera do pensamento)³⁶⁰. Nesses moldes, a ação finalista tem em seu cerne a vontade, que converte esse acontecer causal em uma ação dirigida a um fim; é ela a responsável pela previsão das consequências e pela direcção conforme uma finalidade.

A direcção ou orientação da atividade ao fim não pode, por sua própria natureza, ser obra do acaso. Ela pressupõe uma atividade consciente e querida acerca do fim específico a que se destina. A *vontade* eleva-se, pois, à condição de ‘*espinha dorsal da ação*’. Sem vontade não há ação, pois o homem não é capaz nem de cogitar de seus objetivos, se não se lhe reconhece o poder concreto de prever os limites de sua atuação³⁶¹.

³⁵⁷ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal...** *Cit.*, p. 227.

³⁵⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal:** parte geral, tomo I... *Cit.*, p. 245.

³⁵⁹ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 30.

³⁶⁰ *Ibid.*, p.32.

³⁶¹ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito:** variações e tendências... *Cit.*, p. 59.

Assim, ao afirmar que a vontade não pode ser separada de seu conteúdo (finalidade), o finalismo afasta-se do conceito causalista de ação, que a desvincula do conteúdo da vontade, ou seja, do querer (e prever) do autor. Nesse sentido, a ação compreendida como processo causal, ainda que sirva às ciências naturais, não é suficiente à dogmática jurídico-penal, que precisa observar outro aspecto desse mesmo fenômeno, consistente em seu caráter final. Nesse sentido, “a ação é sempre causal e final. O que ocorre é que as ciências naturais contemplam o primeiro aspecto e a dogmática jurídico-penal – como a psicologia – o segundo”³⁶².

A ação não é mero processo causal gerado por um ato voluntário qualquer, mas uma obra por meio da qual a vontade dirige o suceder causal³⁶³³⁶⁴. No mais, finalidade e voluntariedade não se confundem, na medida em que a primeira significa apenas que “um movimento corporal e suas consequências podem ser conduzidos a algum ato voluntário, sendo indiferente quais consequências queria produzir o autor”³⁶⁵. A finalidade, por sua vez, tem necessária referência às consequências queridas, de modo que uma ação final só o é em relação às consequências compreendidas pela vontade, sejam elas representadas pelo fim almejado, pelo meio utilizado (por exemplo, matar para adquirir a herança) ou por um efeito concomitante (por exemplo, estrangular a vítima para imobilizá-la e subtrair seus pertences, acarretando sua morte por asfixia, cuja ocorrência era uma possibilidade já prevista)³⁶⁶.

Também refutando o sistema Liszt-Beling, Hans Welzel desconstrói por completo a divisão do crime entre aspectos objetivo – tipicidade e antijuridicidade – e subjetivo – culpabilidade, ruptura já iniciada com a descoberta dos elementos subjetivos do injusto. O tipo compreende tanto os elementos objetivos como os subjetivos da ação e a infração da norma ocorre se o agente realizou, objetiva e subjetivamente, a conduta típica. A antijuridicidade também não tem como referência apenas a face objetiva da ação, mas ela como unidade de elementos do mundo exterior e elementos anímicos. A afirmação do sistema causal, portanto, decorre de uma compreensão equivocada do termo “objetivo”. De

³⁶² MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal...** *Cit.*, p. 232.

³⁶³ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 38.

³⁶⁴ Também nos delitos culposos a ação é uma obra; a vontade, partindo do fim, escolhe os meios para tal e, nessa tarefa, deve observar as possíveis consequências lesivas a bens jurídicos que pode produzir, evitando-as por meio do cuidado necessário exigido pelo ordenamento jurídico. Assim, o “conteúdo decisivo do injusto dos delitos culposos consiste, por isso, na divergência entre a ação realmente empreendida e a que deveria ter sido realizada em virtude do cuidado necessário [...] Consiste, sobretudo, no *desvalor da ação*” (*Ibid.*, pp. 83-84).

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 33.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 33.

fato, a antijuridicidade é um juízo de desvalor *objetivo*, mas no sentido de um juízo valorativo geral, baseado no ordenamento jurídico³⁶⁷.

Dessa forma, reparando a assistemática do sistema anterior e solucionando problemas como a punição da tentativa, o finalismo transporta definitivamente o dolo para o tipo, encarando-o como seu elemento constitutivo. Nesse sentido, Hans Welzel afirma que a doutrina da ação causal

desconhece que o *dolo* é uma espécie da vontade final de realização, a saber, a vontade final de realização ‘das circunstâncias de fato de um tipo legal’; que o dolo, por conseguinte, como *elemento da ação*, é já parte integrante da *ação* típica e que esta se compõe, portanto, de elementos objetivos (externos) e subjetivos (anímicos). Ao excluir o dolo do tipo e deslocá-lo para a culpabilidade, retira não apenas a unidade interna do tipo objetivo e subjetivo, mas inclusive o próprio tipo subjetivo, pois, desde o reconhecimento dos elementos subjetivos do injusto, admite no tipo alguns elementos subjetivos (intenções, tendências). Sem o dolo, esses elementos ficam, porém, no ar³⁶⁸.

Importante destacar que não nega Welzel que o dolo pertença à culpabilidade no sentido de ser seu portador, pois todos os elementos do delito prévios à culpabilidade a ela pertencem: somente uma ação típica e antijurídica pode ser culpável. O autor opõe-se à ideia de dolo como tão somente um elemento da culpabilidade, sem que seja encarado, antes disso, como elemento do tipo. Santiago Mir Puig destaca que a colocação do dolo no tipo se dá justamente em razão da estrutura lógico-objetiva da finalidade: “se a ação é final e o legislador só pode proibir – ou ordenar – ações finais, a finalidade deverá participar do objeto da proibição [...], isto é, do tipo de injusto”³⁶⁹.

Aqui, também é relevante o alerta de que dolo e vontade da ação não são sinônimos, sendo o primeiro um conceito jurídico, a valoração da segunda, que é natural e dele independe. Quando se está diante da culpa, por sua vez, verifica-se igualmente a presença da vontade da ação que, contudo, acaba por alcançar finalidade diversa (a realização do tipo) daquela para a qual o autor dirigiu-se, seja por defeito no emprego dos meios ou no processo causal³⁷⁰.

O segundo pilar da teoria do delito de Welzel reside, como já mencionado, no desenvolvimento da essência da culpabilidade. A antijuridicidade representa a discordância

³⁶⁷ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 57.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 40.

³⁶⁹ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal...** *Cit.*, p. 235.

³⁷⁰ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências...** *Cit.*, pp.61- 62.

entre a ação e o ordenamento jurídico, entre a vontade efetivamente realizada e sua realização esperada pelo Direito no âmbito social. Entretanto, para a configuração da culpabilidade e, portanto, do delito, não basta tal contradição, sendo necessário que o autor dessa ação pudesse tê-la realizado em conformidade com a norma. Trata-se de uma dupla relação: o “não *dever* ser antijurídica com o *poder* ser lícita”³⁷¹ e nisso reside a reprovabilidade da culpabilidade, que recai, portanto, diretamente, sobre a vontade e, indiretamente, sobre a totalidade da ação. Assim, para Hans Welzel, “culpabilidade é a reprovabilidade da resolução de vontade. O autor podia adotar no lugar da resolução de vontade *antijurídica* [...] uma resolução de vontade *conforme a norma*. Toda culpabilidade é, pois, culpabilidade de vontade”³⁷².

A culpabilidade apresenta-se, nesses moldes, como uma qualidade negativa da vontade de ação, um conceito valorativo que comporta graduações conforme a importância da exigência do Direito e o grau de dificuldade do autor em atendê-la. Por meio do juízo de culpabilidade examinar-se-á em que medida e em quais condições a reprovabilidade da vontade típica e antijurídica pode ser reprovável ao autor “como um fracasso *pessoal* em face do ordenamento jurídico”³⁷³. Nesse sentido, o “agente não será mais responsável pelo seu fato, mas perante a ordem jurídica, com base em elementos que buscam simbolizar o fato segundo as possibilidades de seu conhecimento”³⁷⁴.

A ideia de reprovabilidade não mais recai sobre um vínculo psíquico situado na própria culpabilidade, separando-se a valoração de seu objeto. É assim que a transição de uma culpabilidade puramente psicológica para uma culpabilidade exclusivamente normativa – já iniciada Reinhard Frank – desenvolve-se. Os elementos não normativos que até então pertenciam à culpabilidade não são excluídos, mas redistribuídos na estrutura do delito. Nesse deslocamento, o dolo, que passa a integrar o tipo, deixa para trás seu elemento normativo, que permanece na culpabilidade, com retorno ao conceito puramente naturalístico ou psicológico. A culpabilidade, assim, passa a concentrar apenas aquilo que condiciona a reprovabilidade da conduta antijurídica³⁷⁵, de modo a configurar-se “um ‘*puro* juízo de (des)valor’, um autêntico *juízo de censura*. Juízo de censura do qual

³⁷¹ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 94.

³⁷² *Ibid.*, p. 95.

³⁷³ *Ibid.*, p. 97.

³⁷⁴ TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos... *Cit.*, p. 145.

³⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1... *Cit.*, p. 403.

participariam os elementos da imputabilidade, da consciência (ao menos *potencial*) do ilícito e da exigibilidade de outro comportamento”³⁷⁶.

A definição de culpabilidade como reprovabilidade, no entanto, não é suficiente se não se esclarecer a razão da reprovação, ou seja, o *porquê* do sujeito ser culpável, a gênese real do juízo de reprovação³⁷⁷. Como visto, a culpabilidade é reprovabilidade da vontade, pois o autor – no sentido concreto, ou seja, aquele determinado sujeito naquela dada situação – poderia ter adotado uma resolução de vontade jurídica, mas não o fez. Contudo, duas questões são essenciais a essa construção:

1. É teoricamente possível a adoção de uma resolução de vontade correta no lugar da equivocada? (O problema do livre arbítrio).
2. No caso de que seja admitida essa possibilidade, o autor concreto teria essa capacidade? (O problema da imputabilidade, ou melhor, da capacidade concreta de culpabilidade)³⁷⁸.

É a afirmação do livre arbítrio – alvo das maiores críticas ao sistema finalista – que responde positivamente a primeira questão e Hans Welzel distingue três aspectos diferentes a seu respeito: um antropológico, um caracteriológico e um categorial.

Sobre o primeiro aspecto, o autor refuta as doutrinas naturalistas que embasaram Franz Von Liszt e a Escola Positiva italiana, concordando que a inteligência do ser humano não é um aperfeiçoamento dos instintos animais; ao contrário, o ser humano caracteriza-se justamente pela deterioração dos instintos, libertando-se da determinação por reguladores biológicos que opera sobre o animal. Como forma de compensação da fragilidade oriunda dessa perda, surge a capacidade do pensamento racional, por meio do qual o indivíduo torna-se responsável por seus atos, não mais vinculados aos condicionantes inatos da conduta instintiva. Assim, “o homem caracteriza-se *negativamente* por uma grande liberdade de formas inatas e instintivas de conduta e *positivamente* pela capacidade e pela incumbência de descobrir e realizar *por si mesmo* a conduta correta por meio de atos inteligentes”³⁷⁹.

A partir desse processo de surgimento do “Eu”, como centro responsável, é possível dividir a estrutura anímica do ser humano em diversos estratos. Reside aqui o aspecto caracteriológico da análise do livre arbítrio. Welzel afirma que em um estrato profundo

³⁷⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral, tomo I... *Cit.*, p. 246.

³⁷⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral... *Cit.*, p. 280.

³⁷⁸ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 102.

³⁷⁹ *Ibid.*, pp. 102-103.

estão os impulsos vitais de conservação da espécie e de autoconservação, as paixões, os desejos, as aspirações anímicas, as inclinações, os interesses, etc. Tais impulsos estimulam o “Eu” para uma ação, mas sobre eles eleva-se o próprio “Eu”, como centro regulador que dirige o ser humano – seus impulsos anímicos – conforme a finalidade e o valor³⁸⁰. Entre o estrato mais profundo e o “Eu-centro”, há o estrato da personalidade, funcionando como um depósito das decisões e atitudes anteriormente realizadas que se transformaram em uma posição interna inconsciente da personalidade (de modo que ao “Eu-centro” resta a tomada de decisões mais fundamentais)³⁸¹.

Todos os impulsos têm uma força e um conteúdo de finalidade. Enquanto os impulsos transcorrem apenas no estrato profundo, o mais forte vence e submete os mais fracos e a decisão de ação é resultado do impulso dominante – como sói ocorrer nos animais. Contudo, quando o “Eu” intervém através de atos de direção conforme um fim, os impulsos passam a ser entendidos quanto ao seu conteúdo de finalidade e quanto à sua implicação para uma configuração correta da vida. Assim, os impulsos convertem-se em motivos sobre os quais se apoia a decisão da vontade e nesse processo “o impulso valioso é permitido e o conteúdo da força do não-valioso destruído”³⁸². Ao ser humano, portanto, é possível regular seus impulsos, dirigindo-os conforme seu conteúdo de finalidade e valor; “os atos do *Eu* transcorrem o plano do sentido da atividade e não da mera causalidade”³⁸³.

Por fim, sob o aspecto categorial investiga-se não mais o *se*, mas o *como*: “como é possível ao homem o domínio da coação causal por meio de uma direção orientada finalisticamente, em virtude da qual, unicamente, pode se fazer *responsável* por ter adotado a decisão errada em lugar da correta?”³⁸⁴. Nesse contexto, Welzel não nega que os seres humanos são determinados, posto que o indeterminismo absoluto transformaria os atos de vontade em uma apanhado aleatório de impulsos isolados no tempo. Entretanto, o autor afirma, de forma diversa ao determinismo da Escola Positiva, que o sujeito não está predeterminado a uma decisão, independentemente de ser ela certa ou errada, o que impossibilitaria sua responsabilização. Há a concorrência de várias formas de determinação – dentre elas, é possível que o sujeito se determine não de forma causal, como resultado de conexões associativas anteriores, mas de acordo com um fim, com um objeto que se tem em vista. É assim que operam os atos do pensamento:

³⁸⁰ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 104.

³⁸¹ *Ibid.*, pp. 114-115.

³⁸² *Ibid.*, p. 106.

³⁸³ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências...** *Cit.*, p. 76.

³⁸⁴ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 107.

enquanto na causalidade o efeito é a resultante cega (indiferente aos fins) dos fatores causais existentes naquele momento, na finalidade o fim determina os passos que a ele conduzem, mas não de modo que ele, por sua vez, arraste para si cegamente os diversos atos (como uma espécie de causalidade final, como na predestinação), mas porque contém as razões evidentes, apoiadas nas quais o pensamento abre por si mesmo o caminho até ele³⁸⁵.

Como exemplo disso, Hans Welzel cita o fato de que, após escrever por muito tempo, produzem-se erros de escrita, errando-se sempre a mesma palavra e do mesmo modo. Esse resultado defeituoso decorre de uma conexão associativa, de causas anteriores, de um processo cego. Na medida em que o erro é percebido e faz-se um esforço de atenção, é possível superar a antiga tendência associativa através de um ato orientado conforme a finalidade e, então, escrever a palavra corretamente. O resultado correto é o conteúdo final a que se propõe o autor e é esse fim que determina a execução do ato³⁸⁶.

Nesse contexto, a liberdade de vontade é a capacidade de orientar-se conforme os fins, de libertar-se da coação causal que é a eles indiferente. Não se trata, precisamente, do poder agir de outro modo, mas de poder atuar conforme os fins. A má vontade não é vontade livre, justamente porque lhe falta o *ato* de liberdade capaz de romper a coação causal dos impulsos contrários ao valor. É, antes, a dependência causal do impulso contrário ao valor. Conclui Welzel que a culpabilidade não é a livre decisão em favor do mal, mas deixar-se levar pelos impulsos contrários ao valor quando se era capaz de autodeterminação conforme os fins. Assim, o Direito Penal

parte do conhecimento antropológico de que o homem, como ser determinado à responsabilidade, está existencialmente em condições de conduzir (conforme os fins) a dependência causal dos impulsos. A culpabilidade não é um ato de livre determinação, mas precisamente a falta de uma decisão conforme a finalidade em um sujeito responsável³⁸⁷.

Importante destacar que Welzel distingue outra espécie de culpabilidade, que é aquela que não se dá em razão da ausência de controle, pelo “Eu-centro”, dos impulsos do estrato mais profundo. Trata-se da culpabilidade que decorre de uma estrutura defeituosa daquele estrato intermediário, que é o estrato da personalidade. Nesse sentido, faltou ao indivíduo, seja pela educação, seja pela própria experiência, a construção – a partir de

³⁸⁵ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, pp. 108-109.

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 108.

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 111.

decisões prévias – de uma atitude estrutural inconsciente adequada, que não funcione como base da ação antijurídica.

Hans Welzel cita como exemplos o criminoso habitual, que não assimilou as normas de conduta social, o criminoso passional, que não desenvolveu inibições contrárias à paixão ou, ainda, o indivíduo negligente, que não desenvolveu a atenção inconsciente aos perigos (inserindo-se, aqui, a culpabilidade da culpa inconsciente). Mesmo nesses casos em que a incorreção da ação deriva mais de disposições adquiridas com anterioridade, o sujeito é, para Welzel, igualmente reprovável, na medida em que “ao empreender sua ação final não tenha levado em consideração os perigos da situação e os limites funcionais de suas disposições para a ação, quando podia conhecê-los”³⁸⁸. Não se pode deixar de mencionar que essa construção em muito se assemelha à culpabilidade pela condução de vida, de Edmund Mezger, consistindo em uma culpabilidade de autor, que deve ser rechaçada, a fim de evitarem-se arbitrariedades, em prol da culpabilidade do fato.

Diante do exposto e como o próprio Welzel observa, é possível a verificação de dois conceitos de vontade, um mais amplo e outro mais restrito. Em um primeiro sentido, a vontade compreende todos os impulsos dirigidos à realização de um fim; é a *direção da ação*, sendo indiferente o tipo de impulso que a orienta. Em sentido mais estrito, a vontade abrange a *direção dos impulsos* conforme seu conteúdo de sentido e valor³⁸⁹. Juarez Tavares esclarece que a vontade da ação liga-se ao tipo legal e a vontade da culpabilidade à antijuridicidade; a primeira constrói o tipo, a segunda é manifestada no fato antijurídico³⁹⁰. O autor, ainda, critica essa dualidade, entendendo que a vontade deve ser compreendida em seu sentido natural, ou seja, como o poder de levar a cabo a ação a partir do pensamento. Assim, “o que deve importar será o sentido mais puro e geral da vontade, sem referências a conteúdos de valor. A valoração não se faz, propriamente, sobre a vontade, mas sobre o *ato volitivo*, impulsionado e dirigido por ela”³⁹¹.

Outro ponto que merece atenção acerca das considerações de Welzel, na medida em que dialoga com grande parte do que será proposto mais adiante, reside no que Davi Tangerino denominou “hermetismo” de sua construção. Quando Welzel afirma que os impulsos devem ser submetidos a valores e em face de uma configuração correta de vida e, mais do que isso, que quando o sujeito não age livremente, reprimindo os impulsos

³⁸⁸ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 118.

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 105.

³⁹⁰ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**: variações e tendências... *Cit.*, p. 77.

³⁹¹ *Ibid.*, p. 78.

contrários ao valor, ele pratica o fato antijurídico, o autor cria uma identificação necessária entre o ordenamento jurídico e esse conjunto “correto” de valores. Presume ele que os valores protegidos na esfera penal são incontrovertidamente bons, compartilhados por uma sociedade consensual e que coincidem com o projeto de vida de todos. Nas palavras de Davi Tangerino,

toda vez que o sujeito realizar um injusto, só se poderá falar em duas possibilidades: ou bem o processo de submissão falhou por um ‘defeito constitutivo’, circunstância a excluir a imputabilidade [...] ou bem em virtude do fato de o sujeito não ter feito valer o sentido e o valor de sua missão de vida, escolhida pelo ordenamento jurídico (!), circunstância a afirmar a culpabilidade. Nem sequer se concebe a possibilidade de o projeto de vida do sujeito, por qualquer motivo, não ser composto pelos mesmos significados e valores escolhidos pelo ordenamento jurídico³⁹².

Decerto que a crença no ordenamento jurídico-penal como paladino e em uma universalidade de valores que por ele seria representada é problemática e desconexa com a realidade, principalmente tendo em vista as observações do primeiro capítulo acerca da teoria da derivação. A Criminologia, inclusive, cujas considerações a esse respeito serão objeto do terceiro capítulo, veio mostrar com riqueza de argumentos que a sociedade é antes uma sociedade do conflito e que o Direito costuma representar, com suas positivações e tipificações, as classes hegemônicas da formação econômico-social.

Para além dessas questões, o principal alvo das críticas tecidas em face do conceito de culpabilidade no finalismo é o fato de ser o livre-arbítrio a sua base, pois é premissa indemonstrável e, para alguns, só se justifica como tradição religiosa. Questiona-se se o apego a uma premissa pode justificar a responsabilidade penal e se é possível transportá-la ao mundo jurídico mesmo sem comprovação empírica ou de sua efetividade. Dessa crítica, ocupar-se-á tópico específico do presente trabalho.

Superada a questão do livre-arbítrio como resposta da primeira pergunta, resta a segunda indagação formulada por Hans Welzel: “No caso de que seja admitida essa possibilidade [de adoção de uma resolução de vontade correta no lugar da equivocada], o autor concreto teria essa capacidade?”³⁹³. Nesse sentido, o autor apresenta a imputabilidade como pressuposto existencial da reprovabilidade, a qual, conforme se verá adiante, constitui-se por elementos intelectuais e volitivos.

³⁹² TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Op. cit.*, p. 94.

³⁹³ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 102.

Em suma, a capacidade de culpabilidade ou imputabilidade existe ou não no tocante àquele autor concreto, independentemente do seu agir; a reprovabilidade, de outro lado, diz respeito à conduta antijurídica real e constitui-se pelos elementos que devem estar presentes para que aquele sujeito, capaz de culpabilidade, pudesse ter agido, em relação ao fato concreto, em conformidade com o Direito³⁹⁴.

Finda a breve análise do sistema finalista, faz-se necessário abordar, ainda no âmbito da evolução da culpabilidade na teoria do delito, algumas das teorias pós-finalistas para, então, passar-se à análise dos elementos da culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2.3 *A culpabilidade após o finalismo*

Jesús-María Silva-Sánchez resume os pontos de referência das fases da evolução da dogmática penal até então apresentadas como “direito positivo, esfera axiológica e esfera ontológica”. Na atualidade, nenhum dos três representa com perfeição o pensamento dominante, destacando-se, desde os anos setenta, as correntes de caráter eclético³⁹⁵. Nesse sentido, não obstante a produção pós-finalista ser diversificada, envolvendo variações e arranjos dos elementos já mencionados, merece atenção, em razão da amplitude das mudanças que propõe, a corrente funcionalista ou teleológica³⁹⁶.

Com nomes como Claus Roxin e Günther Jakobs, a corrente funcionalista retoma a perspectiva axiológica do neokantismo, mas o faz tendo por parâmetro não mais uma vaga orientação a valores culturais, mas os fundamentos político-criminais das modernas teorias da pena. Propõe-se um sistema aberto, possível de adequar-se em razão das consequências político-criminais e da evolução do conhecimento³⁹⁷ e, assim como ocorre com as demais estruturas dogmáticas, a culpabilidade é impregnada por sua função político-criminal.

Dentre os diversos “funcionalismos”, destacam-se duas principais correntes, representadas por Claus Roxin e Günther Jakobs, que se distinguem na razão da teoria da pena incorporada por cada autor: “a teoria dialética unificadora da qual parte Roxin, desemboca no chamado funcionalismo teleológico ou moderado; o acolhimento da teoria

³⁹⁴ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 120.

³⁹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: José María Bosch Editor S.A., 1992, pp. 62-63.

³⁹⁶ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Op. cit.*, pp. 95-96.

³⁹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.*, p. 64.

da prevenção geral positiva ou integradora dá origem ao funcionalismo radical ou sistêmico de Jakobs³⁹⁸.

Roxin propõe, essencialmente, uma fusão entre dogmática e Política Criminal, a partir da afirmação de que as categorias da primeira devem ser definidas pela tarefa do Direito Penal como instrumento de Política Criminal³⁹⁹. De modo a proporcionar que os conteúdos dos conceitos do sistema dogmático variem na razão de sua adequação ao sistema social, opera-se sua normatização, reduzindo-se sua vinculação ontológica⁴⁰⁰.

No âmbito da culpabilidade, o autor afirma ser inaceitável que seu fundamento material resida no livre-arbítrio, porque indemonstrável. Ainda, a inviabilidade de sua constatação científica conduziria sempre à absolvição do acusado pelo princípio do *in dubio pro reo*, tornando impossível um Direito Penal da culpabilidade⁴⁰¹. A solução seria, então, compreender a culpabilidade a partir da noção de acessibilidade ou dirigibilidade normativa, ou seja, a idoneidade para ser destinatário das normas. Haverá culpabilidade, no âmbito do funcionalismo moderado, quando o sujeito

estava disponível no momento do fato para o chamado da norma segundo seu estado mental e anímico, quando lhes eram psicologicamente acessíveis ‘possibilidades de decisão por uma conduta orientada conforme à norma’, quando a possibilidade (quer seja livre, quer seja determinada) psíquica de controle que existe em um adulto são na maioria das situações existia no caso concreto⁴⁰².

Desse modo, se determinada pessoa, podendo compreender a mensagem normativa e orientar sua conduta conforme sua exigência, mesmo assim pratica o injusto, ela atua culpavelmente. O autor cita o exemplo – partindo do pressuposto hipotético que ultrapassar o sinal vermelho é crime – do indivíduo que, verificando o sinal vermelho, para e aguarda a mudança da cor (compreendendo, portanto, a mensagem normativa), mas, verificando que está atrasado, acaba por ultrapassá-lo em velocidade acelerada⁴⁰³. A partir dessa construção, Roxin pretende desvincular-se do recurso ao livre-arbítrio e ao poder agir de outro modo, criando uma concepção que deles independe.

³⁹⁸ JUNQUEIRA, Gustavo e VANZOLINI, Patrícia. *Op. cit.*, p. 199.

³⁹⁹ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Op. cit.*, p. 99.

⁴⁰⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.*, p. 69.

⁴⁰¹ ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general, tomo I: fundamentos** – La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997, pp. 799-780.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 807.

⁴⁰³ ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 12, n. 46, pp. 46-72, jan./fev. 2004, p. 52.

A culpabilidade, entretanto, não existe para o autor de forma autônoma como elemento do crime, mas como componente de uma categoria que ele denomina responsabilidade, orientada à necessidade de sanção contra um indivíduo concreto. Enquanto o injusto penal diz respeito à adequação ou não de um comportamento à luz do Direito Penal (a tipicidade fixa parâmetros legais para todos e a antijuridicidade a conduta correta em caso de conflitos), a responsabilidade, a partir de uma perspectiva político-criminal, responderá à pergunta sobre a necessidade ou não de sanção penal em cada caso concreto⁴⁰⁴. Nesses moldes, a imposição da pena só se justifica diante da concorrência da culpabilidade e da necessidade preventiva da pena.

Sobre o aspecto de necessidade de pena, importante destacar que Claus Roxin é partidário da teoria unificadora preventiva, segundo a qual a pena serve aos fins de prevenção especial e geral: os crimes podem ser evitados tanto por meio da influência sobre o indivíduo como sobre a coletividade. Para o autor, a essência da pena não é a retribuição de um mal, na medida em que as normas penais somente se justificam quando voltadas à proteção da liberdade individual e de uma ordem social ao seu serviço, de modo que também a pena apenas pode perseguir tal finalidade, ou seja, a prevenção dos delitos⁴⁰⁵. A pena pressupõe a culpabilidade e está limitada em sua magnitude pela medida da culpabilidade. Contudo, pode ser fixada aquém dessa medida, se assim orientarem as exigências preventivo-especiais e a isso não se opuserem as exigências mínimas preventivo-gerais⁴⁰⁶. Roxin transporta o fundamento da pena para o campo da Política Criminal, afastando-o da noção de culpabilidade e, assim, “ferindo de morte a histórica concepção de pena referida a um atributo do autor (livre-arbítrio) ou de sua ação (reprovabilidade)”⁴⁰⁷.

Cláudio Brandão⁴⁰⁸ critica o conceito funcionalista de Roxin na medida em que este inverte as premissas do Direito Penal quando traz a necessidade de confirmação da culpabilidade pelo juízo de valor normativo sobre a necessidade preventiva da pena. Para o autor, o próprio crime, nessa perspectiva, ficaria condicionado à necessidade de pena, visto que a culpabilidade é elemento constitutivo do delito. Reformula-se, assim, o princípio

⁴⁰⁴ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Op. cit.*, p. 98.

⁴⁰⁵ ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general, tomo I: fundamentos – La estructura de la teoría del delito...** *Cit.*, p. 95.

⁴⁰⁶ ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal... *Cit.*, p. 66.

⁴⁰⁷ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Op. cit.*, p. 454.

⁴⁰⁸ Nas palavras do autor: “Ora, nesta teoria há a inversão das premissas da dogmática penal porque a pena, enquanto consequência jurídica do crime, não pode ser pressuposto deste último, que é a sua causa. Em síntese: esta teoria encerra uma contradição lógica, porque trata a pena como causa do crime – já que ela confirma a culpabilidade, a qual integra como elemento estrutural, o conceito de delito – quando a pena é, por definição, uma consequência” (BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime...** *Cit.*, p. 232).

“*não há pena sem culpa para não há culpa sem pena* ou, ainda pior, *sendo necessária preventivamente a pena, deve haver culpa*”⁴⁰⁹. Santiago Mir Puig acrescenta que necessidade preventiva e culpabilidade não guardam relação harmônica, na medida em que “o que pode se mostrar aconselhável para a prevenção geral pode opor-se ao exigível pelo princípio da culpabilidade”⁴¹⁰. Assim, por exemplo, a punição daquele que age em erro de proibição poderia ser considerada útil em termos preventivos, mas impossível do ponto de vista da culpabilidade⁴¹¹. Ainda, possível sustentar que, tal qual o rejeitado livre-arbítrio, também a eficácia preventiva da pena é indemonstrável e as considerações tecidas sobre os fins da pena são meras suposições⁴¹².

Sobre o tema, aliás, observa Davi Tangerino que Roxin não dispensa algum grau de liberdade. O próprio autor afirma: “eu encaro como insolúvel o problema do livre-arbítrio e assumo que as pessoas, até um certo limite, para o qual são impelidas por meio de sua constituição e do ambiente, possuem uma segura liberdade de decisão”⁴¹³. Portanto, não há com o funcionalismo moderado uma superação da liberdade como alicerce, na medida em que “o autocontrole somado à adesão normativa também pressupõem que o sujeito possa ‘agir de outro modo’, no sentido de ser apto a se comportar conforme a imposição da norma, em detrimento de perfazer um ato delituoso”⁴¹⁴.

Diego-Manuel Luzón Peña explica que a concepção de Claus Roxin não é puramente empírica: de um lado está a acessibilidade normativa, ou seja, que ao sujeito sejam psiquicamente acessíveis possibilidades de decisão pelo agir orientado pelo comando da norma. Trata-se de um “fenômeno científico empírico, como provam a psiquiatria e a psicologia”⁴¹⁵. Contudo, a acessibilidade normativa parte do pressuposto de que o indivíduo pode comportar-se em conformidade com a norma e, conseqüentemente, há uma suposição de liberdade. A acessibilidade normativa não significa apenas que o indivíduo pode conhecer e compreender a norma penal, percebendo a proibição e a ameaça de pena como possíveis motivações de sua conduta. Implica também que o sujeito que delinque podia ter decidido conforme a motivação normativa, o que nada mais é do que a

⁴⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: volume II, tomo 2... *Cit.*, p. 200.

⁴¹⁰ MIR PUIG, 1986, p. 52 *apud* TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Op. cit.*, p. 102.

⁴¹¹ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Op. cit.*, pp. 102-103.

⁴¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: volume II, tomo 2... *Cit.*, p. 200.

⁴¹³ ROXIN, 1984, p. 643 *apud* TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Op. cit.*, p. 116.

⁴¹⁴ FUZIGER, Rodrigo José. *Op. cit.*, p. 245.

⁴¹⁵ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Libertad, culpabilidad y neurociencias. In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (org.). **Neurociencias y derecho penal**: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Montevideo: B. de F., 2013, pp. 341-401, p. 359.

possibilidade de atuar de outro modo, de forma que “a acessibilidade normativa de *Roxin* equivale materialmente ao critério da livre capacidade de autodeterminação”⁴¹⁶.

Para Luzón Peña a liberdade de agir dos seres humanos é uma asserção normativa, ou seja, “uma proposição em que se afirma ou se dá algo por certo por parte das normas jurídicas, começando pelas constitucionais”⁴¹⁷. É, assim, um axioma normativo, o que significa que, por sua clareza e evidência, deve ser admitido independentemente de demonstração. Tal clareza e evidência, para o autor, decorrem da convicção e autoconsciência dos indivíduos como seres livres e responsáveis em condições normais, o que faz com que a responsabilização e a punição de infratores sejam consideradas justas. A se levar em conta, ainda, a coincidência universal da organização social e das normas sociais e jurídicas que afirmam a liberdade e a responsabilidade das pessoas como regra⁴¹⁸.

Afastando-se ainda mais de uma dogmática de base ontológica, Günther Jakobs propõe um sistema dogmático que se oriente exclusivamente pela ideia de prevenção-integração⁴¹⁹. Inspirado em Niklas Luhmann, parte da visão do Direito como um subsistema que produz a institucionalização das expectativas de comportamento. As normas são expectativas de conduta e sua violação é disfuncional não porque afeta bens jurídicos, mas porque põe em dúvida a própria norma como orientadora da ação, bem como a confiança institucional (a qual, em ordens sociais complexas, substitui os mecanismos de confiança recíproca entre os indivíduos)⁴²⁰.

O sistema penal, nesse contexto, fundamenta-se a partir de uma noção de pena cuja função primária é exercitar o reconhecimento da norma e a fidelidade ao Direito por parte da sociedade⁴²¹. Se a lesão à norma gera um dano social, frustrando a expectativa quanto a sua vigência, a pena irá estabilizar essa expectativa, reafirmando a norma violada (e, assim, a própria constituição social) e assegurando a manutenção de sua credibilidade e confiança.

Assim como Claus Roxin, Günther Jakobs desvincula a culpabilidade da questão sobre o livre arbítrio, entendendo-a como a infidelidade ao Direito, conceito determinado normativamente. Para o autor, há culpabilidade quando o agente é responsável pela falta de motivação em conformidade com a norma (que levou à ação antijurídica) e essa

⁴¹⁶ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.*, pp. 376-377.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 388.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 388.

⁴¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.*, p. 70.

⁴²⁰ VELÁSQUEZ, Fernando. El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana. In: **Revista General de Derecho Penal**, n. 3, mai. 2005.

⁴²¹ *Ibid.*.

responsabilidade, por sua vez, verifica-se quando tal déficit de motivação não pode ser compreendido sem que isso afete a confiança geral na norma⁴²².

Nesses moldes, o conteúdo da culpabilidade em Jakobs, como o próprio autor reconhece, é conferido exclusivamente pela finalidade, ou seja, pela prevenção geral positiva – Claus Roxin, inclusive, afirma que culpabilidade e exigências de prevenção geral, para Jakobs, são idênticas⁴²³. Desse modo, a imputação do fato como culpável só é necessária quando a lesão à norma abalar sua própria validade e não puder ser absorvida de outro modo⁴²⁴. Nesse sentido,

se for possível tratar com sucesso um criminoso compulsivo, incapaz de controlar-se, a paz social poderá ser restabelecida através da internação num estabelecimento de cura. Não se precisará de pena, o autor poderá ser declarado inculpável. Se inexistir, porém, a possibilidade de tratá-lo, não se pode reconhecer a eficácia exculpatória desta perturbação motivacional, de maneira que, por considerações preventivo-gerais, o autor terá de ser declarado culpável, devendo ser punido⁴²⁵.

Nota-se que a proposta de Jakobs afasta-se muito do conceito corrente de culpabilidade e configura a pena não como sua resposta, mas como uma exigência do sistema. Nada resta do sentido etimológico de culpabilidade, na medida em que ela fica resumida exclusivamente às necessidades de prevenção geral. Ademais, há um abandono do viés individual, próprio deste terceiro momento da teoria do delito e, com isso, uma instrumentalização do indivíduo que passa a funcionar unicamente como um exemplo para a sociedade, com o interesse de proteção do Estado. O indivíduo deve sofrer a imposição de pena porque vive em sociedade, sendo esse pertencimento, tal qual propunha Enrico Ferri, a base da responsabilidade⁴²⁶. Assim, abrem-se os caminhos a um “*direito penal prevencionista*, de cunho eminentemente autoritário”, bem como à “substituição de uma culpabilidade do fato pela *culpabilidade de autor* ao admitir a perseguição contra a população vulnerável por mecanismos prevencionistas”⁴²⁷.

⁴²² JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, p. 566.

⁴²³ ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal... *Cit.*, p. 56.

⁴²⁴ DONNA, Edgardo Alberto. Culpabilidad y prevención. In: **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**, v. 3, pp. 205-223, 1997, p. 215.

⁴²⁵ ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal... *Cit.*, p. 56.

⁴²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: volume II, tomo 2... *Cit.*, p. 198.

⁴²⁷ BELO, Warley. Culpabilidade material em Jakobs e Roxin. In: **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 18, n. 221, p. 06, abr. 2011, p. 06.

Nesse contexto, Davi de Paiva Costa Tangerino afirma que associar a culpabilidade a finalidades preventivas produz um esvaziamento e até mesmo uma negação da categoria, abdicando-se de uma pena justa em prol de uma penal útil⁴²⁸. Ainda, o funcionalismo não rompe com premissas que o autor entende problemáticas, como a máxima de um sujeito racional, livre e igual; a noção de bens jurídicos universais; e a crença na necessidade de imposição de pena ao delito, que alcança seu ápice. Sobre a primeira, Tangerino destaca que pensar em liberdade de decisão e em capacidade de atender a estímulos da norma é, ainda, pressupor um indivíduo racional a quem se reprova. Nas palavras do autor, a “*Menschenbild* do funcionalismo, portanto, altera os nomes dos atributos daquele homem iluminista, mantendo-o, no essencial, inalterado. Em uma palavra, trata-se do homem iluminista usando novas vestes”⁴²⁹. A segunda premissa é refutada por teorias criminológicas (teorias das subculturas criminais e do *labelling*) e a terceira fica afastada a partir de perspectivas da Psicanálise e da Sociologia da punição, principalmente com a produção oriunda do abolicionismo penal⁴³⁰.

Outra perspectiva interessante, que se afasta de uma ideia de imputação reduzida à prevenção, é a trazida por Antonio Martins, que investiga a legitimidade do juízo de culpabilidade no contexto de um Estado democrático, a partir das contribuições de Juarez Tavares e Klaus Günther. Juarez Tavares encara a culpabilidade, com caráter político, como uma filtragem normativa das proibições expressa pelo legislador e, deixando de lado as ideias de liberdade de vontade e reprovação, vincula a categoria à proteção do indivíduo contra o sistema penal. Assim como faz Klaus Günther, o autor identifica “as margens políticas da culpabilidade com o processo normativo de criação democrática das normas penais”⁴³¹.

Martins identifica a culpabilidade com o processo de atribuição de responsabilidade por um fato, sem relação com uma culpa moral ou ética. A ideia de responsabilização é mais ampla do que a de culpabilidade penal, de modo que o discurso penal é apenas parte da responsabilidade social, que abrange vários processos de atribuição de

⁴²⁸ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Op. cit.*, p. 113.

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 116.

⁴³⁰ Sobre a análise do autor a respeito dos pilares da culpabilidade e sua proposta para a readequação ética do Direito Penal cf. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Apreciação crítica dos fundamentos da culpabilidade a partir da Criminologia**: contribuições para um Direito penal mais ético. 2009. 281 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

⁴³¹ MARTINS, Antonio. Culpabilidade como instituição política: um esboço. In: GRECO, Luís e MARTINS, Antonio (orgs.). **Direito penal como crítica da pena**: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, pp. 389-404, 2012, p. 391.

responsabilidade⁴³². A definição das regras de atribuição de responsabilidade, por sua vez, fica a cargo dos cidadãos, no contexto de um discurso político e, assim, “culpabilidade e democracia se implicam mutuamente”⁴³³.

Inserir-se, aqui, o conceito de pessoa deliberativa de Klaus Günther, como o participante de um processo em que “autores e destinatários das normas se identifiquem como participantes do discurso social que as gera”⁴³⁴, ocupando uma posição ativa na elaboração das normas que vincularão a todos. O indivíduo, como pessoa de direito, submete-se também às normas em relação as quais discorda, podendo manifestar tal desacordo na esfera pública democrática. Nesses moldes, o que irá determinar a legitimidade de um juízo de culpabilidade é o grau de participação fática no discurso democrático⁴³⁵: “o processo de elaboração da norma em abstrato há que ser permeável a críticas, bem como a instrumentos que possibilitem que a opinião dos membros de uma dada comunidade possa modificar o conteúdo normativo ou refrear sua inserção no ordenamento”⁴³⁶.

Sem dúvida a premissa de uma “pessoa deliberativa” é bastante problemática em um país como o Brasil, onde há significativo déficit democrático. Grande parte da população não encontra condições de participação nos processos de decisão envolvendo as normas penais, principalmente em razão de um vácuo educacional, somado a um contexto hostil à consciência política. Rodrigo José Fuziger aponta, sobre o tema, que

Como causa precípua da alienação política há um déficit educacional, que é somado à carência de acesso a bens culturais, rotinas laborais estafantes, usuais jornadas duplas (que limitam a disponibilidade de tempo voltado à informação e formação do pensamento crítico), recorrentes escândalos envolvendo governantes e congressistas (que geram profundo descrédito da sociedade quanto à política), os quais são alguns exemplos de fatores das mais diversas ordens [...] Diante desse cenário, em um país como o Brasil, em que apenas parte diminuta da população tem consciência e efetiva participação no jogo político, sustentar a legitimidade da culpabilidade a partir de aspectos comunicacionais dos sujeitos dentro do processo deliberativo jurídico-penal parece ser algo descolado da ordem do possível [...]⁴³⁷.

⁴³² MARTINS, Antonio. *Op. cit.*, p. 393.

⁴³³ *Ibid.*, p. 402.

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 401.

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 402.

⁴³⁶ FUZIGER, Rodrigo José. *Op. cit.*, p. 252.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 257.

Além da impossibilidade de sua sustentação na realidade brasileira, o autor também destaca que pensar em democracia e em um sujeito deliberativo é pensar em livre-arbítrio, de modo que a proposta apresentada não se afasta desse fundamento. Nesse sentido, a democracia “caracteriza a vontade livre (sem qualquer pleonasma) da maioria em detrimento da vontade livre da minoria” e “a possibilidade de participação de um sujeito deliberativo nos procedimentos legislativos pressupõe a liberdade de vontade dos indivíduos aderirem a tais deliberações”⁴³⁸.

Hernán Hormazábal Malarée também critica a culpabilidade do funcionalismo sistêmico por entendê-la vazia de conteúdo: a culpabilidade vista como infidelidade ao Direito já resta demonstrada quando o sujeito age antijuridicamente. Em outras palavras, o agir antijurídico revela por si só a infidelidade ao Direito, restando à culpabilidade apenas a função de dar espaço, de forma sistemática, às causas de inimizabilidade e de exculpação. Já em relação à teoria de Claus Roxin, o autor aponta que as crenças na capacidade da norma de dirigir o agir, na sensibilidade dos sujeitos à “chamada” da norma e na capacidade deles de autocontrole para atuar em conformidade com o Direito nada mais são do que reformulações da “motivabilidade” da norma. Esta enfrenta o já mencionado obstáculo imposto por uma sociedade de conflito, em que não há um sistema de valores comum⁴³⁹.

Hormazábal Malarée entende que não se deve buscar respostas para o problema de fundamentação da culpabilidade na metafísica, na medida em que a questão penal é sempre essencialmente política. Assim, a resposta está em disciplinas que estudam o homem e seus conflitos como fenômenos históricos e políticos (como a Sociologia, a Antropologia e a Filosofia Política). É necessário, para uma teoria da responsabilidade penal, compreender a “pessoa real que vive em determinado meio social, que se relaciona e interage com outras, que está condicionada social e culturalmente e ao mesmo tempo é um sujeito condicionante em relação aos outros”⁴⁴⁰. Ainda, deve ser levada em conta a antinomia entre a pessoa e o Estado; este não possui uma legitimação geral para exigir uma responsabilidade pelo injusto, porque nem todos os indivíduos são igualmente capazes de culpabilidade, em razão da desigualdade entre eles e na distribuição de bens⁴⁴¹.

⁴³⁸ FUZIGER, Rodrigo José. *Op. cit.*, p. 255.

⁴³⁹ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad. In: **Revista de Derecho (Valdivia)**, v. 18, n. 2, pp. 167-185, 2005. Disponível em: <<http://revistas.uach.cl/html/revider/v18n2/body/art08.htm>>. Acesso em: 14 fev. 2021.

⁴⁴⁰ *Ibid.*.

⁴⁴¹ *Ibid.*.

A partir dessas premissas, o autor compreende que responsabilidade é igual exigibilidade, entendida como a capacidade do Estado para exigir responsabilidade (em cada caso concreto, em face de cada pessoa concreta) e, “logo, a responsabilidade entendida como exigibilidade não é somente responsabilidade do autor pelo injusto, mas uma responsabilidade social”⁴⁴². Em suma, a responsabilidade do indivíduo e a determinação da pena encontram fundamento “no estabelecimento por parte do Estado de sua legitimação em relação ao indivíduo concreto para dele exigir um comportamento conforme a norma”⁴⁴³.

As considerações de Hernán Hormazábal Malarée são de extrema relevância e guardam compatibilidade com uma proposta de Justiça atenta à igualdade material, com os olhos abertos à realidade de cada indivíduo concreto. No entanto, a perspectiva da exigibilidade não parece ser essencialmente incompatível com o alicerce da liberdade, a amparar a culpabilidade penal. A concepção normativa de liberdade, contudo, precisa ser reformulada para compreender também os fatores apontados pelo autor e a perspectiva estatal, conforme se verá adiante. Antes, contudo, necessária a abordagem dos elementos da culpabilidade a partir do Direito Penal brasileiro.

2.3 A estrutura da culpabilidade no Direito Penal brasileiro

A estrutura da culpabilidade no Direito Penal brasileiro compõe-se de três elementos, que Juarez Tavares⁴⁴⁴ ensina não serem exclusivos do finalismo, mas próprios das concepções que se opõem à teoria puramente psicológica da culpabilidade: a imputabilidade ou capacidade de culpabilidade; a potencial consciência do injusto; e a exigibilidade de conduta diversa. Será realizada uma breve exposição dos dois primeiros elementos, que não são o foco do presente trabalho, com o intuito de melhor contextualizar o terceiro deles, que será abordado mais detidamente.

⁴⁴² HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Op. cit.*.

⁴⁴³ *Ibid.*.

⁴⁴⁴ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências...** *Cit.*, p. 80.

2.3.1 Imputabilidade

A imputabilidade é um juízo sobre o sujeito concreto, mediante o qual se verificará se aquele indivíduo, em uma determinada situação, é capaz de culpabilidade, de autodeterminar-se conforme um fim. Não se trata mais de perquirir a natureza do ser humano de forma geral, mas de identificar no indivíduo específico um sujeito responsável. Para que esteja presente a capacidade de culpabilidade, são necessários dois elementos: um intelectual, consistente na capacidade de compreender o injusto do fato, e um volitivo, consistente na capacidade de orientar-se conforme essa compreensão. Ausente um dos elementos, não há que se falar em imputabilidade e, conseqüentemente, em culpabilidade.

O Código Penal brasileiro ocupou-se da imputabilidade penal em seu Título III, trazendo a fórmula geral da inimputabilidade em seu artigo 26. Dispõe ele que é isento de pena aquele que por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente incapaz, no momento da ação ou da omissão, de compreender o caráter ilícito do fato (caso em que está ausente o elemento intelectual) ou de determinar-se conforme essa compreensão (ausente o elemento volitivo). Exige-se, portanto, para a responsabilização penal, uma normalidade intelectual, um funcionamento normal da mente. A presença apenas parcial do elemento intelectual ou do elemento volitivo, ou seja, a capacidade de compreensão e de autodeterminação reduzidas, mas não ausentes (a chamada semi-imputabilidade), enseja, conforme parágrafo único do mencionado artigo, a possibilidade de redução da pena ou de aplicação de medida de segurança – o chamado sistema vicariante.

Tem-se, assim, uma primeira hipótese de inimputabilidade, que engloba a doença mental (“qualquer condição física ou psíquica, orgânica ou funcional, congênita ou adquirida, transitória ou permanente, que comprometa a capacidade de entendimento ou autodeterminação do sujeito”⁴⁴⁵), o desenvolvimento mental incompleto (aquele que não se concluiu) e o desenvolvimento mental retardado (aquele que não pode concluir-se).

Percebe-se, a partir do enunciado, que a imputabilidade se sujeita ao que a doutrina denomina critério biopsicológico, na medida em que, constatado um estado físico especial, devem ser, então, verificados os efeitos psíquicos de tal estado sobre a capacidade cognitiva ou a liberdade de ação conforme o querer do sujeito⁴⁴⁶. Em suma, “é necessária a

⁴⁴⁵ JUNQUEIRA, Gustavo e VANZOLINI, Patrícia. *Op. cit.*, p. 441.

⁴⁴⁶ REALE JÚNIOR, Miguel (org.). **Código Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 124.

ação de um processo biológico que altere, de modo permanente ou transitório, as funções mentais, determinando a perda ou suspensão da capacidade normal de consciência e vontade”⁴⁴⁷.

A exceção ao critério biopsicológico é a menoridade penal, na medida em que para o diagnóstico da imputabilidade basta que, no momento da conduta, o sujeito não possua 18 anos de idade completos, importando, portanto, apenas o critério biológico. É o que se extrai do artigo 27 do Código Penal, que prevê serem os menores de 18 anos penalmente inimputáveis, sujeitando-se à legislação especial. O legislador, renunciando à referência aos elementos intelectual e volitivo, atende a uma medida de política criminal, fixando um limite etário que separa, ao menos no nível teórico, as ideias de castigo e educação para a recuperação⁴⁴⁸, o que veio a ecoar na Constituição Federal de 1988⁴⁴⁹.

Também por razões de política criminal, o legislador optou por afastar do rol de causas de inimputabilidade a emoção e a paixão, de modo que, mesmo que tais fatores produzam no sujeito incapacidade de compreensão ou de autodeterminação não haverá que se falar em ausência de culpabilidade. O mesmo artigo 28, entretanto, traz em seu parágrafo 1º a embriaguez como uma terceira hipótese de inimputabilidade, desde que seja ela completa e acidental, ou seja, proveniente de força maior ou caso fortuito. A embriaguez pode decorrer tanto da ingestão de álcool como de substância de efeitos análogos e também será verificada pelo critério biopsicológico, sendo necessário, portanto, que dela decorra a total incapacidade de compreensão do caráter ilícito do fato ou de determinação conforme esse entendimento.

Nas demais situações de embriaguez, tem-se também uma opção político-criminal pela rejeição da inimputabilidade, com o fim de evitar a não responsabilização dos crimes praticados pelo sujeito embriagado, seja aquele que se embriaga para cometer o delito

⁴⁴⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime...** *Cit.*, p. 249.

⁴⁴⁸ REALE JÚNIOR, Miguel (org.). *Op. cit.*, p. 129. No mesmo sentido, a própria “Exposição de Motivos da Nova Parte Geral de Código Penal” (Lei 7.209/1984): “23. Manteve o Projeto a inimputabilidade penal ao menor de dezoito anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente anti-social na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispõe o Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinqüente, menor de dezoito anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinqüente adulto, expondo-o à contaminação carcerária”. BRASIL. **Exposição de motivos nº 211, de 9 de maio de 1983**. Lei 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-exposicaodemotivos-148879-pl.html>>. Acesso em: 12 fev. 2021.

⁴⁴⁹ A Constituição de 1988 previu expressamente a inimputabilidade dos menores de dezoito anos, em seu artigo 228, inserção que, inclusive, deu ensejo à discussão sobre a possibilidade ou não de redução da maioridade penal em razão da existência de cláusula pétrea.

(caso em que a embriaguez será circunstância agravante⁴⁵⁰), seja nas hipóteses de embriaguez voluntária não preordenada e de embriaguez culposa. Nesses casos, ressalvadas as diversas controvérsias sobre o tema, a punição do delito é possível a partir da adoção da *actio libera in causa*, teoria que supre a ausência de autodeterminação daquele sujeito que decide pela prática do delito apenas quando já estava completamente embriagado, mediante a transferência da liberdade presente no momento da ingestão da substância para o momento da conduta.

2.3.2 Potencial consciência da antijuridicidade

Conforme já esboçado, Hans Welzel compreende os elementos da reprovabilidade como os requisitos que devem estar presentes para que o sujeito capaz de culpabilidade pudesse ter adotado, em relação ao fato concreto, uma resolução de vontade jurídica. Assim, a reprovabilidade é a culpabilidade concreta, que limita a capacidade de culpabilidade (imputabilidade) ao fato específico. Seus elementos, igualmente, dividem-se em intelectuais e volitivos.

Como a culpabilidade individual não é outra coisa senão a limitação da capacidade de culpabilidade ao fato concreto, a reprovabilidade baseia-se nos mesmos elementos cuja ocorrência com caráter geral constitua a capacidade de culpabilidade, isto é, o autor deve ter conhecido o injusto do fato, ou pelo menos deve tê-lo podido conhecer, e deve ter *podido* decidir-se por uma conduta conforme o Direito em virtude desse conhecimento [...]⁴⁵¹.

A consciência da antijuridicidade é elemento intelectual da reprovabilidade. Para que haja reprovabilidade, o autor deve conhecer ou poder conhecer o caráter ilícito de sua conduta. Sobre o objeto da consciência do injusto, Juarez Cirino dos Santos adverte que prevalece em geral a posição de Claus Roxin, no sentido de que para o preenchimento de tal requisito o autor deve conhecer a “*específica lesão do bem jurídico compreendido no tipo legal respectivo*, ou seja, o conhecimento da *proibição concreta* do tipo de injusto”⁴⁵² – a denominada antijuridicidade concreta. No Brasil, contudo, predomina que basta que o sujeito conheça “que seu comportamento é socialmente danoso, que contradiz a ordem

⁴⁵⁰ Artigo 61, inciso II, alínea “I”, do Código Penal.

⁴⁵¹ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 120.

⁴⁵² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral... *Cit.*, p. 303.

jurídica ou mesmo moral, independentemente de conhecer o bem jurídico lesionado ou a punibilidade do fato”⁴⁵³.

É no contexto da consciência do injusto que se insere o debate entre as teorias do dolo e da culpabilidade, já brevemente esboçado quando da análise da posição de Edmund Mezger. A teoria do dolo situa-se no cenário das doutrinas que o concebem como integrante da culpabilidade e encaram a consciência da antijuridicidade como o elemento normativo que o valora. O dolo, nesse contexto, é o dolo normativo ou *dolus malus*; é a consciência e a vontade de realizar o fato, sabendo-o contrário à lei. São duas as vertentes da teoria do dolo: a teoria estrita e a teoria limitada. A primeira exige que a consciência da antijuridicidade seja atual, de forma que o autor precisa efetivamente saber que realiza ação antijurídica. A teoria limitada do dolo, por sua vez, que foi posteriormente abraçada por Mezger, dispensa a atualidade da consciência, aceitando a cegueira jurídica ou inimizade ao Direito a relativizar o erro de proibição⁴⁵⁴.

O problema central da teoria do dolo suscitado por Hans Welzel – além da posição equivocada do dolo como parte da reprovação e não seu objeto – reside no fato de que a consciência do injusto não pode confundir-se com a consciência exigida para a configuração do dolo. Para o dolo, exige-se uma consciência atual e real dos elementos do tipo, a qual nem sempre estará presente no tocante à antijuridicidade do fato. A tentativa de solucionar esse problema por meio dos conceitos de “cegueira jurídica” ou “aversão ao Direito” é também criticada pelo autor, na medida em que tal proposta “traslada o puro sentimento popular para a doutrina da culpabilidade [...] [e] infringe, antes de tudo, o princípio da culpabilidade, pois priva o autor de uma possível escusa, ao estabelecer a ficção incontestável de que seu erro é culpável”⁴⁵⁵.

No âmbito da doutrina finalista, com o deslocamento do dolo para a tipicidade, o conhecimento da antijuridicidade dele separa-se, permanecendo na estrutura da culpabilidade como elemento autônomo. Na medida em que a culpabilidade é um dado normativo, basta um potencial conhecimento da ilicitude, dispensando-se sua atualidade ou concretude. O sujeito responsável, membro de uma comunidade jurídica, deve sempre estar atento ao dever-ser, corrigindo seu comportamento na razão da sua capacidade de conhecimento ético-social. Interessa, no âmbito da culpabilidade, não o enfoque

⁴⁵³ JUNQUEIRA, Gustavo e VANZOLINI, Patrícia. *Op. cit.*, p. 458.

⁴⁵⁴ BRANDÃO, Cláudio. A consciência da antijuridicidade no moderno Direito Penal... *Cit.*, pp. 59-60.

⁴⁵⁵ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 127.

psicológico, ou seja, se o sujeito sabia da ilicitude de sua conduta, mas o enfoque normativo: se pode o autor ser censurado por desconhecer tal ilicitude⁴⁵⁶. Em síntese,

Ao contrário da teoria causal, que exigia um conhecimento *atual* do injusto, aqui basta a possibilidade desse conhecimento ou de conhecimento correto. Portanto, o que vale, em suma, é o conhecimento *potencial* do injusto. Esse conhecimento potencial é representado pela capacidade concreta de o autor informar-se acerca da proibição ou determinação jurídica, com base em suas condições pessoais, onde, inclusive, devem-se levar em conta seus defeitos e limitações⁴⁵⁷.

O binômio ter ou atingir, empregado pela própria lei penal⁴⁵⁸, indica os meios de conhecimento do injusto: a reflexão ou a informação. Conseqüentemente, é a possibilidade de reflexão ou de obtenção de informação pelo autor que determinará a evitabilidade do erro⁴⁵⁹. Nesse sentido, o reverso da consciência da antijuridicidade é o erro de proibição, não sendo possível falar em reprovação se o sujeito que não se motivou pelo comando da norma não podia conhecer a proibição que recai sobre sua conduta⁴⁶⁰.

Distinguem-se, na teoria da culpabilidade, o erro de tipo e o erro de proibição: o primeiro incide sobre uma circunstância objetiva do tipo, seja ela fática ou normativa⁴⁶¹ e, assim, exclui o dolo⁴⁶²; o segundo diz respeito à antijuridicidade do fato – o agente sabe que realiza fato típico, mas acredita sê-lo permitido. Fica excluída a reprovabilidade em se tratando de erro escusável e diminuída, no caso de ser o erro de proibição inescusável⁴⁶³. Evidente que se o sujeito, podendo, recusa-se a refletir ou informar-se sobre a ilicitude de sua conduta (tratando-se, justamente, de uma *potencial* consciência do injusto) não há que se falar em erro de proibição⁴⁶⁴.

⁴⁵⁶ JUNQUEIRA, Gustavo e VANZOLINI, Patrícia. *Op. cit.*, p. 381.

⁴⁵⁷ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências...** *Cit.*, pp. 82- 83.

⁴⁵⁸ “Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência”.

⁴⁵⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral...** *Cit.*, p. 309.

⁴⁶⁰ REALE JÚNIOR, Miguel (org.). *Op. cit.*, p. 87.

⁴⁶¹ Welzel atenta que erro de tipo e erro de proibição não são sinônimos de erro de fato e erro de direito, respectivamente. Nesse sentido, por exemplo, aquele que se equivoca sobre o caráter alheio da coisa incide em erro de direito – pois desconhece uma circunstância de natureza normativa e não fática – que configura erro de tipo – pois desconhece uma circunstância objetiva do tipo de furto (WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 139).

⁴⁶² Nesse sentido o artigo 20 do Código Penal brasileiro: “Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei”.

⁴⁶³ Cf. artigo 21 do Código Penal brasileiro, supracitado.

⁴⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: volume II, tomo 2...** *Cit.*, p. 378.

A teoria da culpabilidade divide-se também nas posições estrita e limitada – tendo o ordenamento jurídico brasileiro adotado a segunda⁴⁶⁵ – com divergências no que se refere ao erro sobre as causas de justificação. Para a teoria estrita ou extremada, desenvolvida por Hans Welzel, é indiferente se o erro recai sobre a existência ou limites de uma norma permissiva ou sobre os seus pressupostos fáticos, resultando, em qualquer um dos casos, em erro de proibição.

A teoria limitada, por sua vez, encara como erro de proibição apenas a situação em que o sujeito acredita erroneamente que uma excludente de ilicitude abarca sua conduta (erro de proibição indireto). Contudo, se o agente erra sobre a situação fática que, se presente, daria ensejo à aplicação da norma permissiva, trata-se de erro de tipo permissivo⁴⁶⁶. Para os defensores dessa vertente, a distinção justifica-se pelo fato de que, diferente dos outros casos de erro de proibição, em que, sabendo o que faz, o autor erra sobre a licitude de sua conduta, no erro de tipo permissivo o autor quer agir conforme a norma jurídica, mas não sabe o que faz, errando sobre a situação fática. À mesma conclusão chega a teoria das características negativas do tipo, segundo a qual as causas de justificação são elementos negativos do tipo de injusto e, portanto, o erro que incide sobre a situação justificante – que também deve ser abrangida pelo dolo – só pode ser erro de tipo⁴⁶⁷.

2.3.3 *Exigibilidade de conduta diversa*

Conforme Hans Welzel, o elemento volitivo da reprovabilidade é a exigibilidade de obediência ao Direito. Na imputabilidade, questiona-se a capacidade geral do sujeito decidir conforme fins, independentemente da situação concreta; aqui, interessa se aquele indivíduo podia, naquele específico caso concreto, autodeterminar-se conforme fins em

⁴⁶⁵ Conforme expressamente esclarece a “Exposição de Motivos da Nova Parte Geral de Código Penal” (Lei 7.209/1984): “19. Repete o Projeto as normas do Código de 1940, pertinentes às denominadas discriminantes putativas’. Ajusta-se, assim, o Projeto à teoria limitada da culpabilidade, que distingue o erro incidente sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação do que incide sobre a norma permissiva. Tal como no Código vigente, admite-se nesta área a figura culposa (artigo 17, § 19)” (BRASIL. **Exposição de motivos nº 211, de 9 de maio de 1983...** *Cit.*).

⁴⁶⁶ “Art. 20 [...] § 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos”.

⁴⁶⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal:** parte geral... *Cit.*, pp. 302-303.

favor da conduta não antijurídica⁴⁶⁸. Assim, para que se possa falar em culpabilidade é necessário, além da capacidade de culpabilidade e do potencial conhecimento do injusto, “que o agente conserve um espaço mínimo de autodeterminação que lhe permita agir de acordo com esse entendimento”⁴⁶⁹. Do contrário, é dele inexigível uma conduta diversa daquela que praticou ao violar a norma.

A inexigibilidade destinava-se, no início, a fundamentar a exclusão da culpabilidade em algumas situações sem sólido amparo teórico. Assim, a Suprema Corte da Alemanha já havia decidido, antes da formulação doutrinária do conceito e de forma “intuitiva”, como aponta Enrique Cury Urzúa⁴⁷⁰, pela exclusão da culpabilidade em determinados casos nos quais não seria possível exigir que o sujeito atuasse em conformidade com a norma. Dentre tais situações situa-se o famoso caso *Leinenfänger*, julgado em 23 de março de 1897: um cocheiro, sabendo que o cavalo que seu patrão determinou que fosse colocado no coche era indócil e, por isso, prevendo a possibilidade de ocorrência de um acidente, cede às pressões de seu patrão, que ameaça demiti-lo, e coloca o animal na carruagem, acabando por atropelar um pedestre. Apesar da conduta imprudente do cocheiro, o Tribunal Superior da Alemanha absolveu-o, sob o argumento de que, diante das circunstâncias anormais – com a ameaça de desemprego – não era possível dele exigir uma conduta distinta.

Esta situação não apresentava realmente as características do estado de necessidade tal qual ele estava legislado na lei alemã vigente, de modo que o Tribunal Imperial teve que se socorrer, para conceder a exculpação, a uma construção suprapositiva. Por causa disso, a inexigibilidade nasceu já com as portas abertas para estender sua eficácia mais além dos limites impostos pelas normas vigentes, transformando-se em uma exculpante supralegal praticamente ilimitada⁴⁷¹.

Não obstante sua origem suprapositiva, o ordenamento jurídico brasileiro traz positivadas duas hipóteses⁴⁷² em que o legislador entende não ser possível exigir uma

⁴⁶⁸ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, pp. 151-152.

⁴⁶⁹ JUNQUEIRA, Gustavo e VANZOLINI, Patrícia. *Op. cit.*, p. 465.

⁴⁷⁰ CURY URZÚA, Enrique. **Derecho penal**: parte general, tomo II. 2ª ed. atual. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 77.

⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 77.

⁴⁷² Indo além delas, sobre o excesso de legítima defesa real e o excesso de legítima defesa putativa cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral... *Cit.*, pp. 328-332.

conduta jurídica do autor imputável que possui consciência do injusto: a coação moral irresistível e a obediência hierárquica, ambas previstas no artigo 22 do Código Penal⁴⁷³.

A coação moral irresistível exprime situação em que há um constrangimento, por meio físico ou moral, direto ou indireto, capaz de compelir à prática do injusto. Não se trata, aqui, da coação material, que afasta a conduta, mas da coação moral, por qualquer meio, capaz de viciar a vontade do agente. O termo “moral”, nesse sentido, significa não o meio utilizado pelo coator, mas a não submissão física do coagido, que praticou o delito em razão do “fundado temor de sofrer ou continuar sofrendo – ele próprio ou alguém que lhe é muito caro – um dano grave e irreparável em relevante bem jurídico”⁴⁷⁴. O coagido atua como autor instrumento do coator que é, na verdade, o autor mediato do delito. Dentre os requisitos necessários à coação moral irresistível, possível mencionar: a intervenção de um coator (de modo que o perigo provenha de uma conduta humana⁴⁷⁵); que o mal prometido seja iminente, realizável e grave; e o cumprimento de um mínimo “dever de resistência” (de modo que a coação seja, de fato, irresistível).

A obediência hierárquica, por sua vez, afasta a culpabilidade do agente quando a prática do injusto se der em razão da estrita obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico. Necessária a existência de vínculo hierárquico de Direito Público, na medida em que em tais relações o dever de obediência é, justamente, imposição estatal, existindo, ainda, presunção de legitimidade da ordem. Ademais, a ordem não pode ser evidentemente ilegal, o que ocorrerá quando seu emissor não for o competente para emití-la; quando não for atribuição do seu receptor realizá-la; quando ausente formalidade necessária e essencial à sua emissão; ou quando a ordem for, claramente, um crime⁴⁷⁶.

Para além das duas hipóteses mencionadas, muito se discute acerca das causas supraleais de inexigibilidade de conduta diversa. A sua aceitação pela jurisprudência pátria deu-se com o desenvolvimento doutrinário da culpabilidade, com destaque para

⁴⁷³ “Art. 22 – Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”.

⁴⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: volume II, tomo 2... *Cit.*, p. 331.

⁴⁷⁵ Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar apontam que a coação moral irresistível em muito se aproxima do estado de necessidade, configurando-se, na verdade, como um caso especial de estado de necessidade exculpante, na qual o perigo advém de ação humana (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: volume II, tomo 2... *Cit.*, p. 333). Em sentido diverso, Miguel Reale Júnior afirma que o estado de necessidade é bem diverso da coação, “pois nesta há um elemento constitutivo que inexistente naquela: o coator ou autor da ameaça. Doutra parte, a ameaça é sempre de mal futuro, não presente” (REALE JÚNIOR, Miguel (org.). *Op. cit.*, p. 97).

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 98.

Francisco de Assis Toledo, que coordenou a reforma penal de 1984 e segundo quem tais hipóteses erigem-se “em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de norma expressa a respeito”⁴⁷⁷. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça há trinta anos já afirmava que a admissibilidade da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal não podia ser negada⁴⁷⁸.

Ressalvados os posicionamentos divergentes, parece mais correto encarar a inexigibilidade de conduta diversa não como uma causa autônoma de exculpação, mas como fundamento geral das causas que excluem a culpabilidade, estando elas ou não previstas em lei. Nesse cenário, o rol das situações que a doutrina reconhece sob tal fundamento é variado, não comportando este trabalho uma análise detida. Importa, aqui, a ideia, já encontrada em Berthold Freudenthal, de que dizer ou não a exigibilidade de uma conduta em conformidade com a norma, a partir da normalidade ou anormalidade das circunstâncias, é exercício que somente pode ser realizado em cada caso concreto.

2.3.3.1 A exigibilidade como base do conceito de culpabilidade e a inexigibilidade como fundamento geral da inculpação

Conforme já visto no estudo da teoria complexa, o conceito de inexigibilidade ganha destaque na obra de Berthold Freudenthal, que dá ainda maior extensão ao instituto, inspirado por um sentido humanitário⁴⁷⁹. A desaprovação da culpabilidade, conforme afirma o autor, reside justamente na desaprovação do sujeito (tendo por objeto o injusto penal) que devia e *podia* comportar-se de outra maneira, pois sua representação e juízos deveriam ser suficientes para a frenagem da execução do injusto.

⁴⁷⁷ TOLEDO, 1991, p. 328 *apud* BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime...** *Cit.*, p. 259.

⁴⁷⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. Recurso Especial nº 2.492/RS. Relator: Ministro Assis Toledo. Data de julgamento: 23/05/1990.

⁴⁷⁹ Nesse sentido, “o autor abordou o tema da *inexigibilidade* a partir de sua origem, identificada na atividade jurisdicional do Tribunal Supremo Alemão, que em vários casos afastou a censura penal em nome dos princípios do Direito Penal, dando-lhes uma acentuada compreensão social, não menos que humana. Aderindo à iniciativa dos magistrados de promover a adequação da ciência penal à realidade social o autor se lançou em defesa da necessidade de *exculpação* por *inexigibilidade*, mostrando uma preocupação em afastar a responsabilidade penal de pessoas vitimizadas por condições materiais desfavoráveis que acabam sendo selecionadas pelo sistema de justiça criminal, especialmente no caso de empregados ou prestadores de serviço que, por ordem de seus superiores, assumiram determinados riscos ou realizaram ações proibidas por medo de perder seu sustento” (DIETER, Maurício Stegemann. **A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal e as situações supraleais de exculpação**. 2008. 192 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p. 40).

Segundo Freudenthal: “se para a não execução do fato punível fosse necessária uma medida de resistência que de ninguém se pode exigir normalmente, então estarão ausentes, junto ao poder, a reprovabilidade e, com a reprovabilidade, a culpabilidade”⁴⁸⁰. Com a ausência do *poder* do autor, portanto, faltará a evitabilidade do agir e, conseqüentemente, a exigibilidade do não agir daquela forma⁴⁸¹. Diante disso, revela-se necessária uma formulação – para além da previsão normativa – que, afastando a reprovabilidade, abarque todos os casos em que, em razão das circunstâncias do fato, não se poderia esperar que o autor evitasse sua execução⁴⁸². A inexigibilidade funcionará, então, como uma causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade, tanto para os crimes dolosos como para os culposos, só possível de verificação no caso concreto⁴⁸³.

Ao desenvolvimento do assunto, inspirado por Freudenthal, seguiu-se uma reação, antes da 2ª Guerra Mundial, que acabou por rejeitar a inexigibilidade de conduta diversa como causa geral de exculpação, em parte em razão de a doutrina penal ter aderido ao nacional-socialismo que via como incompatível “o reconhecimento institucional das debilidades ou fraquezas humanas com o rígido e superior senso moral alemão”⁴⁸⁴. O resgate do instituto deu-se em 1954, com a publicação do artigo “Exigibilidade e inexigibilidade como princípio jurídico regulativo”, por Heinrich Henkel.

Para Henkel, a inexigibilidade não é exclusiva do Direito Penal, funcionando como princípio jurídico do Direito, de forma geral, tal qual o princípio da proporcionalidade. No âmbito penal, serve de parâmetro para delimitar o dever de conduta contido na norma, podendo, por exemplo, servir para avaliar a possibilidade ou não de conhecimento do injusto. Ao afastar a inexigibilidade da estrutura do delito, situando-a na categoria de princípio, Henkel esvazia seu conteúdo material e impede que ela funcione corretamente como fundamento das excludentes e, portanto, como fundamento geral de exculpação. Maurício Stegemann Dieter destaca que a doutrina alemã dominante encara a inexigibilidade, tal qual faz Henkel, como princípio regulativo, rejeitando-a como fundamento geral de exculpação⁴⁸⁵.

A razão da rejeição da inexigibilidade como fundamento geral de exculpação e, assim, das causas supraleais orbita, geralmente, o tema da segurança jurídica, alegando-

⁴⁸⁰ FREUDENTHAL, Berthold. *Op. cit.*, p. 72.

⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 73.

⁴⁸² *Ibid.*, p. 75.

⁴⁸³ DIETER, Maurício Stegemann. **A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal e as situações supraleais de exculpação...** *Cit.*, p. 39.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 44.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 49.

se, tanto na doutrina como na jurisprudência, que tal ideia abriria portas para a insegurança jurídica, com o “abandono de todo critério objetivo para exclusão da reprovabilidade pessoal”⁴⁸⁶.

Na doutrina alemã, a título de exemplo, possível citar Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend, para quem “exigibilidade e inexigibilidade são apenas ‘princípios regulativos’ que orientam o juiz para ter em conta no caso concreto todas as circunstâncias relevantes para poder adotar uma decisão correta”⁴⁸⁷. Ainda que os autores restrinjam a aplicação do princípio apenas à culpabilidade e não a todos os elementos do crime, permanecem rejeitando a exigibilidade como estrutura da culpabilidade, situando as hipóteses de exculpação supralegal como exceções que precisam, necessariamente, aproximar-se das hipóteses previstas na lei (como é o caso, na legislação alemã, do estado de necessidade exculpante)⁴⁸⁸.

Os autores, ademais, estão dentre aqueles⁴⁸⁹ que diferenciam causas de inculpabilidade, como as que de fato excluem a culpabilidade, das causas de exculpação, nas quais remanesce culpabilidade, mas há isenção de pena. No primeiro grupo, ao qual pertenceriam as causas de inimputabilidade e o erro de proibição, não existe possibilidade de o sujeito agir de outro modo; as causas de inexigibilidade de conduta diversa, por outro lado, configurariam situações desculpantes, nas quais o sujeito poderia agir diferente, mas será desculpado por sua conduta. Nesse sentido, as causas de exculpação refletiriam as hipóteses em que a possibilidade de autodeterminação adequada à norma é apenas dificultada e não excluída, em razão da anormalidade das circunstâncias, casos em que “o Ordenamento jurídico [...] prescinde da formulação de uma reprovação culpabilística de natureza jurídico-penal não obstante a subsistência de um desvalor ético do fato”⁴⁹⁰.

Cabe destacar, desde logo, a advertência de Dieter, no sentido de que essa distinção parece derivar mais do fato de que, para tais autores, a exigibilidade não está incluída no rol dos elementos da culpabilidade. Partindo dessa premissa, de fato não seria lógico

⁴⁸⁶ FRAGOSO, 2003, p. 218 *apud* DIETER, Maurício Stegemann. **A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal e as situações supraleais de exculpação...** *Cit.*, p. 49.

⁴⁸⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. *Op. cit.*, p. 513.

⁴⁸⁸ DIETER, Maurício Stegemann. **A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal e as situações supraleais de exculpação...** *Cit.*, pp. 51-52.

⁴⁸⁹ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: volume II, tomo 2... *Cit.*, p. 201.

⁴⁹⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. *Op. cit.*, p. 514.

afirmar que a o viés negativo da exigibilidade fosse capaz de excluir a culpabilidade, formada apenas pela possibilidade de compreensão e pelo conhecimento do injusto⁴⁹¹.

Fazendo uma distinção semelhante, Reinhart Maurach entende que antes de um juízo de culpabilidade é necessário verificar a possibilidade de agir de outro modo. Assim, o autor emprega o termo atribuíbilidade para designar tanto a responsabilidade pelo fato como o juízo de reprovação da culpabilidade⁴⁹². São duas as etapas de verificação: em primeiro lugar, a partir da comparação entre a conduta do autor e a média da coletividade verificar-se-ia a responsabilidade pelo fato, ausente em situações de motivação anormal. Nesse momento seriam consideradas, portanto, as hipóteses comumente entendidas como causas de inexigibilidade de conduta diversa, como o estado de necessidade exculpante, a coação moral irresistível, a obediência hierárquica e o excesso escusável de legítima defesa⁴⁹³. A segunda etapa consistiria na verificação individualizada, sem o critério médio, da situação concreta do autor – a culpabilidade propriamente dita, formada pela imputabilidade e pela potencial consciência da ilicitude, afastada, portanto, pelas causas de inimputabilidade e pelo erro de proibição.

Nos moldes da crítica de Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, a posição de Maurach e dos demais autores que estabelecem a distinção entre inculpabilidade e exculpação desconsidera que “em tema de culpabilidade sempre encontraremos situações graduáveis: não há causa excludente da culpabilidade que não seja susceptível de permitir um remanescente de autodeterminação descartável por sua insignificância”⁴⁹⁴.

No mais, parece mais acertado afirmar que a exigibilidade de conduta diversa não só integra a culpabilidade como é noção que deriva de sua própria essência e, não sendo possível que o Estado exija do sujeito uma conduta em conformidade com a norma, deve ser afastada sua reprovação, não importando se a culpabilidade foi excluída ou desculpada.

O estudo da culpabilidade em Hans Welzel iniciou-se a partir de duas indagações feitas em sua obra. Superada a primeira delas, que diz respeito ao livre-arbítrio, indaga ele se o autor, em concreto, tem *capacidade de adotar uma resolução de vontade correta no lugar da equivocada*. Inaugurou-se, assim, o estudo dos elementos da culpabilidade.

⁴⁹¹ DIETER, Maurício Stegemann. **A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal e as situações supralais de exculpação...** *Cit.*, p. 52.

⁴⁹² MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**: tomo II. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962, p. 31.

⁴⁹³ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**: variações e tendências... *Cit.*, p. 84.

⁴⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: volume II, tomo 2... *Cit.*, p. 201.

Conforme já esboçado, a imputabilidade como pressuposto da reprovabilidade, sob o viés do autor concreto, inclui um elemento intelectual, consistente na capacidade de compreender o injusto do fato, e um volitivo, consistente na capacidade de orientar-se conforme essa compreensão⁴⁹⁵. A reprovabilidade, por sua vez, diz respeito à conduta antijurídica concreta, compreendendo também um elemento volitivo e um intelectual.

Assim, o binômio saber e poder envolve toda a questão em torno da culpabilidade. É reprovável o indivíduo que *sabia* que agia contrariamente e *podia* agir em conformidade com a norma. É dizer o mesmo: somente pode exigir-se do indivíduo uma conduta em conformidade com o Direito e, portanto, reprová-lo se não a adotou, se ele sabia o que fazia (porque tinha capacidade de entendimento e também podia conhecer a ilicitude) e se tinha capacidade de orientar-se, bem como um espaço mínimo de autodeterminação para agir conforme esse entendimento.

Vendo a questão pelo viés negativo, portanto, é possível afirmar que tudo aquilo que excluir ou reduzir sobremaneira (i) a capacidade de entendimento; (ii) a capacidade de orientar-se conforme esse entendimento; (iii) a possibilidade de conhecimento da ilicitude; e/ou (iv) o espaço mínimo de autodeterminação do sujeito conforme esse conhecimento, excluirá a exigência de uma conduta em conformidade com o Direito, afastando a reprovação e, conseqüentemente, a culpabilidade. A inexigibilidade, assim, exprime a supressão ou considerável redução da capacidade de entendimento, da capacidade de orientação conforme o entendimento, da possibilidade de conhecimento da ilicitude e/ou do espaço de autodeterminação do sujeito no momento da ação.

Nesse sentido, a exigibilidade de conduta diversa funciona como o “fundamento substancial da própria noção de culpabilidade tal como a conhecemos”⁴⁹⁶, tornando-se possível situar *todas* as situações de afastamento da culpabilidade sob o manto da inexigibilidade, inclusive a imputabilidade e o erro de proibição, afinal “daquele que não pode entender (inimputável) ou conhecer (erro de proibição) a lei, também não se pode exigir que a respeite”⁴⁹⁷. No mesmo sentido,

a partir do momento em que se compreende a *inexigibilidade* como essência última ou *ratio* de todas as causas que excluem a

⁴⁹⁵ A distinção entre o saber/poder também no âmbito da imputabilidade é importante, pois “mesmo no tocante à imputabilidade, há situações em que o problema não é de entendimento, mas justamente dessa capacidade mínima de autodeterminação que pode ser anulada ou drasticamente diminuída por determinadas patologias, por exemplo, as compulsões” (JUNQUEIRA, Gustavo e VANZOLINI, Patrícia. *Op. cit.*, p. 465).

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 465.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 465.

culpabilidade ela incorpora a inimputabilidade e o erro de proibição inevitável. Daí porque se entende que [...] as situações de *exculpação* excluem ou reduzem a culpabilidade da mesma forma que a ausência de imputabilidade e consciência da antijuridicidade⁴⁹⁸.

De um lado, as causas de inimputabilidade excluem a exigibilidade em relação ao sujeito concreto, considerado abstratamente (sem vinculação a um fato específico); de outro lado, o erro de proibição, a coação moral irresistível, a obediência hierárquica e as outras causas supralegais afastam a reprovabilidade do agente que, na situação concreta – e em razão dela – não tinha espaço de liberdade suficiente para decidir pelo Direito ou consciência de que não o fazia. Em outras palavras, “a inexigibilidade não é [...] uma causa de inculpabilidade, e sim a essência de todas as causas de inculpabilidade. Sempre que não há culpabilidade, é porque não há exigibilidade, seja qual for a causa que a exclua”⁴⁹⁹. Em todos os casos – por uma ou outra razão – não é possível que o Estado exija do autor que se comporte conforme a norma (livrando-se dos impulsos contrários ao valor, como prefere Welzel).

A reprovação pressupõe, de modo geral, que seja *exigível* uma conduta diversa; para isso é necessário que o autor fosse capaz de ter adotado uma resolução de vontade jurídica no lugar daquela que adotou, o que implica admitir, conforme já visto, que os seres humanos não são sujeitos essencialmente determinados. Contudo, essa possibilidade de adoção de uma resolução de vontade jurídica somente pode ser verificada em cada caso concreto, a partir da análise dos elementos estudados, levando-se em conta determinado sujeito em uma dada situação.

No que toca especificamente à inexigibilidade em razão da inexistência de um mínimo espaço de autodeterminação conforme entendimento, essa possibilidade não deve ser compreendida tão somente como uma possibilidade física. Reitera-se, aqui, a crítica já mencionada no sentido de que as situações analisadas sob o manto da culpabilidade e, principalmente, pelo viés da exigibilidade ou não de conduta diversa são *graduáveis*, de modo que falar em ausência de culpabilidade não é sempre falar em absoluta exclusão do espaço de autodeterminação. Exigir tal extremo tornaria impossível o afastamento da culpabilidade e esvaziaria por completo a inexigibilidade, pois, em última análise, há

⁴⁹⁸ DIETER, Maurício Stegemann. **A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal e as situações supralegais de exculpação...** *Cit.*, p. 53.

⁴⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** volume 1 – parte geral... *Cit.*, p. 525.

sempre uma escolha ou alternativa⁵⁰⁰. O sujeito que, sob coação moral irresistível, age injustamente, não tem seu espaço de autodeterminação excluído, pois ainda é *possível* que ele aceite as consequências impostas pelo coator no lugar de ceder à prática do injusto. A lei, no entanto, diante da insignificância do espaço de autodeterminação remanescente, entende pelo afastamento da culpabilidade. Nesse sentido,

Quando os limites da autodeterminação se encontram tão reduzidos que só resta a possibilidade física, mas ao nível de autodeterminação é tão baixo que não permite a sua revelação para os efeitos da exigibilidade desta possibilidade, estaremos diante de uma hipótese de inculpabilidade⁵⁰¹.

Em termos de capacidade de entendimento, de capacidade de autodeterminação conforme esse entendimento (que está ausente, por exemplo, nas compulsões) e de conhecimento do injusto, as previsões legais parecem abarcar de forma mais suficiente as hipóteses de inculpabilidade, justamente porque amparadas em fórmulas mais genéricas, capazes de amoldarem-se às diversas situações concretas⁵⁰². As causas de inimputabilidade e o erro de proibição, portanto, no escopo deste trabalho, não suscitam grandes dificuldades.

Por outro lado, em relação à redução ou supressão do espaço mínimo de autodeterminação do sujeito na situação concreta, a lei não só não trouxe uma fórmula genérica – a permitir a verificação das circunstâncias em cada caso concreto, como deve ocorrer – como limitou-se a elencar situações muito restritas. Entretanto, a partir do exposto, entende-se que toda e qualquer situação (positivada ou não) que afete o espaço de exercício de liberdade do indivíduo, moldando seu âmbito de autodeterminação e incidindo sobre a adequação de sua conduta à compreensão do injusto deve ser levada em consideração. Ainda, se tal situação *reduzir sobremaneira* seu espaço de exercício de

⁵⁰⁰ Verifica-se tal argumento em julgados que rejeitam a tese da inexigibilidade de conduta diversa. Nesse sentido, “A exclusão de culpabilidade, consistente na **inexigibilidade** de conduta diversa só tem lugar quando restar plenamente retratada situação invencível, para a qual não restasse alternativa senão cometer o crime, o que não se afigura na espécie” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. Agravo em Recurso Especial nº 1.670.382/PR. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Data de julgamento: 04/08/2020).

⁵⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1 – parte geral... *Cit.*, p. 525.

⁵⁰² Não obstante a vantagem que as previsões mais gerais apresentam quando são restritivas do poder de punir, na medida em que capazes de abarcar um maior número de casos, não se olvida da necessidade (e da dificuldade, no cenário atual) de uma interpretação alinhada aos direitos e garantias individuais, aos direitos humanos e à realidade social. Nesse sentido, quanto ao erro de proibição, por exemplo, Juarez Cirino dos Santos é enfático ao afirmar que “em sociedades com elevadas taxas de *exclusão* do mercado de trabalho e do sistema escolar – ou seja, marcadas pela pobreza e pela ignorância, como é o caso da sociedade brasileira –, a frequência do erro de proibição e a imprecisão dos critérios de evitabilidade/inevitabilidade do erro reclamam atitudes democráticas na sua avaliação: bitola larga para a *inevitabilidade*, bitola estreita para a *evitabilidade* do erro de proibição” (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral... *Cit.*, p. 311).

liberdade, a ponto de não ser possível dele exigir que se comporte conforme a norma, sua culpabilidade deve ser excluída.

Em suma, o que se verá mais detidamente nos próximos capítulos, trata-se de aferir, por meio da construção da exigibilidade de conduta diversa, não se o crime era a única possibilidade do autor, mas se restou ou não a ele um espaço mínimo de liberdade para a realização da escolha pelo Direito a permitir uma reprovação razoável, o que implica conhecer a *situação* do sujeito, seu rol de escolhas e também as consequências delas advindas. Presente esse espaço, além das demais exigências da culpabilidade, é possível falar no “poder de agir de outro modo” e em exigibilidade de conduta diversa.

O temor, principalmente por parte da jurisprudência pátria⁵⁰³, de um reconhecimento mais amplo de situações supralegais de inexigibilidade de conduta diversa não parece fundado quando consideramos que o Direito, como já exposto no primeiro capítulo, deve ser encarado como filtro ao exercício do poder de punir e a culpabilidade, nesse contexto, um de seus limites. A função de filtragem será tanto mais eficaz quanto maior a retenção de casos que não devem estar sob sua incidência. Nesse contexto, não há justificativa mais valiosa do que a realização do próprio princípio da igualdade, cuja importância já foi explorada. Desconsiderar a real possibilidade de cada indivíduo agir conforme a norma em cada caso concreto é fechar os olhos à verdadeira igualdade, na medida em que são igualadas situações distintas e a mesma reprovação é destinada aos sujeitos que, em cada uma delas, praticaram o injusto penal.

O reconhecimento da inexigibilidade deve destinar-se aos casos mais extremos, em que as circunstâncias sejam de tamanha anormalidade que atinjam o mínimo âmbito de autodeterminação exigido para que o sujeito razoavelmente adéque seu comportamento à compreensão do injusto. No mais, a exigência de um ônus argumentativo a orientar uma correta operação do princípio da igualdade – a partir dos já apresentados critério

⁵⁰³ A título de exemplo, os Tribunais brasileiros, diferente do entendimento da jurisprudência alemã (vide casos “Klapperstorch” e “Leinenfänger”) no contexto da origem do conceito de inexigibilidade, recusam-se a aceitar – mesmo em um País marcado pela pobreza e pela profunda desigualdade – a ameaça do desemprego e da miséria como circunstâncias anormais a justificar a inculpabilidade. Nesse sentido, “a exclusão do crime em razão do estado de necessidade ou mesmo a alegação de **inexigibilidade** de conduta diversa é reservada a situações excepcionalíssimas, não bastando para a sua caracterização a situação de **desemprego** e de dificuldades financeiras, sob pena de chancela à prática de atividades ilícitas como meio de vida” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. Agravo em Recurso Especial nº 1.635.997/SC. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Data da decisão: 04/05/2020).

discriminatório, fundamento lógico e compatibilidade com o sistema normativo constitucional⁵⁰⁴ – é suficiente para afastar eventuais arbitrariedades.

Reconhecer a liberdade do sujeito para reprová-lo implica reconhecer, também, que as circunstâncias limitadoras do exercício dessa liberdade afetarão a reprovação. Assim, faz-se necessário revisitar a liberdade, como alicerce escolhido da culpabilidade, para melhor compreender o seu exercício e, assim, alcançar resultados mais justos, porque mais iguais, na aplicação da lei penal.

2.4 O fundamento material da culpabilidade

No âmbito do finalismo e da teoria normativa pura solidificam-se na estrutura da culpabilidade a autodeterminação como capacidade do ser humano e a liberdade como atributo inerente ao indivíduo. Ficam rejeitados o determinismo próprio da Escola Positiva e a culpabilidade como simples relação psicológica, adotando-se, como premissa, a figura do ser humano dotado de livre-arbítrio, capaz de decidir pela prática ou não do injusto penal.

É justamente sobre a eleição da liberdade e da capacidade de agir em conformidade com a norma como alicerces da culpabilidade que recai a maior parte das críticas sobre o conceito normativo de culpabilidade, mormente em razão de sua indemonstrabilidade. Nesse sentido, afirma Francisco Muñoz Conde que a concepção tradicional de culpabilidade:

é cientificamente insustentável, já que se baseia em argumentos racionalmente indemonstráveis: a capacidade de se poder atuar de modo diverso daquele como realmente se atuou, fato em que se pode acreditar, mas que não se pode demonstrar. Como acertadamente disse Roxin, o conceito tradicional eleva ao plano da fé o que não pode ser mais que um problema de conhecimento⁵⁰⁵.

A perspectiva de liberdade adotada pelo ordenamento jurídico é não-ontológica, normativa. Trata-se de uma liberdade inata a todo ser humano dotado de normalidade psíquica e da crença de um indivíduo “*a priori* dotado de liberdade de autodeterminação, e,

⁵⁰⁴ Nesse sentido, cf. item 1.2.3 acerca do posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello.

⁵⁰⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 127.

portanto, culpável, ao praticar um fato típico e antijurídico, quando presentes certas condições biológicas, psíquicas ou fáticas previstas em lei como requisitos da culpabilidade”⁵⁰⁶. Por essa razão, aponta Oswaldo Duek Marques que a possibilidade de agir de outro modo acaba sendo valorada apenas normativamente e não sob o prisma do indivíduo, em cada caso concreto. É assim que a inexigibilidade de conduta diversa “tem seu campo de atuação restrito a situações legais ou a fatos análogos aos previstos na legislação como excludentes de culpabilidade”⁵⁰⁷.

Para Juarez Cirino dos Santos, a consequência da indemonstrabilidade da liberdade de vontade é a impossibilidade de utilização da culpabilidade como fundamento da pena, o que justifica a substituição dessa concepção pela ideia de culpabilidade como limite ao poder de punir. Mais do que um jogo de palavras, o autor afirma tratar-se de uma mudança com consequências político-criminais relevantes, na medida em que se deixa de legitimar o poder de punir do Estado por meio da culpabilidade, passando à garantia da liberdade do indivíduo frente a ele, na medida em que sem culpabilidade não há possibilidade imposição de pena ou de uma intervenção estatal com finalidade exclusivamente de prevenção. Em suma “a definição de culpabilidade como *limitação* do poder de punir contribui para redefinir a dogmática penal como *sistema de garantias* do indivíduo em face do poder punitivo do Estado”⁵⁰⁸.

Ainda, como alternativa à liberdade de vontade, como questão metafísica, o autor apresenta o princípio da alteridade como base da responsabilidade social, afirmando que a responsabilidade do ser humano por seus atos decorre do fato de ele viver em sociedade, o que corresponde à existência do *outro*. A responsabilidade pelo comportamento social, nesses moldes, poderia ser fundamentada na normalidade de formação da vontade do agente que pratica um injusto e o estudo da culpabilidade, portanto, residiria na pesquisa de defeitos nessa formação de vontade:

- a) na área da **capacidade de vontade**, a pesquisa de defeitos *orgânicos* ou *funcionais* do aparelho psíquico; b) na área do **conhecimento do injusto**, a pesquisa de condições *internas* negativas do conhecimento real do fato, expressas no *erro de proibição*; c) na área da **exigibilidade**, a pesquisa de condições *externas* negativas do *poder de não fazer o que faz*: as *situações de*

⁵⁰⁶ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Op. cit.*, p. 70.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 68.

⁵⁰⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral... *Cit.*, p. 281.

exculpação produzidas por conflitos, pressões, perturbações, medos etc.⁵⁰⁹.

Nesse caso, a substituição do fundamento da culpabilidade não altera significativamente os critérios utilizados para sua verificação, tratando-se de uma mudança de perspectiva que busca afastar o problema da indemonstrabilidade da liberdade. Em vez de afirmar que o autor não será culpável porque não era possível exigir que ele agisse conforme a norma⁵¹⁰, fazendo um uso jurídico de sua liberdade, diz-se que o autor não será culpável por defeitos na formação de sua vontade que resultaram no comportamento social danoso, em relação ao qual a responsabilidade deriva da vivência em sociedade.

Diversas outras teorias foram formuladas como alternativas à culpabilidade baseada no livre-arbítrio, as quais buscam concretá-la sobre outros alicerces⁵¹¹, dentre elas, as já mencionadas posições de Günther Jakobs e Claus Roxin. Não obstante tais esforços, parece mais adequada a posição de que a culpabilidade deve ser alicerçada sobre a liberdade, sobre a base antropológica da autodeterminação como capacidade do homem, sob pena de seu desaparecimento, seja com a sua substituição pela periculosidade, seja com sua redução a uma relação psicológica⁵¹².

Todo o intenso debate travado entre as Escolas Clássica e Positiva não solucionou de forma definitiva o impasse sobre a natureza livre ou determinada do ser humano. Tampouco o Direito, muito menos o Direito Penal, será capaz de definir a maior precisão de um ou outro parâmetro. Tal qual o livre-arbítrio, o determinismo extremo também não pôde ser demonstrado cientificamente e suas tentativas acabaram resultando em artifícios para a segregação de determinados grupos.

Não obstante a crítica caminhar no sentido de que a culpabilidade é independente da liberdade de vontade, devendo ser construída sobre outros fundamentos, com a superação do debate indeterminismo *versus* determinismo, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli afirmam que:

Se lermos o nosso Código Penal, veremos que a análise mais superficial de seus dispositivos não resiste ao ponto de vista determinista. Se suprimirmos a liberdade da vontade, veremos que o nosso Código Penal é inexplicável. Em primeiro lugar – e antes

⁵⁰⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral... *Cit.*, p. 286.

⁵¹⁰ Conforme proposto a partir da ideia da inexigibilidade de conduta diversa como fundamento de todas as excludentes de culpabilidade.

⁵¹¹ Nesse sentido, cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral... *Cit.*, pp. 281-284.

⁵¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1 – parte geral... *Cit.*, p. 526.

mesmo do aludido Diploma Legal – fica claro que nossa Constituição Federal nutre-se de uma concepção que exclui toda interpretação determinista [...] A ordenação dos delitos da parte especial e a estrutura geral do código, que se filia ao direito penal da culpabilidade, são totalmente contrárias à toda pretensão biologista ou mecanicista de entendimento do homem⁵¹³.

Decerto que entre uma concepção de indivíduo como ser dotado de livre-arbítrio, responsável e com capacidade de autodeterminação conforme um sentido e uma concepção que o encare como um sujeito necessariamente e totalmente determinado em seus atos, a primeira delas é mais favorável à dignidade humana e compatível com a ordem constitucional. A própria evolução das Escolas Clássica e Positiva é capaz de revelar tal compatibilidade. A Escola Positiva desemboca em um Direito Penal do autor, na ideia de que determinados sujeitos *são* criminosos – e, portanto, devem ser tratados como inevitavelmente perigosos aos demais – e não apenas praticam fatos definidos como crimes pelo legislador e são selecionados pelo sistema penal.

Ainda, como destaca Rodrigo José Fuziger, não cabe ao Direito Penal modificar uma premissa que serve a todas as formas de manifestação e interação humanas⁵¹⁴. No mesmo sentido observa Diego-Manuel Luzón-Peña que diante de duas hipóteses indemonstráveis (liberdade e determinismo)

é mais convincente e adequado no campo da valoração e da regulação jurídico-penal do agir humano em sociedade partir da base da qual partem tanto a sociedade, a imensa maioria dos seres humanos, como as normas sociais e jurídicas de modo praticamente universal: partir da ideia de que o ser humano maduro e mentalmente são em situação normal tem liberdade para decidir e atuar de outro modo, cumprindo as normas ou infringindo-as e por isso é responsável em caso de infração⁵¹⁵.

Por fim, resta o alerta de Eugenio Raúl Zaffaroni para os perigos de considerar a liberdade humana como ficção:

considerar a liberdade e a responsabilidade do homem como uma ficção implica afirmar que todo o plano jurídico constitucional e político assenta-se sobre uma ficção e, pior, que a consciência jurídica ocidental que sustenta essa antropologia é produto de uma ficção. É perigoso considerar que a dignidade da pessoa humana, este sujeito jurídico dotado de razão e responsável por suas

⁵¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1 – parte geral... *Cit.*, p. 526.

⁵¹⁴ FUZIGER, Rodrigo José. **Ao arbítrio de Ananke**: por uma revisão do conceito de autodeterminação no direito penal... *Cit.*, p. 226 e pp. 378-379.

⁵¹⁵ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.*, p. 379.

escolhas racionais, consagrado nos documentos internacionais de Direitos Humanos e desenhado nas Constituições, seria como um fantoche que se movimenta numa ficção e não a vivência de uma responsabilidade real e efetiva. O Estado de direito democrático seria o produto de uma ficção e suas diferenças com o Estado de polícia autoritário também seriam fictícias⁵¹⁶.

2.4.1 *A liberdade como alicerce a ser revisitado*

A compreensão da importância da liberdade como ponto de partida não obsta que seja criticada a liberdade normativa com a qual o Direito Penal costuma operar. Pautar todo o edifício da culpabilidade em uma presunção de absoluta e irrestrita liberdade – sem vinculação com a realidade – é tão prejudicial quanto defender a ideia de periculosidade, a partir da crença no determinismo absoluto. Inclusive, uma culpabilidade normativa baseada nessa presunção acaba por esconder justamente esse mesmo juízo de periculosidade. Não obstante a rejeição teórica da categoria (principalmente após a reforma penal de 1984), atribuída apenas ao velho Positivismo italiano (e ao tema das medidas de segurança), na prática verifica-se que subsiste a ideia de necessidade de controle de sujeitos e classes perigosos. Infelizmente, não é difícil localizar decisões judiciais que encampam a ideia de periculosidade, associando-a, às vezes de forma expressa, a componentes de raça e classe⁵¹⁷.

Uma culpabilidade sem qualquer consideração aos dados da realidade social e da seletividade contribui com a ideia de que determinados grupos são intrinsecamente perigosos. Acaso se fotografasse hoje o sistema penitenciário brasileiro e essa fotografia, mostrando indivíduos negros, pobres e periféricos, fosse apresentada de forma absolutamente isolada a alguém que jamais conheceu ou ouviu falar de miséria, marginalização, desigualdade social, racismo ou seletividade do sistema penal, a primeira – e fortemente equivocada – conclusão a que provavelmente chegaria essa pessoa é que tais caracteres identificam um grupo perigoso de pessoas, porque tendentes à prática de crimes.

⁵¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: volume II, tomo 2... *Cit.*, p. 195.

⁵¹⁷ Cita-se, a título de exemplo, sentença condenatória alvo de intensas críticas, proferida em desfavor de indivíduo negro, na qual constou, no momento da dosimetria da pena, o seguinte parágrafo: “Sobre sua **conduta social** nada se sabe. Seguramente integrante do grupo criminoso, *em razão de sua raça*, agia de forma extremamente discreta os delitos e o seu comportamento, juntamente com os demais, causavam o desassossego e a desesperança da população, pelo que deve ser valorada negativamente” (grifos próprios) (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 1ª Vara Criminal de Curitiba. Processo nº 0017441-07.2018.8.16.0013. Juíza: Inês Marchalek Zarpelon. Data de decisão: 19/06/2020).

Quando é a própria Justiça que, vendada, não enxerga esses fatores, ela acaba por funcionar orientada pela ideia de periculosidade, permitindo que o poder punitivo recaia sobre algumas pessoas em razão daquilo que elas são.

A importância das contribuições finalistas para a estrutura do delito e para a culpabilidade em especial não pode impedir que sejam questionadas suas limitações. Um conceito normativo puro de culpabilidade, conforme aponta Paulo César Busato, ao identificá-la em um processo de atribuição, a partir de critérios normativos, fecha os olhos à individualidade, posto que “os critérios normativos são unicamente atribuídos, e não têm nenhuma vinculação com o ‘ser’, adotando *standards* de condutas em supressão à características de identidade individual do culpado”⁵¹⁸.

Sobre esse aspecto, aponta Juarez Tavares que, com a culpabilidade da teoria finalista, a responsabilidade baseia-se em uma imputação que deriva de um juízo estranho ao fato, de modo que “o agente não será mais responsável pelo seu fato, mas perante a ordem jurídica, com base em elementos que buscam simbolizar o fato segundo as possibilidades de seu conhecimento”⁵¹⁹. Para o autor, a separação entre o injusto, como objeto de valoração, e a culpabilidade, como juízo de valor, faz com que a culpabilidade perca referências ao fato, transformando-se em condição normativa de responsabilidade, que, por sua vez, passa a ser questão de Estado e não fruto de uma ação humana. Em outras palavras, a responsabilidade, com o finalismo, passa a ser

o resultado de um juízo jurídico-normativo pronunciado contra o agente com base em pressupostos de fato decorrentes de outro juízo de cognição preestabelecido. Primeiramente, a própria imputabilidade se assenta em um juízo sobre a capacidade abstrata de entender e autodeterminar-se. O conhecimento do injusto se infere de um juízo de possibilidade e, por fim, o poder de agir de outro modo, que fundamenta a reprovação, nada mais é do que a consequência de um juízo normativo hipotético. No fundo, portanto, a base de tal concepção é um puro juízo jurídico de sustentação normativa, alheio à realidade antropológica e sensorial humana⁵²⁰.

Nesses moldes, afirma Tavares que a culpabilidade figura como uma etiqueta, um rótulo que recai sobre o autor como resultado de um juízo normativo, um processo de

⁵¹⁸ BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal. In: **Revista Liberdades**, n. 8, pp. 45-87, set./dez. 2011, p. 56.

⁵¹⁹ TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos... *Cit.*, p. 145.

⁵²⁰ *Ibid.*, p. 148.

cognição, baseado na suposição de que poderia ele ter agido diversamente⁵²¹. Conclui ele no sentido de que, tal qual ocorre com a teoria psicológica da culpabilidade, a teoria normativa carece de legitimidade ao reduzir o autor a instrumento funcional, na medida em que o delito será tido como seu produto quando for ele necessário para sofrer os efeitos da imputação. Ignoram-se a pessoa concreta e a realidade, permeada pelos conflitos sociais que dão origem ao delito e condicionam a elaboração da norma e as soluções a eles apresentadas⁵²².

A fim de solucionar esse impasse, Rodrigo José Fuziger propõe uma distinção entre livre-arbítrio e autodeterminação. O livre-arbítrio, diante da inexistência de uma resposta sobre sua existência, deve ser presumido, inclusive para os fins do Direito Penal. Trata-se de categoria absoluta, que não comporta graduações. A autodeterminação, por outro lado, é a capacidade de comportar-se conforme diferentes graus de autonomia, que variam de acordo com as condicionantes existentes no plano concreto. É conceito que permite matizes e que comporta, desse modo, os graus de liberdade que os indivíduos concretamente possuem⁵²³.

Sem dar relevo à distinção entre os conceitos de livre-arbítrio ou autodeterminação⁵²⁴, é necessário trazer à culpabilidade elementos que favoreçam uma individualização, de modo que os parâmetros normativos e o juízo de reprovação que recai sobre o autor do fato em razão da prática do injusto sejam fundados sociopsicologicamente, considerando-se as circunstâncias em que se opera a liberdade em cada caso concreto em um contexto social. Faz-se necessário um conceito de culpabilidade que seja baseado em uma liberdade com conteúdo mais definido e atento à concretude de cada indivíduo e não como muleta filosófica, “metáfora útil na poética das constituições ou lugar comum da retórica dos direitos, quando não um tópico para entender a dogmática, com a condição de que não se abra o debate sobre seu fundamento”⁵²⁵. Em suma, sem negar o fundamento da liberdade e da autodeterminação do sujeito, faz-se necessário trazer

⁵²¹ TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos... *Cit.*, p. 150.

⁵²² *Ibid.*, p. 156.

⁵²³ FUZIGER, Rodrigo José. **Ao arbítrio de Ananke**: por uma revisão do conceito de autodeterminação no direito penal... *Cit.*, p. 226 e pp. 378-379.

⁵²⁴ Os conceitos de livre-arbítrio, liberdade e autodeterminação são aqui empregados sem a distinção feita pelo autor, não obstante sua importância. Além de ser decorrência das limitações do presente trabalho, pretende-se, com isso, focar na necessidade de a culpabilidade ancorar-se em uma ideia de liberdade, independentemente de sua denominação, que se abra à realidade e, portanto, às circunstâncias capazes de afetar seu exercício.

⁵²⁵ SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. **La libertad del derecho penal**: estudios sobre la doctrina de la imputación. Barcelona: Atelier, 2014, p. 180.

tais conceitos para a realidade, preenchendo-os com referências do mundo real e do sujeito concreto. São precisas as palavras de Salo de Carvalho a respeito do tema:

o princípio da culpabilidade (do ato) não pode ser absolutizado em torno da premissa do livre-arbítrio/autodeterminação. É claro que o fundamento da autodeterminação do sujeito não pode ser negado, sequer deixado de lado, na avaliação da reprovabilidade do fato [...] [mas] *não basta afirmar que o homem é responsável porque é capaz de autodeterminar-se conforme um sentido, para concluir a responsabilidade penal, porque se concebermos essa capacidade de determinação de forma absoluta esquecemos do homem real e em seu lugar apareceria uma estranha e inexplicável caricatura de anjo*⁵²⁶.

Para o autor deve ser levado em consideração na aplicação da pena o entorno social, sem que com isso haja um juízo sobre o “ser” do agente ou um retorno a um modelo de Direito Penal de autor. Trata-se de observar e considerar dados da realidade na relação conduta-delito, otimizando o Direito Penal do fato, “visto que a análise é centrada na real capacidade de o autor socialmente referido conhecer, compreender e motivar sua conduta conforme o direito”⁵²⁷.

Oswaldo Duek Marques aponta a necessidade de uma perspectiva ontológica, a fim de que sejam tecidos melhores contornos à liberdade que informa a culpabilidade:

Em seu sentido ontológico, a experiência de liberdade é de precariedade e de desamparo ante o destino, demonstrando a instabilidade constante na existência humana [...] O ser humano é afetado por cada passo na sua existência. A conscientização dessa perspectiva ontológica de liberdade, além de propiciar novos enfoques acerca da culpabilidade, principalmente no tocante à exigibilidade de conduta diversa, poderá certamente contribuir para a humanização cada vez maior do Direito Penal⁵²⁸.

Necessária, assim, uma aproximação com outras ciências que resgate parte do sentido ontológico da liberdade, permitindo uma melhor compreensão – para além das limitadas previsões normativas – do espaço de seu exercício. Trata-se de pensar, aqui, em uma liberdade que é *situada*, pois sempre moldada e circundada pela *situação*.

⁵²⁶ CARVALHO, Amilton Bueno de e CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2ª ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 71-72.

⁵²⁷ *Ibid.*, p. 75.

⁵²⁸ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Op. cit.*, p. 70.

2.4.2 *Liberdade situada*

O termo liberdade situada é empregado no presente trabalho com o intuito de ressaltar que a liberdade é sempre exercitada em uma determinada situação, na qual haverá, conforme suas circunstâncias, uma margem maior ou menor de liberdade para o agir ou, como prefere Rodrigo José Fuziger, de autodeterminação. O destaque para uma liberdade situada também reforça a oposição a uma liberdade abstrata, ilimitada, ideal que, ao ser absorvida pela Justiça de forma exclusiva, deixa-a cega à realidade social em que opera.

O termo é encontrado também na obra de Jean-Paul Sartre e por essa razão, sem pretender realizar uma análise mais profunda do assunto, que o trabalho não comporta, a noção sartreana de liberdade será apresentada. Para o autor, a liberdade é sempre situada e realiza-se por meio das múltiplas possibilidades que se apresentam ao indivíduo e que se encerram com a morte. A liberdade é exercida sobre um pano de fundo, que Sartre chama de situação e que caracteriza o mundo em sua concretude⁵²⁹. A situação varia conforme cada indivíduo, mas existem elementos que compõem a situação da realidade humana de modo geral (a condição humana), como a necessidade de o indivíduo estar no mundo, no trabalho, no meio de outros indivíduos e ser mortal⁵³⁰. A concepção empírica da liberdade, para o autor, “parte da consideração de uma situação e constata que esta situação me deixa livre para perseguir tal ou qual fim”⁵³¹.

Em um primeiro momento, em “O Ser e o Nada”, Sartre defende que a pessoa não pode eximir-se da responsabilidade por seus atos alegando fatores exteriores ou adversidades, na medida em que é o próprio indivíduo, por meio de sua visão de mundo e de suas escolhas, que faz com que a situação sustente-se e ganhe sentido⁵³². O autor dá o exemplo de um rochedo, que oferece resistência para quem pretenda escalá-lo e auxílio caso se queira contemplar a paisagem. Em si mesmo, o rochedo é neutro e “espera ser iluminado por um fim de modo a se manifestar como adversário ou auxiliar” e prossegue

⁵²⁹ BOCCA, Marivania Cristina e SANTOS, Tiago Soares dos. Les Mouches: liberdade situada e reflexividades em Jean-Paul Sartre. In: **Aufklärung: revista de filosofia**, v. 7, n. especial, pp. 39-50, 31 dez. 2019, p. 42. Disponível em: <<https://periodicos.ufpb.br/index.php/arf/article/view/50134/29306>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

⁵³⁰ *Ibid.*, p. 42.

⁵³¹ SARTRE, Jean-Paul. Ser e fazer: a liberdade. In: _____. **O ser e o nada**: ensaio de ontologia fenomenológica (quarta parte, capítulo 1). 20ª ed. Petrópolis: Vozes, pp. 536-681, 2011, p. 598.

⁵³² SILVA, Paulo César Gondim. **O conceito de liberdade em o ser e o nada de Jean-Paul Sartre**. 2010. 110 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Filosofia, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2010, p. 81.

Sartre afirmando que “ainda que as coisas em bruto [...] possam desde a origem limitar nossa liberdade de ação, é nossa liberdade mesmo que deve constituir previamente a moldura, a técnica e os fins em relação aos quais as coisas irão manifestar-se como limites”⁵³³.

A noção sartreana de liberdade, contudo, foi por ele revisitada, especialmente após a 2ª Guerra Mundial e sua aproximação com o marxismo – cujo marco é sua “Crítica da razão dialética” –, reconhecendo-se que o indivíduo antes interioriza suas determinações sociais e seu passado histórico para após exteriorizar suas escolhas por meio de ações⁵³⁴. É nesse sentido que Simone de Beauvoir afirma que, à época da publicação de “O ser e o nada”, Sartre “pensava que toda situação podia ser transcendida por um movimento subjetivo”, mas que “sabia, em 1951, que as circunstâncias por vezes nos roubam nossa transcendência; contra elas, não há salvação individual possível, mas apenas uma luta coletiva”⁵³⁵. As escolhas dos indivíduos passam, assim, a situarem-se também sob o jugo de uma situação histórica, como, por exemplo, a exploração econômica de um indivíduo por outro⁵³⁶.

É essencial que o Direito Penal abandone a exclusividade da perspectiva abstrata e ideal de liberdade, deixando-se permear pela ideia de liberdade situada, moldada pelas circunstâncias da realidade e exercida na extensão das possibilidades conferidas pelo contexto social, histórico, econômico, cultural – situacional – que envolve o sujeito. Ainda que se admita a liberdade *a priori*, a dimensão do exercício dessa liberdade é graduável e somente passível de verificação em cada caso concreto. Para saber se um sujeito que praticou um injusto poderia não tê-lo praticado, é preciso conhecer a situação em que agiu, reconhecendo-se que há fatores – alguns deles externos ao sujeito e por vezes insuperáveis individualmente – que influenciam essa escolha.

Uma liberdade puramente normativa leva à abstração excessiva e a um afastamento do indivíduo e de sua realidade. Não parece haver dúvidas de que há forças de diversas naturezas que atuam sobre as pessoas (e sobre a sociedade como um todo), inclinando-as a um determinado agir e que as escolhas, decisões e desejos do ser humano são produto de um feixe complexo de fatores. Antes de afirmar um determinismo ou um indeterminismo absolutos, parece mais adequado reconhecer que a liberdade de escolha e de

⁵³³ SARTRE, Jean-Paul. *Op. cit.*, pp. 593-594.

⁵³⁴ BOCCA, Marivania Cristina e SANTOS, Tiago Soares dos. *Op. cit.*, p. 43.

⁵³⁵ BEAUVOIR, Simone de. **A força das coisas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009, p. 186.

⁵³⁶ SILVA, Paulo César Gondim. *Op. cit.*, p. 85.

autodeterminação caracterizam *a priori* o ser humano, mas são ideias que existem sempre dentro de um determinado e específico espaço de atuação.

Assim, para os fins de reprovação, deve-se verificar em cada caso concreto qual é o âmbito de autodeterminação do agente e em que medida os fatores que moldam esse espaço guardam relação com a prática do injusto. Se o espaço for demasiadamente reduzido, de modo que as possibilidades reais sejam também muito reduzidas, o Direito deve reconhecer tais limitações no momento da reprovação quando o sujeito escolhe a prática do injusto em face da(s) outra(s) real(is) possibilidade(s). Assim como a liberdade é situada (e justamente por assim o ser) a escolha pelo injusto também o é.

É possível pensar, a título de exemplo, em dois jovens, um que acaba de concluir o ensino superior em excelente instituição de ensino, que lhe permite ingressar em grandes empresas no seu ramo de atuação, e outro que abandonou a escola para cuidar de sua irmã mais nova, pois seus pais precisavam trabalhar para garantir o sustento da família. Ninguém negará que a escolha do primeiro acerca de onde irá trabalhar está situada em uma circunstância absolutamente diversa daquela do segundo jovem. O espaço de liberdade do primeiro indivíduo sem dúvidas foi moldado de forma a proporcionar-lhe um rol muito maior de possíveis escolhas, ao contrário do que ocorreu com o segundo, cujas escolhas estão limitadas sobremaneira por fatores externos. É certo que o primeiro é livre para optar, por exemplo, por um trabalho informal, mas o fará dentro de um espaço de liberdade que o permitia, também, escolher por trabalhar em um emprego formal, em uma grande corporação, onde poderia alcançar um cargo de direção em poucos anos. A amplitude do seu espaço de liberdade, portanto, é determinante em sua escolha, que sopesará as consequências de cada uma das alternativas que se apresentam e, assim, raramente sua decisão será pelo trabalho informal (considerando-se principalmente os parâmetros oferecidos pela sociedade em termos de bem estar e sucesso). O segundo jovem, ao escolher pelo trabalho informal, o faz não tendo o exercício de sua liberdade ou autonomia de escolha abrangendo o cargo na grande corporação.

Ao passo que essas considerações ficam muito claras em outros campos da vida em sociedade, o Direito Penal não parece absorver por completo a ideia de uma liberdade situada, apresentando, como já visto, uma visão estreita – limitada ao reconhecimento de alguns poucos fatores – sobre as condicionantes do exercício da liberdade pelo indivíduo. Contudo, a escolha do indivíduo pela prática do injusto ou a ausência de escolha pela conduta jurídica, é necessariamente uma escolha situada. A liberdade que fundamenta a

culpabilidade é uma liberdade situada e a sua situação não pode ser ignorada, justamente porque integra a essência do seu exercício pelo ser humano. Não é possível pensar, no exemplo supramencionado, que uma reprovação baseada na liberdade possa ser a mesma para os dois jovens caso ambos escolham ingressar em uma rede de tráfico ilícito de entorpecentes como meio de prover seu sustento.

É claro que seria hercúlea – e até mesmo impossível – a tarefa de considerar todos os fatores que incidiram sobre a escolha do sujeito concreto pela prática do injusto e tampouco é essa a proposta que se pretende. Entretanto, não se pode deixar de observar que, na linha do exposto no primeiro capítulo, a grande maioria dos sujeitos concretos que se apresenta à agência judicial em razão da prática de um injusto possui em comum um exercício de liberdade limitado por uma mesma gama de fatores que guardam relação direta com essa posição em que se encontram. Se circunstâncias externas estão, portanto, moldando o espaço de autodeterminação de determinadas pessoas de forma a com muita frequência levarem-nas às teias do sistema de justiça criminal e se tais circunstâncias não situam a liberdade de todos os indivíduos, é imposição de igualdade e da própria essência da culpabilidade – porque amparada na liberdade, que é necessariamente situada – sopesá-las para aferir sua reprovabilidade.

Quando a situação é vista a partir da perspectiva de um Direito Penal redutor e de uma necessária atuação em prol da redução da seletividade e da violência inerentes ao exercício do poder punitivo, fica mais claro que a reprovação deve recair de forma diversa sobre um indivíduo cujo espaço de exercício da liberdade foi reduzido, o que resta ainda mais evidente quando pensamos que é a própria configuração do Estado e da sociedade que operou tal redução.

Nesse ponto, a situação de liberdade de um indivíduo e, mais do que isso, a amplitude do seu espaço de autodeterminação que pode influenciar – por vezes de forma determinante – na escolha pelo injusto vincula-se essencialmente a condições que se relacionam com a estrutura da sociedade e com a atuação estatal sobre ele. Aqui, a igualdade novamente desempenha um papel essencial. Não apenas porque, conforme reiterado no primeiro capítulo, considerar a situação de liberdade de cada indivíduo no momento da reprovação é imposição de uma verdadeira igualdade, mas também na medida em que a amplitude do exercício da liberdade é moldada essencialmente pelas oportunidades (a gama de possíveis escolhas) que se apresentam ao sujeito. E falar em oportunidades é falar em igualdade.

Fernando Facury Scaff traz à tona a relação entre igualdade e liberdade afirmando que esta não existe sem aquela⁵³⁷. Uma igualdade material ou isonomia deve ser compreendida em conjunto com a liberdade, de modo que um acesso igual à liberdade pressupõe um maior grau de isonomia entre os indivíduos. O autor defende a necessidade de que seja assegurada, no plano da realidade, a oportunidade de gozo efetivo dos direitos fundamentais, sem o que as liberdades resumem-se a um discurso vazio. A obtenção das liberdades está, portanto, condicionada ao alcance da isonomia. Nesse sentido,

Não se pode comparar o direito de voto, por exemplo, de um proprietário de um grande meio de comunicação de massa com o daquele que mendiga nas ruas. Embora cada qual tenha formalmente direito ao mesmo voto, o peso da influência real de *um* é infinitamente maior que o de *outro*. Ambos serão livres, por certo, mas as suas liberdades não serão iguais. Não reconhecer isso será das asas ao formalismo jurídico, inaceitável em uma sociedade que necessita de igualdade real, de liberdades iguais e concretas para todos⁵³⁸.

Trazendo a ideia ao plano do Direito Penal, decerto que a liberdade de escolher entre a prática ou não do injusto é moldada pelo grau de realização da isonomia. Diferentes oportunidades, diferentes acessos a direitos e seus diferentes graus de realização criam espaços mais ou menos limitados para o exercício dessa liberdade, na medida em que a escolha pela prática do injusto apresenta-se inserida em todo um contexto socioeconômico e cultural e não como uma decisão isolada de motivos e influências que se opera unicamente a partir de uma inclinação de caráter do agente. A própria ideia de um crime em si, longe de ser um fenômeno natural, não consegue ser desvinculada da realidade.

Mais além, a escancarada *desigualdade* que incide sobre determinados indivíduos desde a distribuição das oportunidades até a distribuição da criminalidade, levando à redução significativa de seu espaço de liberdade, impõe um olhar que permita sua minimização no momento de imposição ou dosagem da punição. Novamente é precisa a lição de Scaff, que ressalta que a compreensão correta da isonomia não se resume ao tratamento desigual aos desiguais, sendo indispensável que se dê uma finalidade específica a isso: a redução desse desequilíbrio, a equiparação das desigualdades⁵³⁹.

As extensas contribuições da Criminologia sobre criminalidade e criminalização servirão à tarefa de perceber que determinados sujeitos têm seu âmbito de

⁵³⁷ SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento republicano e liberdade igual**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 174.

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 180.

⁵³⁹ *Ibid.*, p. 175.

autodeterminação fortemente limitado e direcionado às teias do sistema penal, em razão de toda uma estrutura que opera como um *círculo vicioso*. A percepção desses marcos que moldam o exercício da liberdade como diretamente ligados ao agir injusto reforçará a conclusão da necessidade de seu sopesamento no momento da reprovação.

3 A SITUAÇÃO DE LIBERDADE COM BASE NAS CONTRIBUIÇÕES DA CRIMINOLOGIA

*Olhos sujos no relógio da torre:
Não, o tempo não chegou de
completa justiça.
O tempo é ainda de fezes, maus
poemas, alucinações e espera.
O tempo pobre, o poeta pobre
fundem-se no mesmo impasse.*

Drummond⁵⁴⁰

3.1 Criminalidade e criminalização: um círculo vicioso perverso

Até aqui foi possível concluir que o Direito Penal deve alinhar-se à Constituição Federal e, embora não seja capaz de concretizar seus valores de forma plena, deve, ao menos, não contrariá-los e observá-los no desempenho de sua função, dentro dos limites impostos por sua estrutura problemática. Dentre esses vetores constitucionais está a igualdade material, a qual deve aparelhar o Direito Penal em sua tarefa de contenção do poder de punir. A inobservância da igualdade material gera um resultado de maior exclusão social, indo de encontro aos objetivos previstos no artigo 3º da Carta Magna.

O emprego da isonomia implica a necessidade de adequação da aplicação da lei às circunstâncias concretas, nos moldes da equidade, conferindo tratamento desigual aos desiguais, desde que entre tais elementos (desigualdade e tratamento desigual) haja uma correlação lógica. Essa relação racional, no âmbito da culpabilidade, existirá quando tais circunstâncias de algum modo interferirem no âmbito de escolha do indivíduo pela prática ou não do injusto penal. Esse potencial de interferência ocorre em diversas situações, algumas delas já abarcadas pelo Direito Penal; outras, contudo, são por ele comumente ignoradas. Se a liberdade é sempre situada, é preciso compreender porque algumas situações, impostas a algumas pessoas, devem ser consideradas para justificar o afastamento ou a redução da sanção penal.

Nesse contexto, observa-se, principalmente nos países periféricos, a existência de diversos marcos que são impostos, de forma severa e violenta, ao espaço de liberdade e de escolha pela prática ou não do injusto de um grande número de pessoas, destacadas das

⁵⁴⁰ Trecho selecionado de “A flor e a náusea”, do livro “A rosa do povo”.

demais principalmente em razão de critérios de raça e classe. Juntos, esses fatores formam um círculo vicioso que produz criminalidade e criminalização em um nível insustentável de afronta aos Direitos Humanos e à Constituição Federal. Nas palavras de Alvíno Augusto de Sá: “Forma-se, pois, um círculo vicioso perverso [...] entre exclusão-vulnerabilidade-punição-discriminação-culpabilização-exclusão... e assim por diante”⁵⁴¹. Por tais razões, são esses os marcos que merecem destaque dentre todos os outros, de diversas ordens e naturezas, que possam situar a liberdade dos indivíduos.

Assim, é necessário verificar como questões relacionadas à vulnerabilidade social e à atuação seletiva do sistema penal influenciam no fenômeno do crime. Se essas circunstâncias desempenham um papel decisivo ou mesmo qualquer papel na formação do delito, seja do aspecto de sua prática (criminalidade), seja da perspectiva da atuação do sistema penal sobre as condutas e os indivíduos (criminalização), seja de ambos, resta delimitada a correlação lógica indispensável à legitimidade do tratamento desigual, nos moldes da igualdade material.

Não se trata de investigar todas as possíveis causas dos delitos, tampouco todas as possíveis circunstâncias que situam a liberdade dos indivíduos que “optam” pela prática do injusto penal, uma vez que “todos nos movemos dentro de um certo âmbito de decisão que não é infinito e nem idêntico em todas as circunstâncias”⁵⁴². Tampouco se pretende afirmar que todo e qualquer delito é praticado exclusivamente em razão de um único conjunto de fatores.

Trata-se de identificar os fatores externos que estão comumente presentes na vida dos indivíduos que são alvos recorrentes do sistema penal e a quem são impostas sanções e relacioná-los à prática do delito e à sua seleção, compreendendo-os como marcos ao exercício de sua liberdade. Nas palavras de Zygmunt Bauman, “significa [...] que a rejeição/exclusão praticada através do sistema penal é parte integrante da produção social do crime”⁵⁴³. Parte-se, portanto, do pressuposto de que se a pena atinge sempre algumas pessoas que possuem em comum caracteres de classe, raça, etnia, isso ocorre não porque algo intrínseco a elas leva à prática de ilícitos, mas porque circunstâncias fora de seu controle estão situando sua liberdade e reduzindo as possibilidades de escolhas diversas dessa prática.

⁵⁴¹ SÁ, Alvíno Augusto de. **Criminologia clínica e execução penal**: proposta de um modelo de terceira geração. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 308.

⁵⁴² ZAFFARONI; ALAGIA e SLOKAR, 2006, p. 509 *apud* FUZIGER, Rodrigo José. *Op. cit.*, p. 175.

⁵⁴³ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999, p. 135.

A vulnerabilidade social, a seletividade do sistema penal e as consequências delas decorrentes fornecem marcos para a atuação de alguns indivíduos e situam o seu comportamento e a sua liberdade de agir dentro de determinadas balizas. No que tange à vulnerabilidade social, a sua correlação lógica com um tratamento desigual, como se verá, estabelece-se a partir da compreensão das causas dos comportamentos desviados (que serão convertidos em crimes) dos indivíduos vulneráveis socialmente. Se determinadas circunstâncias, produzidas pelas estruturas socioeconômicas, impõem marcos ao exercício da liberdade, interferindo no comportamento dos indivíduos, o Direito Penal deve considerá-las quando esse comportamento for criminoso, compensando tais marcos e exercitando a igualdade material. Sob o viés da seletividade, a necessidade de consideração da atuação seletiva do poder punitivo dá-se, da mesma forma, por exigência da igualdade: se o poder punitivo criminaliza seletivamente e, portanto, desigualmente, o Direito Penal também deve corrigir essa seletividade, atuando perante os agentes de forma diversa.

Em suma, a engrenagem da criminalidade/criminalização funciona orientada a sujeitos específicos, limitando suas possibilidades de comportamento e direcionando a atuação do poder de punir: neste ponto, a relação mais cruel estabelece-se, pois a criminalização recai sobre os mesmos indivíduos submetidos aos marcos impostos pela vulnerabilidade social. O poder punitivo, portanto, opera de forma desigual em sentido inverso àquele compreendido pela isonomia material: agravando a situação daqueles já em desvantagem em vez de equipará-la.

É a Criminologia que, nesse cenário, auxiliará o estabelecimento da conexão racional entre fator de discriminação e tratamento penal desigual, na medida em que, desde o seu surgimento, propôs-se a explicar o crime, seja a partir de um discurso etiológico sobre criminalidade, seja por meio de um discurso político sobre criminalização⁵⁴⁴.

Peter-Alexis Albrecht⁵⁴⁵ aponta duas coordenadas para a classificação das teorias criminológicas de explicação da criminalidade: a primeira delas separa as teorias etiológicas, que enxergam a criminalidade como dado objetivo de uma explicação causal, das teorias do *labelling*, que a encaram como produto de uma atribuição por persecução penal. A segunda coordenada diferencia as microteorias, cujas explicações são vinculadas aos indivíduos, das macroteorias, voltadas à sociedade. Nesse cenário, encontramos (i) os modelos etiológico-individuais, que agrupam teorias biológicas da criminalidade e teorias

⁵⁴⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia e luta de classes**. Disponível em: <<http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2015/10/Criminologia-e-luta-de-classes.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2019, p. 01.

⁵⁴⁵ ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia: uma fundamentação para o direito penal**. Curitiba: ICPC, 2010, p. 40.

de aprendizagem; (ii) os modelos etiológicos sócio-estruturais, dentro dos quais se inserem as teorias da anomia e da subcultura; (iii) o princípio do *labelling*; e (iv) o princípio do *labelling* teórico-socialmente orientado.

A partir dessa classificação, Juarez Cirino dos Santos aponta que é possível verificar a construção paralela de dois discursos criminológicos – baseados em teorias sociais diversas, com objetos e métodos de estudo diferentes –, os quais identificam a Criminologia tradicional e a Criminologia crítica. A Criminologia tradicional, a partir das teorias etiológicas, centra-se na investigação das razões que levam determinados indivíduos à prática de crimes, ou seja, nas causas do comportamento criminoso. Seu discurso parte da teoria política consensual, de uma sociedade em que há consenso sobre valores e interesses, como seu fundamento político. Nesse contexto, o desvio é dissenso individual e, como tal, sintoma de patologia ou de subsocialização⁵⁴⁶. No âmbito da Criminologia tradicional – e a partir da divisão da segunda coordenada proposta por Albrecht – há tanto explicações individuais para a criminalidade, focadas nos defeitos pessoais dos indivíduos, como explicações socioestruturais.

A Criminologia crítica, por sua vez, tendo por substrato uma sociedade de conflito de classes, direciona sua análise às estruturas sociais e aos sistemas de controle social do crime e da criminalidade. Abandonando o paradigma etiológico em prol de um paradigma político, enxerga o Direito Penal como correlato às relações mercantis e constituído pelos momentos de criminalização legal, criminalização judicial e repressão estatal. A perspectiva individual da Criminologia crítica é a perspectiva do *labelling approach*, que, para o autor, não é uma teoria criminológica, mas um paradigma de abordagem da questão criminal. Ela tem por objeto o processo de criminalização, tratando o crime como realidade construída pelo sistema penal; o criminoso como sujeito por ele qualificado, por meio da rotulação ou etiquetamento; e o Estado, nessa dinâmica, como o reproduzidor da criminalidade. A perspectiva estrutural marxista (que Albrecht denomina princípio do *labelling* teórico-socialmente orientado⁵⁴⁷), por sua vez, é aquela focada nas estruturas econômicas e nas instituições jurídicas e políticas estatais⁵⁴⁸. É aqui que encontram eco os fundamentos desenvolvidos pelo debate derivacionista (abordado no início do primeiro capítulo), consubstanciados na conexão estrutural entre Direito, Estado e as relações econômicas da sociedade e, portanto, na unidade entre as dimensões econômicas, políticas e jurídicas do modo de produção capitalista.

⁵⁴⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia e luta de classes...** *Cit.*, p. 02.

⁵⁴⁷ ALBRECHT, Peter-Alexis. *Op. cit.*, p. 57.

⁵⁴⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia e luta de classes...** *Cit.*, p. 09 e pp. 12-14.

A inserção da *questão criminal* na estrutura do modo de produção capitalista corresponde à noção de que Direito e Estado não podem ser explicados por si mesmos, mas pelas relações da vida material da sociedade civil, cuja anatomia é dada pela economia política [...] O método marxista permite identificar o caráter ideológico das formas jurídicas e políticas do Estado [...] revelando a unidade das dimensões econômicas, políticas e jurídicas do modo de produção capitalista, como unidade histórica da estrutura das relações de produção e das instituições jurídicas e políticas de controle social do Estado capitalista⁵⁴⁹.

Outra classificação possível é aquela empregada por Sérgio Salomão Shecaira⁵⁵⁰ e orientada às principais visões da macrossociologia com influência na Criminologia: as teorias do consenso e as teorias do conflito. As teorias da anomia, da subcultura criminal, da associação diferencial e a escola de Chicago enquadram-se no primeiro grupo; as teorias do *labelling* e crítica (a qual se subdivide em três vertentes: abolicionismo, minimalismo e neorealismo de esquerda) partem do ponto de vista de uma sociedade de conflito. Para Shecaira, os teóricos do *labelling* não podem ser chamados de críticos (ainda que o sejam em relação às teorias do consenso), denominação destinada aos autores cuja análise tem roupagem marxista⁵⁵¹.

Independentemente da classificação adotada, são diversas as contribuições da Criminologia, não necessariamente incompatíveis entre si, que permitem perceber como vulnerabilidade social, calcada na ideia de privação relativa, e atuação seletiva do sistema penal compõem uma mesma teia voltada à retenção da população vulnerável. Seu fim – e também seu novo início – se dá com a estigmatização produzida pela pena e pelo cárcere, a qual, ao reforçar a vulnerabilidade social e a seletividade, completa um círculo vicioso, um circuito em que criminalidade e criminalização são orientadas sempre aos mesmos sujeitos.

Reconhecer que o Direito, assim como o Estado, está ligado estruturalmente ao modo de produção capitalista e à reprodução das suas condições de existência implica, como já visto, compreender que mudanças em seu interior não são suficientes à transformação completa da sociedade. Entretanto, perceber que o sistema penal opera atrelando vulnerabilidade e punição propositadamente, motivado pela necessidade de manutenção de uma sociedade de classes, não impede que seja exigida a atenuação dos efeitos desse círculo vicioso, em atenção aos preceitos e objetivos que o próprio Direito, na seara constitucional, anuncia como próprios da República Federativa do Brasil.

⁵⁴⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia e luta de classes...** *Cit.*, p. 10.

⁵⁵⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia...** *Cit.*, p. 150.

⁵⁵¹ *Ibid.*, p. 255.

3.2 Privação relativa: a vulnerabilidade social como marco do exercício da liberdade

Conforme já mencionado, a Criminologia debruçou-se amplamente sobre as relações entre criminalidade e realidade social, estudando, desde paradigmas etiológicos até uma visão política, de que forma ambas relacionam-se. A perspectiva das teorias do conflito parece muito mais adequada ao estudo de uma sociedade que é permeada pelas relações mercantis, as quais, como enfrentado no primeiro capítulo, estão intimamente ligadas ao Estado e ao Direito. O processo de criminalização desempenha papel essencial no funcionamento desse modelo específico de sociedade e orienta profundamente o resultado crime e, por tal razão, seu estudo deve ser mais central do que a busca por eventuais causas dos delitos em indivíduos ou em outras anomalias estranhas a essa dinâmica.

Antes, contudo, de compreender como a criminalização primária, a criminalização secundária e as agências do sistema penal em geral atuam sobre os sujeitos, é possível situar a vulnerabilidade social em um lugar importante na produção da criminalidade. Nesse ponto, sem deixar de lado outras contribuições criminológicas, que serão analisadas a seguir, é possível resituar um debate etiológico dentro da constituição de uma sociedade de classes permeada pelo conflito econômico-político.

A realidade observável mostra a contento que o sistema penal está canalizado a determinadas condutas e a um específico grupo de indivíduos, a justificar que a atuação do poder punitivo seja analisada sob o viés da seletividade e no contexto de uma sociedade conflituosa de classes. Entretanto, as condições sociais dos indivíduos não só acabam por orientar a atuação seletiva do sistema, mas, mais do que isso, também funcionam como ponto de partida para uma dinâmica penal cíclica operada em desfavor das classes empobrecidas.

Antes do momento de definição dos crimes e das penas, que é voltado à proteção das classes e categorias hegemônicas da formação social, há a realidade social dos indivíduos marginalizados, afastados do mercado de trabalho, que possuem sua esfera de liberdade marcada pela ausência ou escassez de possibilidades. Em outras palavras, ainda que sejam despidos dos rótulos negativos atribuídos pelo sistema criminal, os comportamentos concretos permanecem e suas causas devem ser estudadas no âmbito da estrutura econômica e social que os subjaz.

Não se trata, portanto, da defesa de uma Criminologia positivista ou liberal, tampouco de reconhecer o crime como fenômeno natural ou a pobreza como sua determinante. Não se pretende um retorno às tentativas da pesquisa científica de encontrar um fator inerente ao indivíduo desviante ou aos seus atos. Trata-se de compreender que os comportamentos sobre os quais são construídos os rótulos criminosos são exercidos dentro de marcos que a vulnerabilidade social impõe no cenário de uma sociedade de classes. E se dentre as motivações de tais comportamentos está essa vulnerabilidade social, deve ela ser considerada pelo Direito Penal, principalmente porque imposta pela própria estrutura que os pretende punir. É nesse sentido que alerta Alessandro Baratta que

As maiores *chances* de ser selecionado para fazer parte da ‘população criminosa’ aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais). A posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar, que são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos, e que na criminologia positivista e em boa parte da criminologia *liberal* contemporânea são indicados como as causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o *status* de criminoso é atribuído⁵⁵².

Nesse ponto, importante o alerta de Alvino Augusto de Sá, no sentido de que uma abordagem etiológica é diversa da abordagem positivista: a abordagem positivista, própria da Escola Positiva italiana, é uma Criminologia etiológica ou da passagem ao ato, mas nem toda Criminologia etiológica é necessariamente positivista (visualizando o crime como dotado de realidade ontológica, a partir de relações universais e necessárias entre causas e consequências). Nesse sentido, a etiologia deixa de ser positivista quando, em vez de buscar uma *explicação* etiológica, propõe uma *compreensão* etiológica, buscando compreender o ato dentro de seu contexto único e complexo. Em suma,

A etiologia distancia-se do positivismo quando se reconhece que o crime não é exclusivamente um ato, mas supõe um ato que ‘se torna’ [...] um crime através da definição legal. Ele é a relação entre um ato e uma definição legal. E nessa definição legal também intervêm fatores sociais, políticos, econômicos e culturais, que, ainda que em nome de valores morais, intervêm na seleção dos bens jurídicos a serem protegidos e na forma dessa proteção. A definição legal faz parte, portanto, do contexto no qual o indivíduo pratica seu ato que, por força dessa definição, **se torna** crime.

⁵⁵² BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 165.

Entretanto, não é pelo fato de o ato **se tornar** crime que ele deixa de ser um ato⁵⁵³.

Assim, em um primeiro momento do círculo vicioso ou curto circuito do crime, a estrutura da sociedade brasileira, marcada pela abissal desigualdade, atua como facilitadora da prática de determinados comportamentos por determinados indivíduos e, não casualmente, são esses comportamentos que virão a ser encarados como criminosos em um momento posterior⁵⁵⁴ de criação das leis penais. Há, portanto, um primeiro nível em que a liberdade do sujeito aparece já limitada de forma que deve ser relevante ao Direito Penal, na medida em que a escolha por um comportamento que coincide com um tipo penal é moldada por fatores impostos aos indivíduos desigualmente.

É assim que as considerações de Robert Merton no âmbito de sua teoria da anomia ganham relevo no presente trabalho, ao permitirem o entendimento de que a disparidade entre as metas culturais e as alternativas legítimas disponíveis para o alcance dessas metas produz o comportamento desviante. Para Merton, inclusive, é esse o comportamento esperado diante das condições que são impostas a determinados grupos:

Se pudermos localizar grupos peculiarmente sujeitos a tais pressões, deveremos esperar encontrar proporções moderadamente elevadas de comportamento desviado em tais grupos, não porque os seres humanos, nêles compreendidos, sejam compostos de tendências biológicas diferentes, mas porque êles estão reagindo normalmente à situação social na qual se encontram⁵⁵⁵.

Sob uma ótica crítica é possível situar novamente a problemática exposta pela teoria funcionalista da anomia, desenvolvida por Merton, dentro da constituição de uma sociedade de conflito. Embora a sociedade não seja um tecido homogêneo, o papel da ideologia burguesa no alcance das metas culturais impõe limites materiais e simbólicos à população desfavorecida, os quais devem ser considerados no comportamento criminoso. Ainda que inexista uma base consensual⁵⁵⁶, o estímulo ao consumo, a disputa por bens e a eleição de metas de sucesso exercem pressão sobre as diversas classes sociais. É certo que:

⁵⁵³ SÁ, Alvin August de. **Criminologia clínica e execução penal**: proposta de um modelo de terceira geração... *Cit.*, p. 268.

⁵⁵⁴ Não se trata, aqui, de estabelecer uma cronologia linear de acontecimentos e fenômenos, razão pela qual a ideia de um círculo – sem começo, nem fim – representa melhor o processo de estabelecimento dos marcos do exercício da liberdade que se pretende esboçar.

⁵⁵⁵ MERTON, Robert K.. *Estrutura social e anomia*. In: _____. **Sociologia**: teoria e estrutura. São Paulo: Mestre Jou, pp. 203-234, 1970, p. 204.

⁵⁵⁶ “A visão do consenso, na realidade, não postula que a ordem é baseada em um consenso geral em torno de valores, mas sim que ela pode ser concebida em termos de um tal consenso, e que, se ela for concebida nesses termos, são possíveis certas proposições que resistem ao teste de observações específicas. De maneira análoga, para os defensores da visão conflitiva da sociedade, o pressuposto da natureza coercitiva da ordem social é um princípio heurístico, e não um juízo factual. Do ponto de vista da teoria consensual, as unidades

os Estados capitalistas negligenciam as necessidades humanas básicas ao mesmo tempo em que estimulam o consumo máximo, o que favorece apenas o individualismo e a disputa por bens inúteis, produzindo uma intensa pressão sobre o indivíduo para consumir. Evidentemente, sujeitos marginalizados produzem e reproduzem o mesmo “caráter social” – até porque submetidos ao mesmo processo de formação social da consciência – e sofrem da mesma angústia dessa “falta sintética”, com uma negação adicional; submetidos a precárias condições materiais, sofrem pelo não ter e também pelo explícito não poder ter⁵⁵⁷.

A respeito do tema, é precisa a colocação de Alvin August de Sá, para quem a retomada da teoria de Robert Merton justifica-se na medida em que a exclusão social é uma situação típica de anomia. Os indivíduos que não alcançam as condições que a sociedade impõe para a felicidade e para que alguém seja valorizado como cidadão são excluídos. Muitos já nascem em situação de exclusão e “nessa perversa condição, não têm como atender às exigências culturais, porque, como excluídos da estrutura social, não têm os meios necessários para atender às expectativas que compõem a estrutura cultural”⁵⁵⁸.

Representando uma alternativa às teorias biopsicológicas da criminalidade, a teoria da anomia, desenvolvida, entre outros, por Émile Durkheim e Robert Merton, trata o desvio – dentro de determinados limites – como fenômeno útil e necessário à estrutura social, negando o caráter patológico até então lhe atribuído. O delinquente, em Durkheim⁵⁵⁹, é agente regulador da vida social na medida em que mantém aceso o sentimento coletivo que ampara a conformidade às normas e possibilita – ao concentrar a reação reguladora da autoridade pública, flexibilizando-a em outros setores – a transformação e a renovação social. O desvio somente será negativo se e quando ultrapassar determinados limites, de modo a gerar um estado de depreciação do sistema de regras de conduta, o que, em face da inexistência de um novo sistema, caracteriza a chamada anomia.

de análise social (os chamados sistemas sociais) são essencialmente associações voluntárias de pessoas que partilham certos valores e criam instituições, com vistas a assegurar que a cooperação funcione regularmente. Do ponto de vista da teoria do conflito, por outro lado, tais unidades de análise social configuram uma situação bastante diferente. Para ela, não é a cooperação voluntária ou o consenso geral, mas a coerção imposta que faz com que as organizações sociais tenham coesão” (SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia...** *Cit.*, p. 132).

⁵⁵⁷ DIETER, Maurício Stegemann. **A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal e as situações supraleais de exculpação...** *Cit.*, p. 167.

⁵⁵⁸ SÁ, Alvin August de. **Criminologia clínica e execução penal:** proposta de um modelo de terceira geração... *Cit.*, p. 306.

⁵⁵⁹ DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico.** 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 67-76.

A partir das constatações de Durkheim e igualmente negando o caráter patológico do desvio⁵⁶⁰, Merton desenvolve a teoria funcionalista da anomia e apresenta o desvio como resultado da contradição entre estrutura social e cultura. Merton⁵⁶¹ trabalha com dois elementos: os objetivos culturalmente definidos (coisas que “valem o esforço”) e os meios legítimos para alcance destes objetivos (definidos pelas normas institucionalizadas). Se a estrutura cultural erige metas e a estrutura social permite o acesso a elas, o sistema permanece estabilizado; do contrário, se há desproporção entre as metas culturais e os meios legítimos à disposição para seu alcance, surgem os comportamentos desviantes. É certo que “a estrutura econômico-social oferece aos indivíduos, em graus diversos, especialmente com base em sua posição nos diversos estratos sociais, a possibilidade de acesso às modalidades e aos meios legítimos para alcançar as metas”⁵⁶².

Merton⁵⁶³ afirma que, no contexto dessa sociedade em que a estrutura social não possibilita a todos um comportamento conforme tanto às normas como aos valores, surgem formas diversas de respostas individuais ou *tipos de adaptação* – mais precisamente cinco: conformidade (aceitação das metas culturais e dos meios institucionalizados); inovação (aceitação das metas culturais e rejeição dos meios institucionalizados); ritualismo (rejeição das metas culturais e aceitação dos meios institucionalizados); retraimento (rejeição das metas culturais e dos meios institucionalizados) e rebelião (rejeição das metas e meios predominantes e substituição por novos valores).

Conforme a teoria da anomia, a conformidade é própria de uma sociedade estável, cujos valores compartilhados, a partir dos quais se orientam os comportamentos, permitem justamente a existência de uma sociedade. O ritualismo implica a rejeição das obrigações culturais e o estabelecimento de outras, mas com continuidade – quase “compulsiva” – de observância das normas institucionais. O retraimento, por sua vez, é o comportamento próprio dos indivíduos que, embora membros da sociedade, o são somente de forma fictícia, constituindo-se em verdadeiros estranhos (psicóticos, mendigos, viciados etc.). A

⁵⁶⁰ Merton esclarece a acepção dada ao termo normal ao se referir às infrações dos códigos sociais nas circunstâncias geradas pelas estruturas sociais: “‘Normal’ no sentido da reação a determinadas condições sociais, psicologicamente esperada se não culturalmente aprovada” (MERTON, Robert K.. *Op. cit.*, p. 204). Acrescenta Shecaira que “Merton, no entanto, prevê a inovação, o ritualismo, o retraimento e a rebelião como resultados de uma disfunção do sistema social, no que se diferencia da ideia original de seu antecessor, Émile Durkheim. Assim, em certa medida, o crime deixa de ser algo ‘normal’, passando a ser uma manifestação de anormalidade dentro de uma sociedade normal. A sutil diferença apenas reforça a ideia, segundo a qual a própria sociedade encontra mecanismos de defesa intrassistêmicos contra o crime, não necessitando recorrer às rupturas sociais para enfrentá-los” (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia... Cit.*, p. 209).

⁵⁶¹ MERTON, Robert K.. *Op. cit.*, pp. 204-205.

⁵⁶² BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 63.

⁵⁶³ MERTON, Robert K.. *Op. cit.*, p. 213.

rebelião representa a busca por uma estrutura social nova em razão do reconhecimento dos padrões e objetivos dominantes como arbitrários, ilegítimos.

A última forma de adaptação – a inovação – corresponde ao comportamento criminoso típico. Esta ocorre quando há grande ênfase sobre a meta cultural e está ausente a absorção das normas institucionais, levando à adaptação através de meios proibidos. Há uma falta de entrosamento, uma incompatibilidade entre as metas e exigências do ambiente cultural e as possibilidades que são oferecidas, no âmbito das vias legais, mormente em relação às classes mais baixas. O crime é, aqui, uma reação diante da ênfase cultural sobre o sucesso financeiro conjugada ao pouco ou nenhum acesso aos meios legítimos para o alcance de tal sucesso. Assim, Merton reconhece que as pressões para o desvio são maiores sobre as classes mais baixas, na medida em que o caminho para o sucesso “é relativamente fechado e notavelmente difícil para os que têm pouca instrução formal e poucos recursos. A pressão dominante conduz à atenuação da utilização das vias legais, mas ineficientes, e ao crescente uso dos expedientes ilegítimos, porém mais ou menos eficientes”⁵⁶⁴.

É a inconsistência estrutural, portanto, que Merton atribui a grande incidência do desvio: não apenas à falta de oportunidades ou à excessiva valorização das metas (mormente a pecuniária), mas à exaltação, pelo sistema de valores culturais, de objetivos de sucesso comuns à população *aliada* à rigorosa ou completa restrição, pela estrutura social, do acesso aos meios legítimos de alcance desses objetos a uma parcela dessa população. O autor acrescenta que:

A pobreza em si e a conseqüente limitação de oportunidades não batam para produzir uma proporção alta e conspícua de comportamento criminoso [...] Porém, quando a pobreza e as desvantagens a ela associadas, em competição com os valores aprovados para *todos* os membros da sociedade estão articuladas com uma ênfase cultural do êxito pecuniário como objetivo dominante, as altas proporções de comportamento criminoso são o resultado normal⁵⁶⁵.

De um lado da balança está o agir delincente e os resultados que ele oferece e, do outro lado, o agir em conformidade com a lei, ou seja, as oportunidades legítimas disponíveis para alcance das metas culturais e sociais e até mesmo da sobrevivência. Nas classes desfavorecidas, a balança configura-se necessariamente de forma desigual: o lado do agir em conformidade com o Direito está sempre em um nível muito inferior, em

⁵⁶⁴ MERTON, Robert K.. *Op. cit.*, p. 219.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, p. 220.

virtude da escassez de meios legítimos disponíveis para o alcance de metas culturais compartilhadas pela sociedade burguesa. Assim, a “escolha” que a norma pressupõe na noção abstrata de liberdade é, em realidade, diversa conforme a possibilidade concreta de agir para alcance de resultados, especialmente quando consideramos que metas culturais dominantes (dos bens materiais e simbólicos) internalizadas pelos indivíduos de classes trabalhadoras dificilmente podem ser alcançadas integralmente por vias legítimas. Os marcos impostos às classes mais empobrecidas e as consequências da imposição destes marcos, portanto, devem ser percebidos como determinantes nessa balança.

Sérgio Salomão Shecaira destaca que, no Brasil, não é difícil perceber a aplicação da teoria da anomia, na medida em que a ausência de oportunidades facilita o retraimento (com o aumento da mendicância) e a inovação (com o crescimento do tráfico de entorpecentes, por exemplo); verificam-se também atividades de rebelião e a ostentação por parte de uns, em meio à completa carência de outros, produz um estado de anomia.

Da mesma forma, num país em que o salário mínimo necessário para atender as necessidades vitais básicas de seu beneficiário e de sua família corresponde a cerca de cinco vezes o salário mínimo a que ele efetivamente tem direito, não é fácil impedir que um favelado se convença, sem perspectiva de ascensão social, a não aderir ao tráfico de entorpecentes que pagará, por semana, quatro vezes mais do que ganharia ao mês⁵⁶⁶.

É no âmbito do estudo dessa disparidade apresentada pelos autores da anomia que a “privação relativa” revela-se como conceito essencial. Ao aliar a desigualdade à pobreza enquanto concausas indissociáveis da criminalidade, a ideia de privação relativa não só afasta o estigma da miséria como única e inevitável produtora da delinquência, como também permite estabelecer uma ligação entre a criminalidade e o próprio Estado, que não propicia igualmente a inclusão cultural e econômica da população.

Aproximando-se da inconsistência estrutural verificada por Robert Merton, Jock Young traz a desigualdade – e a ideia de pontos de partida diversos em uma mesma corrida – como elemento essencial à compreensão do desvio. Young, ao tratar da privação relativa, afirma que: “Tanto Durkheim quanto Merton perceberam isto: eles não abraçaram de modo algum uma concepção fixa positivista da privação [...] de que a criminalidade tem a ver com déficit simples”⁵⁶⁷.

⁵⁶⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia... Cit.*, pp. 207-208.

⁵⁶⁷ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002, 3ª reimpressão, 2015, p. 87.

Explica o autor que, no contexto do pós-guerra, as sociedades americana e europeia viviam seus “anos dourados”⁵⁶⁸, com pleno emprego, inclusão da classe trabalhadora e das mulheres na cidadania e no mercado de trabalho. Era um tempo de inclusão, um mundo consensual e concorde. A revolução cultural dos anos 1960/1970 e a crise econômica trouxeram profundas mudanças nesse cenário, com a ascensão do individualismo e a transformação do mercado de trabalho, produzindo uma sociedade excludente. A sociedade do pós-guerra era marcada pela crença na estabilidade; família e trabalho compunham um “sonho funcionalista”⁵⁶⁹, em que consumo e produção harmonizavam-se em um mundo de conformidade e aceitação. Havia uma inclusão cada vez maior dos operários, das mulheres, dos jovens e dos imigrantes na cidadania, uma cidadania que não só garantia direitos políticos e legais, mas também direitos sociais a permitir o pleno emprego e altos níveis de riqueza. Havia uma observância dos valores consensuais pela maioria e apenas uma minoria desviante. A criminalidade de grande escala foi resolvida pelos avanços da cidadania, de modo a restar somente aqueles levados ao desvio de forma não racional, ou seja, como “produto aleatório de alguma experiência familiar inusual”⁵⁷⁰. O “outro”, nesse contexto, não era o inimigo, mas alguém que precisava ser socializado, civilizado e incluído nessa sociedade concorde. Se ao outro faltam os valores absolutos, a sua consequente situação precária serve como confirmação da certeza dos valores dominantes.

Segundo Young, a dois processos são imputadas as mudanças que marcaram o fim dessa sociedade inclusiva: a revolução cultural, no âmbito da comunidade, e a crise econômica e a reestruturação do mercado, no âmbito do trabalho. Tais processos são resultados de transformações das forças de mercado, como a passagem do modo de produção fordista ao pós-fordista. O fordismo, próprio do pós-guerra, caracterizava-se pela

produção de massa padronizada, emprego masculino quase total, um setor manufatureiro considerável, burocracias hierárquicas maciças, um mercado de trabalho primário relevante de empregos seguros e perspectivas de carreira padronizadas, empregos claramente demarcados, políticas governamentais corporativas e consumo de massa de produtos uniformes⁵⁷¹.

No contexto da família e do lazer, seu reflexo era o aumento de bens de consumo padronizados, utilizados para aferir o sucesso e o progresso econômico. O pós-fordismo fez nascer uma economia de mercado excludente, com “‘enxugamento da produção’ na

⁵⁶⁸ HOBBSAWM, Eric J. **Era dos extremos**: o breve século XX... Cit..

⁵⁶⁹ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente... Cit., p. 18.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, p. 20.

⁵⁷¹ *Ibid.*, p. 23.

indústria manufatureira, com desqualificação do trabalho e ênfase na flexibilidade da força de trabalho”⁵⁷². Há uma redução do trabalho qualificado e dos salários estáveis, bem como a terceirização de grande parte da força de trabalho. Enquanto no fordismo havia uma padronização das recompensas conforme o grau de responsabilidade e qualificação do trabalho, nesse novo cenário fica dificultada a continuidade de uma escala de mérito consensual e, conseqüentemente, surge insatisfação das camadas em situação de precariedade.

Também é no pós-fordismo que o individualismo toma corpo: do consumo de massa passa-se a um consumo com múltiplas escolhas, estilos de vida e construção de identidades. A exclusão de grupos do mercado primário de trabalho e dos valores do mercado auxilia a produção de um individualismo que valoriza a escolha e a “demanda de expressão aumenta a demanda instrumental de sucesso monetário e *status*”⁵⁷³. Como consequência, a frustração da demanda expressiva, aliada à privação relativa, constitui fonte de tensão do sistema e de desvio.

A modernidade recente, nesse contexto, é marcada pela inclusão cultural, acentuada pelo individualismo na busca de metas de sucesso e riqueza e, ao mesmo tempo, pela exclusão social através do mercado de trabalho. O “outro” desviante na modernidade recente deixa de ser a minoria e é excluído do restante da sociedade por um verdadeiro cordão sanitário que separa os marginalizados, que se tornam bodes expiatórios para os problemas sociais. A partir dos anos 1980, o cenário da marginalização agrava-se com o neoliberalismo aliado ao recuo na tentativa de inclusão por meio da assistência social, passando a significar verdadeira exclusão social⁵⁷⁴. A cultura do consumo e a difusão de metas culturais de sucesso e riqueza, principalmente pelos meios de comunicação de massa, contudo, não encontram barreiras⁵⁷⁵.

É nesse cenário de uma sociedade que exclui o “outro” que Jock Young trata da privação relativa como causa da criminalidade, diretamente relacionada à ideia de meritocracia: “Se visualizarmos a meritocracia contemporânea como uma pista de corridas em que o mérito é recompensado segundo o talento e o esforço, encontramos uma situação

⁵⁷² YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente... *Cit.*, p. 25.

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 29.

⁵⁷⁴ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 1ª reimpressão, 2013.

⁵⁷⁵ YOUNG, Jock. Cannibalism and bulimia: patterns of social control in late modernity. In: **Theoretical Criminology**, v. 3, pp. 387-407, 1999, pp. 394 e ss.

de duas pistas e um mosaico de espectadores”⁵⁷⁶. O mercado de trabalho representa a primeira pista, com a distribuição de recompensas conforme um plano. Na segunda pista, as recompensas são menores e a maioria de seus trechos não está aberta aos competidores. Por fim, existem os espectadores, excluídos dos demais por barreiras físicas e policiamento, de forma que “o acesso real à corrida lhes é negado, mas eles são testemunhas perpétuas dos prêmios resplandecentes em oferta”⁵⁷⁷.

A privação relativa, assim, aparece no contexto de uma sociedade em que o consumo é muito valorizado e estimulado, mas cujo mercado é excludente, ou seja, “não só a cidadania econômica, mas a social é renegada, e a comparação é com aqueles que estão no mercado”⁵⁷⁸. Young apresenta ainda uma segunda faceta desse processo, responsável pela resposta punitiva e pela intolerância, consistente na crença daqueles em posição superior na hierarquia social de que os demais, em que pese não tenham uma vida tão boa, são injustamente favorecidos, principalmente se o enriquecimento se dá através da prática criminosa da qual são vítimas. Young questiona como pode uma sociedade conter duas realidades tão diferentes, com uma “minorias permanentemente despossuída”⁵⁷⁹ e com um apego tão forte à meritocracia sem, contudo, ser proporcionado a todos a participação na competição.

Alvino Augusto de Sá traz em sua obra uma narrativa de um grande traficante⁵⁸⁰ que serve para ilustrar as ideias de anomia e de privação relativa como fatores a serem considerados na “escolha” pela prática do delito. Indagado a respeito das razões de seu envolvimento com a criminalidade, responde ele:

Muito simples. Eu nasci numa grande favela. Ali morava com minha mãe, que era empregada doméstica e ganhava unicamente o necessário para nossa comida. Eu tinha um só tênis, muito vagabundo, e uma única calça, a qual eu lavava nos fins de semana, para usar no dia seguinte. À minha volta, eu via roupa de marca e tênis de marca. Via também o tráfico correndo solto e dinheiro fácil. Daí para eu entrar no tráfico, já quando criança, foi só um passo⁵⁸¹.

⁵⁷⁶ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente... *Cit.*, p. 25.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 25.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, p. 26.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, p. 42.

⁵⁸⁰ Como exemplo do conceito de ator situado, de Debuyst, o qual será abordado ao final do presente capítulo.

⁵⁸¹ SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia clínica e execução penal**: proposta de um modelo de terceira geração... *Cit.*, p. 297.

Percebe-se, a partir do relato transcrito, a interação entre a escassez de bens e direitos, a miséria e a existência de metas de consumo compartilhadas – tudo relacionado a um senso de desigualdade. Trata-se de uma combinação que influencia diretamente na solução buscada pelo sujeito naquele contexto em que vivia. Nas palavras do autor:

De um lado, têm-se os elementos e atores responsáveis pela falta, pela carência, pela miséria: falta de assistência à educação, à saúde, falta de presença do Estado e de lideranças positivas da sociedade etc. De outro lado, têm-se os elementos responsáveis pela sedução, pela oferta de solução fácil (interligados com os anteriores): tráfico que corre solto, dinheiro fácil, lideranças negativas e, obviamente, os **consumidores**, muitos dos quais provenientes de camadas mais privilegiadas da sociedade, que serão os acusadores no dia seguinte e vão exigir severa punição para os traficantes [...] ⁵⁸².

A privação relativa, desse modo, opõe-se à ideia do positivismo social no sentido de que a pobreza e o desemprego conduzem ao crime. O chamado déficit simples não é conceito suficiente à explicação da criminalidade uma vez que, por exemplo, também na década de 1960, em que houve um aumento do padrão de vida, a delinquência patrimonial cresceu ⁵⁸³. Para Jock Young, é o déficit relativo – ao qual não é apresentada qualquer solução coletiva – a causa da criminalidade: “os padrões materiais relativos dos indivíduos comparados uns com os outros, um sentido de desigualdade, de recompensa injusta em relação ao mérito” ⁵⁸⁴.

A crítica tanto ao positivismo social como ao individual é resumida por Robert Merton, que encara a pobreza e a escassez de oportunidades não como variável isolada, capaz de produzir sozinha uma taxa de criminalidade alta, mas

quando consideramos a configuração total – pobreza, oportunidades limitadas e inculcação de alvos culturais – aparece alguma base para explicar a mais alta correlação entre a pobreza e o crime em nossa sociedade, do que em outras onde a estrutura de classes, rígida, é associada a *símbolos de sucesso diferentes para as diversas classes* ⁵⁸⁵.

Também como fator importante que se alia à privação relativa, destaca-se o individualismo, que demonstrou um aumento com a revolução cultural do final do século

⁵⁸² SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia clínica e execução penal**: proposta de um modelo de terceira geração... *Cit.*, pp. 297-298.

⁵⁸³ COHEN, L. E. & FELSON, M. Social change and crime rate trends: a routine activity approach. In: **American sociological review**, pp. 588-608, 1979.

⁵⁸⁴ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente... *Cit.*, p. 86.

⁵⁸⁵ MERTON, Robert K.. *Op. cit.*, pp. 220-221.

XX. Perdem-se os laços entre os indivíduos, os quais passam a prevalecer sobre a sociedade. Com a ascensão do individualismo e o conseqüente esfacelamento da comunidade e da família, cresce também a demanda pelo sucesso monetário e pelo *status*, demanda cuja frustração gera tensão que, no contexto da privação relativa, é causa do desvio⁵⁸⁶.

Retomando a figura da pista de corrida imaginada por Jock Young, é possível vislumbrar como se opera a privação relativa: se, idealmente, todos os indivíduos têm acesso à competição na corrida e, conseqüentemente, às oportunidades proporcionais ao seu esforço e capacidade, é certo que, na realidade, alguns iniciam a corrida mais próximos à chegada do que outros. Mais ainda, algumas pessoas somente acessam parte da pista, enquanto outras, tendo seu tempo consumido pelo trabalho duro, passam pouco tempo na corrida. Há aquelas que, trabalhando na pista, não participam da competição, enquanto outras são os seus proprietários. A distribuição dos prêmios, contudo, pode ser por todos observada.

Num mundo assim [...] não é a privação absoluta, mas sim a privação relativa que engendra descontentamento. As pessoas sentem-se injustamente recompensadas na corrida, seja porque correram tanto quanto outro cidadão mas receberam recompensas substancialmente menores, seja porque simplesmente não foram aceitas na pista, ou só foram aceitas num pequeno trecho, de modo que sentem no fundo de seus corações que poderiam ter criado uma vida melhor se ao menos tivessem tido a chance⁵⁸⁷.

O cenário da privação relativa e mesmo o da anomia é o de uma sociedade tanto antropeômica quanto antropofágica, de inclusão cultural e de exclusão social: uma sociedade que consome os indivíduos através dos meios de comunicação de massa, da divulgação ampla de padrões de sucesso e da meritocracia, do mercado como espaço de consumo e da educação em massa, mas que os expelle através da exclusão econômica e também racial⁵⁸⁸. A mais dura exclusão, talvez, é aquela operada pela atuação seletiva do sistema de justiça criminal. E que “mundo estranho este de inclusão e exclusão: uma *bulimia nervosa* do sistema social, em que num extremo o mundo toca e modela a subclasse, enquanto, no outro, a rejeita e expelle”⁵⁸⁹.

⁵⁸⁶ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente... *Cit.*, p. 29.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 220.

⁵⁸⁸ YOUNG, Jock. Cannibalism and bulimia: patterns of social control in late modernity... *Cit.*.

⁵⁸⁹ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente... *Cit.*, p. 134.

É no contexto dessa oposição entre sociedades bulfímicas (antropoêmicas) e canibais (antropofágicas) que Jock Young⁵⁹⁰ alerta que a exclusão social não é apenas reflexo do sistema de justiça criminal, mas também produto dos problemas da sociedade, de sua realidade moral e material. Entretanto, a intervenção estatal por meio desse sistema agrava a situação de exclusão social já estabelecida. O chamado dano secundário, produzido pela intervenção estatal, perpetua a situação produzida, dentre outros fatores, pela privação relativa.

O fato da privação relativa – ainda que de forma não exclusiva – configurar-se como fator da criminalidade nas classes menos favorecidas justifica e impõe a sua consideração no momento da reprovação. Ignorar o ponto de partida de cada indivíduo na pista de corrida e as circunstâncias da competição não só na hora da entrega dos prêmios, mas principalmente no momento da punição pelas infrações impede que seja alcançada a tão consagrada igualdade. Necessária, portanto, uma mudança no comportamento estatal – tanto no momento da distribuição do bem-estar como no momento da distribuição da punição – a partir do reconhecimento de que o espaço de liberdade das classes mais baixas é muito diverso daquele das classes mais abastadas.

Nas sociedades capitalistas, as alternativas de comportamento individual seriam diretamente dependentes do *status* social de cada indivíduo, com distribuição desigual das cotas pessoais de **liberdade** e **determinação** conforme a posição de classe na escala social: indivíduos de *status* social superior, maior liberdade; indivíduos de *status* social inferior, maior determinação⁵⁹¹.

A perspectiva do Estado é essencial na medida em que ele é compreendido como um distribuidor dos dois bens em questão: punição e bem-estar⁵⁹². Cabe indagar em que medida a distribuição de um e de outro contribui com a criação da criminalidade. Se é o Estado, ao distribuir desigualmente o bem-estar, que incentiva a criminalidade entre grupos raciais marginalizados e bairros empobrecidos, não soa razoável que o mesmo Estado distribua igualmente a punição.

As ideias de anomia e privação relativa permitem compreender como a inclusão ou exclusão social nos marcos da desigualdade material estão articuladas com o processo de concentração de renda, com o desmantelamento do “Estado Provedor” e da ideologia de

⁵⁹⁰ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente... *Cit.*, p. 120.

⁵⁹¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral... *Cit.*, p. 338.

⁵⁹² WACQUANT, Loïc. *Op. cit.*.

inclusão social⁵⁹³. A produção de bens e serviços é marcada pela desigualdade e o Estado também distribui a punição e o bem-estar de forma desigual: a punição é mais presente e severa para aqueles que são destituídos de bem-estar. É assim que se produz um círculo vicioso, em que os grupos empobrecidos e marginalizados assim permanecem, sufocando-se qualquer possibilidade de inclusão cultural ou econômica – já praticamente inexistente – com a criminalização e os efeitos deletérios dela decorrentes.

A desigualdade perpetuada pelo próprio Estado é, portanto, um primeiro elemento que funciona como marco do exercício da liberdade de agir em conformidade com a norma, na medida em que contribui com a prática de determinadas condutas por determinados indivíduos, que se veem diante de reduzidas opções de agir dentro de uma dada configuração de sociedade. É nesse sentido, diante do exemplo do grande traficante supracitado, que Alvaro Augustina de Sá conclui que: “há que se reconhecer que sua opção, na época, quando ainda criança, por aderir ao tráfico foi a solução mais viável que se lhe apresentou para enfrentar toda aquela situação complexa e problemática por que ele passava, consideradas todas as variáveis acima elencadas”⁵⁹⁴. O processo de criminalização que se segue a tais condutas, por sua vez, traz ainda mais marcos, limitando – e situando – sobremaneira a liberdade desse específico grupo de pessoas ao retê-lo, seletiva e intencionalmente, em suas teias.

3.3 Seletividade primária: a seletividade do legislador penal como marco do exercício da liberdade

Ensina a teoria que a atuação do legislador penal deve vincular-se e ser limitada, dentre outros, pelos vetores da exclusiva proteção de bens jurídicos e da proporcionalidade. Em um Estado Democrático de Direito, a função do Direito Penal deve ser a proteção subsidiária e fragmentária de bens jurídicos ou, como define Santiago Mir Puig, dos “processos de interação social que [...] são necessários para a subsistência ou mínimo funcionamento da estrutura social [...] na medida em que constitui a condição de vida de

⁵⁹³ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente... *Cit.*.

⁵⁹⁴ SÁ, Alvaro Augusto de. **Criminologia clínica e execução penal**: proposta de um modelo de terceira geração... *Cit.*, p. 298.

cada um de seus membros”⁵⁹⁵. É nesse contexto que o bem jurídico, a ser buscado na realidade anterior à lei, revela-se como “moldura mínima das decisões político-criminais”⁵⁹⁶, a condicionar o legislador no momento da escolha das situações ensejadoras da intervenção penal.

Necessário, ainda, o respeito à proporcionalidade que, em sua concepção oriunda do direito constitucional alemão, é composta por três critérios parciais: a idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, os quais devem ser aplicados sucessivamente, nessa ordem. Os dois primeiros critérios cuidam da otimização em relação às possibilidades fáticas, enquanto e a proporcionalidade em sentido estrito refere-se à otimização em relação às possibilidades jurídicas.

A intervenção penal, por meio da criminalização de condutas e cominação de penas, deve ser idônea à proteção de bens jurídicos e à prevenção de comportamentos que o lesem, bem como necessária, ou seja, a opção idônea menos onerosa. Em relação ao terceiro critério, a limitação de direitos oriunda da pena deve ser justificada pela proteção em igual ou maior escala de direitos ou interesses essenciais à vida social. Em se tratando de um Estado de estrutura democrática, “as intervenções em direitos e interesses elementares, como é o caso daqueles que se vinculam à ameaça e imposição de sanções penais, precisam justificar-se em face de seus cidadãos”⁵⁹⁷. Por fim, também a gravidade das penas cominadas no preceito secundário deve guardar relação de proporção com a gravidade do fato tipificado como delito. Assim,

a necessidade de proporcionalidade constitui também uma exigência do Estado democrático: um direito penal democrático deve ajustar a gravidade das penas à transcendência que os fatos a que elas se atribuem têm para a sociedade. Exigir proporção entre delitos e penas não é, com efeito, mais que pedir que a dureza da pena não exceda a da gravidade que possui para a sociedade o fato castigado⁵⁹⁸.

Diferente do que ensina a teoria, na prática os legisladores, preocupados com a manutenção de determinado tipo de ordem, afastam-se das exigências democráticas e acabam por atuar como protetores de interesses das classes hegemônicas. Na medida em que o Direito Penal é moldado pela sociedade – que é marcada pela divisão em classes,

⁵⁹⁵ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal...** *Cit.*, p. 135.

⁵⁹⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 84.

⁵⁹⁷ NEUMANN, Ulfried. Bem jurídico, Constituição e os limites do direito penal. In: GRECO, Luís e MARTINS, Antonio (orgs.). **Direito penal como crítica da pena**: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, pp. 519-532, 2012, p. 523.

⁵⁹⁸ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal...** *Cit.*, p. 142.

com interesses antagônicos e predominância de uma minoria economicamente poderosa – acabam por sempre prevalecer “as variáveis econômicas que determinam suas linhas fundamentais”⁵⁹⁹.

A inobservância da democracia social na seleção dos bens que serão alvo da tutela penal leva ao que Francisco Muñoz Conde denomina “perversão do conceito de bem jurídico”. Para o autor, é uma realidade o condicionamento da determinação dos bens jurídicos às demandas sociais e concepções dominantes de uma determinada sociedade, em um dado período histórico. Tal realidade, contudo, não pode implicar a consideração dos interesses da classe dominante como bens jurídicos se esses não corresponderem a um valor fundamental dos demais indivíduos da sociedade, sob pena de restar configurado um abuso do Direito Penal “como sistema de repressão em defesa de algumas minorias dominantes”⁶⁰⁰. Conclui o autor que

A elevação à categoria de bem jurídico, é dizer, de valor respeitável e que há de se respeitar, de determinadas vantagens e interesses em benefício de uns poucos e em prejuízo da maioria é uma forma evidente de manter o status, de reagir frente a tudo que signifique progresso e conservar a todo custo a atual situação⁶⁰¹.

É esse o cenário, criticado pelo penalista espanhol, que Nilo Batista identifica como inevitável em uma sociedade de classes, como a brasileira:

Numa sociedade de classes, os bens jurídicos não de expressar, de modo mais ou menos explícito, porém inevitavelmente, os interesses da classe dominante, e o sentido geral de sua seleção será o de garantir a reprodução das relações de dominação vigentes, muito especialmente das relações econômicas estruturais⁶⁰².

Há, na legislação penal, de um lado, a tutela penal de preferências (inclusive morais) de uma maioria sem a existência de bem jurídico relevante à existência e desenvolvimento, tanto individual como social, do ser humano. De outro lado, ainda que se possa identificar um bem jurídico, trata-se, na maioria das vezes, de uma opção do legislador para a proteção de interesses únicos e exclusivos de um pequeno grupo economicamente dominante e não do resultado de um consenso, tampouco existindo observância dos demais critérios que conferem a legitimidade à norma penal.

⁵⁹⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro...** *Cit.*, p. 22.

⁶⁰⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal.** 2ª ed. Buenos Aires: B. de F., 2001, p. 93.

⁶⁰¹ *Ibid.*, pp. 92-93.

⁶⁰² BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro...** *Cit.*, p. 94.

A primeira hipótese pode ser ilustrada pelo artigo 284 do Código Penal que prevê pena de detenção de seis meses a dois anos à conduta, sob o *nomen iuris* “Curandeirismo”, de “exercer o curandeirismo: I - prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância; II - usando gestos, palavras ou qualquer outro meio; III - fazendo diagnósticos”. Para além da violação de liberdades constitucionais, o legislador penal ateuve-se muito mais à manutenção de uma cultura e religião hegemônicas (contrárias às religiões de matriz africana)⁶⁰³, do que à efetiva proteção de um bem jurídico de densidade penal (que, nesse caso, parece inexistir). Sem bem jurídico idôneo subjacente à norma, eis que o tipo não revela qualquer ofensa à “saúde pública”, resta puramente a manipulação do Direito Penal para manutenção de crenças de grupos dominantes.

O segundo caso pode ser exemplificado pela previsão do artigo 162 do Código Penal. O tipo de “supressão ou alteração de marca em animais”, cuja incidência implica pena de seis meses a três anos de detenção e multa, revela, além de violação à proporcionalidade, a utilização da lei penal para uma hiperproteção do patrimônio de um grupo seletivo de pessoas: fazendeiros proprietários de gado marcado.

O fenômeno de proteção dos bens jurídicos dos grupos sociais hegemônicos da formação econômico-social apresenta, nessa toada, diversos outros reflexos que podem ser observados na legislação penal brasileira. Tal qual previu Francisco Muñoz Conde,

⁶⁰³ O Código Penal de 1890 já trazia a criminalização do curandeirismo, em seu artigo 158, juntamente com a criminalização do “espiritismo”, como era considerado, por exemplo, o candomblé. Assim dispunha o artigo 157 do referido diploma: “Art. 157. Praticar o espiritismo, a magia e seus sortilégios, usar de talismans e cartomancias para despertar sentimentos de ódio ou amor, inculcar cura de molestias curáveis ou incuráveis, emfim, para fascinar e subjugar a credulidade publica”. A confirmar a intenção do legislador, destacam-se dois excertos de jornais da época, “A Noite”, de 26 de maio de 1926 e “Diário da Bahia”, respectivamente: “O grau de civilização a que felizmente atingimos, não comporta mais a prática de uns tantos atos, próprios dos indivíduos totalmente ignorantes. A Bahia, por exemplo, muito embora o seu progresso material, conserva ainda a prática de umas tantas cousas, originárias de africanos imbecis. Há tempos a polícia desta capital, encetou contra tais exploradores uma séria e saneadora campanha, que produziu os melhores resultados. Faltou, porém, a persistência na perseguição e dali o incremento que agora esta tomando a feitiçaria, sob a falsa capa de espiritismo. Até o próprio centro da cidade, aparecem todas as manhãs, os tais ‘despachos’, os pacotes, o azeite e quanta bugiganga existe, contribuindo fortemente para o emporcalhamento das ruas, já pobrementemente assejadas [...] Convenhamos que, devemos extinguir do seio do povo essa crença condenável, que não condiz com a civilização. A polícia precisa quanto antes volver-se para os feiticeiros, perseguindo-os, extinguindo-os”; “A Bahia, apesar de seu grau de cultura geral, é uma cidade cheia de ‘mucambos e candomblés’ – o baixo espiritismo vai fazendo cada dia maior número de vítimas. Nenhuma cidade do Brasil possui tantos costumes reprováveis como a Bahia. [...] Temos em primeiro lugar, a assinalar os prejuízos causados pela exploração torpe do baixo espiritismo. São práticas feiticistas, oriundas das tradições africanas para aqui transplantadas com a escravatura. Este fetichismo, associado aos processos deturpados do espiritismo e da magia negra, é praticado nos candomblés que acham espalhados por todos os recantos escusos da cidade [...] A polícia de costumes deve organizar patrulhas afim de apreender esses antros de perdição chamados ‘candomblés’, prendendo e processando todos quantos se dedicam a essa indústria de exploração à ingenuidade e à ignorância das almas fracas” (ARAÚJO, Maurício Azevedo de. **Do combate ao racismo à afirmação da alteridade negra**: as religiões de matriz africana e a luta por reconhecimento jurídico – repensando a tolerância e a liberdade religiosa em uma sociedade multicultural. 2007. 120 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2007, pp. 28-29).

quando há a perversão do conceito de bem jurídico castiga-se tanto ou mais os ataques aos bens jurídicos instrumentais, como a propriedade privada, do que os ataques à vida ou à liberdade (o que, ademais, viola sobremaneira a proporcionalidade).

O legislador penal brasileiro orienta-se pela proteção de bens jurídicos caros às elites econômicas e políticas, “incriminando condutas lesivas das relações de produção e de circulação da riqueza material, concentradas na criminalidade patrimonial comum” e, conseqüentemente, pré-selecionando como alvos do sistema penal as classes sociais e os indivíduos privados de meios materiais de subsistência, de forma a garantir “os interesses e as condições necessárias à existência e reprodução dessas classes sociais”⁶⁰⁴. É o mesmo sintoma que Alessandro Baratta identifica ao afirmar que a criminalização primária – os conteúdos e não conteúdos da lei penal – orienta-se pelos valores da cultura burguesa-individualista, com a proteção do patrimônio e, conseqüentemente, a seleção dos desvios próprios dos grupos marginalizados, bem como com a “criação de zonas de imunização para comportamentos cuja danosidade se volta particularmente contra as classes subalternas”⁶⁰⁵.

Uma rápida análise do Código Penal permite a verificação de tais teratologias: não só o legislador penal conferiu grande destaque aos delitos patrimoniais (são trinta e um artigos, acompanhados de diversos incisos e parágrafos, sob o título “Dos crimes contra o patrimônio”), como também a eles cominou severas e desproporcionais sanções. O crime de roubo⁶⁰⁶, por exemplo, tem penas mínima e máxima superiores às cominadas aos crimes de infanticídio⁶⁰⁷ e de homicídio culposo⁶⁰⁸ e pena máxima superior, em dois anos, ao crime de tráfico de pessoas⁶⁰⁹. O crime de furto qualificado⁶¹⁰ – que não envolve qualquer violência ou ameaça à pessoa – tem penas mínima e máxima, inacreditavelmente, iguais

⁶⁰⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral... *Cit.*, p. 11.

⁶⁰⁵ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 176.

⁶⁰⁶ “Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa”.

⁶⁰⁷ “Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena - detenção, de dois a seis anos”.

⁶⁰⁸ “Art. 121. Matar alguém: [...] § 3º Se o homicídio é culposo: Pena - detenção, de um a três anos”.

⁶⁰⁹ “Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de: I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; III - submetê-la a qualquer tipo de servidão; IV - adoção ilegal; ou V - exploração sexual. Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa”.

⁶¹⁰ “Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: [...] § 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido: I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa; II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza; III - com emprego de chave falsa; IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas”.

àquelas dos crimes de lesão corporal gravíssima⁶¹¹ e de redução à condição análoga à de escravo⁶¹². Ao crime de alteração de limites⁶¹³ são cominadas as mesmas penas previstas para o crime de ameaça⁶¹⁴. A pena mínima do crime de supressão ou alteração de marca em animais⁶¹⁵, já mencionado, é o dobro da pena mínima do crime de constrangimento ilegal⁶¹⁶ e a pena máxima daquele é o triplo da pena máxima deste. Também a pena máxima do crime de dano qualificado⁶¹⁷ é a mesma cominada ao crime de exposição ou abandono de recém-nascido na sua forma qualificada⁶¹⁸, o que implica no resultado lesão corporal grave. Outro grande descompasso é a pena cominada ao crime de receptação de animal⁶¹⁹, a mesma imposta aos crimes de corrupção de menores⁶²⁰ e de favorecimento à prostituição ou outra forma de exploração sexual⁶²¹. A receptação⁶²² tem pena máxima superior à pena do sequestro e cárcere privado⁶²³ e o mesmo ocorre com o crime de

⁶¹¹ “Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: [...] § 2º Se resulta: I - Incapacidade permanente para o trabalho; II - enfermidade incurável; III - perda ou inutilização do membro, sentido ou função; IV - deformidade permanente; V - aborto: Pena - reclusão, de dois a oito anos”.

⁶¹² “Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência”.

⁶¹³ “Art. 161 - Suprimir ou deslocar tapume, marco, ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória, para apropriar-se, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia: Pena - detenção, de um a seis meses, e multa.”

⁶¹⁴ “Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa”.

⁶¹⁵ “Art. 162 - Suprimir ou alterar, indevidamente, em gado ou rebanho alheio, marca ou sinal indicativo de propriedade: Pena - detenção, de seis meses a três anos, e multa”.

⁶¹⁶ “Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa”.

⁶¹⁷ “Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: [...] Parágrafo único - Se o crime é cometido: I - com violência à pessoa ou grave ameaça; II - com emprego de substância inflamável ou explosiva, se o fato não constitui crime mais grave; III - contra o patrimônio da União, de Estado, do Distrito Federal, de Município ou de autarquia, fundação pública, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviços públicos; IV - por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima: Pena - detenção, de seis meses a três anos, e multa, além da pena correspondente à violência”.

⁶¹⁸ “Art. 134 - Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria: [...] § 1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - detenção, de um a três anos”.

⁶¹⁹ “Art. 180-A - Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito ou vender, com a finalidade de produção ou de comercialização, semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes, que deve saber ser produto de crime: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa”.

⁶²⁰ “Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos”.

⁶²¹ “Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa”.

⁶²² “Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa”.

⁶²³ “Art. 148 - Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado: Pena - reclusão, de um a três anos”.

estelionato⁶²⁴ em relação, por exemplo, ao crime de abandono material⁶²⁵ e com o crime de apropriação indébita⁶²⁶, se comparado ao delito de assédio sexual⁶²⁷.

Não faltam exemplos a evidenciar que o Direito Penal é marcado, seja no momento da seleção dos bens jurídicos a serem tutelados pela norma penal, seja no momento da cominação das penas em abstrato em razão da lesão de referidos bens, pela intenção de manutenção dos interesses da classe dominante, mormente das relações econômicas estruturais. Tal perspectiva permite revelar que a neutralidade do Direito Penal na proteção dos interesses e valores da sociedade, própria de um regime democrático, é, na verdade, ilusória, na medida em que parte do pressuposto de uma sociedade democrática, livre e igual a informar os interesses a serem penalmente tutelados.

É preciso o alerta de Juarez Cirino dos Santos ao afirmar que os sistemas jurídicos e políticos de controle social do Estado destinam-se à manutenção dos interesses e necessidades dos grupos sociais hegemônicos da formação econômico-social, excluindo ou reduzindo, conseqüentemente, os interesses e necessidades dos demais grupos. Nas palavras do autor,

o Direito Penal garante as estruturas materiais em que se baseia a existências das classes sociais – o capital (como propriedade privada dos meios de produção e de circulação da riqueza) e o trabalho assalariado (como energia produtora de valor superior ao seu preço de mercado) –, assim como protege as formas jurídicas e políticas que disciplinam a luta de classes e instituem o domínio de uma classe sobre outra. Se o Direito Penal garante uma ordem social desigual, então garante a desigualdade social⁶²⁸.

É assim que, em uma sociedade marcada pela abissal desigualdade, pela distribuição desproporcional de bens e serviços e pela absoluta carência de alguns convivendo com a abundância de outros, o legislador penal atua, ao selecionar quais bens

⁶²⁴ “Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis”.

⁶²⁵ “Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País”.

⁶²⁶ “Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa”.

⁶²⁷ “Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos”.

⁶²⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral... *Cit.*, p. 07.

merecem a tutela penal e, conseqüentemente, quais condutas serão abarcadas pelos rótulos de crime ou contravenção penal, representando a imposição dos interesses dos grupos político e economicamente dominantes. Aqueles que pautam o processo de criminalização primária são os mesmos indivíduos que detêm o poder econômico e, decerto, não se voltarão contra sua própria classe, mas contra a população mais pobre. Assim, estabeleceu-se a relação entre a ideia de privação relativa e criminalização primária, na medida em que

As ações mais prováveis de serem cometidas por pessoas para as quais não há lugar na ordem, pelos pobres diabos tiranizados, têm a melhor chance de aparecer no código criminal. Roubar os recursos de nações inteiras é chamado de ‘promoção do livre comércio’; roubar famílias e comunidades inteiras de seu meio de subsistência é chamado ‘enxugamento’ ou simplesmente ‘racionalização’. Nenhum desses feitos jamais foi incluído entre os atos criminosos passíveis de punição⁶²⁹.

Começa a se formar com mais clareza a teia de retenção dos socialmente vulneráveis que, privados das condições materiais de uma existência digna, em meio a uma sociedade desigual, veem limitada sua gama de escolhas – dentro do rol de condutas legais – para sobreviver e viver. A teia se aperfeiçoará com a atuação das agências de criminalização secundária, também seletiva e igualmente orientada às populações excluídas do poder.

3.4 Seletividade secundária: a seletividade das agências de criminalização secundária e o processo de rotulação como marcos do exercício da liberdade

Uma vez sancionada a lei incriminadora que de forma desproporcional e não democrática já acaba por dirigir a possibilidade de criminalização a um determinado grupo, entra em curso a atuação das agências de criminalização secundária, que dão início à ação punitiva sobre pessoas e condutas concretas⁶³⁰. Decerto que diversos fatores, como a capacidade operacional reduzida dessas agências e o elevadíssimo número de leis penais que, cada vez mais, são criadas com a falsa pretensão de pôr fim à impunidade e solucionar a criminalidade, impedem a efetivação de todo o programa primário. A tão falada cifra oculta é sintoma de um sistema criado desde logo para não funcionar em sua plenitude, o

⁶²⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Op. cit.*, p. 131.

⁶³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal...** *Cit.*, p. 43.

que levaria a níveis insustentáveis de criminalização e encarceramento e, em última instância, à paralisação da sociedade.

Às agências de criminalização secundária (polícias, sistema de justiça criminal, administração penitenciária, dentre outras) é designada a tarefa de dar concretude àquela seleção que se iniciou, com certo nível de abstração, com a criação das leis incriminadoras e, mais uma vez, essa seleção, que poderia ser orientada por um sem número de critérios, é dirigida, em conformidade com as finalidades não declaradas do Direito Penal, àquele grupo específico de pessoas que já são alvo da vulnerabilidade social e da criminalização primária.

O âmbito de liberdade desses indivíduos é marcado, aqui, por uma estrutura complexa, composta por outras agências, como as de comunicação social, que se esforça por direcionar essa seleção a determinados grupos, menos pelas condutas que praticaram, mais por aquilo que são. As pessoas que porventura não correspondam a esses grupos e que venham a praticar condutas qualificadas como delitos costumam escapar das teias do sistema penal nesse momento, em que a Justiça fecha os olhos àqueles que sejam caros ao sistema e que pertençam às classes dominantes. Aqui, a gama de condutas que o indivíduo pode praticar sem que por isso seja selecionado pelas agências de criminalização secundária varia conforme a pertença ou não a determinados grupos (delimitados a partir de componentes estéticos, etários, de gênero e, principalmente, de classe social, raça e etnia⁶³¹).

A criminalização primária facilita a seleção desses indivíduos, quando protege bens jurídicos caros à elite e criminaliza condutas que são, em grande parte, fruto de uma sociedade marcada pela privação relativa. A criminalização secundária dá concretude a esse processo quando, ao orientar-se por estereótipos, assegura o sucesso dessa empreitada, seja detendo, processando e aprisionando, dentre aqueles que praticaram fatos considerados crimes, somente quem corresponde ao estereótipo, seja incidindo sobre esses mesmos indivíduos de forma excessivamente severa e, por vezes, independentemente da prática de um delito. Frente aos delitos do poder econômico e aos sujeitos estranhos ao

⁶³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal...** *Cit.*, p. 46.

estereótipo que, excepcionalmente, possam ser selecionados, as agências tornam-se impotentes e desconcertadas⁶³².

A posição de cada indivíduo é muito diversa conforme sua situação perante esse estereótipo. É o que desenvolve Eugenio Raúl Zaffaroni quando fala em estado e situação de vulnerabilidade a orientarem a seleção, conforme será explorado no capítulo seguinte. A distribuição da criminalização orienta-se a determinadas pessoas porque, segundo o autor, suas características enquadram-se nos estereótipos criminais; sua educação (a falta dela) leva à prática de crimes “toscos” e de fácil detecção; e porque, a partir da ideia de rotulação, acaba por ocorrer a assunção do papel atribuído ao estereótipo⁶³³.

Nesse contexto, a teoria do *labelling approach*, rotulação social ou etiquetagem⁶³⁴ é de extrema relevância para a compreensão da relação entre criminalização secundária seletiva e liberdade. Esse movimento criminológico, com surgimento na década de 60, representa a ruptura com a etiologia e o determinismo, voltando sua atenção ao sistema de controle social e às suas consequências⁶³⁵.

A teoria do *labelling approach* encontrou solo fértil nos anos 60, momento em que as manifestações contraculturais marcavam diversas partes do mundo, mas principalmente a realidade americana. Conforme explica Sérgio Salomão Shecaira, a utilização de leis penais no combate às condutas socialmente problemáticas que adivinham desses movimentos (*beatniks*, *hippies*, movimento estudantil, movimento pelos direitos civis etc.) leva à criação de uma teoria da rotulação, com a evidência de que a reação social é determinante para a criação de crimes e criminosos⁶³⁶.

Ancorada no interacionismo simbólico e na etnometodologia⁶³⁷, a teoria do *labelling approach* busca a compreensão da criminalidade a partir da atuação do sistema penal, como constitutivo dessa criminalidade. O interacionismo simbólico, corrente da Sociologia e da Psicologia Social, iniciada por Herbert Blumer a partir das ideias de George Mead, concentra-se, em linhas gerais e como o próprio nome sugere, nos processos

⁶³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do direito penal... *Cit.*, p. 47.

⁶³³ *Ibid.*, p. 47.

⁶³⁴ Becker rejeita a denominação teoria da rotulação, afirmando que se trata mais de uma perspectiva que não está exclusivamente centrada no ato da rotulação, preferindo o termo teoria interacionista do desvio (BECKER, Howard S.. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 182).

⁶³⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**... *Cit.*, p. 242.

⁶³⁶ *Ibid.*, p. 256.

⁶³⁷ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 87.

de interação social entre indivíduos ou grupos de indivíduos mediados por relações simbólicas. Segundo Blumer, as interações entre os seres humanos operam de forma peculiar, na medida em que os indivíduos definem as ações do outro e não apenas reagem a elas. A resposta às ações baseia-se, portanto, no sentido que é dado a tais ações e não diretamente nelas, de modo que “a interação humana é mediada pelo uso de símbolos, pela interpretação, ou pelo exercício assertivo do sentido de ações reciprocamente direcionadas”⁶³⁸.

Para a etnometodologia, também corrente da Sociologia americana, desenvolvida por Harold Garfinkel, a sociedade é fruto de uma construção social, a partir de um processo de definição por parte dos indivíduos e grupos: “os fatos sociais não são realidades estáveis e exteriores ao indivíduo, mas produtos das atividades incessantes dos membros de certa comunidade, que aplicam seus conhecimentos práticos e seus métodos de interpretação e comunicação para realizarem suas atividades diárias”⁶³⁹. Para ambas as correntes, portanto, a compreensão da realidade social implica o estudo desses processos constitutivos.

É a partir disso que o *labelling approach* vai encarar o crime e o criminoso não como entes naturais, com existência objetiva, mas como realidade social constituída por meio de processos de interação. Estudam-se as consequências da rotulação do indivíduo como criminoso, a formação da identidade desviante e o desvio como qualidade atribuída no curso da interação pelas agências de controle social⁶⁴⁰.

Nesse contexto, merece destaque a obra *Outsiders* de Howard Becker. Becker alerta, já no início de sua obra, sobre o problema da pesquisa científica que, ao aceitar a premissa de que condutas que violam regras são necessariamente desviantes, deixa de lado fatores essenciais como o indivíduo que realizou o julgamento do desvio e o processo por meio do qual ele se realizou. Rejeitando concepções de desvio estáticas ou amparadas em noções médicas, o autor entende-o como algo criado pela sociedade, como uma consequência da reação das pessoas aos atos de outrem, no sentido de que “*grupos sociais*

⁶³⁸ BLUMER, Herbert. Sociedade como interação simbólica. In: **Revista Brasileira de Sociologia da Emoção**, v. 16, n. 46, pp. 14-22, abr. 2017, p. 15. Disponível em: <<http://www.cchla.ufpb.br/rbse/BlumerBarbosaArt.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2020.

⁶³⁹ ARAÚJO, Paulo Magalhães. Etnometodologia: consciência, linguagem e o fenômeno da vida cotidiana. **Revista eletrônica Ciências Sociais**. Vitória, v. 1, n. 11, jun. 2020, p. 19. Disponível em: <<https://periodicos.ufes.br/sinais/article/view/4578>>. Acesso em: 26 out. 2020.

⁶⁴⁰ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 89.

criam desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio, e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como outsiders”⁶⁴¹.

Assim, desviante é aquele sujeito a quem esse rótulo foi aplicado, de modo que não há um grupo homogêneo de desviantes, eis que o que os une é o rótulo e a experiência dele advinda⁶⁴². A partir disso, Becker alerta como a resposta das pessoas é problemática e variável, não necessariamente acompanhando a infração a uma regra e sendo afetada por fatores como o tempo e a pessoa que praticou o desvio⁶⁴³. O autor denomina como apropriado o comportamento que obedece às regras e que assim é percebido pelos demais. Em oposição, o comportamento desviante puro é aquele violador das regras e que é percebido como tal. Há, contudo, outras duas espécies de comportamentos, em que não há correspondência entre a violação e sua percepção: é falsamente acusado o comportamento que, em que pese não viole regras, é percebido como desviante; é desviante secreto⁶⁴⁴ o comportamento infrator não percebido como desviante⁶⁴⁵. A classificação de Becker é compatível com aquilo já mencionado sobre o estereótipo a orientar a seleção, na medida em que todas essas modalidades de comportamentos são possíveis quando a percepção de um comportamento como desviante orienta-se pelo estereótipo criminoso e não pela existência de uma infração à regra.

A conclusão do autor é que o desvio não é uma qualidade simples, que reside em determinados comportamentos, mas na interação entre aquele que praticou o ato que infringiu uma regra e aqueles que reagiram a ele, configurando-se como “o produto de um processo que envolve reações de outras pessoas ao comportamento”⁶⁴⁶. O desvio, assim, pode ser encarado como uma ação coletiva, a partir da ideia de que, em uma sociedade, as pessoas agem considerando seu entorno, as ações das outras pessoas, aquilo que é esperado que façam, ajustando-se e acomodando-se a esses fatores⁶⁴⁷. Indispensável, portanto, que sejam estudadas todas as pessoas (e os processos) envolvidos no desvio, a que se propõe a perspectiva interacionista de Becker.

⁶⁴¹ BECKER, Howard S.. *Op. cit.*, pp. 21-22.

⁶⁴² *Ibid.*, p. 22.

⁶⁴³ *Ibid.*, p. 24.

⁶⁴⁴ A expressão desvio secreto é reconhecida, pelo próprio autor, como ambígua e quase contraditória, na medida em que se um ato apenas é desviante quando assim reconhecido por outrem, não haveria sentido em chamar um comportamento de desvio secreto (*Ibid.*, p. 187). No entanto, a expressão parece ser suficiente à ideia que o autor pretende expressar no sentido de que os atos e os juízos que deles são feitos não guardam uma relação lógica.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 31.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, p. 26.

⁶⁴⁷ *Ibid.*, p. 183.

Quando um indivíduo é rotulado como desviante surgem diversas consequências, dentre elas a alteração em sua identidade pública e na forma como ele é tratado. O status de desviante carrega consigo não só o fato de aquele indivíduo ter praticado um delito, mas diversas outras conotações indesejáveis ou traços auxiliares que serão associados àquela pessoa⁶⁴⁸. Ademais, segundo Howard Becker, o status de desviante, dependendo do tipo de desvio praticado, é dominante e vai prevalecer a qualquer outro status e a outras conotações, de modo que o tratamento daquele indivíduo será orientado, em primeiro lugar, conforme esse rótulo⁶⁴⁹. Além disso – e este é um ponto central para o tema da liberdade – tratar alguém como desviante produz o que Becker chama de “profecia auto-realizadora”, na medida em que esse tratamento produz diversas implicações que vão moldar o indivíduo rotulado a partir da imagem que os outros fazem dele. A identificação como desviante impossibilita a participação do indivíduo em espaços convencionais, traz dificuldades para o cumprimento de outras regras e o tratamento que recebe dos demais acaba por produzir um desvio crescente.

Expressa de maneira mais geral, a questão é que o tratamento dos desviantes lhes nega os meios comuns de levar adiante as rotinas da vida cotidiana acessíveis à maioria das pessoas. Em razão dessa negação, o desviante deve necessariamente desenvolver rotinas ilegítimas⁶⁵⁰.

A marca gerada pelo processo de criminalização, os rótulos conferidos àqueles que foram capturados pelo sistema punitivo levam à crença de que o indivíduo que os porta “não seja completamente humano. Com base nisso, fazemos vários tipos de discriminações, através das quais efetivamente, e muitas vezes sem pensar, reduzimos suas chances de vida”⁶⁵¹.

Nas palavras de Sérgio Salomão Shecaira:

Quando os outros decidem que determinada pessoa é *non grata*, perigosa, não confiável, moralmente repugnante, eles tomarão contra tal pessoa atitudes normalmente desagradáveis, que não seriam adotadas com qualquer um. São atitudes a demonstrar a rejeição e a humilhação nos contatos interpessoais e que trazem a

⁶⁴⁸ BECKER, Howard S.. *Op. cit.*, p. 43.

⁶⁴⁹ *Ibid.*, p. 44.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, p. 45.

⁶⁵¹ GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2019, p. 15.

peessoa estigmatizada para um controle que restringirá sua liberdade.⁶⁵²

A esse respeito, merece destaque a distinção desenvolvida por Edwin Lemert entre desvio primário e desvio secundário. O desvio primário, segundo o autor, advém de fatores sociais, culturais e psicológicos e, não obstante possa ser reconhecido socialmente como indesejável, tem implicações apenas marginais para o status e a estrutura psíquica do indivíduo. Os problemas dele advindos são encarados no contexto das relações sociais, seja por meio da normalização do desvio, seja pelo seu gerenciamento e controle, inseridos nos padrões normais de convivência⁶⁵³.

O desvio secundário, por sua vez, refere-se às respostas dos indivíduos em face dos problemas criados pelas reações da sociedade (dentre elas a criminalização e a pena) ao seu desvio⁶⁵⁴. Há uma alteração do ambiente simbólico e interacional no qual a pessoa está inserida, de modo a afetar sua socialização, bem como uma alteração de sua estrutura psíquica, na medida em que seu papel social, suas atitudes para consigo mesma, sua identidade e sua vida são reorganizadas em torno do desvio⁶⁵⁵. Surgem, assim, desvios sucessivos como forma de defesa, ataque ou adaptação aos problemas gerados pela reação da sociedade ao desvio primário⁶⁵⁶. Sérgio Salomão Shecaira aponta que uma das principais consequências do processo de desviação é justamente o “mergulho no papel desviado”, de modo que o indivíduo desviante acaba por definir-se da mesma forma como a sociedade define-o, tomando como referência o papel desviado a ele atribuído⁶⁵⁷.

A partir dessas considerações, é possível verificar com clareza a operação seletiva e cíclica que se realiza nesse momento do processo de criminalização. Indivíduos estereotipados são selecionados, justamente em razão desse estereótipo, e taxados com o rótulo de desviante. A partir de então, as reações sociais a essas pessoas adequar-se-ão a esse rótulo, de modo a acentuar sua marginalização e a cercear ainda mais as oportunidades em relação aos espaços que podem ocupar naquela estrutura social. O sujeito passa a interagir com esse rótulo e organizar-se a partir do papel desviante. Isso desencadeia a desviação secundária, como resposta à reação da sociedade, a reforçar todo o

⁶⁵² SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia... Cit.*, p. 257.

⁶⁵³ LEMERT, Edwin M.. The concept of secondary deviation. In: _____. **Human deviance, social problems and social control**. Nova Jersey: Prentice Hall, pp. 40-64, 1967, p. 40.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, p. 40.

⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 41.

⁶⁵⁶ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 90.

⁶⁵⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia... Cit.*, p. 262.

círculo vicioso que aprisiona os grupos marginalizados. Na síntese de Peter-Alexis Albrecht:

a aplicação da norma tem por consequência processos de rotulação. O desviante é colocado em um novo status que, para ele, é socialmente grave. O ambiente social reage à atribuição de significado proveniente dos órgãos da Justiça com a retirada de chances de participação social e chances de carreira. O desviante adapta-se tendencialmente ao papel imaginado e entra num processo progressivo de carreira criminosa⁶⁵⁸.

Em meio a essa equação, inserem-se também a pena e o cárcere, intensificando o estigma sobre o indivíduo criminalizado, bem como a própria delinquência secundária.

A liberdade dos sujeitos é, portanto, situada dentro dessa operação. O indivíduo que “escolhe” a prática do crime inserido em um processo de desviação operado dessa forma o faz tendo sua liberdade extremamente moldada, em primeiro lugar, pelo seu enquadramento no estereótipo criminoso e, em segundo lugar, pela atuação seletiva das agências de criminalização secundária que por ele se orienta e pela reação social ao rótulo (e suas consequências) que dela advém. O indivíduo rotulado como desviante (às vezes “falsamente acusado”⁶⁵⁹), seja em razão da posição em que é colocado na sociedade em razão desse rótulo, seja em razão do “mergulho no papel desviado”, não tem a mesma amplitude de liberdade que o sujeito que nunca foi inserido nesse processo de desviação e que, dessa forma, tem uma maior gama de possibilidades de atuação, além da criminosa. Aqui, são fatores externos que incidem sobre o sujeito, direcionando seu caminho às teias do sistema penal, e que poderiam ser minimizados ou removidos mediante uma atuação estatal interessada⁶⁶⁰.

Admitir que a criminalização secundária é orientada a um determinado grupo e que a rotulação dos indivíduos alvos dessa criminalização produz processos que levam à prática de delitos e que agravam sua situação de marginalização, reduzindo ainda mais suas opções legítimas, leva à conclusão de que uma situação de liberdade tão marcada e imposta ao sujeito precisa ser considerada pelos olhos da Justiça.

⁶⁵⁸ ALBRECHT, Peter-Alexis. *Op. cit.*, pp. 55-56.

⁶⁵⁹ Aquela situação em que, no quadro dos tipos teóricos de desvio de Becker, o sujeito não infringiu normas, mas foi rotulado como desviante.

⁶⁶⁰ Nesse sentido, Shecaira recomenda que sejam repensadas as cerimônias degradantes que envolvem um processo criminal; que se eliminem as marcas de um processo; que se invista em terapia social emancipadora para os acusados; que se diminua o encarceramento, por meio de alternativas à prisão e da eliminação de alguns tipos penais, e que seja facilitada a transição entre prisão e sociedade, com a criação de melhores oportunidades ao egresso (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia... Cit.*, pp. 270-271).

3.5 Prisão e estigma: o reforço à vulnerabilidade social e à seletividade

De forma relacionada com aquilo que já foi mencionado acerca da desviação secundária⁶⁶¹ e ainda no contexto dessa cruel operação em desfavor dos grupos marginalizados, o estigma oriundo da sanção criminal e, principalmente, da imposição de uma pena privativa de liberdade, merece destaque. Decerto que a imposição de uma sanção criminal não parece indispensável à rotulação de um sujeito como criminoso, desviante ou indesejado. Ao processo de etiquetamento e às consequências negativas dele advindas é suficiente a intervenção de quaisquer das agências de criminalização secundária. A pena, contudo, é o reforço mais intenso dos processos até então descritos e as decorrências do rótulo de egresso ou apenado minam praticamente qualquer possibilidade de escape desse círculo vicioso de criminalidade e criminalização.

Sobre o tema, merece destaque a obra de Erving Goffman, que se debruçou sobre estigma e prisão. Conforme ensina o autor, o termo estigma tem origem grega e referia-se aos sinais corporais (como marcas com fogo, por exemplo) indicativos de algo extraordinário ou mau sobre aqueles que os detinham. Atualmente, o termo diz respeito mais à desgraça do indivíduo do que à sua evidência corporal⁶⁶². Trata-se, na verdade, da relação entre um atributo e um estereótipo, na medida em que um atributo depreciativo, por si só, não basta para estigmatizar alguém, pois um mesmo atributo pode gerar estigmatização ou normalidade. Goffman dá o exemplo da formação universitária que, dependendo do cargo que ocupa o indivíduo que a possui, pode levá-lo a ser considerado um fracasso ou um sucesso⁶⁶³.

O autor, ainda, diferencia três tipos de estigma: as deformidades físicas; os estigmas de raça, nação e religião; e as “culpas de caráter individual, percebidas como vontade fraca, paixões tirânicas ou não naturais, crenças falsas e rígidas, desonestidade”⁶⁶⁴. Este último tipo de estigma é extraído de situações como distúrbios mentais, vícios, desemprego, tentativas de suicídio e prisão.

⁶⁶¹ Sobre a relação entre desvio secundário e estigma, Lemert afirma que o desvio secundário presume que a contensão do estigma foi malsucedida e levou à repetição do desvio que originou a estigmatização (LEMERT, Edwin M.. *Op. cit.*, p. 41).

⁶⁶² GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada... *Cit.*, p. 11.

⁶⁶³ *Ibid.*, p. 13.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 14.

A partir de um atributo indesejável (ter recebido uma pena, ter sido preso), infere-se uma série de outras imperfeições, apresentando tal atributo o que Howard Becker chama de valor simbólico generalizado⁶⁶⁵. Alguém que cumpriu pena (o “egresso” ou “expressidiário”) é alguém necessariamente desonesto, mau, sem respeito pela lei, perigoso e indesejável. Rótulos são empregados a determinadas pessoas, ligando-as a um conjunto de características (presentes ou não na realidade), as quais formam o estereótipo⁶⁶⁶.

Entrecruzando tais conceitos, tem-se a definição de estigma de Bruce Link e Jo C. Phelan, que ampliam o conceito de Goffman. Para os autores, há estigma quando quatro fatores ou componentes convergem: primeiro, as pessoas distinguem e rotulam as diferenças entre os indivíduos⁶⁶⁷; após, as crenças culturais dominantes associam as pessoas rotuladas a características negativas (estereótipos negativos); essas pessoas, então, são alocadas em categorias com a finalidade de permitir a separação entre “nós” e “eles”; e, assim, experienciam perda de status, rejeição e discriminação⁶⁶⁸. O estigma, fica claro, depende de uma estrutura de poder que permita que algumas pessoas distingam, rotulem, categorizem, discriminem e excluam outras.

É possível identificar com clareza os fatores apontados por Link e Phelan nos relatos dos próprios egressos do sistema prisional, coletados por Jusiene Lauermann e Félix Guazina em entrevistas semi-estruturadas com egressos do sistema prisional residentes em Santa Maria, no Rio Grande do Sul:

‘Tu nunca vai ser igual as outras pessoas que tão fora. A própria sociedade já te empurra pra esse lado né? (...) Enxergam a gente assim como se a gente fosse a pior pessoa do mundo, como se a gente fosse o lixo da sociedade sabe? É muito ruim, muito ruim mesmo [...]’ (José, 26 anos).

‘Antes de ser presa é uma reação e depois que eu fui é outra. As pessoas começam a te olha, é bem diferente né? Eles te olham assim ah tu viu que ela saiu, tava presa. (...) eles olhavam assim com olhar de discriminação. (...) tu ouve comentário assim, quando tu passa assim, tu olha tu vê que a pessoa sai falando a teu respeito. (...) eles acham que um preso nunca vai muda’ (Maria, 34 anos).

‘Eu geralmente não tinha muitas oportunidades. (...) e geralmente quando tu é, no meu caso né? Quando tu é preso, delinquente, a

⁶⁶⁵ BECKER, Howard S.. *Op. cit.*, p. 43.

⁶⁶⁶ LINK, Bruce e PHELAN, Jo C.. Conceptualizing stigma. In: **Annual Review of Sociology**, v. 27, pp. 363-385, 2001, p. 369.

⁶⁶⁷ Na medida em que há diferenças que importam e diferenças que não importam socialmente.

⁶⁶⁸ LINK, Bruce e PHELAN, Jo C.. *Op. cit.*, p. 367.

polícia mesmo já te enxerga de outro jeito, porque tu é vagabundo, porque tu é maconheiro, marginal e coisa e tal. Então, simplesmente, às vezes, não tinha outra saída, outra alternativa’ (Paulo, 32 anos)⁶⁶⁹.

A discriminação e a separação entre “nós” e “eles”, destacada por Maria⁶⁷⁰, a associação de características indesejáveis ao rótulo, como ressaltam José e Paulo, e a consequente redução de oportunidades que advém e compõe o processo de estigmatização integram um círculo de criminalidade, violência e exclusão. O estigma produz no espaço de liberdade dos indivíduos, mormente no espaço de decisão pela prática ou não do injusto penal (que interessa à culpabilidade), um marco definitivo e inapagável. Merece destaque a observação de Sérgio Salomão Shecaira, que lembra que o estigma opera em dois momentos:

no momento prévio à entrada do indivíduo nos mecanismos seletivos penais – determinando que setores sociais marginalizados sejam com mais facilidade tratados como delinquentes –, como daquele que atua nas situações que vivem os presos quando saem temporária ou definitivamente do cárcere, fazendo com que se sintam os mais inferiores dos seres humanos⁶⁷¹.

À estigmatização oriunda da pena privativa de liberdade (e do processo de criminalização de modo geral) somam-se outros processos que irão reforçar a posição do indivíduo que foi selecionado pelo sistema criminal até sua etapa final, de modo que, após o término do cumprimento da pena, seu espaço de liberdade e sua gama de opções legítimas estarão sobremaneira marcados e reduzidos.

A esse respeito, o conceito de instituições totais de Erving Goffman evidencia a separação entre o mundo externo e o cárcere, no qual processos como a desestruturação do eu e a prisionização aparecem como criadores de marcos que acabam por frustrar qualquer expectativa de liberdade após o cumprimento da pena. O autor define instituição total como “um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada”⁶⁷². O conceito aplica-se às prisões, mas também aos asilos, hospitais para doentes mentais, conventos, internatos,

⁶⁶⁹ LAUERMANN, Jusiene Denise e GUAZINA, Félix Miguel Nascimento. Para além dos muros institucionais: problematizando os discursos dos egressos do sistema prisional. In: **Barbarói**, n. 38, Santa Cruz do Sul, pp. 178-197, jan./jun. 2013, pp. 191-193. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/barbaroi/n38/n38a10.pdf>>. Acesso em 26 out. 2020.

⁶⁷⁰ Os autores empregaram nomes fictícios para garantia do anonimato.

⁶⁷¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia...** *Cit.*, p. 266.

⁶⁷² GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2015, p. 11.

quartéis, entre outros. É a reunião de alguns elementos, em alto grau de intensidade, que, para Goffman, caracteriza as instituições totais: (i) todas as esferas da vida (trabalho, lazer, sono) são realizadas em um único local e sob a mesma autoridade; (ii) a rotina de seu participante realiza-se na companhia de um grande número de pessoas, tratadas igualmente e submetidas às mesmas atividades; (iii) tal rotina segue um cronograma rigoroso, imposto por meio de regras e funcionários; e (iv) há a reunião das atividades obrigatórias em um plano racional supostamente alinhado aos objetivos da instituição⁶⁷³.

Para além das características das instituições totais, exploradas detalhadamente por Goffman, são as consequências delas oriundas que mais interessam. Em primeiro lugar, o autor aponta ser possível a ocorrência de um “desculturamento” no caso de penas mais longas, na medida em que o distanciamento do mundo externo impede o acompanhamento de suas mudanças sociais e leva à perda de oportunidades de comportamento, tornando o indivíduo destreinado para a vida diária⁶⁷⁴.

No mais, Goffman denomina o processo pelo qual passam as pessoas inseridas nessas instituições de “mortificação” ou “mutilação do eu”. Por meio de processos padronizados nas instituições totais, os indivíduos internados encaram “progressivas mudanças que ocorrem nas crenças que têm a seu respeito e a respeito dos outros que são significativos para ele”⁶⁷⁵. A primeira etapa desse processo ocorre em face da barreira entre o mundo externo e o internado, que, isolado, vê o abandono dos papéis sociais que costumava desempenhar. Ainda, o processo de admissão na instituição total funciona como uma programação, uma padronização do indivíduo que deixa de sê-lo para tornar-se um objeto pronto para ser moldado em conformidade com a instituição. Ao precisar aderir a um comportamento e a uma aparência padronizados, sendo despojado de seus gostos, hábitos e itens pessoais – que são substituídos por bens uniformizados e pertencentes à instituição – não restam indicativos do seu anterior status social, operando-se uma desfiguração pessoal⁶⁷⁶.

A imagem do eu já desfigurada no processo de admissão continua a ser atacada mediante exigências de posturas corporais e respostas verbais submissas e humilhantes, na mesma medida em que o tratamento que lhe é conferido pela equipe dirigente é também humilhante. A isso se segue a violação da barreira que o eu possuía no mundo exterior em

⁶⁷³ GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos...** *Cit.*, pp. 17-18.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, p. 23.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 24.

⁶⁷⁶ *Ibid.*, pp. 24-28.

relação ao ambiente, seja com a exposição de sua intimidade (através do acesso a fatos de sua vida privada, à correspondência recebida ou mesmo em razão da ausência de separação nas celas), seja com o contato forçado com fontes de contaminação físicas (como a sujeira, por exemplo) ou por meio de relações sociais impostas⁶⁷⁷.

Erving Goffman apresenta, ainda, outras fontes de mortificação do eu, como o chamado processo de “circuito”, que perturba a relação usual entre o ator e seus atos. Uma de suas formas ocorre quando o internado é levado pela instituição a uma resposta defensiva e tal resposta é utilizada pela própria instituição como forma de ataque. Uma reação mal humorada a algo que ataque o “eu” do internado, por exemplo, pode motivar a imposição de outro castigo. Outra situação de circuito apresentada pelo autor é aquela em que, em razão da ausência de separação entre as esferas da vida da pessoa, a conduta do internado em uma área de atividade é usada contra ele em outro contexto. Goffman menciona, ainda, como forma de perturbação, a extrema privação de autonomia do internado, que perde a possibilidade de gerenciar suas necessidades e objetivos, bem como as pequenas minúcias do cotidiano. O indivíduo inserido na instituição total vê-se diante de regras até mesmo a respeito de como dobrar suas roupas, da ordem de vestir-se e da posição da comida em seu prato. Ainda, necessita de autorização para a realização de atividades cotidianas que, no mundo exterior, realizaria sozinho (fumar, ir ao banheiro, enviar cartas, etc.)⁶⁷⁸.

Paralelamente à “mortificação do eu”, o internado precisa aprender a conviver com um sistema de privilégios frente às regras da instituição, com a imposição de castigos cruéis e sem precedentes no mundo exterior e com o recebimento de prêmios que, na verdade, são a ausência de privações que, na vida fora da instituição, o indivíduo não espera sofrer⁶⁷⁹.

Frente ao sistema de privilégios e à “mortificação do eu”, resta ao internado adaptar-se, seja por meio de um afastamento, com abstenção de participação naquela realidade, seja por meio da negativa de cooperação com a equipe dirigente ou ainda por certa conformação, aceitando a vida na instituição como desejável ou até mesmo aderindo ao discurso da instituição e de sua equipe dirigente. A combinação desses comportamentos,

⁶⁷⁷ GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos...** *Cit.*, pp. 30-34.

⁶⁷⁸ *Ibid.*, pp. 40-44.

⁶⁷⁹ *Ibid.*, pp. 50-52.

empregados conforme cada situação, segundo Goffman, é mais comum na tentativa de evitar sofrimentos físicos e psicológicos⁶⁸⁰.

A respeito da sobrevivência do preso e dos efeitos produzidos pelo encarceramento, o termo *prisonização*⁶⁸¹ foi empregado por Donald Clemmer para definir o processo de assimilação a que se submete o indivíduo que ingressa no cárcere e que consiste na aderência desse indivíduo a uma espécie de subcultura existente no interior dos estabelecimentos prisionais.

Assim como se usa o termo *americanização*, para descrever o maior ou menor grau de integração de um imigrante ao esquema de vida na América, o termo *prisonização* indica a adoção, em maior ou menor grau, do modo de pensar, dos costumes, dos hábitos – da cultura geral da penitenciária⁶⁸².

Após o ingresso no cárcere e com a desconstrução de sua personalidade, nos moldes descritos por Goffman, o preso enquadra-se – de forma gradual – aos padrões existentes naquele local, aprendendo suas gírias, compreendendo o funcionamento daquela estrutura de poder, agindo com a desconfiança que é característica daquela comunidade; em suma, sofrendo influências que o autor denomina de fatores universais de *prisonização*. Tais influências tipificam o indivíduo como um membro da comunidade prisional, de modo que “se lhe torna difícil um ajustamento feliz à sociedade livre, quando a ela torna”⁶⁸³. No mesmo sentido, afirma Cezar Roberto Bitencourt que, não obstante a não comprovação empírica da relação entre *prisonização* e criminalidade, a primeira caminha em sentido diametralmente oposto ao objetivo ressocializador⁶⁸⁴.

Decerto que, após a submissão a processos tão complexos e intensos, empregados pela instituição (no caso, a prisão) como forma de controle, o indivíduo não voltará a ser aquilo que era antes de lá ingressar. É o que Goffman diagnostica ao afirmar, em relação ao internado que,

se e quando sai, sua posição social no mundo externo nunca mais será igual à que era. [...] Quando o *status* proativo é desfavorável, – tal como ocorre com os que saem de prisões ou hospitais para doentes mentais – podemos empregar o termo ‘estigma’, e esperar

⁶⁸⁰ GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos...** *Cit.*, p. 62.

⁶⁸¹ Forma empregada por Thompson. Também encontrado como *prisonalização* (Bitencourt) e *prisonização*. No original, “prisonization”.

⁶⁸² THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 5ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 23.

⁶⁸³ *Ibid.*, p. 25.

⁶⁸⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas... *Cit.*, p. 191.

que o ex-internado faça um esforço para esconder seu passado e tente ‘disfarçar-se’⁶⁸⁵.

Em suma, a desculturação e o estigma levam o indivíduo a enfrentar dificuldades na obtenção de emprego, educação ou mesmo para encontrar um lugar onde viver. A combinação de todos esses fatores imprime à prisão um caráter criminógeno, fato já reconhecido pela maioria dos autores sobre o tema. Estigmatização, mutilação do eu e prisionalização compõem uma tríade que, ao dificultar o processo de ressocialização, acaba por favorecer a reincidência criminal. Mais uma vez, acrescentam-se elementos a um círculo vicioso que captura determinados indivíduos, os quais são em grande parte responsáveis por mantê-los em seu interior. Nesse sentido,

o homem *prisonizado* [...] é alguém inadaptado para o convívio em liberdade, exatamente por se identificar com a *instituição total* a que está recolhido, até por necessidade de sobrevivência. Fica ele condicionado pelas ‘regras da casa’, um conjunto relativamente explícito e formal de prescrições e proibições que expõe as principais exigências quanto à conduta do internado. Passa, a partir daí, a assumir um *comportamento desviante*. Tais pessoas tendem a engajar-se numa espécie de negação coletiva da ordem social. Agem de forma diferenciada. São identificadas como incapazes de usar as oportunidades disponíveis para o progresso nos vários caminhos aprovados pela sociedade. O preso *institucionalizado* carrega, pois, uma nova identidade, fruto do estigma da prisão⁶⁸⁶.

É de questionar-se qual espaço de liberdade resta ao indivíduo para a escolha da prática ou não do ilícito quando ele chega ao fim de um círculo que a todo tempo reduz-lhe as oportunidades legítimas, exclui-o dos espaços de aceitação da sociedade, confere-lhe tratamento degradante e impele-o a recorrer às vias delitivas, seja como reação ao que lhe foi imposto, seja como forma de sobrevivência.

3.6 Criminologia clínica e o paradigma das interrelações sociais

As contribuições da Criminologia para a compreensão dos marcos que incidem sobre a liberdade dos indivíduos não podem ser encerradas sem a consideração da temática da Criminologia clínica, a qual, como segmento da Criminologia, volta-se justamente ao

⁶⁸⁵ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos...* *Cit.*, p. 68.

⁶⁸⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia...* *Cit.*, p. 268.

indivíduo e às situações concretas⁶⁸⁷. Conforme já mencionado, as Criminologias da reação social e crítica deslocaram o estudo, antes centrado na personalidade do indivíduo criminoso, para a abordagem crítica da sociedade em que está inserido. Nesse cenário, uma ideia de Criminologia clínica como o saber pautado na etiologia própria da escola positivista seria incompatível com os paradigmas consolidados a partir da década de 60.

Contudo, ensina Alvin August de Sá que cada uma das concepções pelas quais passa o pensamento criminológico leva a uma diferente compreensão da Criminologia clínica, que, em linhas muito gerais, pode ser compreendida como a Criminologia voltada para à prática, aplicada à execução penal⁶⁸⁸. Assim, em um primeiro momento ou geração, a Criminologia clínica, em um *modelo médico-psicológico*, centra-se na realidade orgânica e psicológica do criminoso, que, a partir de um diagnóstico – a identificação das causas que o determinaram à prática do delito – necessita de um tratamento⁶⁸⁹. Trata-se, com foco no indivíduo, de “*investigar a dinâmica de sua conduta criminosa, sua personalidade e seu ‘estado perigoso’ (diagnóstico), as perspectivas de desdobramentos futuros da mesma (prognóstico) e [...] propor e perseguir estratégias de intervenção, com vistas [...] a evitar uma recidiva (tratamento)*”⁶⁹⁰.

Superada a visão do criminoso como sujeito “anormal”, torna-se possível falar de uma concepção multifatorial, de um *modelo psicossocial* de Criminologia clínica. Por meio de conhecimentos interdisciplinares, a Criminologia clínica de segunda geração busca compreender a interação entre fatores individuais e fatores ambientais, com estratégias de reinserção social a partir do diálogo entre os agentes do cárcere, a sociedade e o preso⁶⁹¹.

⁶⁸⁷ SÁ, Alvin August de. **Criminologia clínica e execução penal**: proposta de um modelo de terceira geração... *Cit.*, p. 40.

⁶⁸⁸ Sá propõe uma conceituação geral de Criminologia clínica como “uma atividade complexa de conhecimentos interdisciplinares predominantemente científicos, voltada para a prática profissional. nessa prática, ela se propõe fazer uma escuta compreensiva de casos individuais referentes a pessoas envolvidas com a justiça e, particularmente, a pessoas encarceradas, bem como fazer uma leitura da dinâmica da instituição enquanto instância de controle, na qual estão envolvidas essas pessoas e os profissionais que ali militam. Busca compreender os comportamentos problemáticos, encarando-os como expressão de conflitos e confrontos que seus autores têm em relação às expectativas, normas e valores sociais e culturais, e também levando em conta seu caráter de lesividade e conflitualidade na dinâmica que se estabelece entre o autor e a vítima. Interessa-se por avaliar os desdobramentos possíveis dos comportamentos problemáticos das referidas pessoas e formular estratégias que contribuam para que elas tenham um sucesso saudável, quando de seu retorno ao convívio social livre, inclusive através da conquista de um melhor equilíbrio interno e em sua relação com seu contexto social” (*Ibid.*, p. 71).

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 108.

⁶⁹⁰ SÁ, Alvin August de. Sugestão de um esboço de bases conceituais para um sistema penitenciário. Escola de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.sap.sp.gov.br/download_files/reint_social/apresentacao/sugestao_esboco.doc>. Acesso em: 16/02/2021, p. 03.

⁶⁹¹ SÁ, Alvin August de. **Criminologia clínica e execução penal**: proposta de um modelo de terceira geração... *Cit.*, p. 244.

Nesses moldes, permanece a busca pela identificação das causas dos delitos, que se desloca da realidade orgânica e psicológica do criminoso para a interação entre fatores internos e fatores ambientais.

A expansão das questões para as quais a Criminologia clínica busca respostas – da mesma forma como ocorre com a evolução do pensamento criminológico em geral – levará a um *modelo de Criminologia clínica de inclusão social* ou terceira geração⁶⁹², que busque como prioridade, como o próprio nome sugere, a inclusão social daqueles que se envolvem em delitos. A partir desse paradigma, o indivíduo deve ser tratado como uma pessoa que praticou um comportamento problemático, o qual, para ela, era o mais eficaz diante de uma situação também problemática. Não se trata mais de buscar no indivíduo ou no ambiente as causas do delito, mas de compreender a situação problemática como um todo,

em toda sua complexidade a história do indivíduo, incluindo-se a responsabilidade dos mais diversos protagonistas, a começar pelas instâncias de controle, em sua definição legal seletiva de crime e de punição, e pela agenda social, em sua reação seletiva e estigmatizante da *conduta criminosa*⁶⁹³.

Nesse contexto, entram em cenas as divergências e convergências entre as diferentes etapas do pensamento criminológico. A Criminologia clínica de inclusão social, inspirada nas abordagens críticas da Criminologia e na teoria do *labelling approach*, tem por fundamento o paradigma das interrelações sociais. Trata-se de um terceiro paradigma, ao lado do da passagem ao ato e da reação social⁶⁹⁴. Segundo o paradigma da passagem ao ato, o crime é comportamento concretizado a partir de uma dinâmica de fatores que o precedem e envolvem; para o paradigma da reação social, como já visto, o crime é exclusivamente resultado de uma definição social⁶⁹⁵.

O paradigma das interrelações sociais, nos moldes propostos por Álvaro Pires e Christian Debuyst, integra os dois anteriores, na medida em que leva em consideração o contexto complexo e único da prática do ato, incluídas a reação social e a definição da lei. Trata-se de compreender o ato que se torna crime por meio da lei penal, mas que permanece sendo ato e de levar-se em conta o comportamento humano problemático – e todas as relações sociais que o envolvem –, bem como a reação social diante dele que pode

⁶⁹² SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia clínica e execução penal**: proposta de um modelo de terceira geração... *Cit.*, p. 247.

⁶⁹³ *Ibid.*, p. 252.

⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 253.

⁶⁹⁵ *Ibid.*, p. 266.

categorizá-lo como crime⁶⁹⁶. Serve, assim, não apenas à Criminologia clínica, mas à Criminologia de modo geral, definindo seu objeto.

é possível, a um só tempo, reconhecer a responsabilidade individual de escolha *sem ignorar* a tão conhecida crueldade do sistema prisional. É possível, a um só tempo, reconhecer a realidade ontologicamente *problemática* de certos atos humanos, sem deixar de admitir que sua elevação à categoria de *crime* não se dá senão pela definição legal⁶⁹⁷.

Parte da interação que se realiza a partir do paradigma das interrelações sociais reside justamente em um meio termo entre os opostos do determinismo e do livre-arbítrio. Afastando-se desse antagonismo, propõe-se a concepção de um ser humano que oscila entre liberdade, racionalidade e determinismo a partir de suas pulsões e instintos. Entra aqui o conceito de “ator situado” ou “ator social”, que em muito se relaciona com a ideia de uma liberdade situada e com as considerações delineadas até o momento⁶⁹⁸. Trata-se, em linhas gerais, de revisitar o ponto de vista exposto no segundo capítulo, mas com o foco deslocado da liberdade em si para o próprio ator.

Christian Debuyst, a quem se atribui o conceito de “ator situado”, parte do pressuposto que a delinquência abrange dois elementos que são igualmente objetos de interação entre sujeitos: a prática do ato proibido pela lei (transgressão) e a decisão de proibi-lo por lei (reação social). A delinquência, então, apresenta-se como resultado de uma interação entre pessoas, grupos ou sistemas, a qual resulta uma influência recíproca, com a modificação das perspectivas próprias dos participantes da interação⁶⁹⁹.

Esta interação, contudo, não se limita a um fenômeno simples, ou seja, a um estímulo e uma reação. As reações a uma pessoa relacionam-se ao modo como esta pessoa é vista e interpretada. Debuyst dá um exemplo de uma pessoa que avista um urso. Caso esse encontro ocorra durante um passeio na floresta, o urso será percebido por ela como um animal perigoso, produzindo medo; caso se dê em um zoológico, o avistamento do urso trará apenas uma reação de curiosidade. Assim, é possível afirmar que “o acto de ‘ver’ é interpretado como processo activo, que implica que o objecto – ou a situação – é

⁶⁹⁶ SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia clínica e execução penal**: proposta de um modelo de terceira geração... *Cit.*, p. 283.

⁶⁹⁷ Execução penal e criminologia clínica (editorial). In: **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 27, n. 324, pp. 01/02, nov. 2019, p. 01.

⁶⁹⁸ SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia clínica e execução penal**: proposta de um modelo de terceira geração... *Cit.*, p. 269.

⁶⁹⁹ DEBUYST, Christian. **Christian Debuyst**: perspectivas de criminologia clínica. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, pp. 265-266.

percebido não só enquanto tal, mas também com o seu valor emotivo”⁷⁰⁰. O mesmo ocorre no campo das relações interpessoais, de forma que a interação não engloba apenas os comportamentos que a compõe, mas também as representações que reconstruem psicologicamente os indivíduos em cada situação, o que leva a um determinado comportamento.

No âmbito da delinquência, o criminoso é visto tal qual o urso na floresta, ou seja, unicamente na qualidade de inimigo, que representa perigo. Realiza-se uma abstração que remove do sujeito qualquer aspecto positivo, vendo-o como alguém que deve ser destruído como forma de proteção e autodefesa. Assim, a reação social, como um dos elementos que compõe a delinquência como interação, situa-se no contexto de uma relação baseada na defesa por parte da sociedade, que acaba, por vezes, sendo incorporada pelo Estado por meio da legislação penal⁷⁰¹. O processo de criação das leis penais, contudo, envolve outras interações, como expressão de um poder de atores ou grupo de atores que “intervêm no que consideram ser o estabelecimento dos valores e dos interesses que eles próprios defendem”⁷⁰².

O estudo do outro elemento da delinquência como interação – a transgressão – revela-se mais complexo e a teoria do ator social auxilia sua compreensão. Nesse sentido, Christian Debuyst rejeita os opostos de um ser humano como ser passivo, objeto de determinismos, e de um homem abstrato, completamente livre. Para o autor, cada ser humano é ator social situado, pois “é portador de um ponto de vista próprio que depende da posição que ocupa no quadro social, da história que é a sua e dos projectos em torno dos quais se organiza a sua actividade”⁷⁰³. É também ator no quadro das interrelações, é agente que se vê confrontado com jogos de poder e com processos de reconhecimento, que afetam a elaboração de sua própria identidade⁷⁰⁴. Nesse sentido, como observa Rodrigo José Fuziger, o ator situado contracena com outros atores situados e, no âmbito da transgressão,

há os atores que legislam, criando as regras que criminalizaram a conduta perpetrada pelo ator do comportamento socialmente problemático; há ainda aqueles que atuam na execução das normas positivadas (policiais, promotores, juízes). Todos eles compõem o “cenário” e não a “cena” do crime, considerando-se que em um cenário não ocorre apenas um fato isolado, mas sim toda uma

⁷⁰⁰ DEBUYST, Christian. **Christian Debuyst: perspectivas de criminologia clínica...** *Cit.*, p. 267.

⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 268.

⁷⁰² *Ibid.*, p. 276.

⁷⁰³ *Ibid.*, p. 286.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 286.

história, permeada por uma sucessão de ocorrências que culminaram em um ato criminoso⁷⁰⁵.

O conceito de ator situado, empregado para a compreensão do delito, dá espaço a uma visão que se aproxima mais da realidade, enxergando o sujeito que pratica o delito em um dado cenário, como alguém que é “ao mesmo tempo instituinte e instituído no jogo de interações significantes com um dado ambiente físico, social e cultural”⁷⁰⁶. O ator situado, portanto, compõe, ao lado de seu comportamento problemático e dos demais atores envolvidos na dinâmica da reação social, o cenário do crime, que engloba todo o contexto de vida do sujeito que transgredir a norma. É esse todo que forma o paradigma das interações sociais, como terceiro paradigma de definição do objeto da Criminologia⁷⁰⁷.

É na construção desse cenário que influenciam os marcos trazidos ao longo deste capítulo. Nesse sentido, Alvin August de Sá destaca a exclusão social e a vulnerabilidade como fatores que alimentam e sustentam o cenário do crime e sua malha de interações sociais, mormente na realidade dos países latino-americanos, onde há a frustração das necessidades básicas, o que aumenta a vulnerabilidade do indivíduo frente ao sistema punitivo⁷⁰⁸. O autor pontua como a exclusão social opera de forma diversa nos países centrais e nos países periféricos. Enquanto nos países centrais as pessoas excluídas são adaptadas e capacitadas para o trabalho, mas veem-se em situação de permanente desemprego, nos países periféricos, como é o caso do Brasil, “a exclusão é uma situação de privação coletiva, e inclui pobreza, discriminação, subalternidade, não equidade, não acessibilidade, não representação pública”⁷⁰⁹. A vulnerabilidade daquele que pratica o comportamento problemático, por sua vez, é decorrente da exclusão social.

Justamente com a finalidade de afastar a associação comum entre Criminologia clínica e o *modelo médico-psicológico* é que Eugenio Raúl Zaffaroni propõe que se substitua o termo por “clínica da vulnerabilidade”. Segundo o autor, a recusa em considerar os saberes da Criminologia clínica somente justifica-se em relação às tendências clínicas limitadas aos planos biológico e psicológico. O sistema penal volta-se, para Zaffaroni, aos indivíduos vulneráveis não só socialmente, mas também psiquicamente, vulnerabilidade gerada por um processo prévio que é acentuado pela atuação do sistema

⁷⁰⁵ FUGIZER, Rodrigo José. *Op. cit.*, p. 224.

⁷⁰⁶ AGRA, Cândido da. Elementos para uma epistemologia da criminologia. In: **Estudos em Comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 90.

⁷⁰⁷ SÁ, Alvin August de. **Criminologia clínica e execução penal**: proposta de um modelo de terceira geração... *Cit.*, pp. 300-301.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, p. 301.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, p. 304.

penal, como desenvolvido ao longo do presente capítulo. O autor, indo além da pobreza e da miséria como fatores que orientam a seleção criminalizante, traz a ideia de uma deterioração biopsicológica como causa da criminalização, a integrar o já mencionado estereótipo criminoso:

A desnutrição da mãe durante a gestação, a subalimentação nos primeiros anos de vida, a superlotação habitacional e suas sequelas, as infecções, a assistência sanitária deficiente ou inexistente, as intoxicações precoces do meio ambiente envenenado dos subúrbios na concentração urbana gigantesca, a escolaridade incompleta ou inexistente, a inadaptação escolar, o sofrimento da violência e a necessidade da violência ou da astúcia como único mecanismo de sobrevivência, a institucionalização prematura, o abandono em sentido psicológico com sua seqüela de insegurança, a discriminação laboral e escolar, o estigma das primeiras criminalizações ou institucionalizações sem motivo real, a ação despersonalizante das instituições totais, a lesão à autoestima provocada por vexames e torturas, configuram um quadro que, com demasiada frequência, apresenta-nos a uma pessoa necessitada, carenciada [...] ⁷¹⁰.

Diante dessa realidade em que a criminalização funciona como produtora da conduta criminosa, limitando oportunidades, faz-se necessário um saber destinado a reduzir os níveis de vulnerabilidade ao sistema penal. É essa, para o autor, a função da Criminologia clínica, o que justifica o emprego do termo clínica da vulnerabilidade, “pois se trata de uma inversão da abordagem etiológica ‘bio-psico-social’ da conduta criminosa a um nível individual por uma abordagem etiológica ‘socio-psico-biológica’ da vulnerabilidade individual ao sistema penal” ⁷¹¹.

O paradigma das interrelações sociais, compreendida a teoria do ator situado, reforça a ideia de um cenário em que existem diversos responsáveis, de modo que a responsabilidade do autor do delito é apenas uma delas e não necessariamente a maior ⁷¹². A proposta de um paradigma que englobe o comportamento problemático e a reação social a orientar a definição do objeto da Criminologia não é apenas possível, mas permite que seja considerada uma gama ainda maior de fatores a moldar a liberdade e a reprovação do agente, realizando uma aproximação ainda maior de sua realidade. A apresentação de marcos que se acredita situar a liberdade do indivíduo a partir de diversas perspectivas criminológicas ao longo do presente capítulo buscou, de forma desapegada dos aparentes

⁷¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**: aproximación desde un margen, volumen I... *Cit.*, p. 25.

⁷¹¹ *Ibid.*, p. 26.

⁷¹² SÁ, Alvaro Augusto de. **Criminologia clínica e execução penal**: proposta de um modelo de terceira geração... *Cit.*, p. 301.

conflitos entre elas, ampliar a visão sobre um mesmo e intrincado fenômeno, a fim de prestigiar o ser humano em toda sua complexidade.

Quanto mais acaloradas, mais polarizadas e mais disseminadas as contendas contemporâneas, maior o risco de esquecermos por completo o sujeito humano que, em toda a sua complexa riqueza, sempre estará ao centro de qualquer discussão sobre questões criminais e carcerárias⁷¹³.

3.7 Aportes sobre raça e classe – o sistema penal com alvo certo

Até aqui foi afirmado de forma recorrente que as teias penais voltam-se a determinados indivíduos, que a seletividade é orientada a grupos específicos e que são sempre os mesmos sujeitos, marginalizados e vulneráveis, que sofrem com o processo de criminalização. Ainda que se trate de informação já muito difundida e que baste uma simples observação do interior das delegacias e dos presídios do País ou mesmo da realidade social das cidades para tal constatação, é indispensável encerrar esse capítulo apontando *quem* são esses indivíduos, ou seja, *quem* é o alvo do circuito de produção e reprodução de violência e miséria por meio da atuação do sistema criminal.

Observam Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Slokar e Alejandro Alagia que a seletividade, como problema estrutural, está presente em todos os sistemas penais do mundo. É, entretanto, mais reforçada em sociedades altamente desiguais, estratificadas e sem mobilidade social. Não sendo esse o caso, costuma estar relacionada a preconceitos raciais ou a um fenômeno imigratório⁷¹⁴. No Brasil, que se enquadra no primeiro grupo, não há como desassociar a seletividade penal de um componente racial e de um componente de classe, o que, inclusive, é corroborado pelos números do sistema prisional.

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias⁷¹⁵ mais recente, abrangendo o período de julho a dezembro de 2019, revela que 49,88% da população

⁷¹³ Execução penal e criminologia clínica (editorial)... *Cit.*, p. 02.

⁷¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do direito penal... *Cit.*, p. 50.

⁷¹⁵ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMmU0ODAwNTAtY2IyMS00OWJiLWE3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZDliIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em 16/02/2021.

prisional brasileira é de pardos e pardas e 16,81% de pretos e pretas. Os negros e negras são a maioria tanto na população prisional feminina (há 21.299 presas pardas e pretas, no total de 31.938 presas) como na masculina (há 417.420 pardos e pretos, no total de 625.906 presos). As informações sobre escolaridade tornam possível a associação do fator de classe ao encarceramento: segundo dados do mesmo período, do total de 655.280 presos e presas com informação sobre escolaridade disponível, 20.023 são analfabetos, 33.861 são alfabetizados sem cursos regulares, 327.789 possuem ensino fundamental incompleto e 106.159 ensino médio incompleto. Apenas 81.751, pouco mais de 12%, completaram o ensino médio⁷¹⁶.

A discussão sobre o porquê do público alvo do sistema penal ser um grupo determinado tem raízes profundas na história do mundo e do Brasil, passando por temas como a escravidão, o racismo, o sistema capitalista, entre outros cuja complexidade extrapola o presente trabalho. A desigualdade que assola o País não é jamais independente do debate sobre racismo e tal realidade, em linhas muito gerais, reflete as heranças escravocratas no Brasil e a segregação do negro que, da condição de não-humano, passou à posição de marginalização em relação às garantias destinadas aos “verdadeiros” cidadãos, ao mercado de trabalho e ao acesso aos bens e serviços. O fim, em termos formais, da escravidão, não representou, em termos práticos, a inclusão dos negros na condição de cidadãos, na medida em que eles não passaram a participar “das garantias proporcionadas pelos serviços bem remunerados ou de alguma representação social, nem dos benefícios colhidos pela livre iniciativa em uma economia urbana”⁷¹⁷. A distinção entre as raças e a crença na hierarquia entre elas permanece excluindo a população negra das oportunidades e dos espaços destinados aos brancos, levando-os a ocupar as classes menos favorecidas da sociedade.

Nesse sentido, Leonardo Ortegá destaca que o colonialismo não teve fim no Brasil com a independência da República, permanecendo, como processo de dominação, como elemento estruturante das relações atuais. É o caso, por exemplo, da referência metrópole-colônia ressignificada para designar Europa/América do Norte e América Latina, respectivamente, a partir do critério do poder. Não se pode olvidar, contudo, que as

⁷¹⁶ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Relatório consolidado nacional (jul-dez/2019)**. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/br/br>>. Acesso em: 16/02/2021.

⁷¹⁷ BASTIDE, Roger e FERNANDES, Florestan. **Relações raciais entre negros e brancos em São Paulo**. São Paulo: Editora Anhembi, 1955, p. 56.

relações coloniais somente desenharam-se a partir da escravidão racializada⁷¹⁸, elemento que até hoje orienta o processo de criminalização. A perenidade de formas e relações próprias do regime escravocrata auxilia a compreensão do racismo estrutural, da desigualdade econômica e da repressão penal que recaem sobre o negro no Brasil.

A respeito do tema, Nilo Batista destaca que a pena pública foi instituída no Brasil no marco do modo de produção escravista. Neste, o poder punitivo privado, não regulamentado, comunicava-se de forma instável com o poder punitivo público⁷¹⁹. No âmbito privado, as punições tinham o intuito de preservação da força de trabalho, preocupando-se com a preservação útil da propriedade do “senhor”, “mas o lesa-majestade escravista, o atentado contra o senhor, seus familiares ou feitores, sugere o desemprego pela morte”⁷²⁰. A pena pública aplicada aos escravos convivia com a pena privada, em relação de disputa ou articulação. É assim, por exemplo, que a pena de morte era aplicada na razão direta da oferta disponível no mercado de escravos⁷²¹.

Essa relação vem ilustrada no caso que dá início à obra do autor, ocorrido em 1879, na Província de Vassouras, no Rio de Janeiro: cinco escravos, previamente ajustados, matam seu feitor, que lhes impunha castigos severos. Não obstante a clara situação de coautoria e o comprovado enquadramento da conduta no crime de homicídio especial do escravo contra, no caso, o feitor, ao qual era imposta exclusivamente a pena de morte, as autoridades envolvidas, assim como o júri, esforçaram-se para que não fosse esse o destino dos cinco envolvidos. Ao final, apenas dois deles foram indiciados e punidos, com a pena de 400 açoites cada um e com a determinação de que, após cumprida, seriam os escravos entregues ao seu senhor, que ficava obrigado a trazê-los, por dois anos, com um ferro ao pescoço. E, assim, o senhor dos escravos, retornando para sua fazenda, “sentia-se aliviado: seu prejuízo com o caso se cingira a um feitor, dois advogados e custas processuais de 2388700 réis. O sistema penal funcionara”⁷²².

Um paralelo com a realidade mais recente do funcionamento do sistema penal pode ser estabelecido a partir da constatação de que o exército industrial de reserva está em grande parte aprisionado. Assim, aponta Nilo Batista que “aparentemente em campos antagônicos, alguns diligentes delegados, promotores, advogados e juízes de hoje cumprem

⁷¹⁸ ORTEGAL, Leonardo. Raça, criminologia e sociologia da violência: contribuições a um debate necessário. In: **Cadernos do CEAS**, Salvador, n. 238, pp. 527-542, 2016, p. 538.

⁷¹⁹ BATISTA, Nilo. Pena pública e escravismo. In: **Arquivos do Ministério da Justiça**, v. 51, n. 190, Brasília, pp. 211-251, jul./dez. 2006, p. 218.

⁷²⁰ *Ibid.*, p. 228.

⁷²¹ *Ibid.*, p. 224.

⁷²² *Ibid.*, p. 217.

as mesmas funções que seus colegas da Vassouras de 1789)”⁷²³. O autor acrescenta, sobre a permanência dessas constatações nos dias atuais que: “As fotografias de dezenas de jovens negros algemados, em fila, descendo o morro da Providência escoltados pela polícia, bate em cheio no que Vera Malaguti Batista chamou de ‘estética da escravidão’”⁷²⁴.

A linha divisória desenhada pelo regime escravocrata é essencial à manutenção de uma sociedade em que há uma separação clara entre o eu hegemônico e o outro, o que leva ao aprisionamento dos grupos historicamente discriminados em estereótipos reducionistas e estigmatizantes, a permitir que sejam alvos constantes do sistema penal, sem que sobre isso recaia qualquer indignação. A desigualdade brasileira é racializada e a pobreza tem uma sobre-representação na população negra – para o negro se “ver pobre, preso ou morto já é cultural”⁷²⁵ –, sendo necessário compreender a criminalização não apenas sob o viés de classe, mas a partir de sua combinação com um componente racial⁷²⁶. Leonardo Ortegá critica o fato de a Criminologia crítica não se debruçar mais profundamente sobre a categoria raça, defendendo a necessidade de que ela deixe de ser “apenas um enunciado nos textos críticos e passe a ser efetivamente debatida, como qualquer tema de grande relevância necessita ser”⁷²⁷.

De fato, a relação entre classe e criminalização foi mais amplamente debatida pela Criminologia crítica, que se caracterizou justamente por debruçar-se sobre a relação entre os mecanismos punitivos e os sistemas econômicos. Acreditando que os teóricos do etiquetamento não conseguiram ir além de uma perspectiva micro-sociológica, os criminólogos críticos buscam construir uma crítica histórico-econômica da formação dos sistemas de repressão⁷²⁸. Nesse contexto, as classes mais baixas são o alvo da rotulação porque o controle da burguesia sobre os meios de produção confere-lhes também o

⁷²³ BATISTA, Nilo. Pena pública e escravismo... *Cit.*, p. 230.

⁷²⁴ *Ibid.*, p. 249.

⁷²⁵ Trecho de “Negro drama”, dos Racionais MC’s. O rap nacional é importante instrumento de denúncia e crítica social, abordando pautas próprias da população marginalizada a partir de seu próprio ponto de vista. Os temas da violência seletiva, da criminalização e do cárcere são recorrentes em suas letras. O recurso a ele auxilia, assim, na tarefa de necessária redução do distanciamento entre a pesquisa acadêmica e a realidade periférica.

⁷²⁶ Não se ignora que o gênero é também vetor que orienta os processos de criminalização e vitimização, tampouco a realidade das mulheres, principalmente das mulheres negras, como o oposto do eu hegemônico. Não obstante a essencialidade da discussão desse marcador no âmbito da criminalização, a exposição limitar-se-á aos marcadores de raça e classe, englobando de forma genérica homens e mulheres, como opção diante da complexidade e extensão do tema, que o presente trabalho não comporta. A respeito da relação gênero-raça-classe e a construção do “outro”, destacam-se as obras de Sueli Carneiro, Patricia Hill Collins, Lélia Gonzalez, Angela Davis, entre outras.

⁷²⁷ ORTEGAL, Leonardo. *Op. cit.*, p. 537.

⁷²⁸ GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 37.

controle do Estado e da aplicação da lei. No mais, a rotulação atende aos interesses da classe dominante porque “definir certas pessoas como criminosas permite um controle maior sobre o proletariado” e “o crime orienta a hostilidade do oprimido para longe dos opressores e em direção à sua própria classe”⁷²⁹. Em suma, trata-se, no mesmo sentido da abordagem da teoria derivacionista, de pensar o Direito Penal e as instituições de controle como mecanismos por meio dos quais as classes dominantes conservam as bases materiais de sua dominação.

Desde seus precedentes, a instituição penitenciária – contemporânea ao capitalismo mercantil – destina-se ao encarceramento das classes menos favorecidas. As primeiras instituições destinadas à reclusão dos pobres datam dos séculos XVI e XVII e surgem como estratégia de controle das classes marginais. Posteriormente, com a expulsão dos indivíduos dos campos, estes passam a ocupar as cidades e, não se adaptando aos moldes da produção capitalista, acabam por integrar-se às camadas mais pobres, reforçando fenômenos como mendicância, vagabundagem e pequenos delitos patrimoniais. A detenção desse grupo de pessoas, assim, passa a cumprir a função de forjar operários, disciplinados à obediência e ao trabalho e que assimilem a ideia, própria do capitalismo, de tempo como medida de valor⁷³⁰. Assim, o “pobre se torna criminoso, o criminoso se torna prisioneiro e, enfim, o prisioneiro se transforma em proletário”⁷³¹. Georg Rusche e Otto Kirchheimer, sobre as casas de correção, escrevem que:

A essência da casa de correção era uma combinação de princípios das casas de assistência aos pobres (*poorhouse*), oficinas de trabalho (*workhouse*) e instituições penais. seu objetivo principal era transformar a força de trabalho dos indesejáveis, tornando-a socialmente útil. Através do trabalho forçado dentro da instituição, os prisioneiros adquiririam hábitos industriais e, ao mesmo tempo, receberiam um treinamento profissional. Uma vez em liberdade, esperava-se, eles procurariam o mercado de trabalho voluntariamente⁷³².

Dario Melossi e Massimo Pavarini, no mesmo sentido, apresentam o cárcere como instrumento coercitivo destinado a educar o criminoso, que se identifica com a classe dos

⁷²⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia...** *Cit.*, pp. 289-290.

⁷³⁰ GIORGI, Alessandro De. *Op. cit.*, pp. 41-44.

⁷³¹ *Ibid.*, p. 45.

⁷³² RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 69.

não proprietários, a ser um proletário socialmente não perigoso, ou seja, que não ameace a propriedade⁷³³.

Não obstante permaneça destinado ao encarceramento das classes marginais, essa função originalmente atribuída ao cárcere não se sustenta mais nos dias atuais, em que a prisão não revela mais um caráter de formação de força de trabalho produtiva. Atualmente, trata-se, como sustenta Zygmunt Bauman, de uma forma de “neutralizar uma parcela considerável da população que não é necessária e para a qual não há emprego ‘ao qual se reintegrar’”⁷³⁴. Segundo o autor, não só não há trabalho disponível como também o capital não mais anseia em absorvê-lo. A intervenção pauta-se pela ideia de repressão àquilo que pode ameaçar ou obstaculizar o modo de produção capitalista. Em suma, “a fase neoliberal do capitalismo revela a expansão do sistema penal como estratégia privilegiada de controle e gestão da pobreza, aprofundada principalmente por uma situação de desemprego maciço e estrutural”⁷³⁵.

Alessandro De Giorgi afirma que, não tendo mais sentido o ensinamento disciplinar na sociedade pós-fordista, as instituições criadas com esse objetivo destinam-se ao armazenamento dos indivíduos que, sem utilidade, podem ser administrados por meio da estratégia de neutralização⁷³⁶. Explica o autor que as transformações do trabalho e da produção dos anos 1990 modificaram as estratégias de controle; a grande fábrica desaparece da cidade pós-moderna, o capital torna-se global e o desemprego um fato estrutural. Trata-se da passagem de um regime produtivo de carência para um de excesso.

Na economia pós-fordista há uma redução da quantidade de trabalho vivo empregado no processo produtivo, em razão de novas tecnologias, o que leva um grande número de pessoas a procurar fontes alternativas de renda, como o mercado não regulado. O desemprego assume, nesse cenário, o significado não de ausência de trabalho, mas de ausência de um emprego com todo o conjunto de seguranças que ele garante: trata-se da “*margem de excesso da produtividade social* em relação à separação artificial entre trabalho e emprego imposta pelo domínio capitalista à sociedade contemporânea”⁷³⁷. Conseqüentemente, aqueles excluídos do emprego ficam também excluídos da cidadania e de uma existência social plena. Daí, então, a denominação regime de excesso, na medida

⁷³³ MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 216.

⁷³⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Op. cit.*, p. 120.

⁷³⁵ KILDUFF, Fernanda. O controle da pobreza operado através do sistema penal. In: **Revista Katál**, v. 13, n. 2, Florianópolis, pp. 240-249, jul./dez. 2010, p. 247.

⁷³⁶ GIORGI, Alessandro De. *Op. cit.*, pp. 15-16.

⁷³⁷ *Ibid.*, p. 69.

em que “a dinâmica produtiva contemporânea *excede* continuamente os dispositivos institucionais de atribuição, reconhecimento e garantia da cidadania social”⁷³⁸.

Enquanto durante o período fordista era razoável afirmar que o desemprego, a exclusão social e a precariedade existencial eram a consequência de uma carência, de um déficit, de uma inadequação subjetiva dos indivíduos para com um sistema que, todavia, tinha condições de garantir, graças aos instrumentos políticos de mediação da relação entre economia e sociedade, inclusão e cidadania virtualmente universais, hoje isso não é mais possível. Aqueles instrumentos de mediação desmoronaram e não parece haver desequilíbrios sociais e carências subjetivas passíveis de serem supridas mediante a ação de dispositivos institucionais de disciplinamento da força de trabalho e de socialização da produção, nem muito menos excessos produtivos e *surplus* de força de trabalho a controlar⁷³⁹.

Passa a existir, em razão desse processo, o que De Giorgi denomina “multidão”: uma força de trabalho móvel e flexível que excede as relações de produção capitalistas, vivendo a inadequação entre trabalho e emprego e a exclusão dela decorrente – um excesso negativo. Há, ainda, o excesso positivo. A informatização da produção torna o trabalho cada vez mais imaterial, não mais vinculado a um determinado produto, configurando-se como performance comunicativa⁷⁴⁰. Não há mais uma separação entre o tempo de trabalho e de não-trabalho, com a valorização pela empresa de competências, habilidades e atitudes que são constituídas no tempo de não-trabalho. Outrossim, as potencialidades produtivas do intelecto desenvolvem-se nos processos de comunicação e cooperação sociais. Não mais é possível, portanto, “quantificar economicamente o tempo e os recursos necessários à reprodução do utensílio de trabalho na produção pós-fordista, o *intelecto*”⁷⁴¹, de modo que o controle capitalista deixa de ser exercido no momento de determinação dos pressupostos da produtividade, passando a atuar posteriormente, por meio da expropriação dessa produtividade. Há, aqui, um excesso de “potencialidades produtivas, de laços de cooperação, de formas da comunicação com respeito às geografias da produção impostas por uma racionalidade capitalista reduzida a domínio”⁷⁴².

Diante desse cenário, altera-se também para o autor a função dos dispositivos de controle, que passam a exercer a supervisão, a neutralização e a contenção preventiva do excesso. De Giorgi observa que o público do sistema penal permanece o mesmo, composto

⁷³⁸ GIORGI, Alessandro De. *Op. cit.*, p. 69.

⁷³⁹ *Ibid.*, p. 70.

⁷⁴⁰ *Ibid.*, p. 71.

⁷⁴¹ *Ibid.*, pp. 74-75.

⁷⁴² *Ibid.*, p. 76.

de pobres, desempregados e subempregados, mas modificou-se a forma de gestão da pobreza. O *surplus* de força de trabalho é gerido mais pela repressão penal do que pela regulação social e o cárcere, observa o autor, tende a tornar-se cada vez mais negro e pobre⁷⁴³. Em que pese o autor concentrar sua análise nos Estados Unidos e na Europa, é certo afirmar que o encarceramento no Brasil também segue esse mesmo padrão, talvez de forma ainda mais cruel considerando fatores como uma desigualdade abissal, uma frágil democracia e as marcas de um regime escravocrata⁷⁴⁴.

Contudo, não se trata mais de uma racionalidade disciplinar, que pretende transformar sujeitos, mas de uma racionalidade fundada no risco, por meio da qual populações inteiras são reprimidas. O excesso negativo assume o feitiço de classe perigosa e os laços de cooperação da multidão são substituídos pela desconfiança que obstaculiza a percepção do pertencimento a uma única força de trabalho⁷⁴⁵. Está-se diante de dispositivos destinados “à contenção de uma *população excedente* e de um *surplus* de força de trabalho desqualificada”, orientada à “‘estocagem’ de categorias inteiras de indivíduos consideradas *de risco*”⁷⁴⁶. Sobre a racionalidade econômica pós-fordista conclui o autor que

Cada vez mais estranha à complexidade do real e incapaz de penetrar a matéria sobre a qual exerce o domínio, ela substitui a regulação das forças sobre as quais se desenvolve pela redução ao mínimo das potencialidades que não controla. É exatamente a dificuldade crescente em distinguir o desviante do precário, o criminoso do irregular, o trabalhador da economia ilegal do trabalhador da economia informal que determina o reagrupamento da diversidade em classe perigosa⁷⁴⁷.

A teoria crítica auxilia a compreensão das razões de o sistema criminal ser dirigido aos pobres, aos miseráveis, aos negros – grupos que são inseridos no espiral de criminalização e, presos em um círculo vicioso, serão alvos permanentes desse sistema. O fenômeno da criminalização da pobreza e da sua gestão por meio do cárcere é claramente observado no Brasil, onde há convergência entre o público do sistema penal e os indivíduos a margem da sociedade – o subproletariado pobre e negro⁷⁴⁸.

⁷⁴³ GIORGI, Alessandro De. *Op. cit.*, p. 96.

⁷⁴⁴ ROSA, Pablo Ornelas; JUNIOR, Humberto Ribeiro; CAMPOS, Carmen Hein de e SOUZA, Aknaton Toczec. **Sociologia da violência, do crime e da punição**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 231.

⁷⁴⁵ GIORGI, Alessandro De. *Op. cit.*, pp. 100-101.

⁷⁴⁶ *Ibid.*, p. 98.

⁷⁴⁷ *Ibid.*, p. 99.

⁷⁴⁸ ROSA, Pablo Ornelas; JUNIOR, Humberto Ribeiro; CAMPOS, Carmen Hein de.; SOUZA, Aknaton Toczec. *Op. cit.*, p. 235.

Todos esses fatores considerados em conjunto convergem para um efeito comum: a identificação do crime com os “desclassificados” (sempre locais) ou, o que vem dar praticamente no mesmo, a criminalização da pobreza. Os tipos mais comuns de criminosos na visão do público vêm quase sem exceção da “base” da sociedade. Os guetos urbanos e as zonas proibidas são considerados áreas produtoras de crime e criminosos. E, ao contrário, as fontes de criminalidade (daquela criminalidade que realmente conta, vista como ameaça à segurança pessoal) parecem ser inequivocamente locais e localizadas.⁷⁴⁹

Loïc Wacquant cuidou de analisar a dupla regulação ao qual estão sujeitos os grupos mais vulneráveis: a regulação por meio da ação do setor assistencial e a regulação através do setor penitenciário do Estado. Com foco na sociedade americana, nas últimas décadas, Wacquant analisa o fenômeno da substituição de um precário Estado providência por um Estado penal, “para o qual a criminalização da marginalidade e a contenção punitiva das categorias deserddadas fazem as vezes de política social na extremidade inferior da estrutura de classe e étnica”⁷⁵⁰. A regulação das classes populares, na era do neoliberalismo em ascensão, deixa de ser efetivada por meio da “mão esquerda” do Estado, que fornece bem-estar, trabalho, educação, saúde e outras condições de existência digna, para ser realizada pela sua “mão direita”, representada pela atuação da polícia, da justiça e pela prisão⁷⁵¹.

A expansão penal, nesse cenário, figura como projeto político necessário para o crescimento do neoliberalismo, uma vez que a configuração de um Estado mínimo no campo econômico, produtor de pobreza e ampliador de desigualdades, anda de mãos dadas com um Estado máximo para assegurar a segurança⁷⁵². Assim, apresenta-se um “Estado-centauro”, cuja vertente social dirige-se aos privilegiados; liberal em relação às desigualdades sociais e suas causas, mas paternalista e punitivo na administração de suas consequências⁷⁵³. Portanto,

a redução do setor do bem-estar social do Estado e o concomitante incremento do seu braço penal são funcionalmente articulados, com se fossem os dois lados da mesma moeda da ação reestruturadora do Estado nas regiões mais afastadas do espaço social e urbano, na era do neoliberalismo em ascensão⁷⁵⁴.

⁷⁴⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Op. cit.*, p. 134.

⁷⁵⁰ WACQUANT, Loïc. *Op. cit.*, p. 86.

⁷⁵¹ *Ibid.*, p. 32.

⁷⁵² *Ibid.*, p. 48.

⁷⁵³ *Ibid.*, pp. 88-89.

⁷⁵⁴ *Ibid.*, p. 89.

Na medida em que o Estado ausenta-se na garantia do bem-estar, aumentam as desigualdades e, conseqüentemente, a marginalidade e o desemprego nos setores sociais mais desfavorecidos – um processo de exclusão social em uma sociedade marcada pelo desejo do consumo⁷⁵⁵. A resposta às desordens urbanas é o crescimento exacerbado das funções repressivas. Cria-se, como reconhece Wacquant “uma cadeia causal e um elo funcional”⁷⁵⁶ em que a desregulamentação econômica produz uma redução do bem-estar social – necessária para sua manutenção – a qual, por sua vez, produz a demanda de desenvolvimento do aparato penal.

Ainda, o crescimento da punição atende a funções diferentes conforme o pertencimento a uma ou outra classe. Em um extremo, o aprisionamento atende às necessidades de neutralização e estocagem dos excedentes da classe operária; no outro, reafirmam-se a autoridade estatal e as fronteiras entre os cidadãos de bem e as categorias desviantes. A penalização, nesse sentido, é uma estratégia do Estado para lidar com condutas e condições indesejáveis; é escolha política e serve como

*uma técnica para a invisibilização dos ‘problemas’ sociais que o Estado, enquanto alavanca burocrática da vontade coletiva, não pode ou não se preocupa mais em tratar de forma profunda, e a prisão serve de lata de lixo judiciária em que são lançados os detritos humanos da sociedade de mercado*⁷⁵⁷.

É assim que o Estado, a partir de escolhas favoráveis a uma maioria e a um determinado sistema econômico, impacta na expansão da miséria e de um Estado penal que cresce desvinculado do aumento da criminalidade: “não há nenhuma correlação direta entre níveis de criminalidade e de encarceramento, e muito menos uma linha de causalidade unívoca”⁷⁵⁸. Jonathan Simon, nesse contexto, apresenta a punição como tecnologia política do corpo, um método para organizar corpos a fim de produzir efeitos específicos que têm um valor ou uma proposta política. A tecnologia de controle do neoliberalismo, para Simon, é a contenção através do confinamento ou monitoramento constante do corpo o que, no âmbito penal, corresponde às prisões de segurança máxima e ao monitoramento eletrônico, cujo alvo é a “classe perigosa”⁷⁵⁹.

⁷⁵⁵ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente... *Cit.*.

⁷⁵⁶ WACQUANT, Loïc. *Op. cit.*, p. 110.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, p. 21.

⁷⁵⁸ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente... *Cit.*, p. 93.

⁷⁵⁹ SIMON, Jonathan. Punishment and the political technologies of the body. In: **The SAGE handbook of punishment and society**, pp. 60-89, 2013.

A destruição do Estado social e a complementar hipertrofia do Estado penal são processos colocados em marcha por um Estado que amplia desigualdades sociais. Se o Estado não garante a todos as mesmas oportunidades e direitos e permite que a miséria perpetue-se sem qualquer intervenção, a solução que o sistema fornece é o cárcere, que isola o “outro”.

Complementando a ideia da seletividade penal orientada às classes sociais menos favorecidas, é interessante a perspectiva trazida pela ideia de aporofobia. O termo foi cunhado por Adela Cortina a partir do vocábulo *áporos* (palavra grega que designa o pobre, sem recursos) para nomear os sentimentos de medo, aversão, hostilidade e rejeição ao pobre, ao desamparado⁷⁶⁰. Segundo Cortina, as repulsas ao estrangeiro, às pessoas de outra etnia, orientação sexual ou religião têm em comum o repúdio ao pobre, como fator que as qualifica. Assim, por exemplo, não há repúdio aos futebolistas de qualquer etnia ou raça que são decisivos à vitória das competições, tampouco aos estrangeiros, quando são grandes investidores⁷⁶¹.

A autora compreende pobreza não só como a carência dos recursos necessários à sobrevivência, mas também, tal qual Amartya Sen, como a falta de liberdade, “a impossibilidade de levar a cabo os planos de vida que uma pessoa tenha razões para valorizar”⁷⁶². Assim, a aporofobia, de forma mais geral, é o desprezo em relação àqueles em piores situações, não só econômicas, mas também sociais, àqueles que não podem oferecer benefícios, tampouco têm poder para vingar-se de eventuais danos sofridos⁷⁶³. No âmbito de uma sociedade baseada na troca, fica reforçado o rechaço ao pobre como aquele que nada tem a oferecer.

Juan María Terradillos Basoco faz a relação entre aporofobia e Direito Penal que, segundo ele, teria duas faces: uma baseada na aporofobia e outra na plutofilia – a adoração aos ricos e à riqueza. O autor, seguindo a premissa de que a resposta criminal adéqua-se ao sistema em que está integrada, afirma que a política criminal é predeterminada pelos interesses de um modelo dominado economicamente e politicamente pelo neoliberalismo, pela globalização e pela financeirização. Assim, comportamentos disfuncionais em relação a esses interesses provocam uma resposta punitiva mais intensa do que os comportamentos irregulares que, entretanto, são funcionais aos interesses do sistema capitalista.

⁷⁶⁰ CORTINA, Adela. **A aversão ao pobre**: um desafio para a democracia. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 29.

⁷⁶¹ *Ibid.*, p. 25.

⁷⁶² *Ibid.*, p. 49.

⁷⁶³ *Ibid.*, pp. 49-50.

Daí a resposta penal diferenciada: contundente (aporofóbica) frente ao pequeno furto ou à fraude trivial, frente à resistência à autoridade ou ao exercício do direito de greve, frente ao excesso iconoclasta do rapper; mas conivente (plutofilia) com a grande fraude tributária, suscetível de regularização; com a lavagem de dinheiro, sempre sob o abrigo de paraísos fiscais [...]; com a corrupção política incompatível com a vigência dos direitos humanos [...]⁷⁶⁴.

Nesse cenário, há um esquecimento da função de proteção dos bens jurídicos que o Estado Social e Democrático de Direito assume na seara criminal e a intervenção penal passa a pautar-se pela sua compatibilidade ou não com a *lex mercatoria* e com a maximização de lucros. Resta ao pobre, porque disfuncional economicamente e perigoso socialmente, a repressão e a neutralização⁷⁶⁵. Trata-se de um “sistema penal cúmplice, que aceita e reproduz a pobreza e a desigualdade entre indivíduos e grupos [...] um sistema penal para a aporofobia”⁷⁶⁶. Terradillos Basoco destaca, ainda, três doutrinas que estão por trás desse fenômeno, legitimando o Direito Penal aporofóbico: o funcionalismo, o gerencialismo e o punitivismo.

O funcionalismo que, no âmbito penal, foi abordado no estudo da evolução da culpabilidade, apresenta uma perspectiva conservadora, com a proteção do *status quo*, “posto que não questiona as estruturas do sistema e suas limitadas críticas são voltadas para aspectos pontuais do funcionamento da estrutura punitiva”⁷⁶⁷. Ainda, busca a garantia da vigência das normas penais e de uma dada conjuntura social, que aparta da sociedade aqueles que não as observam.

O gerencialismo, por sua vez, operacionaliza o sistema penal a partir da lógica atuarial⁷⁶⁸, com foco nos rendimentos, de forma que o cidadão passa a ser encarado como consumidor de serviços e a Administração Pública volta-se ao desenvolvimento de

⁷⁶⁴ **Aporofobia y plutofilia:** charla con Juan María Terradillos Basoco. Ago. 2020. Disponível em: <<https://www.revistalibertalia.com/single-post/2020/07/31/Aporofobia-y-plutofilia-Charla-con-Juan-Maria-Terradillos-Basoco>>. Acesso em: 12 fev. 2021.

⁷⁶⁵ *Ibid.*

⁷⁶⁶ *Ibid.*

⁷⁶⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Prendam os criminosos de sempre. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão; FERRARINI, Luigi Giuseppe Barbieri e ALMEIDA, Júlia de Moraes (orgs.). **Criminologia:** estudos em homenagem ao professor Alvin August de Sá. São Paulo: Editora D’Plácido, pp. 499-518, 2020.

⁷⁶⁸ “A expressão *lógica atuarial* remete à adoção sistemática do *cálculo atuarial* como critério de *racionalidade* de uma ação, definindo-se como tal a ponderação matemática de dados – normalmente inferidos a partir de amostragens – para determinar a probabilidade de fatos futuros concretos” (DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial:** a criminologia do fim da história. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 30).

programas destinados à aplicação de valores neoliberais⁷⁶⁹. Fala-se, assim, em uma Política Criminal atuarial, que busca a neutralização seletiva das classes perigosas, identificadas e classificadas por meio de instrumentos atuariais conforme seu perfil de risco⁷⁷⁰.

O cidadão deixa de ser visto como um titular de direitos e passa a ser olhado como um consumidor de serviços; a administração pública, por seu turno, deixa de desenvolver programas políticos e sociais, passando a tarefas de governança, buscando a rentabilidade mediante uma cuidadosa ponderação de custos/benefícios, realizada com métodos atuariais próprios da modernidade líquida e sociedade de riscos⁷⁷¹.

Por fim, o punitivismo, conforme alerta Sérgio Salomão Shecaira, é, no Brasil, a mistura de três movimentos de política criminal: lei e ordem, tolerância zero e Direito Penal do inimigo⁷⁷². Em linhas muito gerais, o movimento da lei e da ordem, com origem eminentemente norte-americana, defende uma exacerbação da intervenção punitiva, com a intensificação da atuação policial, penas elevadas e aumento de prisões cautelares. Promove-se o incremento da repressão como forma de dissuasão e de atendimento aos anseios de segurança da sociedade. A tolerância zero, por sua vez, baseia-se na ideia de repressão intensa de pequenas infrações (com foco nas áreas pobres da cidade) que, caso não combatidas, produziriam a sensação de ausência de ordem e, portanto, delitos mais graves. Por fim, o Direito Penal do inimigo parte da negação da condição de pessoa e cidadão do delinquente, na medida em que este se coloca fora do contrato social, violando-o. Assim, não merece as garantias e direitos próprios dos cidadãos e, considerado apenas como ente perigoso, deve ser neutralizado.

Funcionalismo, gerencialismo e punitivismo formam, assim, um campo fértil ao Direito Penal aporofóbico, que “está imerso nessa situação que nunca defende os pobres, mas tem um impacto contundente na repressão dos mais fracos, já que defender esse tipo de ser humano é incompatível com a geração de benefícios, algo inerente à Lex mercatoria”⁷⁷³. Não é demais ressaltar que um Direito Penal aporofóbico é absolutamente incompatível com um Estado Democrático de Direito e com as exigências da dignidade da pessoa humana. Aliás, é decorrência da dignidade humana a própria necessidade de

⁷⁶⁹ ABADÍAS SELMA, Alfredo. Recensiones: Terradillos Basoco, Juan Maria, Aporofobia y plutofilia: La deriva jánica de la política criminal contemporánea, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2020, 192 pp., ISBN 978-84-1220-153-6. In: **Estudios de Deusto**, v. 68, n. 2, jul./dez. 2020. Disponível em: <<https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/1961/2425>>. Acesso em: 16/02/2021.

⁷⁷⁰ DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial...** *Cit.*, p. 24.

⁷⁷¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Prendam os criminosos de sempre...** *Cit.*.

⁷⁷² *Ibid.*.

⁷⁷³ ABADÍAS SELMA, Alfredo. *Op. cit.*.

erradicação da pobreza. Nesse sentido, Adela Cortina afirma que é obrigação da comunidade política satisfazer o direito dos pobres de sair da pobreza⁷⁷⁴: não se trata apenas de eliminá-la como forma de proteção da sociedade diante de suas repercussões socialmente negativas (os impactos econômicos, por exemplo, na medida em que aqueles que não trabalham não produzem). Trata-se de eliminá-la porque é direito das pessoas viver uma vida sem pobreza e, conseqüentemente, em liberdade⁷⁷⁵.

Como já mencionado e tratando-se de um subsistema que segue a lógica do sistema ao qual pertence, não serão mudanças no Direito Penal que findarão o círculo de perpetuação da desigualdade e da miséria. Melhorias, contudo, se encaradas como medidas paliativas até a desejada modificação de toda a estrutura política e econômica que o subjaz, são urgentes, a fim de que o Direito Penal afaste-se o máximo possível de uma configuração seletiva e aporofóbica.

⁷⁷⁴ CORTINA, Adela. *Op. cit.*, p. 163.

⁷⁷⁵ *Ibid.*, pp. 166-167.

4 RESSIGNIFICAÇÃO DA CULPABILIDADE A PARTIR DA SITUAÇÃO DE LIBERDADE

*Uma flor nasceu na rua!
Passem de longe, bondes, ônibus,
rio de aço do tráfego.
Uma flor ainda desbotada
ilude a polícia, rompe o asfalto.
[...]
Furou o asfalto, o tédio, o nojo e o
ódio.*

Drummond⁷⁷⁶

Estabelecidos os marcos impostos ao exercício da liberdade de um determinado grupo, alvo constante do sistema penal, faz-se necessária a análise de seus reflexos sobre a culpabilidade, uma vez que tais marcos interferem na escolha pela prática ou não do delito. Devem, portanto, ser considerados pelo julgador, como medida de verdadeira igualdade e de redução de um círculo de perpetuação de violência, miséria, marginalização e exclusão social. O tema não é desconhecido da melhor doutrina penal, tampouco são escassos os esforços de reformas da culpabilidade para um resultado mais compatível com a igualdade e a dignidade humana. Assim, serão a seguir apresentadas algumas das propostas teóricas com as quais as considerações até aqui delineadas compatibilizam-se.

4.1 Coculpabilidade

A origem da coculpabilidade é comumente atribuída a Jean-Paul Marat, cujas ideias foram expostas no primeiro capítulo. Conforme já mencionado, o autor, de modo revolucionário para sua época, defendia que a sociedade só possuía o direito de castigar seus membros após ter cumprido todas suas obrigações para com eles, atendendo às necessidades de abrigo, saúde, subsistência e proteção, dentre outras⁷⁷⁷. Além disso, para o autor, também a quantidade de pena a ser imposta deveria observar as condições e peculiaridades do sujeito acusado – “o sexo, a idade, a naturalidade, o estado, a fortuna dos delinquentes e todas as possíveis circunstâncias do delito”, de modo que entre “dois homens que hajam cometido o mesmo roubo, aquele que tem apenas o necessário é menos culpável do que aquele que usufrui o supérfluo” e entre “dois perjuros, aquele que desde a

⁷⁷⁶ Trechos selecionados de “A flor e a náusea”, do livro “A rosa do povo”.

⁷⁷⁷ MARAT, Jean-Paul. *Op. cit.*, p. 75.

infância teve despertados seus sentimentos de honra é mais criminoso que aquele que, abandonado à natureza, nunca recebeu qualquer educação”⁷⁷⁸.

As ideias de Marat fundam-se no contratualismo, em voga à época da Revolução Francesa, ainda que em uma vertente mais socialista da teoria. Parte-se do pressuposto que o Estado surge, por meio do contrato social, com a finalidade de assegurar a vida em sociedade, motivo pelo qual os cidadãos aceitam abrir mão de sua liberdade absoluta. O Estado, portanto, tal qual aquele que pratica o delito, viola o contrato social ao não assegurar essa existência harmoniosa e o faz anteriormente à prática do crime. Nesse sentido, afirma Grégore Moreira de Moura que

a origem histórica da co-culpabilidade se confunde com o surgimento do Estado Liberal fundado com fulcro nas ideias iluministas, pois, na verdade, a co-responsabilidade estatal no cometimento de determinados delitos surgiu com o advento do Estado Liberal e o seu contratualismo, ou seja, o delito como forma de quebra do contrato social. Em contrapartida, o Estado também quebra o contrato social quando deixa de propiciar aos seus cidadãos o mínimo de condições de sobrevivência, segurança e desenvolvimento da pessoa humana⁷⁷⁹.

Outro autor também mencionado como precursor da ideia de coculpabilidade é Reinhard Frank, com sua teoria das circunstâncias concomitantes. Nilo Batista atribui a Frank um “esboço inconsciente” da coculpabilidade, na medida em que ele tenta “categorizar o complexo de relações e determinações sociais concretamente condicionantes da conduta e significantes para sua imputação jurídica”⁷⁸⁰. De fato, ao afirmar que determinados fatores da realidade – além do dolo e da culpa, aos quais a culpabilidade até então se resumia – devem ser usados como medida da reprovação, Frank abre caminho à possibilidade de sua redução ou exclusão frente às omissões estatais.

O termo “coculpabilidade”, por sua vez, vincula-se à obra de Eugenio Raúl Zaffaroni, cujas propostas permearam todo o presente trabalho, de modo que é natural que seu pensamento seja apresentado, no âmbito da culpabilidade, como a linha de chegada de um percurso construído em grande parte sobre suas bases. O autor faz referência expressa à obra de Marat e às decisões do juiz Magnaud⁷⁸¹ como fontes da coculpabilidade⁷⁸².

⁷⁷⁸ MARAT, Jean-Paul. *Op. cit.*, p. 89.

⁷⁷⁹ MOURA, Grégore Moreira de. *Op. cit.*, p. 68.

⁷⁸⁰ BATISTA, Nilo. **Cem anos de reprovação**. In: BATISTA, Nilo e NASCIMENTO, André (orgs.). **Cem anos de reprovação**. Rio de Janeiro: Revan, pp. 161-180, 2011, pp. 163-164.

⁷⁸¹ Nesse sentido, cf. item 1.2.2.1.

A ideia por trás da coculpabilidade é justamente a percepção de que a personalidade e as características de um indivíduo são desenvolvidas e adquiridas em um contexto social, em circunstâncias determinadas, de modo que a formação do *ser* de cada um não se dá de forma absolutamente independente e a cargo do próprio indivíduo. Considerando essa premissa, a tarefa de punir quem pratica um injusto porque era possível exigir que não o fizesse não pode ignorar o cenário social que subjaz o sujeito. Isso só seria possível se fossem conferidas a todas as pessoas “as mesmas possibilidades de autorrealização. Não obstante, sabemos que isto jamais ocorre, ao menos atualmente”⁷⁸³.

Como consequência, é necessário, na visão do autor, que daqueles a quem mais possibilidades foram dadas maiores exigências sejam feitas e que a sociedade arque com parte da culpabilidade desses indivíduos que tiveram menores chances de autorrealização – a isto se dá o nome de coculpabilidade⁷⁸⁴. Nas palavras do autor:

[...] é unânime o reconhecimento de que no presente momento histórico nossas sociedades não concedem iguais possibilidades. Esta realidade social tem um efeito imediato no campo da culpabilidade: se a sociedade não brinda a todos com iguais possibilidades, conseqüentemente há uma margem de possibilidades que são oferecidas a uns e negadas a outros e, portanto, quando a infração é cometida por aquele a quem foram negadas algumas possibilidades que a sociedade deu a outros, o justo será que a parte da responsabilidade pelo fato que corresponda a essas negações seja carregada pela mesma sociedade que, nessa medida, foi injusta⁷⁸⁵.

Trata-se, portanto, de relacionar a reprovabilidade do sujeito a uma responsabilidade geral estatal, presente em face da não concessão das mesmas oportunidades a todos os seus cidadãos. Como diz Nilo Batista, é fazer sentar no banco dos réus a sociedade que os produziu⁷⁸⁶, o que é indicado pela própria palavra, na medida em que o prefixo “co” significa estar junto, dividir algo. Nesses termos, Zaffaroni opõe-se à culpabilidade fundamentada em um conceito de autodeterminação como referência abstrata, sem conexão com a realidade social em que se insere a conduta reprovada⁷⁸⁷. Não se trata, por outro lado, de uma perspectiva determinista, mas do reconhecimento de que a

⁷⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general, tomo IV. Buenos Aires: EDIAR, 1999, p. 67.

⁷⁸³ *Ibid.*, p. 65.

⁷⁸⁴ *Ibid.*, p. 66.

⁷⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Política criminal latinoamericana...** *Cit.*, p. 167.

⁷⁸⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro...** *Cit.*, p. 102.

⁷⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general, tomo IV... *Cit.*, p. 67.

liberdade pode ser mitigada pelas circunstâncias em que o indivíduo está situado, sendo imposição da isonomia o seu reconhecimento.

Importante destacar que a proposta da coculpabilidade não é a de punir o Estado ou a sociedade, em suma, de responsabilizá-los penalmente. Trata-se de reconhecer que houve omissão no desempenho de seu papel de assegurar a todos, de forma igual, condições de existência e vida dignas, ou seja, “inoperância em cumprir seus deveres, o que, em contrapartida, gera uma menor reprovação social ao acusado”⁷⁸⁸.

A coculpabilidade afina-se com as considerações acerca da teoria anomia e da privação relativa expostas no capítulo anterior. Atenta a esse marco do exercício da liberdade, dosa a culpabilidade do indivíduo de forma a compensar a desigualdade preexistente e em observância aos fatores exógenos que interferem no agir do sujeito que não foi agraciado com vias legítimas de alcance de bens e metas. Reconhece, desse modo, que a liberdade é sempre situada e, para alguns, situada em circunstâncias de carência e de miséria. Assim, produz resultado de menor exclusão social e minimiza a consequência de agravamento das desigualdades oriunda da intervenção penal. Nesses termos, ademais, compatibiliza-se com a Constituição Federal, na medida em que, como já visto, a Carta Magna fixa como objetivo da República a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais. Ainda, a coculpabilidade atende às demandas de individualização da pena e à dignidade da pessoa humana, na medida em que alça o indivíduo à posição de ser humano, centro de direitos e deveres em relação ao Estado⁷⁸⁹.

Não obstante seus resultados positivos na busca da construção de uma sociedade mais justa e igual e sua compatibilidade com a Constituição Federal, a aplicação da teoria da coculpabilidade não encontra muito amparo no judiciário brasileiro. Nesse sentido, pesquisa junto ao Superior Tribunal de Justiça⁷⁹⁰ revelou a completa rejeição por parte da Corte em relação à aplicação da teoria, sob diversos argumentos. O principal deles gira em torno da ideia de que a teoria da coculpabilidade seria um prêmio para aqueles que fazem da criminalidade seu meio de vida e não assumem sua responsabilidade social, uma justificativa para quem possui uma “inclinação para a vida delituosa”, um “aproveitamento

⁷⁸⁸ MOURA, Grégore Moreira de. *Op. cit.*, p. 63.

⁷⁸⁹ *Ibid.*, p. 93.

⁷⁹⁰ Foi realizada busca junto ao site do Superior Tribunal de Justiça (<<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>>) com as palavras-chave “co-culpabilidade” ou “coculpabilidade”, a qual resultou em 20 acórdãos, dentre os quais foram descartados aqueles que apenas mencionaram a teoria, sem de fato abordá-la para evitar supressão de instância ou ampla análise probatória.

da torpeza própria”⁷⁹¹. Não obstante a Corte, por vezes, reconheça a possibilidade teórica de aplicação da coculpabilidade como atenuante inominada, na prática a sua aplicação é afastada, seja pelos argumentos já mencionados, seja pela alegação de ausência de provas de que a conduta criminosa decorreu da negligência estatal ou de “eventual situação de extrema penúria”⁷⁹². Ainda, argumenta-se no sentido da impossibilidade de comprovação da não aplicabilidade da teoria, pois não haveria como demonstrar que o indivíduo não foi “nocivamente contaminado por quaisquer influências externas ao decidir praticar seu delito”⁷⁹³.

A ideia de que a coculpabilidade significaria um prêmio, uma benesse ao indivíduo que praticou o delito demonstra que é ignorado o fato de que a criação da teoria busca justamente a correção de uma desigualdade preexistente. Não se trata de beneficiar ou recompensar um sujeito que se encontra em situação de igualdade com os demais, mas de reconhecer que uma desvantagem motivada por fatores exógenos, não incidentes sobre todos os cidadãos, deve ser corrigida na aferição da culpabilidade. Ademais, em se tratando da imposição de uma pena, não é sequer viável pensar que sua redução seria uma espécie de recompensa – está-se falando de punição e não de premiação.

A exigência de provas de uma situação de penúria também causa estranheza, por não ser necessária tal condição extrema, bastando o reconhecimento da omissão estatal e de sua relação com a prática delitativa. Ainda sobre a prova das condições socioeconômicas

⁷⁹¹ Nesse sentido: **(i)** BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.770.619/PE. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Data de julgamento: 06/06/2019. Data de Publicação: DJe de 18/06/2019; **(ii)** BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.318.170/PR. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Data de julgamento: 21/02/2019. Data de Publicação: DJe de 01/03/2019; **(iii)** BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. Habeas Corpus nº 246.811/RJ. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Data de julgamento: 01/04/2014. Data de Publicação: DJe de 15/04/2014; **(iv)** BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma. Habeas Corpus nº 63.251/ES. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Data de julgamento: 03/06/2014. Data de Publicação: DJe de 01/07/2014; **(v)** BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. Habeas Corpus nº 191.622/TO. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Data de julgamento: 05/02/2013. Data de Publicação: DJe de 15/02/2013; **(vi)** BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. Habeas Corpus nº 213.482/SP. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Data de julgamento: 17/09/2013. Data de Publicação: DJe de 25/09/2013; **(vii)** BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. Habeas Corpus nº 179.717/SP. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Data de julgamento: 08/05/2012. Data de Publicação: DJe de 21/05/2012.

⁷⁹² Nesse sentido: **(i)** BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. Habeas Corpus nº 411.243/PE. Relator: Ministro Jorge Mussi. Data de julgamento: 07/12/2017. Data de Publicação: DJe de 19/12/2017; **(ii)** BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma. Recurso Especial nº 1.394.233/RN. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Data de julgamento: 03/05/2016. Data de Publicação: DJe de 16/05/2016; **(iii)** BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma. Habeas Corpus nº 162.412/DF. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Data de julgamento: 21/08/2012. Data de Publicação: DJe de 05/09/2012; **(iv)** BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. Habeas Corpus nº 116.972/MS. Relator: Ministro Jorge Mussi. Data de julgamento: 19/08/2010. Data de Publicação: DJe de 13/09/2010.

⁷⁹³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. Habeas Corpus nº 172.505/MG. Relator: Ministro Gilson Dipp. Data de julgamento: 31/05/2011. Data de Publicação: DJe de 01/07/2011.

do acusado, interessante mencionar que o Código de Processo Penal determina que, por ocasião de seu interrogatório, seja ele questionado acerca das oportunidades sociais que recebeu, de sua residência, meios de vida, profissão, entre outros dados familiares e sociais⁷⁹⁴. O cumprimento integral do referido dispositivo, infelizmente pouco usual, poderia produzir elementos à aplicação da coculpabilidade.

Chama atenção o seguinte trecho – colacionado pela Corte – de sentença condenatória, mantida em segunda instância pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, cujo acórdão motivou a impetração do habeas corpus denegado pelo Superior Tribunal de Justiça:

No que se refere à alegada teoria da co-culpabilidade, por mais permissivo que se queira ser, não é admissível isentar de responsabilidade penal ou ser de alguma maneira condescendente com agente que pratica fato típico extremamente violador da paz social e da ordem pública, como o tráfico de drogas ou qualquer ato violento. Em todos os âmbitos da vida é possível observar, aos menos aos mais perspicazes, que o sujeito sempre responde por suas escolhas e sempre se implica nas situações que vive, por si só, de modo que o comando legal apenas reflete a sabedoria da vida e a pujança de suas leis universais. Ademais, não é razoável, equânime ou legal premiar o agente que comete um crime em razão de não ter tido as melhores oportunidades sociais, se não se pode, sequer, amparar ou minorar as dificuldades e opressões de um pobre pai de família (e tantos outros) que arduamente luta com dignidade, apesar das adversidades, porque sabe que o seu valor está, também, em assumir suas responsabilidades. Quando Jesus pregou que deveríamos ser "mansos", acredito que não queria tanto. Inconcebível, pois, o acolhimento da argumentação em tela para isentar o agente de responder por seu ato ou para que todos os cidadãos responsáveis, que assumem suas escolhas, dividirem com ele qualquer responsabilidade e, afinal, pagarem por terem tido conduta reta.⁷⁹⁵

Para além das referências exclusivamente religiosas e morais, interessante notar como o argumento da equidade foi utilizado para afastar a aplicação da teoria da coculpabilidade, ao contrário do que deveria ocorrer. Fica evidenciada a absorção pelo Poder Judiciário da crença comum – reforçada pelo processo de criminalização – em uma

⁷⁹⁴ “Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

§ 1º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais”.

⁷⁹⁵ Trecho da sentença condenatória objeto de recurso, citado em: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma. Habeas Corpus nº 187.132/MG. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Data de julgamento: 05/02/2013. Data de Publicação: DJe de 18/02/2013.

divisão estanque entre cidadãos de bem e criminosos, pais de família dignos e aqueles que fraquejam diante das adversidades. Mais uma vez, a ideia da coculpabilidade é justamente a de correção das desigualdades no âmbito da culpabilidade, de aplicação da equidade no momento da punição. Ademais, em se tratando de olhar para aquele indivíduo específico que é colocado frente ao sistema penal, é problemático estabelecer um “pobre pai de família” como referência absoluta para aquilo que é bom, moral, correto, de forma que qualquer conduta que se desvie daquele padrão mereça severa – e desproporcional – reprovação. Trata-se de observar as circunstâncias que circundam aquele indivíduo concreto, com todas as suas peculiaridades, e que têm o condão de limitar e situar o exercício de sua liberdade e não de realizar juízos comparativos com cidadãos ideais, a partir dos parâmetros morais do julgador.

Soma-se a tais discrepâncias a chamada “coculpabilidade às avessas”, que revela que a aplicação da teoria – ainda que de forma desvirtuada – é por vezes aceita e defendida quando se trata de incrementar a punição. São dois os sentidos que podem ser atribuídos ao termo. Por coculpabilidade às avessas pode-se compreender a maior criminalização dos sujeitos mais vulneráveis e condicionados ao ilícito, justamente em razão de suas vulnerabilidades. É o que costuma ocorrer, conforme exemplifica Gustavo Junqueira: “é absolutamente comum que a prisão cautelar seja fundamentada em fatores de vulnerabilidade social do autor, como o fato de ser morador de rua, desempregado e sem ocupação física, sem vínculos comunitários que o liguem ao distrito da culpa, entre outros”⁷⁹⁶.

Um segundo sentido possível é a ideia de agravar a pena daqueles que, em condições socioeconômicas e culturais favoráveis, praticaram delitos. Ainda que sem abordar os pressupostos fáticos utilizados pelo tribunal de origem, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça abordou a coculpabilidade às avessas, admitindo a possibilidade de constatação de um “reduzido senso ético-social”, em razão de ter o indivíduo “triado o caminho da criminalidade, a despeito das favoráveis condições sócio-econômicas”, o que “permite concluir pela personalidade criminosa do agente”⁷⁹⁷.

⁷⁹⁶ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Culpabilidade. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo e FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Direito Penal. 1ª ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/414/edicao-1/culpabilidade>>. Acesso em: 16/02/2021. Do mesmo autor, sobre o tema cf.: **Liberdade, culpabilidade e individualização da pena**. 2009. 210 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

⁷⁹⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. Habeas Corpus nº 443.678/PE. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Data de julgamento: 21/03/2019. Data de Publicação: DJe de 26/03/2019.

O que, em uma leitura descuidada, pode parecer uma aplicação isonômica da coculpabilidade, revela um desvirtuamento da teoria, o que fica ainda mais evidente quando ela é inserida no contexto de um Direito Penal redutor, nos moldes defendidos por Eugenio Raúl Zaffaroni. Trata-se de importar do autor um conceito e destiná-lo a um propósito totalmente oposto àquele por ele delineado. Jean-Paul Marat, já no século XVIII, alertava sobre a impossibilidade de agravamento da pena em razão de circunstâncias sociais favoráveis, afirmando que, para que os juízes “não venham a abusar de seu poder, que se faça amenizar a pena imposta pela lei e nunca agravá-la”⁷⁹⁸. Ademais, o ordenamento jurídico-penal foi estruturado pressupondo, como observa Lázaro Samuel Gonçalves Guilherme, que o Estado cumpre suas obrigações constitucionais frente aos seus cidadãos. Em suma,

a legislação penal foi concebida já levando em consideração que as pessoas inseridas na sociedade teriam total acesso aos direitos garantidos na Constituição da República. Dessa forma, a reprovabilidade do injusto penal por elas praticado já foi valorada pelo legislador. Assim, não há que se falar em maior reprovabilidade dessas pessoas, uma vez que seria violação ao *non bis in idem*⁷⁹⁹.

Apesar de a teoria da coculpabilidade atender em parte à necessidade de reformulação da culpabilidade a partir de uma função contentora, seu próprio autor identifica nela alguns problemas, que o levam à proposição de uma nova concepção sobre o tema. Nesse sentido, Zaffaroni afirma que a coculpabilidade traz à tona a falsa conclusão, amparada em um preconceito, de que a pobreza é a causa dos delitos, além de possibilitar o surgimento de um Direito Penal classista. Ainda, a coculpabilidade não lidaria satisfatoriamente com a seletividade estrutural do poder punitivo, que precisa ser contida até onde for possível⁸⁰⁰. Isso tudo, segundo o autor, impediu que a coculpabilidade “pudesse ultrapassar o modesto horizonte da conflitividade criminalizada da pobreza, especialmente dos crimes contra o patrimônio”⁸⁰¹.

De fato, interpretações não tão atentas da teoria da coculpabilidade podem gerar os problemas identificados pelo autor, levando à associação da pobreza como causa inevitável da criminalidade e, em última instância, a um determinismo social, o que já foi rechaçado

⁷⁹⁸ MARAT, Jean-Paul. *Op. cit.*, p. 89.

⁷⁹⁹ GUILHERME, Lázaro Samuel Gonçalves. **Coculpabilidade penal**: uma questão social. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 133.

⁸⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade... *Cit.*, pp. 36-37.

⁸⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: volume II, tomo 2... *Cit.*, p. 172.

pela ideia de privação relativa e pelas demais contribuições criminológicas expostas ao longo do terceiro capítulo. No mais, considerando-se essa premissa equivocada, “justifica-se, por um lado, a intensificação do exercício do poder punitivo sobre esse grupo marginalizado e, por outro, o arrefecimento da intervenção penal sobre as classes mais privilegiadas, reproduzindo-se as desigualdades já existentes na sociedade”⁸⁰². A demanda por um conceito de culpabilidade que incorpore o dado real da seletividade – a qual incide sobremaneira sobre o espaço de liberdade dos indivíduos – levou Zaffaroni a conceber a chamada “culpabilidade pela vulnerabilidade”.

4.2 Culpabilidade pela vulnerabilidade

Toda teoria do Direito Penal necessita vincular, de alguma maneira, o delito à pena, como sua consequência, e, a partir desse binômio, indicar a quantidade de sanção. A esse elemento vinculante Eugenio Raúl Zaffaroni denomina “conexão punitiva”, sem a qual restaria apenas a vinculação direta do conteúdo antijurídico à quantidade de pena e, conseqüentemente, a ausência de humanidade (com a pressuposição geral de igualdade e imutabilidade)⁸⁰³. É em torno da busca por essa conexão punitiva que se desenrolou toda a evolução da teoria da culpabilidade, desenvolvida no segundo capítulo. Oscilou-se, ao longo desse percurso, entre os extremos da culpabilidade de ato pura e da culpabilidade de autor⁸⁰⁴.

Afastada de plano a culpabilidade de autor, intolerável por um Estado de Direito, resta a culpabilidade de ato que, para Eugenio Raúl Zaffaroni, não é suficiente como fundamento da pena, apenas como seu limite máximo. Isto porque a reprovação que recai sobre um autor em razão da prática do injusto ocorre posteriormente a um processo de seleção desse indivíduo, dentre todas as demais pessoas que praticaram condutas previstas em lei como crimes, mas que não serão submetidas ao processo de criminalização. O juízo de culpabilidade que ignora esse dado, ainda que reconheça o caráter de “pessoa” àquele

⁸⁰² LOUREIRO, Bruna Gonçalves da Silva. **Culpabilidade e vulnerabilidade**: proposta para um novo conceito de culpabilidade penal. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 187.

⁸⁰³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade... *Cit.*, p. 33.

⁸⁰⁴ “Não resta dúvida de que na culpabilidade pelo ato também se levará em conta a personalidade, porém em um sentido diferente e inverso, pois se reprovará o que fez em função de seu catálogo de possíveis condutas condicionadas por sua personalidade (na culpabilidade de autor reprova-se a personalidade, da qual seu ato é somente um sintoma). Na culpabilidade de ato é reprovado o ilícito em função de sua personalidade e das circunstâncias; na de autor é reprovado o que ele é em função do injusto” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade... *Cit.*, p. 36).

indivíduo sobre o qual recai, viola gravemente a igualdade e está fadado à “injustiça distributiva”⁸⁰⁵ e, portanto, não legitima a reprovação⁸⁰⁶. Em suma, a seleção que o poder punitivo opera

não pode legitimar-se com um juízo de culpabilidade que a ignora. Admitir que o limite que esse juízo indica é um padrão máximo de violência, tolerada diante da falta de outro meio de resolver o conflito é uma coisa, mas fingir que por trás desse limite não há violência só seria possível se fosse ignorada a violência de altíssima seletividade classista, racista, política, ideológica etc., do poder penal⁸⁰⁷.

Assim, em face dessa seletividade estrutural do sistema penal, Zaffaroni propõe uma construção da conexão punitiva que, sem abandonar a culpabilidade de ato e a ideia de autodeterminação, incorpore o dado da seletividade do poder punitivo. Ao lado da culpabilidade de ato, que fornece o limite máximo, é necessário que a quantidade de poder punitivo que se habilitará em cada caso leve em consideração a seletividade, de modo a neutralizá-la ao máximo. Não basta, portanto, que seja rechaçada uma conexão punitiva estruturada sobre o autor (seja via periculosidade, seja via culpabilidade de autor⁸⁰⁸) fazendo-se necessária a consideração da seletividade criminalizante. Nas palavras do autor, a “*culpabilidade penal no Estado de direito não pode ser a simples culpabilidade pelo ato, também deve surgir da síntese desta (como limite máximo da reprovabilidade) e de outro conceito de culpabilidade que incorpore o dado real da seletividade*”⁸⁰⁹.

É justamente sobre a natureza seletiva do sistema de justiça criminal que Zaffaroni constrói a culpabilidade pela vulnerabilidade – indo além da culpabilidade normativa –, enxergando a vulnerabilidade como a suscetibilidade do indivíduo ser ‘ferido’ pelo poder punitivo. Como já delineado, a atuação do sistema penal não é orientada exclusivamente pela prática do comportamento ilícito, tampouco dosada conforme sua gravidade, na medida em que outros fatores, como o estereótipo, desempenham papel determinante na atuação das agências de criminalização.

Nesse sentido, cada indivíduo encontra-se em uma situação concreta de vulnerabilidade, na qual se materializa a atuação do poder punitivo⁸¹⁰. A situação concreta

⁸⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: volume II, tomo 2... *Cit.*, p. 166.

⁸⁰⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La culpabilidad en el siglo XXI. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 7, n. 28, pp. 56-71, 1999, pp. 67-68.

⁸⁰⁷ *Ibid.*, p. 68.

⁸⁰⁸ Culpabilidade pela personalidade ou pelo caráter, pela condução de vida.

⁸⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade... *Cit.*, p. 37.

⁸¹⁰ *Ibid.*, p. 38.

de vulnerabilidade de cada um é o resultado da conjugação de dois elementos, que Zaffaroni denomina “fatores de vulnerabilidade”: o estado ou posição de vulnerabilidade do agente e seu esforço pessoal para a vulnerabilidade⁸¹¹. O estado de vulnerabilidade é social e significa o risco de seleção que corre aquele indivíduo em razão de sua correspondência a um estereótipo criminal e de seu pertencimento a uma classe, grupo, estrato social e/ou minoria⁸¹². O esforço pessoal para a vulnerabilidade, a seu turno, é individual e consiste no esforço que o sujeito realiza, a partir de um comportamento particular, para atingir a situação de concreta de vulnerabilidade. A prática do injusto quando realizada com autonomia é parte do esforço para a vulnerabilidade⁸¹³.

Conjugando-se estado de vulnerabilidade e esforço pessoal para a vulnerabilidade verifica-se que há indivíduos que, porque pertencentes a determinados grupos e enquadrados no estereótipo criminal, não precisam de um grande esforço para colocar-se em posição de risco criminalizante⁸¹⁴. São esses os casos mais comuns de seleção criminalizante, que Eugenio Raúl Zaffaroni denomina *criminalização conforme ao estereótipo*, revelando-se “muito mais fácil selecionar pessoas que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinquentes cometendo injustos de pequena ou média gravidade”⁸¹⁵. Ainda, a falta de educação e os recursos e habilidades primitivos resultantes do “adestramento”⁸¹⁶ das pessoas em posição social desvantajosa, pertencentes ao estereótipo criminal, também leva à prática de “obras toscas”, ou seja, delitos praticados de maneira mais grosseira, com rudeza e, portanto, de fácil detecção⁸¹⁷. Soma-se a tudo isso o fato, já abordado, de que os contatos anteriores do indivíduo com o sistema penal apenas reforçam estereótipos e, desse modo, reduzem ainda mais o esforço necessário ao alcance da situação de vulnerabilidade concreta⁸¹⁸.

⁸¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal... *Cit.*, p. 270.

⁸¹² *Ibid.*, p. 270.

⁸¹³ *Ibid.*, p. 270.

⁸¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do direito penal... *Cit.*, p. 49.

⁸¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade... *Cit.*, p. 38.

⁸¹⁶ Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, citando Sutherland, menciona o fenômeno do “adestramento diferencial”: “Na sociedade há um *adestramento diferencial*, de acordo com o grupo de pertencimento, o qual desenvolve habilidades diferentes, segundo a respectiva camada e posição social (classe, profissão, nacionalidade, origem étnica, local de moradia, escolaridade etc.). Quando uma pessoa comete um delito, ela utiliza os recursos que o adestramento ao qual foi submetida lhe proporciona” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do direito penal... *Cit.*, p. 48).

⁸¹⁷ *Ibid.*, p. 47.

⁸¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal... *Cit.*, p. 273.

De outro lado, outras pessoas, porque em estado de vulnerabilidade muito baixo, precisam de grande esforço para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade. A criminalização desses indivíduos costuma ocorrer em duas hipóteses: no caso de *criminalização por comportamento grotesco ou trágico*, quando o autor pratica crime com extrema brutalidade, o que o torna vulnerável, ou no caso de *criminalização devida à falta de cobertura*. Esta última hipótese, bastante excepcional, se dá no contexto da perda de cobertura precedida da derrota em uma luta de poder⁸¹⁹. Alerta Zaffaroni que tais situações acabam por ajudar o sistema penal, na medida em que fortalecem a ilusão de que todos estão igualmente sujeitos à lei penal⁸²⁰.

Diante desse cenário, a reprovação somente seria possível em face do esforço pessoal para a vulnerabilidade e, portanto, inviável em razão do estado de vulnerabilidade do indivíduo. O esforço para a vulnerabilidade revela uma contribuição do sujeito “às pretensões legitimantes do poder punitivo e, portanto, contrário ao esforço redutor e pacificador do direito penal”⁸²¹. Tal contribuição sustenta o exercício do poder que o está criminalizando, de modo que fica reduzido o espaço de atuação das agências judiciais no sentido de contenção e limitação da intervenção penal. De modo diverso, aquele sujeito que, em estado de maior vulnerabilidade, tem menor autonomia para resistir à prática do ilícito e não contribui para o fortalecimento do poder punitivo, merece maior empenho da agência judicial em sua tarefa de limitação da intervenção penal e, conseqüentemente “quanto maior o poder de contenção exercido pelo julgador, menor será o juízo de culpabilidade por vulnerabilidade atribuído ao indivíduo e menor a sua pena”⁸²².

Estabelece-se, assim, uma ordem racional de preferência para o agir da agência judicial, diante da necessidade de sua atuação frente às demais agências e à demanda de manutenção de seu poder, sem que isso implique a legitimação da pena⁸²³. É nesse sentido que o esforço para a vulnerabilidade não é o *objeto* de reprovação e sim “critério para a distribuição do poder de contenção da agência judicial, sendo o espaço de que dispõe essa agência para obstar o processo de criminalização inversamente proporcional ao esforço realizado pelo agente”⁸²⁴. Compensar o dado da seletividade, ao incorporá-lo na

⁸¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do direito penal... *Cit.*, p. 49.

⁸²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal... *Cit.*, p. 271.

⁸²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade... *Cit.*, p. 39.

⁸²² LOUREIRO, Bruna Gonçalves da Silva. *Op. cit.*, p. 211.

⁸²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal... *Cit.*, p. 276.

⁸²⁴ LOUREIRO, Bruna Gonçalves da Silva. *Op. cit.*, p. 207.

culpabilidade, não significa uma legitimação total do poder punitivo, mas a redução de sua irracionalidade e a atenuação de seus efeitos deletérios ao impedir que a responsabilização ultrapasse o esforço pessoal do sujeito para atingir a situação concreta de vulnerabilidade⁸²⁵.

A culpabilidade penal funcionaria, nesses moldes, como a síntese da culpabilidade do ato e da culpabilidade pela vulnerabilidade, que – ao operar como “antítese redutora”⁸²⁶ – não pode ir além do limite máximo indicado pela reprovação da primeira, que realiza uma função negativa ou limitadora da culpabilidade total para a vulnerabilidade. Assim, em primeiro lugar, o julgador verificaria os requisitos normativos da culpabilidade (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa) e, em seguida, o grau de esforço pessoal para a vulnerabilidade. Nesses moldes, a culpabilidade pela vulnerabilidade jamais servirá à função de acréscimo de reprovação.

Afirmada a culpabilidade, consoante a forma ética – como culpabilidade pura pelo fato, segundo a autodeterminação com que o sujeito pôde deliberar e estabelecido segundo ela um certo grau de reprovação –, a culpabilidade pelo esforço do sujeito para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade se lhe opõe para contrabalançar a falta de atenção sobre o fenômeno da seletividade (na medida em que corresponda), e se sintetiza em uma culpabilidade normativa penal que pode reduzir a reprovação pelo ato, mas nunca ampliá-lo⁸²⁷.

Resta claro, desse modo, que não só a culpabilidade pela vulnerabilidade não se confunde com a culpabilidade de autor, como seus resultados são opostos, na medida em que, pela primeira, reprovam-se menos aqueles sujeitos cujos caracteres ou personalidade são tidos como perigosos somente por enquadrarem-se no estereótipo. Trata-se de um exercício do poder de forma contrasseletiva.

A culpabilidade pela vulnerabilidade satisfaz a necessidade de uma culpabilidade que não se baseie em presunções dentro de um universo ideal. Ao trazer para a sua construção o dado da seletividade, que muito permeia e limita o espaço de autodeterminação dos sujeitos, situando a sua liberdade, a teoria aproxima-se da realidade e, com olhos sensíveis, reduz os resultados de agravamento da miséria e da desigualdade oriundos da intervenção do poder punitivo. Funciona, assim, como contenção de um poder punitivo que ignora sua seletividade e limita-se a reafirmar a autodeterminação dos sujeitos

⁸²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: volume II, tomo 2... *Cit.*, p. 167.

⁸²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade... *Cit.*, p. 39.

⁸²⁷ *Ibid.*, p. 39.

de modo abstrato e genérico. A mudança de perspectiva em relação à teoria da coculpabilidade leva a teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade além da consideração de condições socioeconômicas e culturais, abordando a ideia da seletividade penal de forma mais ampla, além de minimizar a associação equivocada entre pobreza e criminalidade.

Entretanto, e tal qual ocorre com a coculpabilidade, a teoria em geral não encontra grande respaldo na jurisprudência, não havendo apreciação do assunto pelo Superior Tribunal de Justiça e, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sua rejeição⁸²⁸. A abordagem da culpabilidade pela vulnerabilidade, inclusive, se dá comumente em conjunto com a coculpabilidade, sem que sejam feitas as devidas distinções entre as teorias⁸²⁹. Assim, são frequentes também no que tange à aplicação da culpabilidade pela vulnerabilidade os argumentos já ventilados por ocasião da análise da jurisprudência acerca da coculpabilidade, como, por exemplo, que se trataria de “prêmio” ou inaceitável “justificativa” dados ao sujeito e ao delito por ele praticado⁸³⁰. No mesmo sentido, a indicar a confusão entre as teorias, argumenta-se que o Estado não pode ser

⁸²⁸ Em pesquisa junto ao Superior Tribunal de Justiça, não houve resultados para os termos “culpabilidade pela vulnerabilidade” ou “culpabilidade por vulnerabilidade”. Os termos “culpabilidade” e “vulnerabilidade” somente apareceram nas mesmas decisões de forma não relacionada, com o emprego de vulnerabilidade em sentido diverso do aqui proposto, para enfatizar uma situação de fragilidade da vítima e incrementar a punição. Foi, então, realizada pesquisa junto ao site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>>), por acórdãos com os termos “culpabilidade pela vulnerabilidade” ou “culpabilidade por vulnerabilidade”, a qual resultou em oitenta e cinco acórdãos, proferidos até novembro de 2020, que não aplicaram a teoria (rejeitando-a ou deixando de analisar seu cabimento), mediante os argumentos sintetizados.

⁸²⁹ Nesse sentido: **(i)** BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 4ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 0047362-59.2014.8.26.0114. Relator: Desembargador Camilo Léllis. Data de julgamento: 09/08/2016. Data de Publicação: 15/08/2016; **(ii)** BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 11ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 0005291-40.2014.8.26.0050. Relator: Desembargador Paiva Coutinho. Data de julgamento: 11/05/2016. Data de Publicação: 13/06/2016; **(iii)** BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 8ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 0038229-90.2014.8.26.0114. Relator: Desembargador Louri Barbiero. Data de julgamento: 17/03/2016. Data de Publicação: 17/03/2016; **(iv)** BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 1ª Câmara de Direito Criminal Extraordinária. Apelação Criminal nº 0024431-94.2013.8.26.0050. Relator: Desembargador Luis Augusto de Sampaio Arruda. Data de julgamento: 29/10/2015. Data de Publicação: 03/12/2015; **(v)** BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 8ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 0025053-76.2013.8.26.0050. Relatora: Desembargadora Ely Amioka. Data de julgamento: 13/08/2015. Data de Publicação: 01/09/2015.

⁸³⁰ Nesse sentido: **(i)** BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 0000347-76.2017.8.26.0571. Relator: Desembargador Sérgio Mazina Martins. Data de julgamento: 29/10/2018. Data de Publicação: 01/11/2018; **(ii)** BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 11ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 0101200-80.2012.8.26.0050. Relator: Desembargador Paiva Coutinho. Data de julgamento: 04/05/2016. Data de Publicação: 11/05/2016; **(iii)** BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 4ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 3019137-70.2013.8.26.0224. Relator: Desembargador Camilo Léllis. Data de julgamento: 10/11/2015. Data de Publicação: 12/11/2015; **(iv)** BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 4ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 3013225-92.2013.8.26.0224. Relator: Desembargador Camilo Léllis. Data de julgamento: 28/07/2015. Data de Publicação: 04/08/2015.

responsabilizado pelo delito, tampouco a sociedade⁸³¹, tendo em vista, ainda, que nem todos aqueles em situação socioeconômica desfavorável praticam delitos e que dificuldades financeiras não autorizam a prática de ilícitos⁸³².

Percebe-se, ainda, que a confusão entre as teorias faz com que persistam os problemas que levaram Eugenio Raúl Zaffaroni ao desenvolvimento da culpabilidade pela vulnerabilidade, como, por exemplo, a associação entre pobreza e criminalidade. Nesse sentido, destacam-se os seguintes trechos de dois acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo:

A pautar-se pelo conteúdo das referidas atenuantes e o caos se veria instalar [...] Pobreza e criminalidade não se conjugam, não podendo, a Sociedade, conviver com indivíduos que nem de longe professam os valores éticos pelos que pautam, seus cidadãos, suas vidas⁸³³.

[...] não há dúvida de que o juiz deve considerar, quando da fixação da pena, circunstâncias pessoais do agente, embora observados os limites do fato criminoso [...] Mas daí a se aceitar genericamente a condição de vulnerabilidade termo empregado pela doutrina (derivada da pobreza ou de uma outra condição social adversa), como circunstância atenuante ou mesmo, em último caso, como causa de exclusão da culpabilidade vai uma longa distância. Na realidade, o acolhimento da teoria da coculpabilidade termina por

⁸³¹ Nesse sentido: **(i)** BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 9ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 0018015-03.2015.8.26.0451. Relator: Desembargador Sérgio Coelho. Data de julgamento: 30/09/2020. Data de Publicação: 30/09/2020; **(ii)** BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 10ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 0006619-95.2014.8.26.0505. Relator: Desembargador Rachid Vaz de Almeida. Data de julgamento: 10/05/2018. Data de Publicação: 11/05/2018; **(iii)** BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 4º Grupo de Direito Criminal. Revisão Criminal nº 0067424-40.2015.8.26.0000. Relator: Desembargador Louri Barbiero. Data de julgamento: 06/07/2017. Data de Publicação: 06/07/2017; **(iv)** BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 8ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 0000485-50.2014.8.26.0635. Relator: Desembargador Louri Barbiero. Data de julgamento: 03/12/2015. Data de Publicação: 03/12/2015; **(v)** BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 4ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 0042697-32.2013.8.26.0050. Relator: Desembargador Ivan Sartori. Data de julgamento: 16/06/2015. Data de Publicação: 18/06/2015.

⁸³² Nesse sentido: **(i)** BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 13ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 0022339-12.2014.8.26.0050. Relator: Desembargador Marcelo Gordo. Data de julgamento: 10/11/2016. Data de Publicação: 18/11/2016; **(ii)** BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 3ª Câmara Criminal Extraordinária. Apelação Criminal nº 0007546-95.2011.8.26.0269. Relator: Desembargador Farto Salles. Data de julgamento: 07/10/2016. Data de Publicação: 10/10/2016; **(iii)** BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 10ª Câmara Criminal Extraordinária. Apelação Criminal nº 0066991-17.2014.8.26.0050. Relator: Desembargador Otávio de Almeida Toledo. Data de julgamento: 16/09/2016. Data de Publicação: 21/09/2016; **(iv)** BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 7ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 0017654-74.2011.8.26.0564. Relator: Desembargador Reinaldo Cintra. Data de julgamento: 07/04/2016. Data de Publicação: 12/04/2016; **(v)** BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 13ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 0048702-36.2014.8.26.0050. Relator: Desembargador Cardoso Perpétuo. Data de julgamento: 18/02/2016. Data de Publicação: 24/02/2016.

⁸³³ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 15ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 0095513-54.2014.8.26.0050. Relator: Desembargador Mauricio Valala. Data de julgamento: 17/08/2017. Data de Publicação: 21/08/2017.

gerar uma insegurança no sistema penal, representando a adoção da concepção equivocada e por demais reducionista de que o fator econômico-social explica toda a criminalidade⁸³⁴.

Em que pese os acórdãos neguem a associação entre pobreza e criminalidade, parecem concluir, equivocadamente, que é ela o pano de fundo de ambas as teorias. Há, ademais, o emprego do conceito de vulnerabilidade de forma desvinculada da teoria de Zaffaroni, associado mais à ideia de pobreza e menos, como pretende o autor, ao potencial daquele indivíduo ser selecionado pelo sistema penal, o que, como já visto, não é orientado exclusivamente por um vetor econômico ou de classe social. Exemplo do uso do termo desvinculado da proposta de Zaffaroni é o afastamento da atenuante pretendida em razão de o acusado receber seguro desemprego e possuir um trabalho eventual e informal⁸³⁵.

Também frequente o argumento de impossibilidade de aplicação da culpabilidade pela vulnerabilidade em razão da ausência de provas da situação de vulnerabilidade do acusado ou da inviabilidade prática de sua aplicação, em face da “subjetividade do conceito”⁸³⁶. Recorrente, ainda, a rejeição da teoria em virtude da inexistência de fundamento legal, positivação e/ou amparo jurisprudencial, tratando-se de “mera especulação acadêmica”⁸³⁷. Ao contrário do que foi exposto ao longo de todo o trabalho,

⁸³⁴ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 14ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 0024483-12.2015.8.26.0506. Relator: Desembargador Laerte Marrone. Data de julgamento: 06/07/2017. Data de Publicação: 10/07/2017. No mesmo sentido: (i) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 14ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 1509376-33.2020.8.26.0228. Relator: Desembargador Laerte Marrone. Data de julgamento: 12/11/2020. Data de Publicação: 12/11/2020; (ii) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 14ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 1500634-51.2018.8.26.0628. Relator: Desembargador Laerte Marrone. Data de julgamento: 10/05/2020. Data de Publicação: 10/05/2020; (iii) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 13ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 0003334-72.2012.8.26.0050. Relator: Desembargador Laerte Marrone. Data de julgamento: 24/10/2013. Data de Publicação: 25/10/2013.

⁸³⁵ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 8ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 0000237-97.2016.8.26.0608. Relator: Desembargador Sérgio Ribas. Data de julgamento: 08/02/2018. Data de Publicação: 09/02/2018.

⁸³⁶ Nesse sentido: (i) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 15ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 0000111-04.2018.8.26.0632. Relator: Desembargador Willian Campos. Data de julgamento: 08/05/2020. Data de Publicação: 08/05/2020; (ii) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 15ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 0000528-39.2017.8.26.0616. Relator: Desembargador Willian Campos. Data de julgamento: 01/04/2020. Data de Publicação: 01/04/2020; (iii) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 8ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 0002603-44.2013.8.26.0405. Relatora: Desembargadora Ely Amioka. Data de julgamento: 10/03/2016. Data de Publicação: 11/03/2016; (iv) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 8ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 0004377-74.2014.8.26.0664. Relator: Desembargador Lauro Mens de Mello. Data de julgamento: 18/02/2016. Data de Publicação: 22/02/2016; (v) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 12ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 0003687-85.2010.8.26.0405. Relator: Desembargador Vico Mañas. Data de julgamento: 27/01/2016. Data de Publicação: 01/02/2016.

⁸³⁷ Nesse sentido: (i) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 7ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 0005632-66.2014.8.26.0050. Relator: Desembargador Fernando Simão. Data de julgamento: 06/11/2014. Data de Publicação: 11/11/2014; (ii) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 8ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 0000276-11.2015.8.26.0550. Relator: Desembargador Edison Brandão. Data de julgamento: 05/09/2017. Data de Publicação: 06/09/2017; (iii)

há decisões que vão além do argumento da falta de previsão legal, defendendo que a teoria é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, destacam-se os seguintes trechos de três dos acórdãos pesquisados:

tais circunstâncias não encontram respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, que prevê a responsabilização criminal individual (e não social) àqueles que transgridem uma norma penal incriminadora. Além do mais, aceitar a justificativa de que o fato de um indivíduo ser socialmente vulnerável o torna mais propenso à repressão penal, tendo, por isso, uma culpabilidade menor, seria o mesmo que estimular a prática de crimes, tratando de maneira desigual as pessoas que respeitam as leis, sendo que, apesar de todas as dificuldades, vivem de forma honesta e idônea⁸³⁸.

Também, não merecem acolhida as teses alienígenas da ‘co-culpabilidade’ do Estado ou ‘culpabilidade por vulnerabilidade’, com a finalidade de reduzir a pena imposta ao peticionário. São justificativas sociais para as condutas criminosas, bem defendidas nas obras de Eugênio Raúl Zaffaroni e com alguma aplicação pontual nos tribunais argentinos, mas que não se amoldam à nossa legislação penal. A tripartição de poderes exige do Judiciário nacional a observância do ordenamento pátrio e não permite a adoção de teses alienígenas colidentes com a legislação aqui em vigor⁸³⁹.

Conforme já mencionado e de forma oposta ao decidido nos acórdãos supramencionados, a culpabilidade pela vulnerabilidade encontra eco na Constituição Federal, na medida em que realiza a igualdade material, corrigindo e minimizando a desigualdade que marca o poder punitivo. A teoria também vai ao encontro da dignidade da pessoa humana e da própria individualização da pena, sendo possível sua aplicação em

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 5ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 0086500-65.2013.8.26.0050. Relator: Desembargador Juvenal Duarte. Data de julgamento: 20/08/2015. Data de Publicação: 21/08/2015; **(iv)** BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 4ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 0000025-38.2014.8.26.0126. Relator: Desembargador Edison Brandão. Data de julgamento: 24/02/2015. Data de Publicação: 26/02/2015; **(v)** BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 0001694-63.2014.8.26.0050. Relator: Desembargador Almeida Sampaio. Data de julgamento: 26/01/2015. Data de Publicação: 04/02/2015; **(vi)** BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 3º Grupo de Direito Criminal. Revisão Criminal nº 0263154-91.2012.8.26.0000. Relator: Desembargador Juvenal Duarte. Data de julgamento: 30/10/2014. Data de Publicação: 03/11/2014.

⁸³⁸ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 1ª Câmara Criminal Extraordinária. Apelação Criminal nº 0011551-70.2013.8.26.0050. Relator: Desembargador Nelson Fonseca Junior. Data de julgamento: 02/03/2016. Data de Publicação: 04/03/2016. No mesmo sentido: **(i)** BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 1ª Câmara Criminal Extraordinária. Apelação Criminal nº 3014347-82.2013.8.26.0405. Relator: Desembargador Nelson Fonseca Junior. Data de julgamento: 04/05/2016. Data de Publicação: 06/05/2016; **(ii)** BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 1ª Câmara Criminal Extraordinária. Apelação Criminal nº 0006178-02.2014.8.26.0510. Relator: Desembargador Nelson Fonseca Junior. Data de julgamento: 30/03/2016. Data de Publicação: 01/04/2016.

⁸³⁹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2º Grupo de Direito Criminal. Revisão Criminal nº 0271432-81.2012.8.26.0000. Relator: Desembargador Euvaldo Chaib. Data de julgamento: 25/03/2014. Data de Publicação: 27/03/2014.

conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, com ou sem sua positivação, conforme se verá no tópico seguinte.

De fato, a proposta de culpabilidade de Zaffaroni (e, de modo geral, o que foi defendido até então) implica um tratamento desigual que, se não visualizado juntamente com o dado da seletividade (e com os outros elementos expostos no capítulo terceiro), pode parecer inconstitucional. No entanto, quando se estabelece que a seletividade é estrutural e permeia todo o sistema é exigência da igualdade material – a verdadeira igualdade – que a lei penal atue como corretivo, tratando desigualmente alguns indivíduos justamente porque desiguais frente ao poder punitivo. Verifica-se, contudo, que, não obstante ser o centro de toda a ideia de uma culpabilidade pela vulnerabilidade, o dado da seletividade é ignorado nas decisões mencionadas.

No mais, a problemática envolvendo a comparação do sujeito acusado com outros indivíduos ou com “cidadãos ideais” já foi exposta quando da análise das decisões acerca da aplicação da coculpabilidade. Ademais, é impossível estabelecer uma comparação fiel entre a realidade de dois ou mais sujeitos, na medida em que as circunstâncias que permeiam e constroem cada uma delas são múltiplas e diversas. Além disso, trata-se de voltar os olhos àquele indivíduo concreto e aos marcos do exercício de sua liberdade relacionados à situação de prática do injusto penal e subsequente seleção pelo sistema. A associação entre “pessoas que respeitam à lei” e “pessoas que vivem de forma honesta e idônea”, além de simplista, maniqueísta e subjetiva, reforça um mundo cortado em dois, uma verdadeira linha divisória que se presta à separação do “nós” e dos “outros”, permitindo que aos “outros” seja destinado tratamento indigno e desumano, que jamais recairia sobre o “nós”, ainda que diante da prática de um delito.

Ainda sobre o tema, também merece destaque trecho do acórdão abaixo colacionado, na medida em que aborda a temática da liberdade de forma expressa:

Como decorrência da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental à liberdade, o sistema normativo brasileiro pressupõe o indivíduo como livre e, em consequência, responsável por suas condutas. [...] Evidente que não se considera esta liberdade como absoluta. Todos os indivíduos estão cercados e são influenciados pelas mais diversas circunstâncias. Contudo, apenas em casos excepcionais e devidamente justificados [...] as circunstâncias se sobrepõem à vontade do indivíduo, determinando sua conduta. E, para estes casos, o Legislador pátrio previu de forma expressa causas excludentes da culpabilidade [...] apenas a excludente da culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa admite

hipóteses supralégais, sendo que estas somente são reconhecidas pelos Magistrados em casos excepcionais nos quais resta comprovado que não era possível ao agente optar por ação ou omissão diferente em razão de circunstâncias concreta específicas. Porém, a teoria da co-culpabilidade ou da vulnerabilidade social tem por base a equivocada noção de que todos os indivíduos desfavorecidos social ou economicamente seriam menos livres para agir, determinados a cometer infrações em razão de condições desfavoráveis, ou, então, por opressão e omissão da sociedade e do Estado. Se tal teoria fosse efetivamente aplicada, criarse-ia justificativa para que criminosos se colocassem no papel de vítimas, legitimadas a cometer delitos por supostamente não lhes restar outra opção de vida. Esta concepção, porém, além de não encontrar qualquer fundamento na realidade, representa verdadeira discriminação contra aqueles considerados hipossuficientes, retirando-lhes junto da intrínseca liberdade, sua própria dignidade como seres humanos capazes de deliberação e autodeterminação⁸⁴⁰.

Não obstante a argumentação contida na decisão, não se nega a liberdade, a autodeterminação, a capacidade de deliberação, tampouco a dignidade dos sujeitos “considerados hipossuficientes”. Ao contrário, reafirma-se a liberdade e a autodeterminação dos seres humanos como premissa, rejeitando-se tão somente a liberdade sem conteúdo definido, sem atenção ao indivíduo e às circunstâncias concretas que afetam o exercício de sua liberdade. Ainda, a solução proposta busca realizar a dignidade de cada pessoa, que deve ser considerada em toda sua complexidade e humanidade e não como dado abstrato, “objeto” de uma reprovação, por vezes predominantemente moral. Rejeita-se o determinismo, a associação entre pobreza e criminalidade, como já exposto. Tampouco é necessário que a prática do injusto seja a única opção do sujeito, bastando que a liberdade esteja situada sob a influência dos marcos expostos no capítulo terceiro, o que ocorre de forma graduável e permite que se verifique quanto “exigível” era a conduta lícita.

Outro ponto em comum em alguns julgados⁸⁴¹ e que merece destaque por ir de encontro à culpabilidade pela vulnerabilidade é o fato de sua aplicação ser afastada nos

⁸⁴⁰ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 9ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 0026937-72.2015.8.26.0050. Relator: Desembargador Amaro Thomé. Data de julgamento: 10/11/2016. Data de Publicação: 18/11/2016.

⁸⁴¹ Nesse sentido: (i) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 11ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 0000326-84.2015.8.26.0599. Relator: Desembargador Xavier de Souza. Data de julgamento: 29/06/2016. Data de Publicação: 06/07/2016; (ii) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 3ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 0033520-44.2013.8.26.0050. Relator: Desembargador Cesar Mecchi Morales. Data de julgamento: 17/11/2015. Data de Publicação: 19/11/2015; (iii) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 9ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 0034416-58.2011.8.26.0050. Relator: Desembargador Sérgio Coelho. Data de julgamento: 05/12/2013. Data de Publicação: 09/12/2013.

casos de indivíduos com passagem anterior pelo sistema penal. Conforme já apontado, a passagem anterior pelo sistema penal (independentemente da imposição de pena) somente reforça o estereótipo criminoso e os limites ao exercício de liberdade dos indivíduos, tornando-os alvos ainda mais frequentes desse mesmo sistema e, portanto, vulneráveis (estado de vulnerabilidade) para os fins da referida teoria. Não guarda, portanto, qualquer compatibilidade com a proposta o seu afastamento nos casos de acusados com histórico criminal.

Em que pese a recusa das teorias da coculpabilidade e da culpabilidade pela vulnerabilidade pelos tribunais mencionados, decerto que ambas são compatíveis com o ordenamento jurídico e, assim, passíveis de aplicação independentemente de positivação, sem prejuízo de que esta venha a ocorrer, em conformidade com os preceitos constitucionais. Nesse sentido, necessária a análise mais detida dos possíveis meios de enquadramento das teorias referidas na legislação brasileira, bem como da ideia geral ora desenvolvida de uma culpabilidade que abra os olhos à situação de liberdade, conforme exposto ao longo do trabalho.

4.3 A coculpabilidade, a culpabilidade pela vulnerabilidade e os marcos do exercício da liberdade na teoria do delito e na teoria da pena

4.3.1 A coculpabilidade e o pequeno esforço por vulnerabilidade como excludentes da culpabilidade

Conforme delineado no segundo capítulo, o conceito de inexigibilidade ganha relevo na obra de Berthold Freudenthal, baseado na ideia de que a reprovação reside no binômio poder e dever comportar-se de maneira diversa. Trata-se, conforme outrora defendido, de um fundamento geral supralegal de exculpação que surge, na obra do autor, em face da crise econômica que enfrentava a Alemanha da “República de Weimar”, após a derrota na 1ª Guerra Mundial. Nesse contexto, a coculpabilidade, quando defendida como causa de exculpação (e não apenas de diminuição da pena), o é com base na inexigibilidade de conduta diversa, o que vai ao encontro do sentido humanitário presente em sua origem. Nesse sentido, é correto afirmar que “as carências socioeconomicamente condicionadas dos sujeitos reduzem (em situações extremas, cancelam) sua culpabilidade, tanto quanto

qualquer outra carência que, segundo os cânones da culpabilidade normativa, afete ou suprima a autodeterminação”⁸⁴².

Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos destaca a total negação da normalidade das circunstâncias, fundamento concreto da exigibilidade da conduta conforme ao Direito, diante das condições sociais adversas às quais é submetida grande parte da população⁸⁴³. Faz-se necessário, assim, situar e fundamentar a inexigibilidade de conduta diversa nas condições reais de produção e circulação de riqueza, que geram acumulação em determinados e seletos grupos e exclusão para a classe dominada, com condições de vida insuportáveis e consequente marginalização⁸⁴⁴⁸⁴⁵. Por meio de um juízo de inexigibilidade

ampliado na direção das condições reais de vida do povo (fome, doença, desemprego, mortalidade infantil e prematura, envelhecimento precoce, desabrigo, desespero, analfabetismo, angústias e fúrias contidas, que explodem ante frustrações insignificantes, como gota d’água das frustrações/tensões/ansiedades acumuladas no curso da existência) [...] se pode democratizar, relativamente, o Direito Penal, reduzindo a criminalização de sujeitos penalizados, permanentemente, pelas condições de vida, e realizar, de fato, uma justiça mais justa, porque considera desigualmente sujeitos concretamente desiguais [...]”⁸⁴⁶.

Para Juarez Cirino dos Santos, a coculpabilidade relaciona-se diretamente com uma das causas de exculpação supralegais comumente mencionada pela doutrina: o conflito de deveres. Situam-se em conflito normativo os indivíduos que são levados a violar o dever jurídico de omissão de ações ilícitas para assegurar valores como vida, saúde, moradia, alimentação e escolarização de seus filhos. A violência da classe marginalizada, em um contexto em que as condições sociais adversas são uma constante, é uma reação normal à violência estrutural e institucional das relações de produção e do sistema jurídico⁸⁴⁷.

No mesmo sentido, Leandro Gornicki Nunes defende que a situação de conflito de deveres não pode ser resumida apenas à hipótese de estado de necessidade exculpante, na

⁸⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: volume II, tomo 2... *Cit.*, p. 172.

⁸⁴³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral... *Cit.*, p. 336.

⁸⁴⁴ GUILHERME, Lázaro Samuel Gonçalves. *Op. cit.*, p. 151.

⁸⁴⁵ Interessante pontuar que dificuldades financeiras de *sociedades empresárias* já foram reconhecidas pela jurisprudência pátria como causa supralegal de exclusão da culpabilidade em razão da inexigibilidade de conduta diversa. Nesse sentido: BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 5010322-95.2017.4.04.7001/PR. Relator: Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto. Data de julgamento: 22/05/2019.

⁸⁴⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: a nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 219.

⁸⁴⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral... *Cit.*, pp. 336-337.

medida em que seus pressupostos excluiriam as situações de miséria em que há conflito de deveres, nos moldes da doutrina penal alemã. O estado de necessidade exculpante é próprio da teoria diferenciadora, para a qual a hipótese de proteção de bem jurídico superior àquele sacrificado configura causa de justificação e a hipótese de proteção de bem jurídico equivalente ao violado é causa de exculpação, conforme previsão expressa da legislação penal alemã. No Brasil, adota-se a teoria unitária, encontrando previsão na lei apenas o estado de necessidade como justificação (artigo 23, inciso I, do Código Penal)⁸⁴⁸. Ante a ausência de previsão legal na legislação brasileira, a doutrina trata o estado de necessidade exculpante como causa supralegal de exculpação.

O problema apontado por Leandro Gornicki Nunes é justamente a rigidez necessária à configuração do estado de necessidade exculpante, como a exigência dos pressupostos da inevitabilidade do mal maior por outro comportamento e da escolha do mal menor. Isto porque “sempre se pode deixar de praticar a conduta injusta – apesar das penosas consequências [...] – e, muitas vezes, o ‘mal escolhido’ será qualificado como ‘maior’ por aqueles que fazem o *juízo de reprovação*, em regra” – como pôde ser observado nas decisões supracitadas – “fundados numa ideologia moralista, desgarrada do contexto de marginalidade e pobreza extremas”⁸⁴⁹.

Endossando as posições anteriores, Maurício Stegemann Dieter destaca a importância de uma causa de exculpação que reflita a essência da coculpabilidade, principalmente nos países periféricos, diante da produção estrutural das situações anormais. Tal qual ocorre em todos os casos encarados como conflitos de deveres, trata-se de situação envolvendo indivíduos em circunstâncias anormais (a cuja origem não deram causa), em que qualquer decisão será antijurídica. A pobreza implica negação da vida e violação de direitos humanos, o que dá causa a situações corriqueiras de conflito e a falta de legitimidade do Estado – que negligenciou as necessidades humanas básicas – leva ao afastamento da culpabilidade⁸⁵⁰.

Segundo Dieter, há uma dimensão ética para o conflito de deveres, na medida em que a escolha do mal menor vincula-se ao princípio ético material⁸⁵¹. Assim, basta, para a

⁸⁴⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral...** *Cit.*, pp. 237-238.

⁸⁴⁹ NUNES, Leandro Gornicki. **Culpabilidade e exculpação: o conflito de deveres** como causa (supra)legal de exculpação no Brasil. 2012. 178 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012, p. 137.

⁸⁵⁰ DIETER, Maurício Stegemann. **A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal e as situações supraleais de exculpação...** *Cit.*, pp. 165-167.

⁸⁵¹ Explica Dieter que “A possibilidade de produzir, reproduzir e desenvolver uma vida boa em comunidade é o princípio ético-material, ou ainda o critério ético-material fundamental de toda Ética, segundo DUSSEL”

exculpação, que o indivíduo atue eticamente em face do conflito de deveres, o que significa afirmar a vida em detrimento de sua negação – “afinal, situações excepcionais de risco para a reprodução e o desenvolvimento da vida em comunidade não podem ser censuradas pelo Direito, que só se justifica enquanto mediação necessária para a vida”⁸⁵². É o que afirma Leandro Gornicki Nunes quando conceitua o conflito de deveres como causa de exculpação como a situação em que a ordem jurídica não fornece critério para a solução de um conflito e o agente acaba agredindo bem jurídico ao decidir segundo o “*princípio universal* de toda ética: *produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito em sociedade*”⁸⁵³. A ideia de um fundamento ético a orientar o conflito de deveres, conclui Dieter, é fundamental à conclusão de que os indivíduos marginalizados devem sujeitar-se a um exame da culpabilidade mais brando, na medida em que vivem em condições de anormalidade que aumentam a fragilidade de sua existência⁸⁵⁴.

Ainda que sua realização independa de positivação, porque passível de reconhecimento como causa supralegal de exculpação, em harmonia com o ordenamento jurídico brasileiro (principalmente diante dos já mencionados resultados de redução da miséria, promoção da igualdade material e da dignidade humana), a criação de uma causa legal que reflita a ideia da coculpabilidade certamente reforçaria a sua aplicação, na medida em que o argumento da ausência de respaldo legal, bastante utilizado pela jurisprudência, restaria afastado. É o que sugere Grégore Moreira de Moura, propondo que a coculpabilidade seja positivada como mais uma causa de exclusão da culpabilidade, desde que o estado de miserabilidade seja uma dos fatores determinantes do crime. Assim, tratar-se-ia de “uma espécie de inexigibilidade social da conduta calcada na falta de expectativa de comportamento”, na medida em que, diante do caos que envolve o indivíduo marginalizado, sua conduta é esperada, além de consequência da omissão do Estado⁸⁵⁵.

Em resumo, a possibilidade de aplicação da coculpabilidade como causa de exclusão da culpabilidade e, conseqüentemente, do crime, situa-se na ideia de inexigibilidade de conduta diversa, diante da anormalidade das circunstâncias em que vive a população esquecida pelo Estado provedor.

(DIETER, Maurício Stegemann. **A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal e as situações supraleais de exculpação...** *Cit.*, p. 23).

⁸⁵² *Ibid.*, p. 169.

⁸⁵³ NUNES, Leandro Gornicki. *Op. cit.*, p. 135.

⁸⁵⁴ DIETER, Maurício Stegemann. **A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal e as situações supraleais de exculpação...** *Cit.*, p. 170.

⁸⁵⁵ MOURA, Grégore Moreira de. *Op. cit.*, pp. 129-130.

Concluindo, se a motivação anormal da vontade em condições sociais adversas, insuportáveis e insuperáveis pelos meios convencionais pode configurar situação de *conflito de deveres* jurídicos, então o conceito de *inexigibilidade de comportamento diverso* encontra, o flagelo real das *condições sociais adversas* que caracteriza a vida do povo das favelas e bairros pobres das áreas urbanas, a base de uma nova hipótese de exculpação supralegal, igualmente definível como *escolha* do mal menor – até porque, em situações sem alternativas, não existe espaço para a culpabilidade⁸⁵⁶.

Rogério Greco cita como possibilidade de exclusão da culpabilidade em razão da aplicação da coculpabilidade o caso hipotético de um casal de mendigos que, morando embaixo de um viaduto, é surpreendido por policiais praticando relações sexuais. Para o autor, não obstante tratar-se de local público, não haveria possibilidade de imputação do crime de ato obsceno, nos moldes do artigo 233 do Código Penal, uma vez que a sociedade os teria obrigado àquilo, diante da ausência de oportunidades de trabalho, de programas voltados à população de rua e da marginalização resultante, que os levou a viver em um mundo próprio, sem as regras da sociedade formal que os oprime⁸⁵⁷.

Por sua vez, a culpabilidade pela vulnerabilidade não é mero corretivo da culpabilidade normativa, caso em que somente seria capaz de incidir na teoria da pena. É, ao contrário, a própria culpabilidade do delito e, portanto, permite a exculpação do indivíduo em algumas situações⁸⁵⁸. Entretanto, segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, seu potencial de exclusão da culpabilidade se dá apenas excepcionalmente, pois uma vez presentes a conduta típica e a culpabilidade do ato haverá, em regra, certo esforço do sujeito para alcançar a situação de vulnerabilidade.

O autor cita como possibilidade de o ínfimo esforço por vulnerabilidade cancelar a culpabilidade do ato os casos em que há intervenção de agentes provocadores, ou seja, quando um ou mais funcionários de uma agência do sistema penal levam o sujeito à prática do injusto (é o caso, por exemplo, de agentes infiltrados). Em tais situações, diante do induzimento e/ou condicionamento por parte do próprio poder punitivo, não haveria espontâneo esforço por vulnerabilidade, sendo inviável – e imoral – a pretensão de exercer esse mesmo poder sobre o sujeito. Ressalta, ainda, que essa inviabilidade refere-se apenas

⁸⁵⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: a nova parte geral... *Cit.*, p. 338.

⁸⁵⁷ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral, volume 1. 17^a ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 477.

⁸⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: volume II, tomo 2... *Cit.*, p. 169.

àquele injusto a cuja prática houve induzimento, de modo que subsiste utilidade do agente provocador no tocante à prova de injustos anteriores⁸⁵⁹.

Além dessa hipótese e de forma mais geral, Bruna Gonçalves da Silva Loureiro, diante da ausência de um marco divisório claro entre um juízo de reprovação reduzido e a exclusão da culpabilidade com base no grau de esforço por vulnerabilidade, propõe que a exclusão ocorra sempre que

o grau de esforço empreendido pelo agente para alcançar a situação de vulnerabilidade seja tão mínimo e, por conseguinte, sua autonomia para a colocação na situação de risco criminalizante tão limitada, que a inflição da pena, com a consequente restrição de sua liberdade individual, constitua medida desproporcional à contribuição por ele dada na violação da norma, sendo essa desproporcionalidade suficiente para habilitar poder máximo de contenção à agência judicial⁸⁶⁰.

Por fim, para Zaffaroni, o ínfimo esforço para a vulnerabilidade também concorre com situações em que há exclusão da culpabilidade em razão da coação moral irresistível e da obediência hierárquica, ainda que a doutrina não faça tal menção. Em ambos os casos, o sujeito é levado à situação concreta de vulnerabilidade pelo coator ou superior hierárquico, existindo, portanto, baixo ou nenhum esforço por vulnerabilidade, além da redução do seu espaço de autodeterminação⁸⁶¹.

4.3.2 *A coculpabilidade e o pequeno esforço por vulnerabilidade como mitigadores da culpabilidade*

A coculpabilidade e o pequeno esforço para a vulnerabilidade são tratados de forma mais recorrente pela doutrina como causas que têm o condão de mitigar a pena, seja como circunstâncias judiciais, atenuantes ou causas de diminuição de pena, com sua positivação ou não, o que não exclui de qualquer forma seu tratamento como excludentes de culpabilidade.

⁸⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: volume II, tomo 2... *Cit.*, pp. 221-222.

⁸⁶⁰ LOUREIRO, Bruna Gonçalves da Silva. *Op. cit.*, p. 219.

⁸⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: volume II, tomo 2... *Cit.*, pp. 331 e 341.

A doutrina menciona duas possíveis formas de recepção da teoria da coculpabilidade pelo Código Penal, no âmbito da aplicação da pena, sem necessidade de sua positivação: por meio do artigo 59, como circunstância judicial ou por meio do artigo 66, como atenuante inominada.

O artigo 59 do Código Penal traz as chamadas circunstâncias judiciais, ou seja, os fatores que devem ser observados pelo juiz no momento da fixação da pena, mais especificamente na primeira etapa de sua dosimetria, bem como na consideração do regime inicial de cumprimento e em face de eventual substituição da pena privativa de liberdade. São eles a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime e o comportamento da vítima⁸⁶².

Em que pese a crítica ao emprego equivocado do termo culpabilidade no referido dispositivo⁸⁶³, tal circunstância revela uma das possíveis formas de absorção da coculpabilidade. Antes da reforma de 1984, o critério empregado pelo Código Penal era a “intensidade do dolo ou grau de culpa”. Para Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini, com as mudanças na teoria do delito e a reforma da lei, o emprego do termo “culpabilidade” nesse contexto deve ser entendido “como grau de reprovabilidade social da conduta concretamente considerada” o que, com exceção das outras circunstâncias judiciais e legais, deve compreender “todas as circunstâncias capazes de interferir na capacidade do sujeito de agir de outro modo”⁸⁶⁴. Luciano Anderson de Souza, por sua vez, afirma que, nesse momento, o julgador deve verificar os detalhes concretos dos pressupostos da culpabilidade:

Cuida-se de um elemento de determinação ou medição de pena, mensurado a partir da censurabilidade pessoal da conduta injusta. Assim, não é a culpabilidade enquanto elemento do crime, mas a esse conceito se liga, pois se atrela à sua medição para aferir quão reprovável foi a conduta criminosa. Imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa por certo têm de estar presente mas, neste momento de fixação da pena, o julgador verifica os detalhes concretos de tais pressupostos, isto é, considerações como grande maturidade do agente, consciência efetiva da ilicitude e possibilidades efetivas de ações diversas no

⁸⁶² “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”.

⁸⁶³ Cf. tópico 1.3.1.

⁸⁶⁴ JUNQUEIRA, Gustavo e VANZOLINI, Patrícia. *Op. cit.*, p. 595.

momento do crime [...] Na prática, lamentavelmente, observa-se que os julgados não lidam de maneira satisfatória com o conceito de culpabilidade do art. 59, atrelando-o, por conta da legislação anterior, a um velho ideário de ‘intensidade de dolo’ [...] ou de pautas calcadas em concepções aproximadas à culpabilidade pela condução de vida, de Mezger⁸⁶⁵.

É possível, assim, que as circunstâncias socioeconômicas e culturais do indivíduo concreto sejam aqui consideradas, na medida em que influenciem sua esfera de liberdade e sua capacidade de motivação pela norma, situando as possibilidades de agir de modo diverso.

Em que pese a possibilidade de compreensão da coculpabilidade no âmbito do artigo 59, do Código Penal, sua eficácia é questionável, na medida em que, em se tratando da primeira fase da dosimetria da pena e nos termos do inciso II do referido artigo, não seria possível sua redução aquém do limite mínimo estabelecido no preceito secundário do tipo penal.

O segundo instituto capaz de englobar a coculpabilidade vem previsto no artigo 66 do Código Penal, que traz a possibilidade de atenuação da pena em razão de “circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”. As chamadas atenuantes inominadas, expressamente admitidas pela lei, “constituem *outras* características relevantes ao fato, *anteriores* ou *posteriores* ao crime, não previstas legalmente mas capazes de influir no juízo de reprovação do autor pela realização do tipo de injusto”⁸⁶⁶. Trata-se de fórmula genérica que permite a consideração de um vasto catálogo de fatores – de forma acertada⁸⁶⁷ –, dentre eles a menor culpabilidade do agente.

É por meio do referido dispositivo que Eugenio Raúl Zaffaroni vislumbra a aplicação da teoria da coculpabilidade⁸⁶⁸. Para o autor, quando circunstâncias como “humilde condição social de uma pessoa, suas carências econômicas e de instrução, seu escasso acesso à medicina preventiva e curativa, e, no geral, o menor gozo dos direitos sociais”⁸⁶⁹ não sejam de tão elevado grau a ponto de afastar a culpabilidade, devem elas ser consideradas como atenuante, com fulcro no artigo 66 do Código Penal.

⁸⁶⁵ REALE JÚNIOR, Miguel [org.]. *Op. cit.*, pp. 195-196.

⁸⁶⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral... *Cit.*, p. 561.

⁸⁶⁷ Luciano Anderson de Souza já adverte sobre a cláusula aberta do artigo 66: “regra penal restritiva de direitos é econômica, enquanto regra penal permissiva é pródiga. Tal se cuida de m axioma penal, verdadeiro mantra do penalista, que jamais pode ser olvidado” (REALE JÚNIOR, Miguel [org.]. *Op. cit.*, p. 213).

⁸⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1 – parte geral... *Cit.*, p. 529.

⁸⁶⁹ *Ibid.*, pp. 715-716.

Ao lado de Zaffaroni, Salo de Carvalho defende que a coculpabilidade – abrangendo o déficit de condições socioeconômicas e também culturais – seja priorizada como circunstância atenuante obrigatória, mediante a permissão do artigo 66 do Código Penal que, assim, “já fornece um mecanismo para a implementação deste instrumento de igualização e justiça social”⁸⁷⁰.

No mesmo sentido, Juarez Cirino dos Santos também defende a aplicação da coculpabilidade como circunstância atenuante inominada. Como já mencionado, o autor enxerga a incorporação da teoria como causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa relacionada ao conflito de deveres, mas nos casos em que as condições sociais adversas não sejam suficientes à exculpação tratar-se-ia, então, de possibilidade de atenuação da pena com respaldo no artigo 66 do Código Penal:

crimes realizados no contexto de *condições sociais adversas*, por sujeitos marginalizados do mercado de trabalho e do processo de consumo, insuficientes para configurar o *conflito de deveres* como situações de exculpação podem caracterizar a *circunstância atenuante inominada* do art. 66, porque exprimiriam hipóteses de *co-culpabilidade* da sociedade organizada no poder do Estado, pela sonegação de iguais oportunidades sociais⁸⁷¹.

Sobre a segunda possibilidade de incorporação da coculpabilidade também recai a crítica de sua reduzida eficácia, na medida em que, não obstante inexistir previsão legal expressa nesse sentido, há entendimento consolidado na doutrina majoritária e na jurisprudência⁸⁷² no sentido de que também na segunda fase da dosimetria da pena, quando da aplicação das atenuantes e das agravantes, é vedado ao julgador ultrapassar os limites mínimo e máximo previstos no preceito secundário do tipo. Nesse sentido, a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça preceitua que “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

A possibilidade de aplicação da coculpabilidade, sem positivação, evidentemente não impede que haja a alteração do Código Penal, o que seria, inclusive, mais adequado, a

⁸⁷⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de e CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 75.

⁸⁷¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral... *Cit.*, p. 561.

⁸⁷² Em sentido diverso e de modo mais atento à individualização da pena e mais compatível com um Direito Penal redutor ora defendido: “Se, para cumprir a individualização da pena, é necessário o abrandamento desta pela incidência das atenuantes, mesmo quando a pena-base foi fixada no mínimo, a operação deve ser permitida, e aqui não há problema na violação à legalidade, pois o objetivo do princípio da legalidade é a proteção do cidadão contra o poder punitivo do Estado, que não seria atingido com o rebaixamento da pena. Contudo, se o agravamento da pena além do máximo fere a segurança exigida pelo princípio da legalidade, deve ser proibido. Em ambas as hipóteses, a maximização de princípios constitucionais dá adequada (e constitucional) solução ao problema” (JUNQUEIRA, Gustavo e VANZOLINI, Patrícia. *Op. cit.*, p. 626).

fim de que a previsão expressa da teoria sirva como reforço à sua aplicabilidade, principalmente diante da recusa da jurisprudência em considerá-la.

Nesse sentido, inclusive, o Projeto de Lei nº 3.473/2000 para a reforma da parte geral do Código Penal brasileiro⁸⁷³, com conteúdo elaborado por comissão de juristas presidida por Miguel Reale Júnior, previa justamente a inclusão das oportunidades sociais oferecidas ao autor ao texto do artigo 59 do Código Penal, de modo que a ideia por trás da coculpabilidade seria englobada ao ordenamento jurídico brasileiro de forma expressa como circunstância judicial. A redação do artigo 59 passaria a ser a seguinte:

O juiz, atendendo à culpabilidade, antecedentes, reincidência e condições pessoais do acusado, bem como as oportunidades sociais a ele oferecidas, aos motivos, circunstâncias e conseqüências do crime e ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente à individualização da pena⁸⁷⁴.

Infelizmente, o Projeto de Lei para reforma do Código Penal hoje já em trâmite perante o Senado Federal (PLS 236/2012)⁸⁷⁵ não prevê a coculpabilidade. Mais ainda, há parecer de seu Relator⁸⁷⁶, o Senador Pedro Taques, pela alteração do artigo 82 da proposta (cuja redação equivale ao atual artigo 66 do Código Penal), a fim de que sejam expressamente vedadas as atenuantes inominadas, o que caminha na contramão da Constituição Federal, da necessidade de realização da igualdade material e da redução da miséria. Eventual aprovação do Projeto com a modificação sugerida aumentará as vendas que cobrem os olhos da Justiça, cegando-a completamente diante da realidade social.

Sua positivação como atenuante genérica, por sua vez, dar-se-ia mediante a inclusão de nova alínea (“f”) ao inciso III do artigo 65 do Código Penal, que traz o rol das circunstâncias atenuantes. Trata-se, na visão de Grégore Moreira de Moura, de “proposta mais audaz, uma vez que a previsão expressa da co-culpabilidade como atenuante genérica

⁸⁷³ BRASIL. **Projeto de Lei 3.473/2000** (altera a Parte Geral do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências). Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/19717>>. Acesso em: 15 jan.2021.

⁸⁷⁴ MOURA, Grégore Moreira de. *Op. cit.*, p. 121.

⁸⁷⁵ BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

⁸⁷⁶ Segundo o Relator: “O art. 82 manteve regra muito aberta e vulnerável a subjetivismos do julgador, razão pela qual propomos a alteração feita. O máximo da vinculação do juízo aos parâmetros legais é a tendência doutrinária que merece ser prestigiada”. (BRASIL. **Parecer da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012**. Parecer nº 1.576/2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pls-23612-reforma-codigo-penal-relatado.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2021).

reforçaria a necessidade de sua aplicação, bem como limitaria o poder de liberdade e interpretação do magistrado”⁸⁷⁷.

Há, também, a possibilidade de aplicação da coculpabilidade como causa de diminuição de pena, o que demandaria necessariamente a reforma do texto penal, diante da ausência de cláusula genérica sobre o instituto. Nesse sentido, Grégore Moreira de Moura propõe a inclusão no artigo 29 de um novo parágrafo, com a seguinte redação:

se o agente estiver submetido a precárias condições culturais, econômicas, sociais, num estado de hipossuficiências e miserabilidade sua pena será diminuída de um terço (1/3) a dois terços (2/3), desde que estas condições tenham influenciado e sejam compatíveis com o crime cometido⁸⁷⁸.

Para o autor, trata-se da hipótese mais adequada de positivação da coculpabilidade, pois permitiria melhor individualização da pena aplicada, além de sua redução aquém do mínimo legal, já que situada na terceira fase da dosimetria da pena⁸⁷⁹.

Também defendendo a adoção da coculpabilidade como minorante, Rodrigo José Fuziger propõe a inserção de um artigo 22-A ao Código Penal, com a seguinte redação: “A pena deve ser reduzida de um a dois terços, se reconhecida como contributiva à conduta delitiva a condição de vulnerabilidade do agente, caracterizada por sua situação econômica e social, ocasionadas pela privação ou precariedade na oferta de direitos sociais”⁸⁸⁰. Para o autor, o posicionamento do dispositivo após as excludentes de culpabilidade seria mais adequado em comparação à proposta de Grégore Moreira de Moura, pois, tratando o artigo 29 do tema do concurso de pessoas, ficaria dificultada a visualização do vínculo entre coculpabilidade e culpabilidade.

A incorporação da culpabilidade pela vulnerabilidade como mitigadora da pena, por sua vez, deve levar em conta que, de modo diverso do que ocorre com a coculpabilidade, a primeira integra a própria culpabilidade como estrutura do delito, ao lado da culpabilidade do ato. Em casos extremos de baixíssimo ou nenhum esforço por vulnerabilidade, trata-se de hipótese de exclusão da culpabilidade, uma vez que o esforço por vulnerabilidade é seu elemento. Contudo, como já apontado, na medida em que a realização da conduta típica e a culpabilidade de ato implicam certo esforço do sujeito, a

⁸⁷⁷ MOURA, Grégore Moreira de. *Op. cit.*, p. 128.

⁸⁷⁸ *Ibid.*, pp. 128-129.

⁸⁷⁹ *Ibid.*, p. 129.

⁸⁸⁰ FUZIGER, Rodrigo José. *Op. cit.*, p. 352.

maior eficácia do conceito dá-se, para seu autor, “nas ocasiões em que a culpabilidade é chamada a participar da individualização da pena (arts. 59 e 29 CP)”⁸⁸¹.

A culpabilidade, encarada como o juízo que vincula o injusto ao seu autor, autorizando que sobre ele seja exercido o poder punitivo, projeta-se da teoria do delito, funcionando como principal indicador da máxima magnitude de pena cabível⁸⁸². Assim, a partir de um conceito de culpabilidade que incorpora o esforço por vulnerabilidade, este funcionará, em regra (pois para Zaffaroni somente em casos extremos haveria exclusão da culpabilidade), como elemento regulador da pena.

Ademais, ao conferir à culpabilidade como critério individualizador da pena o conteúdo do esforço por vulnerabilidade, Eugenio Raúl Zaffaroni afirma que desaparecem os problemas decorrentes do duplo emprego do termo “culpabilidade” (como categoria do delito e no âmbito dos artigos 29 e 59 do Código Penal)⁸⁸³.

Nesses termos, portanto, a culpabilidade pela vulnerabilidade serviria de indicador do “marco máximo do poder punitivo exercitável, dentro do qual os corretivos próprios da teoria da pena serão chamados a intervir”⁸⁸⁴. Sua aplicação como mitigadora da pena, dessa forma, nos moldes defendidos pelo autor, tem lugar nos artigos 29 e 59 do Código Penal, cabendo ao juiz considerar o esforço do sujeito para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade.

4.3.3 Impactos da liberdade situada pelo círculo vicioso do crime na formação do delito e na dosimetria da pena

Decerto que as teorias desenvolvidas por Eugenio Raúl Zaffaroni – coculpabilidade e culpabilidade por vulnerabilidade –, caso efetivamente aplicadas, têm o condão de reduzir sobremaneira o efeito que o sistema penal produz nos grupos que seleciona. Transformando o Direito Penal em um mecanismo contrasseletivo, atento às condições socioeconômicas e culturais dos indivíduos, bem como ao dado da seletividade, elas vão ao encontro da Constituição Federal, dos Direitos Humanos e de uma sociedade mais

⁸⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: volume II, tomo 2... *Cit.*, p. 221.

⁸⁸² *Ibid.*, p. 160.

⁸⁸³ *Ibid.*, p. 169.

⁸⁸⁴ *Ibid.*, p. 170.

verdadeiramente igual. Assim, sem a intenção de contrapor as referidas teorias, propõe-se uma terceira visão de um mesmo fenômeno, que se mistura com as anteriores e com elas compartilha fundamentos e intenções.

Ao longo do terceiro capítulo foram expostos elementos que compõem todo o círculo vicioso do crime. Trata-se de um círculo de produção de criminalidade e criminalização. A desigualdade social e a miséria compõem uma sociedade estagnada em classes e à população vulnerável não são dadas reais oportunidades de acesso aos meios legítimos de alcance dos bens e das metas compartilhadas. Isso contribui com a prática de determinadas condutas – porque reduz o número de condutas possíveis –, as quais são convertidas em crimes pela lei penal, editada por grupos hegemônicos e em favor de seus interesses. A seleção dos indivíduos, dentre o grande grupo de pessoas que incorrem em tipos penais, é realizada orientada também à população vulnerável que, após a passagem pelo sistema de justiça criminal, sofre com o estigma que ele produz e com a redução ainda maior do leque de possíveis condutas para alcance de metas e da própria sobrevivência.

Todo esse circuito, que abrange o déficit socioeconômico e cultural de determinados grupos – ideia por trás da culpabilidade – bem como o dado da seletividade – que orienta a culpabilidade por vulnerabilidade – tem um mesmo efeito: situar a liberdade dos indivíduos e reduzir as possibilidades de atuação em conformidade com a norma. Não só a miséria, a desigualdade e a negação de direitos reduzem o âmbito de liberdade dos sujeitos, conforme já defendido por ocasião da apresentação da teoria da culpabilidade. Também a seletividade tem esse efeito. Não se trata apenas de um dado que precisa ser compensado em nome da igualdade material, já que produzido pelo próprio Estado. Trata-se de um dado que precisa ser observado no momento da culpabilidade porque tem o condão de marcar a liberdade do sujeito no momento da escolha pela prática do delito, limitando seu exercício.

O sistema atua seletivamente orientado por estereótipos e tendo como alvo determinado grupo de indivíduos, separado principalmente por caracteres de raça e classe. Em um primeiro momento, a liberdade dos sujeitos é marcada por circunstâncias socioeconômicas e culturais que, na esteira da teoria da anomia e da privação relativa, reduzem o número de condutas possíveis para alcance de metas e bens. Restam ao sujeito marginalizado, nesse momento, poucas alternativas de comportamento para tais finalidades, enquanto ao sujeito privilegiado muitas se apresentam. O espaço de exercício da liberdade do primeiro, portanto, já está reduzido.

A lei penal surge, então, focada não nas condutas de modo geral (exclusivamente a partir de critérios “neutros”, como proteção de bens jurídicos comuns a todos, gravidade das condutas etc.), mas principalmente naquelas que restaram ao primeiro indivíduo. A ele, portanto, resta ainda uma menor possibilidade de agir em conformidade com a lei, principalmente se comparado ao sujeito privilegiado, porque das poucas condutas que lhe restaram muitas são taxadas como crimes. As condutas típicas, contudo, representam apenas uma parcela reduzida ou ínfima dentro do espaço de escolha do agir dos sujeitos não marginalizados, cujo resultado, diante da ampla gama de opções que o produzirá com menores “custos”, não compensa. A seletividade da criminalização primária, portanto, reduz diretamente (ainda que forma relativa, porque em comparação com o número total de condutas possíveis entre dois indivíduos em posições diferentes) a escolha do sujeito pelo agir em conformidade com o Direito.

A liberdade para agir lícito mais uma vez é reduzida quando as agências de criminalização secundária entram em ação. É muito maior a chance de um indivíduo marginalizado praticar uma conduta em tese típica e vê-la ser concretizada em um delito, com a imposição de uma pena. O agir em conformidade com a norma é subjetivo na visão das agências do sistema penal, porque marcado pela seletividade. Não só a liberdade para escolher uma conduta é reduzida para esses indivíduos, como também sua liberdade para escolher agir conforme à norma é relativizada aos olhos do sistema penal, porque a própria norma é diferente para cada uma das pessoas de acordo com seu pertencimento ou não a determinado grupo social. Uma mesma conduta pode ser contrária à norma se praticada por um sujeito estereotipado e marginalizado e não contrária à norma se praticada por um sujeito pertencente à classe mais poderosa, o que modifica, portanto, o espaço de agir lícito do primeiro de modo significativo.

Por fim, quando, porque alvos recorrentes do sistema em razão da seletividade, esses mesmos indivíduos sofrem os efeitos do estigma que ele produz, opera-se a redução final do seu espaço de liberdade e de escolha pelo agir em conformidade com o Direito. A marca do “ex-detento”, do “criminoso”, do “preso” reforça a seletividade, a marginalização e cerceia as oportunidades de inclusão social e no mercado de trabalho, de modo que, ao final de todo esse processo, restam pouquíssimas opções de conduta lícita para o alcance das metas de sucesso e dos bens necessários à sua vida e à sobrevivência dos seus.

Nesses moldes, a seletividade do sistema penal, tal qual a carência de direitos, atua diretamente e indiretamente no âmbito de liberdade dos indivíduos e, portanto, ainda que

descolada de um conceito de culpabilidade por vulnerabilidade, encontra espaço como fator de limitação do poder punitivo no âmbito da culpabilidade normativa, mais especificamente por meio da inexigibilidade de conduta diversa.

Nesse sentido, conforme exposto no segundo capítulo, defende-se que a exigibilidade de conduta diversa não só integra a culpabilidade como é noção que deriva de sua própria essência. O binômio saber e poder envolve toda a questão em torno da culpabilidade, somente sendo possível exigir do indivíduo uma conduta conforme ao Direito e, portanto, reprová-lo se não a adotou, se ele sabia o que fazia (porque tinha capacidade de entendimento e também podia conhecer a ilicitude) e se tinha capacidade de orientar-se, bem como um espaço mínimo de autodeterminação para agir conforme esse entendimento.

Desse modo, não será possível exigir uma conduta conforme ao Direito e, portanto, reprovar o sujeito, quando presente qualquer fator que suprima ou reduza consideravelmente (i) sua capacidade de entendimento, (ii) sua capacidade de orientação conforme ao Direito, (iii) sua potencialidade de conhecimento da ilicitude e/ou (iv) seu espaço de autodeterminação conforme esse conhecimento. A inexigibilidade, nesses moldes, é a essência de todas as causas que excluem a culpabilidade⁸⁸⁵, fazendo com que ao Estado não seja possível exigir do autor que se comporte conforme a norma, livrando-se dos impulsos contrários ao valor.

Reconhecer que condições socioeconômicas e culturais desfavoráveis e a seletividade do sistema atuam sobre o espaço de autodeterminação do sujeito, moldando sua liberdade e o rol de possíveis comportamentos conforme e contrários à norma, é reconhecer que tais fatores podem servir à exclusão – porque inexigível conduta diversa – ou redução da culpabilidade, quando a possibilidade de exigência for reduzida, mas não excluída. Mais uma vez, importante ressaltar que a possibilidade de comportar-se de acordo com a norma não deve ser encarada com a extrema rigidez – e moralismo – que comumente é encontrada nas decisões judiciais. Assim como o sujeito coagido moralmente de forma irresistível pode optar por não ceder à coação e ver seu bem sacrificado, o sujeito que tem a liberdade situada por condições socioeconômicas desfavoráveis e pela seletividade sempre terá uma opção lícita (a mendicância, por exemplo). O juízo, portanto,

⁸⁸⁵ DIETER, Maurício Stegemann. **A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal e as situações supraleais de exculpação...** *Cit.*, p. 53.

deve levar em conta não só as condutas possíveis (sua existência física), como também as exigências possíveis de serem feitas.

Trata-se de dar à inexigibilidade de conduta diversa em razão da supressão ou significativa redução do espaço de autodeterminação a roupagem que ela deve ter: uma causa que se destine a abranger toda a imensa gama de situações concretas em que a situação de liberdade do sujeito afeta sua escolha pela prática do injusto de forma muito significativa. O necessário destaque, dentre todas essas possíveis situações e circunstâncias, às condições socioeconômicas e culturais e à seletividade tem razão de ser por dois motivos principais: (i) elas são comumente exógenas ao indivíduo, produzidas pelo Estado e pela sociedade e, portanto, não podem prejudicá-los e (ii) são elas que orientam todo o agir do sistema penal, levando ao aprisionamento desproporcional e desarrazoado de indivíduos negros e periféricos. Não é mais possível suportar uma sociedade em que o Direito Penal compactue de forma tão escancarada com a miséria e com a desigualdade, reduzindo seres humanos à situação de coisas, removendo toda sua humanidade.

Nesse sentido, condições socioeconômicas e culturais desfavoráveis e a seletividade podem e devem ser consideradas no âmbito da culpabilidade (i) como excludentes de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa em razão da supressão ou intensa redução do espaço de autodeterminação e (ii) como mitigadoras da pena quando a intensidade da redução do espaço de autodeterminação não for tão intensa a ponto de excluir por completo a reprovação. Nos moldes já mencionados, essa consideração independente de positivação, que, contudo, é recomendada como reforço à sua aplicação pelo julgador. Sobre a graduação da exigibilidade de conduta em face das circunstâncias, discorre Juarez Cirino dos Santos que:

o grau de *exigibilidade de comportamento diverso* de autor consciente do tipo de injusto varia numa escala graduável entre o extremo de *plena normalidade* das circunstâncias do tipo de injusto (que define a *plena dirigibilidade normativa*), como máximo *poder pessoal de não fazer o que faz*, e o extremo de *plena anormalidade* das circunstâncias do tipo de injusto (que define ausência de *dirigibilidade normativa*), como inexistência do *poder pessoal de não fazer o que faz*, expressa nas *situações de exculpação* legais e supralégais, passando por todos os graus intermediários das gradações de *normalidade/anormalidade* do tipo de injusto, que reduzem o poder pessoal de *não fazer o que faz*, necessariamente

mensuradas na *exigibilidade de comportamento diverso* e, portanto, expressas na *medida* da pena⁸⁸⁶.

A leitura da culpabilidade nesses moldes encontra respaldo na igualdade material, cujos contornos foram delineados no primeiro capítulo. A discriminação operada em âmbito jurídico, nesses casos, seria adequada e não arbitrária⁸⁸⁷. O critério – sujeição a condições sociais, econômicas e culturais desfavoráveis e à seletividade – diz respeito à situação concreta de determinados indivíduos como imposição em razão de sua pertença à determinada classe social, no contexto de um País desigual social e racialmente, operando a partir da lógica da forma mercadoria. A correlação lógica entre o critério e o tratamento desigual – redução ou eliminação da culpabilidade – fica estabelecida na medida em que a submissão a condições sociais, econômicas e culturais desfavoráveis e à seletividade tem impacto sobre o espaço de liberdade dos indivíduos, sendo esta o fundamento material do instituto. As teorias criminológicas e considerações apresentadas no terceiro capítulo dão suporte à construção e compreensão desse impacto. Por fim, há total compatibilidade da proposta com as finalidades e valores constitucionais mencionados ao longo do trabalho, na medida em que a discriminação prestigia valores e objetivos como a dignidade da pessoa humana, a isonomia, a redução das desigualdades e da miséria, a individualização da pena, dentre outros.

Importante destacar, por fim, que todas as propostas apresentadas no presente capítulo atendem às finalidades constitucionais supracitadas e à demanda urgente pela redução dos efeitos deletérios que o sistema penal produz nos indivíduos já excluídos e marginalizados. Nesse sentido, inserem-se no contexto de um Direito Penal redutor, que sirva como contrapeso a um poder violento e seletivo. É o caso, portanto, de orientar sua aplicação por critérios de maior aceitação e eficácia, a fim de que sejam otimizados seus efeitos. O critério da eficácia encontra eco, por exemplo, na proposta de Rodrigo José Fuziger, quando o autor sugere que a coculpabilidade seja positivada como minorante e não como atenuante, permitindo, assim, uma redução da pena aquém do mínimo legal. A aceitação das propostas, por sua vez, infelizmente encontra barreiras cuja superação extrapola o campo do Direito. Não se tratam, contudo, de devaneios acadêmicos que jamais encontrarão eco na realidade, argumento que pode ser comprovado por meio de um breve estudo das demais leis penais latino-americanas.

⁸⁸⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral... *Cit.*, p. 529.

⁸⁸⁷ A partir dos critérios desenvolvidos por Celso Antônio Bandeira de Mello, explanados no primeiro capítulo.

4.4 Experiências das leis penais latino-americanas

Não obstante a ausência de previsão expressa na legislação brasileira e a rejeição da influência de fatores socioeconômicos e culturais desfavoráveis na culpabilidade pela maior parte da jurisprudência, outros países latino-americanos já incorporaram em suas legislações dispositivos atinentes à dosimetria da pena que em muito se aproximam das ideias até aqui traçadas, mormente da coculpabilidade. Nesse sentido, o destaque para os países latino-americanos dá-se justamente com a intenção, delineada ao longo do trabalho, de aproximar o saber penal da realidade periférica, em muitos aspectos abissalmente distante das realidades europeia e norte-americana.

A incorporação de instrumentos que busquem uma compensação de condições sociais adversas e da intensa seletividade em desfavor dos indivíduos marginalizados, quando e porque relacionadas com o fenômeno do crime, ganha melhores contornos e maiores impactos nos países em que tais fatores são estruturais, não excepcionais e atingem grande parte da população. A perspectiva eurocêntrica, de forma isolada, talvez não seja capaz de dimensionar todo esse fenômeno, bem como a urgência de medidas que obstaculizem o crescente e racializado aprisionamento de determinadas classes, em total afronta à dignidade, à democracia e aos direitos humanos.

Nesse contexto, merecem destaque Argentina, Bolívia, Colômbia, Equador, El Salvador, México, Paraguai e Peru, como países cujos Códigos Penais fazem menção expressa às circunstâncias socioeconômicas e culturais envolvendo o autor do delito. Outros países, como Costa Rica, Cuba, Guatemala, Honduras, Nicarágua, Panamá, Uruguai e Venezuela possuem previsões genéricas a respeito de circunstâncias que podem influenciar a fixação da pena, nos moldes brasileiros, o que poderia permitir a consideração de fatores socioeconômicos, além do dado da seletividade, pelos magistrados.

O Código Penal argentino prevê em seu artigo 41, dentre os fatores a serem considerados na dosimetria da pena, “a idade, a educação, os costumes e a conduta precedente do sujeito, a qualidade dos motivos que o levaram a delinquir, *especialmente a miséria ou a dificuldade de ganhar o sustento próprio necessário e dos seus [...]*”⁸⁸⁸. A

⁸⁸⁸ “ARTICULO 40.- En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

ARTICULO 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: 1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados; 2º. La edad, la

partir da leitura conjunta com o artigo 40, extrai-se que as circunstâncias descritas no artigo 41 podem ser empregadas como agravantes ou atenuantes, mas, como alerta Grégore Moreira de Moura, no País de seu principal autor, a doutrina sempre encara a coculpabilidade como circunstância atenuante⁸⁸⁹.

O Código Penal boliviano, por sua vez, prevê a influência de circunstâncias socioeconômicas na dosimetria da pena em dois artigos. Sob o título “circunstâncias”, o artigo 38 determina que, na consideração da personalidade do autor (fator a ser ponderado pelo juiz na determinação da pena, conforme artigo 37), deve ser levada em conta sua “situação econômica e social”. Além da previsão como circunstância judicial, no âmbito da personalidade, há também, sob o título de “atenuantes gerais”, a previsão no artigo 40 da miséria que, se a impulsionar o autor, atenua sua pena⁸⁹⁰. A dupla previsão pelo legislador boliviano, além de significar o reconhecimento da omissão estatal, parece reforçar a necessidade de sua efetiva aplicação, trazendo maior segurança jurídica ao cidadão⁸⁹¹.

A legislação penal da Colômbia, de forma ainda mais abrangente, prevê em seu artigo 56 a redução da pena – quando não for o caso de exclusão da responsabilidade – de “quem executa a conduta punível sob a influência de profundas situações de marginalidade, ignorância ou pobreza extremas, na medida em que tenham influenciado diretamente na execução da conduta punível”⁸⁹². Fica clara, pela redação do artigo, que há

educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso” (ARGENTINA. **Código penal de la nación Argentina**. Ley 11.179. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>>. Acesso em: 15 jan. 2021).

⁸⁸⁹ MOURA, Grégore Moreira de. *Op. cit.*, p. 101.

⁸⁹⁰ “ARTICULO 37°.- (FIJACION DE LA PENA). Compete al juez, atendiendo la personalidad del autor, la mayor o menor gravedad del hecho, las circunstancias y las consecuencias del delito: 1. Tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho, en la medida requerida para cada caso. 2. Determinar la pena aplicable a cada delito, dentro de los límites legales.

ARTICULO 38°.- (CIRCUNSTANCIAS). 1. Para apreciar la personalidad del autor, se tomará principalmente en cuenta: a) La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente y posterior del sujeto, los móviles que lo impulsaron a delinquir y su situación económica y social. [...]

ARTICULO 40°.- (ATENUANTES GENERALES). Podrá también atenuarse la pena: 1. Cuando el autor ha obrado por un motivo honorable, o impulsado por la miseria, o bajo la influencia de padecimientos morales graves e injustos, o bajo la impresión de una amenaza grave, o por el ascendiente de una persona a la que deba obediencia o de la cual dependa” (BOLÍVIA. **Código penal**. Ley 1.768/1997. Disponível em: <https://oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Bolivia.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021).

⁸⁹¹ MOURA, Grégore Moreira de. *Op. cit.*, p. 110.

⁸⁹² “Artículo 56. El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición”

a possibilidade de, conforme sua magnitude, tal circunstância funcionar também como excludente da culpabilidade.

O Código Penal de El Salvador também traz, dentre os fatores que devem ser considerados para a fixação da pena, “as circunstâncias que rodearam o fato, em especial, as econômicas, sociais e culturais do autor”⁸⁹³.

A legislação equatoriana, não obstante prever a “indigência, a família numerosa ou a falta de trabalho”⁸⁹⁴ como fatores que, colocando o agente em situação excepcional, atenuam a pena, o fez tão somente em relação aos crimes contra a propriedade. De fato, o nexo causal entre a existência de fatores socioeconômicos desfavoráveis, a prática do injusto e a redução da pena é mais facilmente verificado nos crimes contra a propriedade, mas não há exclusividade, de modo que não parece adequado reduzir, desde logo, a aplicabilidade da atenuante.

O Código Penal mexicano traz a ideia de coculpabilidade como circunstância judicial, prevendo que a fixação da pena e, de modo mais amplo que as demais legislações citadas, também das medidas de segurança levará em conta “a idade, a educação, a ilustração, os costumes, as condições sociais e econômicas do sujeito, assim como os motivos que o impulsionaram ou determinaram a delinquir”⁸⁹⁵. A respeito da norma citada, afirma Grégore Moreira de Moura que, em que pese a globalização e o neoliberalismo ainda levarem significativamente à exclusão social e à desigualdade no México, o País, ao contrário do Brasil, “já se adiantou na tentativa de minorar as perversas consequências que

(COLÔMBIA. **Código penal.** Ley 599/2000. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_colombia.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021).

⁸⁹³ “Art. 63.- La pena no podrá exceder el desvalor que corresponda al hecho realizado por el autor y será proporcional a su culpabilidad. Para la determinación de la pena, en cada caso, se tendrá especialmente en cuenta: [...] 4) Las circunstancias que rodearon al hecho y, en especial, las económicas, sociales y culturales del autor” (EL SALVADOR. **Código penal.** Decreto 1.030. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_el_salvador.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021).

⁸⁹⁴ “Art. 29.- Son circunstancias atenuantes todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de la infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto al acto y sus consecuencias, disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en la sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor, como en los casos siguientes: [...] 11º.- En los delitos contra la propiedad, cuando la indigencia, la numerosa familia, o la falta de trabajo han colocado al delincuente en una situación excepcional; o cuando una calamidad pública le hizo muy difícil conseguir honradamente los medios de subsistencia, en la época en que cometió la infracción” (EQUADOR. **Código penal.** Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_penal.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021).

⁸⁹⁵ “Artículo 52.- El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta: [...] V.- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres”. (MÉXICO. **Código penal federal.** Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_mex_anexo7.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021).

o novo modelo econômico internacional causa, com a previsão da co-culpabilidade no art. 52⁸⁹⁶.

O Código Penal paraguaio, por sua vez, também faz breve menção às condições econômicas do autor do delito como circunstância a ser considerada na medição da pena. Tal qual o Código Penal argentino, a redação legal abre a possibilidade de tal circunstância agravar ou atenuar a pena: “ao determinar a pena, o tribunal sopesará todas as circunstâncias genéricas favoráveis e contrárias ao autor e particularmente [...] a vida anterior do autor e suas condições pessoais e econômicas”⁸⁹⁷.

O artigo 45 do Código Penal peruano, igualmente, dispõe que o juiz, no momento de fundamentar e determinar a pena, deve considerar “as carências sociais que haja sofrido o agente”, além de sua cultura e costumes e dos interesses e direitos da vítima ou de seus familiares ou dependentes⁸⁹⁸. A norma consagra, nesses termos, a coculpabilidade.

As previsões das legislações penais latino-americanas supracitadas servem de reforço à possibilidade – além da premente necessidade – de o Brasil encarar as circunstâncias econômicas, sociais e culturais do sujeito, além do dado da seletividade, como fatores que podem e devem afetar a construção do delito e a medição da pena. Não se trata de mera especulação acadêmica, portanto, mas de exigência da igualdade e exercício de humanidade, já efetuado por outros países periféricos. Por outro lado, não é desconhecido um dos principais obstáculos à sua efetiva aplicação: a ideologia.

4.5 As lentes da ideologia

O presente trabalho iniciou-se com considerações destinadas à limitação do alcance e do potencial do Direito a partir de suas implicações estruturais relacionadas ao

⁸⁹⁶ MOURA, Grégore Moreira de. *Op. cit.*, p. 104.

⁸⁹⁷ “Artículo 65.- Bases de la medición [...] 2º Al determinar la pena, el tribunal sopesará todas las circunstancias generales en favor y en contra del autor y particularmente: [...] 6. la vida anterior del autor y sus condiciones personales y económicas” (PARAGUAI. **Código penal**. Ley 1.160/1997. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_paraguay.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021).

⁸⁹⁸ “Artículo 45. Presupuestos para fundamentar y determinar la pena [...] El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta: a. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad. b. Su cultura y sus costumbres. c. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad” (PERU. **Código penal**. Decreto legislativo 635. Disponível em: <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/\\$FILE/COD-PENAL_actualizado_16-09-2018.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/$FILE/COD-PENAL_actualizado_16-09-2018.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2021).

modo de produção capitalista. Conhecidas tais limitações e, após a exposição da lógica preferível, porque mais humana e alinhada à Constituição Federal, são necessários novos adendos que o encerrem.

Nesse sentido, já estabelecido o alcance de uma proposta de reforma do sistema penal, questiona-se a sua aplicabilidade no contexto de uma sociedade que caminha na contramão de uma humanização do Direito Penal, que, em geral, clama por mais punição, que pretende a criminalização de cada vez mais condutas, que pouco se importa com a exclusão social e marginalização das classes desfavorecidas ou com a desigualdade que assola o País.

Não só a implementação de uma reforma do sistema pelas vias legislativas é dificultada diante do cenário conservador instalado nos poderes Executivo e Legislativo, como também existem óbices à sua aplicação pelo Poder Judiciário, principalmente a partir da compreensão da chave de leitura empregada pelas visões críticas sobre a hermenêutica jurídica, as quais afirmam que a hermenêutica faz-se a partir da ideologia.

Sem a pretensão de aprofundamento ou esgotamento do tema, as breves considerações sobre ideologia e hermenêutica destinam-se ao reconhecimento dos obstáculos à aplicação de visões contramajoritárias e de um caminho para sua superação.

4.5.1 *Ideologia e hermenêutica*

Alysson Leandro Mascaro⁸⁹⁹, ao tratar da Filosofia do Direito contemporânea, propõe sua classificação em três grandes vertentes, cada qual agrupando diversas posições filosóficas que possuem elementos gerais em comum. Trata-se, como alerta o próprio autor, de uma sistematização que reúne modos distintos de ver o Direito em três possíveis horizontes, a qual, em razão de seu caráter didático, é adequada a uma análise que se pretende breve sobre um tema de grande complexidade.

A primeira delas, a visão juspositivista, abarca, de modo geral, aqueles que legitimam e aceitam o Direito e as instituições políticas e jurídicas, identificando Estado e Direito. O Direito, de forma reducionista, é resumido à sua manifestação e elaboração estatal, estando contido nos limites do Estado⁹⁰⁰. A segunda vertente é aquela não juspositivista que, ao contrário da anterior, encaminha-se para uma percepção realista do

⁸⁹⁹ MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito...** *Cit.*, pp. 310-313.

⁹⁰⁰ MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito...** *Cit.*, p. 53.

Direito. A sua compreensão é expandida para além das normas jurídicas, alcançando as relações concretas de poder. Por fim, a perspectiva crítica é atrelada ao marxismo e busca a análise do Direito a partir da totalidade das relações sociais, das estruturas do todo histórico-social, rompendo com o reducionismo, seja ao normativismo, seja ao poder⁹⁰¹.

São diversos os filósofos contidos em cada uma das vertentes, cujas obras abrangem os mais variados temas relacionados à Filosofia do Direito. O recorte aqui proposto, entretanto, atine apenas ao tema da hermenêutica jurídica, na medida em que se destina à verificação da possibilidade de aplicação, na sociedade atual, de uma norma penal produtora de um resultado de menor exclusão social. Nesse sentido, Hans Kelsen, Hans-Georg Gadamer e Louis Althusser emergem, respectivamente, como representantes de cada uma das correntes no campo da hermenêutica.

A hermenêutica própria do juspositivismo é a dominante na seara do Direito, que, com base no modelo da subsunção, aloca o jurista à posição de seu mero operador a partir de um sistema fechado, lógico e que deve ser dotado de alta previsibilidade. É essa a filosofia que serve de apoio à burguesia após a decadência do jusracionalismo⁹⁰², que busca mais a preservação de um sistema geral do Direito do que o alcance do justo no caso concreto. O fenômeno jurídico deve limitar-se à técnica, não dialogando com a verdade social⁹⁰³. Já a partir de uma primeira análise, verifica-se que a visão juspositivista é aquela que menos se aproxima das premissas e conclusões do presente trabalho.

Hans Kelsen é o maior representante de um juspositivismo estrito, pautado no uso técnico-normativo do Direito, no dever-ser, em um discurso que não é “sobre a igualdade do direito positivo à justiça, mas apenas o encerramento científico do direito em seus limites normativos, sem juízos de valor”⁹⁰⁴. Sua teoria pura consolida uma ciência do Direito que se afasta dos dados concretos da realidade, uma ciência que é normativa e que, portanto, opera a partir da interpretação.

Para Kelsen, o que transforma um fato em um ato jurídico, ou seja, o que lhe confere sentido jurídico específico é a norma que a ele refere-se com o seu conteúdo; em outras palavras, dizer que um ato ou conduta humana é ato jurídico ou antijurídico implica a realização de uma interpretação normativa. A norma é que confere ao ato a roupagem de

⁹⁰¹ MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito...** *Cit.*, p. 448.

⁹⁰² “O jusracionalismo, como expressão imediata, no plano teórico, de todos os interesses fundamentais da burguesia para suas atividades mercantis e produtivas, pautava-se na defesa intransigente da propriedade privada, da igualdade formal e da liberdade contratual. Tais princípios foram elevados à condição de direitos naturais dos homens, porque, nas palavras dos pensadores burgueses, a *Razão* assim impunha” (*Ibid.*, p. 320).

⁹⁰³ *Ibid.*, p. 321.

⁹⁰⁴ *Ibid.*, p. 339.

ato jurídico; essa norma, por sua vez, foi produzida por um ato jurídico que recebeu tal atributo mediante outra norma⁹⁰⁵. A interpretação, nesse cenário, é uma operação mental a partir da qual o intérprete acompanha o processo de aplicação do Direito, na sua evolução de um escalão superior para um escalão inferior.

Na hipótese em que geralmente se pensa quando se fala de interpretação, na hipótese de interpretação da lei, deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto⁹⁰⁶.

Interpretar é fixar o sentido do objeto a interpretar e, tratando-se da interpretação jurídica, seu resultado será a fixação de uma moldura, dentro da qual residem as possíveis soluções – em razão da indeterminação do ato jurídico – para a situação que se lhe apresenta⁹⁰⁷.

O modelo de aplicação do Direito que ainda prevalece hoje é centralizado na subsunção, na utilização do método da dedução: a partir do geral, que é a norma jurídica, transporta-se sua previsão ao particular, que é o caso concreto, extraíndo-se daí a decisão judicial. A aplicação do Direito é lógica: o juiz realiza a subsunção da norma, cujo sentido já conhece, aos fatos que lhe são apresentados.

A crença na compreensão da norma jurídica a partir dela mesma e no intérprete hermético e exclusivamente racional, que se abstém de qualquer julgamento sobre o fato diverso daquele orientado por esse processo lógico, é artificial e faz com que a visão juspositivista afaste-se do entendimento do Direito como um todo e dele diante da realidade social. A crítica que se faz centraliza-se no fato de que

O jurista não se desconecta de sua situação existencial. Depara-se o jurista com casos, e, em cada qual desses casos, ele tem um lado e uma específica perspectiva de seu afazer jurídico. Seja advogado ou promotor, ele está em defesa ou acusação de uma parte. Mas, ainda que seja juiz, ou então doutrinador, afastado a princípio do problema, ele é alguém que tem convicções, experiências, ideologia, compromissos políticos, econômicos, culturais, religiosos, de classe social. Daí que o jurista nunca analisa a norma a partir do nada. Ele lê a norma de acordo com sua visão de mundo⁹⁰⁸.

⁹⁰⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 04.

⁹⁰⁶ *Ibid.*, p. 387.

⁹⁰⁷ *Ibid.*, p. 390.

⁹⁰⁸ MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito...** *Cit.*, p. 170.

Nesse contexto, a vertente não juspositivista não marxista⁹⁰⁹, como uma crítica ao reducionismo à técnica normativa operado pelo juspositivismo, busca a manifestação do fenômeno jurídico na realidade social⁹¹⁰. No seu âmbito, a hermenêutica é ferramenta essencial e explorada por Hans-Georg Gadamer em “Verdade e método”.

Gadamer encara a hermenêutica “como um fenômeno de apreensão da verdade existencial do ser, e não apenas de sua correspondência a um conceito correto”⁹¹¹. A hermenêutica, nos moldes por ele sustentados, não é a leitura da norma, mas sua compreensão a partir de sua situação existencial. Em Martin Heidegger, de quem Gadamer é discípulo, não há um ser como algo isolado, mas um ser-aí, ou seja, um ser que se manifesta situacionalmente: “o local, o tempo histórico, as condicionantes materiais, culturais, espirituais, tudo isso está mergulhado no ser”⁹¹².

A compreensão, nessa acepção, é sempre uma pré-compreensão, de modo que a interpretação de uma norma sempre se realizará a partir de experiências existenciais e a apreensão existencial, por sua vez, dá-se necessariamente a partir de preconceitos. Toda hermenêutica é, então, a aplicação de um preconceito, de uma pré-concepção.

não haverá nunca um leitor que, com um texto ante seus olhos, leia simplesmente o que está nele. Em toda leitura tem lugar uma aplicação, e aquele que lê um texto se encontra, também ele, dentro do sentido que percebe. Ele mesmo pertence também ao texto que entende [...] A aplicação não quer dizer aplicação ulterior de algo comum dado, compreendida primeiro em si mesma, a um caso concreto, mas é, antes, a verdadeira compreensão do próprio comum que cada texto dado representa para nós⁹¹³.

Gadamer situa a compreensão da norma na situação hermenêutica concreta na qual o intérprete encontra-se, de modo que sua atividade deixa de ser somente teórica, no sentido da extração de uma verdade abstrata a partir das normas, passando a ser prática. À compreensão do geral, do texto, é indispensável que o intérprete situe-se na hipótese concreta: “a aplicação não é uma parte última e eventual do fenômeno da compreensão, mas que o determina desde o princípio e no seu todo”⁹¹⁴.

Assim, não há que se falar em um processo neutro e puramente técnico: o primeiro ato hermenêutico é julgar a partir de um sistema de referências e, somente após,

⁹⁰⁹ Na medida em que o marxismo é também não juspositivista, mas não se confunde com essa vertente.

⁹¹⁰ MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito...** *Cit.*, p. 373.

⁹¹¹ *Ibid.*, p. 401.

⁹¹² *Ibid.*, p. 379.

⁹¹³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002, pp. 503-505.

⁹¹⁴ *Ibid.*, p. 481.

encontrar uma narrativa jurídica a partir daquele julgamento. Nenhuma forma de compreensão jurídica realiza-se a partir da norma jurídica, mas a partir de pré-concepções, preconceitos e de referências existenciais. A hermenêutica juspositivista é, nesse contexto, uma ficção destinada apenas a dar respaldo jurídico aos preconceitos: “a hermenêutica jurídica se faz em vista da aplicação, isto é, de questões concretas que são levantadas e cujos interesses estão em jogo, determinando a vontade, a ideologia, as posições e os interesses de quem interpreta”⁹¹⁵.

Ao postular que não há hermenêutica desprovida de preconceito, Gadamer abre as portas para uma crítica à hermenêutica juspositivista que predomina hoje. Suas considerações esbarram muito mais na realidade observável dos tribunais brasileiros do que aquelas sustentadas por Hans Kelsen. Os preconceitos e as pré-concepções do intérprete estão sempre presentes na aplicação da norma, seja de forma expressa⁹¹⁶, seja de forma oculta por uma roupagem jurídica.

⁹¹⁵ MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito...** *Cit.*, p. 171.

⁹¹⁶ Uma breve pesquisa sobre decisões judiciais baseadas em preconceitos e sem quaisquer preocupações com uma roupagem jurídica que os mascarasse (já que todas elas o são na visão não juspositivista) trouxe diversos resultados, dentre os quais destacamos trechos de dois deles: 1. “Esta ‘Lei Maria da Penha’ — como posta ou editada — é portanto de uma heresia manifesta. Herética porque é anti-ética; herética porque fere a lógica de Deus; herética porque é inconstitucional e por tudo isso flagrantemente injusta. Ora! A desgraça humana começou no Éden: por causa da mulher [...] O mundo é masculino! A idéia que temos de Deus é masculina! Jesus foi Homem! Á própria Maria [...] Jesus ainda assim a advertiu, para que também as coisas fossem postas cada uma em seu devido lugar: ‘que tenho contigo, mulher!?’ [...] A mulher moderna — dita independente, que nem de pai para seus filhos precisa mais, a não ser dos espermatozóides — assim só o é porque se frustrou como mulher, como ser feminino. Tanto isto é verdade — respeitosamente — que aquela que encontrar o homem de sua vida, aquele que a complete por inteiro, que a satisfaça como ser e principalmente como ser sensual, esta mulher tenderá a abrir mão de tudo (ou de muito), no sentido dessa “igualdade” que hipocritamente e demagogicamente se está a lhe conferir. Isto porque a mulher quer ser amada. Só isso. Nada mais. [...] Ora! Para não se ver eventualmente envolvido nas armadilhas desta lei absurda o homem terá de se manter tolo, mole — no sentido de se ver na contingência de ter de ceder facilmente às pressões — dependente, longe portanto de ser um homem de verdade, másculo (contudo gentil), como certamente toda mulher quer que seja o homem que escolheu amar. Porque a vingar este conjunto normativo de regras diabólicas, a família estará em perigo, como inclusive já está: desfacelada, os filhos sem regras — porque sem pais; o homem subjugado; sem preconceito, como vimos, não significa sem ética — a adoção por homossexuais e o ‘casamento’ deles, como mais um exemplo. Tudo em nome de uma igualdade cujo conceito tem sido substituído em nome de uma ‘sociedade igualitária’. Não! O mundo é e deve continuar sendo masculino, ou de prevalência masculina, afinal.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 1ª Vara Criminal de Sete Lagoas. Processo nº 2229428-86.2006.8.13.0672. Juíza: Edilson Rumbelsperger Rodrigues. Data de decisão: 12/02/2007. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/439_CNJdecisesde1ae2ainstncias.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2019); 2. “Já que foi colocado, como lastro, este Juízo responde: futebol é jogo viril, varonil, não homossexual [...] 7. Quem se recorda da ‘COPA DO MUNDO DE 1970’, quem viu o escrete de ouro jogando [...] jamais conceberia um ídolo seu homossexual. 8. Quem presenciou grandes orquestras futebolísticas formadas [...] não poderia sonhar em vivenciar um homossexual jogando futebol. 9. Não que um homossexual não possa jogar bola. Pois que jogue, querendo. Mas, forme o seu time e inicie uma Federação. Agende jogos com quem prefira pelear contra si [...] Ora, bolas, se a moda pega, logo teremos o ‘SISTEMA DE COTAS’, forçando o acesso de tantos por agremiação [...] O que não se mostra razoável é a aceitação de homossexuais no futebol brasileiro, porque prejudicariam a uniformidade de pensamento da equipe, o entrosamento, o equilíbrio, o ideal [...] Para não se falar no desconforto do torcedor, que pretende ir ao estádio, por vezes com seu filho, avistar o time do coração se projetando na competição, ao invés de perder-se em análises do comportamento deste, ou daquele atleta, com evidente problema de personalidade, ou existencial;

As teorias críticas, nesse contexto, não surgem como total negação daquilo defendido pelas filosofias que integram a visão não juspositivista, na medida em que também o marxismo é não juspositivista. Há, aqui, um aprofundamento na compreensão a respeito do Direito que, mais do que tomá-lo a partir da perspectiva de suas manifestações concretas, identificará os seus vínculos com o capitalismo⁹¹⁷. Nesse ponto situam-se as considerações iniciais do presente capítulo no tocante à forma política e à forma jurídica, sendo Evgeni Pachukanis um dos grandes nomes da teoria do Direito nessa chave filosófica.

De Louis Althusser, inserido sob a vertente crítica, extraímos o conceito de ideologia que, transplantado para o campo da hermenêutica jurídica, dirá que a interpretação, nos moldes afirmados por Hans-Georg Gadamer, não se opera a partir de uma compreensão baseada na percepção distorcida da realidade, mas de uma compreensão baseada na forma como o sujeito foi constituído: a partir da ideologia.

Sua aplicação [do direito] também não é neutra, na medida em que a interpretação, que pressupõe a aplicação, está relacionada à pré-compreensão do intérprete e este, por sua vez, tem sua consciência como resultado da vida, do seu meio, das relações das quais faz parte, da ideologia que o envolve⁹¹⁸.

A ideologia, nesse sentido, “é um sistema (possuindo a sua lógica e o seu rigor próprios) de representações (imagens, mitos, idéias ou conceitos segundo o caso) dotado de uma existência e de um papel históricos no seio de uma sociedade dada”⁹¹⁹. A concepção de Althusser situa a ideologia não apenas no campo da fantasia, mas como meio de reprodução social: “a ideologia não é apenas uma distorção imaginária da realidade feita pelos indivíduos, mas é também a própria estrutura necessária de pensamento da realidade. Ela se impõe não só pelo que distorce do real, mas também pelo que afirma na realidade”⁹²⁰.

desconforto também dos colegas de equipe, do treinador, da comissão técnica e da direção do clube. 16. Precisa, a propósito, estrofe popular, que consagra: ‘CADA UM NA SUA ÁREA, CADA MACACO EM SEU GALHO, CADA GALO EM SEU TERREIRO, CADA REI EM SEU BARALHO’. 17. É assim que eu penso...e porque penso assim, na condição de Magistrado, digo!’ (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 9ª Vara Criminal de São Paulo. Processo nº 936/07. Juiz: Manoel Maximiano Junqueira Filho. Data de decisão: 05/07/2007. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/esporte/20070803-caso_richarlysson.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2019).

⁹¹⁷ MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito...* *Cit.*, p. 449.

⁹¹⁸ LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; QUEIROZ, Paulo Roberto Clementino e CARMO, Valter Moura do. A ideologia como determinante da hermenêutica jurídica. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 8, n. 2, pp. 151-163, mai./ago. 2016, p. 160.

⁹¹⁹ ALTHUSSER, p. 204 *apud* VAISMAN, Ester. Althusser: ideologia e aparelhos de estado – velhas e novas questões. In: *Projeto História*, São Paulo, n. 33, pp. 247-269, dez. 2006, p. 254.

⁹²⁰ MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito...* *Cit.*, p. 563.

Assim, como sistema de representação, é a ideologia que vai constituir os indivíduos e moldá-los conforme as exigências para sua existência naquela determinada sociedade⁹²¹, levando-os a “aceitarem sem maiores resistências as tarefas que lhes são atribuídas pela divisão social do trabalho, na medida em que fornece as normas e as regras de conduta indispensáveis ao funcionamento das engrenagens sociais”⁹²². Se a ideologia é constitutiva dos indivíduos e, mais do que isso, se ela funciona como meio de reprodução da lógica social, a ideologia da sociedade contemporânea é moldada pelas relações sociais próprias do capitalismo.

Ainda, em Althusser, a ideologia é do campo do inconsciente: não se trata de uma visão de mundo que o indivíduo constrói e escolhe livremente; a própria constituição da subjetividade realiza-se a partir de práticas sociais, a partir de padrões ideológicos já estruturados na sociedade⁹²³. Althusser utiliza o exemplo dado por Sigmund Freud para afirmar que uma criança, antes mesmo de nascer, já é sujeito na medida em que lhe são conferidas características a partir daquela determinada configuração ideológica familiar.

O sujeito, que é essa célula de transmissão da ideologia, já se encontra estruturado por meio de uma série de ideologias jurídicas, mas também familiares, religiosas, sexuais, culturais. E nas sociedades capitalistas, em termos de ideologia, o Estado assume um papel primordial na estrutura da reprodução da estrutura econômica e social geral. No entorno do Estado se situam grandes questões ideológicas⁹²⁴.

O Estado, nesse contexto, tem importante papel. Um indivíduo age de uma ou outra forma e participa de determinadas práticas conforme suas ideias; em outras palavras, as ideias de um indivíduo existem em seus atos, os quais estão inseridos em práticas, de modo que toda prática existe por meio de uma ideologia. Althusser afirma que essas práticas são regulamentadas por rituais e tais rituais são definidos por um aparelho ideológico⁹²⁵.

O conceito de aparelho ideológico é desenvolvido por Althusser a partir de um raciocínio que se inicia com os conceitos de Karl Marx de infraestrutura e superestrutura. Se a estrutura da sociedade é como um edifício, de modo que os andares superiores não se sustentam sem um alicerce, a infraestrutura é representada pela base econômica. A superestrutura, por sua vez, possui dois níveis: o jurídico-político e o ideológico.

⁹²¹ Althusser alerta que “na ideologia, está representado não o sistema das relações reais que governam a existência dos indivíduos, mas sim a relação imaginária desses indivíduos com as relações reais sob as quais vivem” (ALTHUSSER, Louis. *Op. cit.*, p. 279).

⁹²² VAISMAN, Ester. *Op. cit.*, p. 256.

⁹²³ MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito...** *Cit.*, p. 564.

⁹²⁴ *Ibid.*, p. 567.

⁹²⁵ ALTHUSSER, Louis. *Op. cit.*, p. 282.

Questionando a eficácia somente descritiva dessa metáfora, Althusser investiga as relações existentes entre Direito, Estado e ideologia.

Nos moldes já desenvolvidos no início do presente trabalho, Althusser enxerga que o Direito apenas existe em função das relações de produção. São elas exprimidas pelo Direito sem que, contudo, sejam expressamente citadas em seu sistema de regras. O Direito é, ainda, necessariamente repressor, porque sua existência está condicionada a um sistema correlativo de sanções, a “um Direito da aplicação (e da não-aplicação) do Direito, isto é, do respeito (e do não-respeito) às regras do contrato jurídico”⁹²⁶.

A prática do Direito, portanto, sustenta-se na repressão e, então, em um aparelho de repressão estatal, consistente na polícia, nos tribunais, nas multas e nas prisões. Não é a repressão, contudo, o único sustentáculo da prática do Direito, na medida em que ela só é ativada quando do desrespeito do contrato. O respeito aos compromissos neles embutidos (que é mais frequente do que o desrespeito) não se dá, na visão de Althusser, pelo medo de que seja desencadeado um processo de repressão, mas em razão da ideologia jurídica.

Se a imensa maioria das pessoas jurídicas respeitam as cláusulas dos contratos que subscreveram, é, com efeito, sem a intervenção nem tampouco a ameaça preventiva do Aparelho repressor de Estado especializado: é porque elas estão ‘impregnadas’ pela ‘honestidade’ da *ideologia jurídica* que se inscreve em seu comportamento de respeito pelo Direito e permite propriamente ao Direito ‘funcionar’, isto é, à prática jurídica ‘agir sozinha’, sem a ajuda da repressão ou da ameaça⁹²⁷.

Dessa forma, o Direito, sem existência própria, ampara-se em dois pilares: o aparelho repressor de Estado e a ideologia jurídica que, não se apoiando nas mesmas noções ditas pelo Direito, busca suplemento na ideologia moral. Por exemplo, a ideologia jurídica, ao dizer que os homens têm obrigações, não o diz apoiada nas noções jurídicas do Direito Civil, mas na ideologia moral da consciência e do dever.

Althusser prossegue lembrando a importância da distinção marxista entre poder de Estado e aparelho de Estado, este último, maior do que o primeiro, responsável pela reprodução social. Ao lado do aparelho repressor de Estado (polícia, tribunais, prisões, forças armadas e, acima desse conjunto, o chefe de Estado, o governo e a Administração), há aparelhos ideológicos de Estado (por exemplo, o escolar, o familiar, o religioso, o político, o sindical, o da informação, o da edição-difusão e o cultural), que se diferem dos

⁹²⁶ ALTHUSSER, Louis. *Op. cit.*, p. 90.

⁹²⁷ *Ibid.*, p. 93.

primeiros porque não utilizam – ao menos não de modo dominante e visível – a violência física, funcionando por meio da ideologia⁹²⁸.

Aos aparelhos ideológicos de Estado correspondem instituições ou organizações que, em conjunto, formam um sistema. A ideologia de cada um deles apoia-se em práticas materiais próprias, que lhe servem de suporte. Todas essas instituições – sejam elas públicas ou privadas, porque não importa aqui a distinção jurídica entre os dois campos baseada na forma – têm em comum o fato de funcionarem como peças determinadas pela ideologia de Estado, a serviço da classe dominante. Não são as instituições que produzem as ideologias correspondentes (em que pese isso também ocorra de forma secundária), mas, ao contrário, são determinados elementos da ideologia de Estado que nelas e em suas práticas realizam-se.

A reprodução das relações de produção, a partir de todo esse raciocínio, é garantida “*pelo exercício do poder de Estado através dos Aparelhos de Estado*: por um lado, o Aparelho repressor de Estado e, por outro, os Aparelhos ideológicos”⁹²⁹.

A vinculação do Direito ao modo de produção capitalista foi tratada quando do exame dos postulados da teoria da derivação de modo que, aqui, a questão adquire outro aprofundamento: o Direito vincula-se tanto a um aparelho repressor especializado como à *ideologia* jurídico-moral burguesa⁹³⁰, sendo ao mesmo tempo aparelho repressivo e ideológico, destinado a assegurar o funcionamento das relações de produção capitalistas.

A forma jurídica opera não só tecnicamente, mas também ideologicamente. A igualdade perante a lei insere-se nesse contexto na medida em que, quando declarada pelo Direito, não só iguala contratante e contratado, explorador e explorado, servindo aos interesses do capitalismo, mas também, no lugar de evidenciar a real desigualdade entre eles, a oculta. Mais do que isso:

A ideologia jurídica não é apenas uma máscara: ela também opera constituindo as relações sociais [...] No capitalismo, o direito é entendido, ideologicamente, como uma ordem justa, racional e necessária. Essa ideologia [...] De que o *direito é a justiça*, é responsável pelo conservadorismo da atividade dos juristas. A partir do momento que considera a ordem jurídica como justa e racional, o jurista trabalha no sentido da *conservação* e da reprodução da ordem tecnicamente dada pelo direito, e não no

⁹²⁸ ALTHUSSER, Louis. *Op. cit.*, p. 97.

⁹²⁹ *Ibid.*, p. 163.

⁹³⁰ *Ibid.*, p. 190.

sentido da *transformação* social. Por isso a ideologia jurídica, no seu limite, leva à conservação das injustiças capitalistas⁹³¹.

A relação estreita e de dependência entre o modo de produção capitalista e o Direito, como já visto, não impede que, no interior da forma jurídica, sejam buscadas modificações para um resultado de menor exclusão social, desde que com a consciência de que se darão como preparação do solo para um indispensável rompimento da forma.

Contudo, compreendendo o papel da ideologia não só no fenômeno jurídico, mas como constitutiva dos sujeitos, outro impasse se apresenta. Conforme a vertente não juspositivista, a hermenêutica não se faz a partir da norma, mas a partir de pré-concepções. Com Louis Althusser, é possível afirmar que essas pré-concepções são, na verdade, a ideologia, que constitui os sujeitos e situa-se no seu inconsciente. Se a ideologia situa-se no inconsciente e se ela funciona como meio de reprodução da lógica social e, portanto, das relações sociais próprias do capitalismo, é possível concluir que modificações no interior do Direito não afetarão o resultado exclusão social. Na medida em que a hermenêutica faz-se a partir da ideologia, a existência de uma norma “melhor” não alterará a aplicação do Direito, pois ele continuará sendo operado a partir dessa mesma ideologia. A transformação mais necessária, portanto, não é a transformação das normas, mas das práticas sociais que formam a subjetividade, dos padrões ideológicos estruturados na sociedade.

Sob o aspecto do debate derivacionista, uma proposta de reforma não é o cenário ideal em razão da sua não ruptura com a forma jurídica a serviço do capital, mas uma medida paliativa. Sob o aspecto da ideologia, sua eficácia fica comprometida se não houver preocupação com a mudança da estrutura social, na medida em que é ela que gera as práticas que constituem os sujeitos. Um Direito melhor, portanto, não pode vir desacompanhado – sob pena de sua completa inutilidade prática – de mudanças sociais paulatinas que modifiquem as práticas comandadas pelo capital. Dito isso, são delineados novos contornos – ao lado dos desenvolvidos inicialmente – que precisam ser observados em relação à modificação do Direito Penal com a intenção de mudança social.

É possível citar a título de exemplo a dinâmica das circunstâncias que levaram à promulgação, em 1º de maio de 1943, por meio do Decreto-Lei nº 5.243, da Consolidação das Leis do Trabalho. Sem a movimentação da classe operária, que surge no Brasil juntamente com as primeiras indústrias, entre os anos 1850 e 1900, a mentalidade da

⁹³¹ MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito...** *Cit.*, pp. 30-31.

burguesia em relação à questão social⁹³² não teria se modificado. A organização dos trabalhadores ao longo de décadas contra as condições deploráveis de trabalho que eram determinadas pelos patrões e orientadas pela sede de lucro foi determinante, ainda que não de forma exclusiva⁹³³, para a criação e a aplicação de leis protetivas – posteriormente consolidadas – que, anos antes, não eram sequer consideradas.

A proposta de aplicação da lei penal levando em consideração as condições que situam a população vulnerável não se efetivará sozinha, seja porque uma demanda legislativa nesse sentido não encontraria guarida, seja porque uma interpretação das normas já existentes orientada à igualdade material não se realizaria diante do obstáculo imposto pela ideologia a serviço do capital. Insere-se, aqui, a necessidade de um movimento social que a ampare, que desempenhe, frente ao Direito Penal, o papel que o movimento operário desempenhou na luta pelos direitos trabalhistas.

A crítica ao direito deve mergulhar no todo social. O grande jurista, aquele que se destaca na multidão informe dos profissionais do direito, é aquele que se ocupa do mundo injusto, buscando torná-lo justo, transformando-o. Para isso, insere-se no todo das contradições sociais, constituindo seu posicionamento e sua prática ao lado dos movimentos políticos e sociais de luta e transformação⁹³⁴.

Diante de todo esse cenário, a dinâmica que se apresenta é a de melhorias no interior da forma jurídica, necessariamente acompanhadas ou precedidas de mudanças progressivas nas estruturas sociais que as confirmam aplicabilidade, até o momento de ruptura com a forma e, finalmente, do alcance de uma sociedade verdadeiramente equânime e fraterna. É a dinâmica de uma utopia concreta⁹³⁵.

⁹³² “O último presidente antes de Vargas, Washington Luiz quase resumindo o pensamento de toda a burguesia desde o começo do século, dizia que ‘a questão social era um caso de polícia, e como tal devia ser resolvida com as patas dos cavalos’” (GIANNOTTI, Vito. **Cem anos de lutas da classe operária no Brasil, 1880-1980**. Informar Cultura & Educação Popular. Disponível em: <<http://centrovictormeyer.org.br/wp-content/uploads/2010/04/Cem-anos-de-lutas-da-classe-oper%C3%A1ria-1880-1980-Vito-Giannotti.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2019, p. 09).

⁹³³ Outros fatores contribuíram para a mudança da postura do Governo perante a classe operária, como a crise mundial de 1929, a crise do café e destaque da indústria em detrimento do setor agrícola, com a migração dos camponeses e colonos para as cidades (GIANNOTTI, Vito. *Op. cit.*, p. 09).

⁹³⁴ MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito...** *Cit.*, p. 199.

⁹³⁵ Um sonho acordado: “a utopia concreta situa-se no horizonte de toda realidade” (BLOCH, Ernst. **O princípio esperança**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005, v. 1, p. 221).

CONCLUSÕES

1. O exercício de poder no âmbito do sistema penal é extremamente violento e seletivo. Nos países situados na periferia do poder planetário, é ainda mais evidente que as agências do sistema penal não operam conforme sua programação normativa e o discurso jurídico-penal carece de racionalidade.

2. A teoria da derivação revela que Estado e Direito são derivados do modo de produção capitalista. A forma jurídica, assim como a forma política estatal, vincula-se à forma mercadoria e surge como reflexo e apoio de uma economia mercantil baseada na troca de bens e pessoas. O Direito, ao constituir os sujeitos de direito, torna todos equivalentes e confere “liberdade” aos indivíduos, permitindo a venda de sua força de trabalho ao mercado. Sendo específico do capitalismo, mudanças no interior da forma jurídica não colocarão fim a determinados fenômenos inerentes às relações capitalistas, como a exploração de uns por outros.

3. Não obstante o reconhecimento das limitações do Direito, é possível propor reformas em seu interior, com a finalidade de solucionar problemas emergenciais e de fertilizar o campo para sua futura abolição. O Direito Penal, nesse contexto, deve ser repensado para que funcione como filtro da violência do sistema penal. É necessário criar um discurso jurídico-penal que não sirva à legitimação do sistema penal, que se deixe permear por dados da realidade e que seja adequado à configuração da sociedade brasileira.

4. Na tarefa de repensar o Direito Penal, é necessário encará-lo a partir da ótica da igualdade material, rejeitando-se sua vinculação unicamente com a igualdade nos moldes liberais oitocentistas. O Direito Penal precisa abrir os olhos à realidade em que opera e, no Brasil, trata-se da realidade de um País marcado por uma forte herança colonial e que não viu a concretização de um Estado Social. A operação do Direito Penal a partir da ótica da igualdade material atende aos objetivos constitucionais e gera resultados menos socialmente excludentes. Trata-se de reconhecer as desigualdades entre os indivíduos e tratá-los de forma diversa quando essa desigualdade for determinante à “operação” da justiça que se pretende realizar.

5. A teoria do delito e a teoria da pena, nesse contexto, podem servir como importantes sistemas de contenção do poder do sistema penal, desde que suas categorias sejam encaradas como filtros abastecidos com dados da realidade. Diante da desigualdade

e da seletividade, é necessária a construção de conceitos que, servindo a uma atuação contrasseletiva, amenizem o sofrimento humano que o sistema penal produz. A culpabilidade destaca-se nessa tarefa, na medida em que é nela em que a atenção será deslocada do objeto para o sujeito, permitindo um olhar mais detido às peculiaridades de cada um e, conseqüentemente, mais comprometido com a isonomia.

6. O debate entre as Escolas Clássica e Positiva não trouxe consenso, para o âmbito do Direito, sobre a natureza do ser humano. Livre-arbítrio absoluto e determinismo pleno são igualmente indemonstráveis. A Escola Positiva, com a crença de que todo fato, e, portanto, também o delito, está determinado causalmente traz com ela a concepção problemática e estigmatizante de que determinados sujeitos são essencialmente perigosos. A crença em uma liberdade plena e irrestrita e em indivíduos igualmente livres, por outro lado, gera conseqüências cruéis, pois ignora a existência de circunstâncias desfavoráveis que são impostas a algumas pessoas e limitam o exercício de sua liberdade.

7. A culpabilidade passou por significativas mudanças ao longo da evolução da teoria do delito. Para a teoria psicológica, a culpabilidade era unicamente o vínculo psíquico entre a conduta e o resultado. A teoria psicológico-normativa vem agregar outros elementos à culpabilidade, como as circunstâncias concomitantes. A culpabilidade deixa de ser apenas um vínculo psíquico, passando a ser também um juízo de censura que tem por base elementos psiconormativos. Com o finalismo, desenvolve-se uma culpabilidade exclusivamente normativa que passa a ser compreendida como a reprovabilidade da resolução de vontade antijurídica. O funcionalismo, dentre as correntes pós-finalistas, busca desenvolver-se de forma desvinculada da noção do livre-arbítrio.

8. A culpabilidade, nos moldes da legislação brasileira, é composta por três elementos: a imputabilidade, a potencial consciência do injusto e a exigibilidade de conduta diversa, a qual demonstra maior potencial de desenvolvimento. É possível compreendê-la como base do conceito de culpabilidade, por ser noção que deriva de sua própria essência. Somente é possível exigir uma conduta conforme a norma e reprovar o sujeito que não a adotou se ele sabia o que fazia (porque tinha capacidade de entendimento e podia conhecer a ilicitude) e se tinha capacidade de orientar-se em um espaço mínimo de autodeterminação para agir conforme esse entendimento. A contrario sensu, a inexigibilidade de conduta diversa configura o fundamento geral da inculpabilidade.

9. A indemonstrabilidade do livre-arbítrio não deve obstar que a culpabilidade seja alicerçada sobre a noção de liberdade, que, além de ser mais favorável ao indivíduo

em comparação à concepção determinista, é premissa que serve a todas as formas de manifestação e interação humanas. Contudo, uma presunção absoluta e irrestrita de liberdade, que não considere os limites impostos ao seu exercício em relação a cada indivíduo, seu ponto de partida na corrida, apenas reforça a seletividade do sistema penal e agrava a miséria, a pobreza e as desigualdades. O Direito Penal precisa adequar-se a uma noção de liberdade situada, na medida em que a liberdade realiza-se por meio das possibilidades que se apresentam ao indivíduo e, portanto, varia conforme fatores sociais, econômicos, culturais e em razão da própria atuação do sistema penal, quando incide de forma seletiva e reproduz estigmas.

10. Dentre todos os fatores que podem situar a liberdade do indivíduo, alguns merecem destaque, porque relacionados com a escolha pela prática do injusto e porque são imposições decorrentes da própria estrutura do Estado e da sociedade, principalmente nos países periféricos, resultando na criminalização muito acentuada e violenta de um grupo específico de pessoas, definido por caracteres de raça e classe. Esses indivíduos estão aprisionados em um círculo vicioso de criminalidade e criminalização, que reduz significativamente o seu espaço de autodeterminação e, conseqüentemente, o rol de escolhas possíveis em conformidade com a lei.

11. O primeiro desses fatores relaciona-se com a vulnerabilidade social, ou seja, com a miséria, a pobreza, a ausência de oportunidades no mercado de trabalho e a negação de direitos e oportunidades em geral, em um contexto de desigualdade social. A teoria funcionalista da anomia permite a compreensão de que a exaltação de objetivos de sucesso comuns à população aliada à restrição, pela estrutura social, do acesso aos meios legítimos de alcance desses objetos produz condutas “desviadas”. A ideia de privação relativa reforça que a miséria não é a única e inevitável produtora dessas condutas desviadas, bem como o papel que uma sociedade estratificada e desigual, como a brasileira, desempenha na redução das opções disponíveis para os indivíduos vulneráveis socialmente.

12. A tarefa do legislador de seleção das condutas que serão convertidas em delitos é realizada de forma seletiva e, muitas vezes, orientada pelos interesses da classe dominante, com a finalidade de assegurar a reprodução das relações de dominação existentes. Como consequência, é possível observar no Código Penal a proteção exacerbada e desproporcional de alguns bens jurídicos – quando não de meras preferências – caros às elites econômicas e políticas. Assim, a redução de possibilidades de agir operada

pela vulnerabilidade social e pela desigualdade transforma-se, após a criminalização primária, em redução de possibilidades de agir em conformidade com a norma penal.

13. Também seletiva é a operação das agências de criminalização secundária. A criminalização é distribuída conforme o grau de pertencimento a um estereótipo e a teoria da rotulação social permite compreender que crime e criminoso não são entes naturais e sim constituídos por processos de interação: as qualidades “desvio” e “desviante” não residem nos comportamentos e nos indivíduos, mas na interação entre eles e a reação de outras pessoas. A rotulação de alguém como criminoso, a partir de um estereótipo, ocasiona a adequação das reações sociais ao rótulo, reduzindo ainda mais os espaços que esse sujeito pode ocupar na estrutura social. Ainda, o indivíduo rotulado passa a interagir com esse rótulo e organizar-se a partir do papel desviante, o que reforça todo o círculo vicioso que aprisiona os grupos marginalizados.

14. A passagem pelo sistema de justiça criminal e, principalmente, pelo cárcere produz um estigma, uma marca que traz consigo uma série de características negativas inferidas. Ao rótulo de egresso, por exemplo, associam-se perigos, desonestidade, desrespeito, maldade. Rótulos são empregados a determinadas pessoas, ligando-as a um conjunto de características (presentes ou não na realidade), as quais formam o estereótipo. A estigmatização serve de reforço à exclusão social, compondo o círculo vicioso, para a qual também contribuem os fenômenos da mutilação do eu e da prisão.

15. O paradigma das interrelações sociais, ao encarar tanto o ato que se transforma em crime como a reação social responsável por essa transformação, permite essa compreensão ampla de um fenômeno cruel e cíclico. Também no contexto desse paradigma, o conceito de ator social ou situado reforça a necessidade de que o indivíduo que praticou um delito seja enxergado no cenário em que o ato se realizou. Não se pode ignorar que esse cenário, no contexto brasileiro, é marcado por heranças coloniais, pelo racismo estrutural, pela desigualdade econômica, pela aporofobia e por uma linha divisória entre o “eu”, cidadão de bem, e o “outro”, merecidamente alvo da repressão penal.

16. Para que a culpabilidade atue como contenção das violações perpetradas pelo sistema penal ela necessita necessariamente abrir-se a essa gama de fatores que marca o espaço de liberdade dos indivíduos, deixando-se afetar por eles, na medida em que guardam relação com a escolha pela prática do injusto (ou pelo não deixar-se motivar pela norma). As teorias da coculpabilidade e da culpabilidade pela vulnerabilidade, desenvolvidas por Eugenio Raúl Zaffaroni, cumprem essa tarefa. Ambas são compatíveis

com o ordenamento jurídico brasileiro, pois vão ao encontro de princípios e objetivos constitucionais, como a igualdade material, a dignidade da pessoa humana, a necessidade de erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades, dentre outros.

17. A coculpabilidade revela a ideia de que a sociedade e o Estado, responsáveis pela redução das possibilidades oferecidas a determinados indivíduos, são corresponsáveis pelos delitos por eles praticados. Consequente, a sua reprovação deve ser menor. Não obstante a teoria não encontre eco na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é possível sua aplicação como excludente de culpabilidade supralegal, fundada na ideia de inexigibilidade de conduta diversa, e como mitigadora da pena, seja como circunstância judicial, por meio do termo “culpabilidade” presente no artigo 59 do Código Penal, seja como circunstância atenuante inominada. Em caso de alteração legislativa, possível também vislumbrar a coculpabilidade como causa de diminuição de pena.

18. A culpabilidade pela vulnerabilidade, por sua vez, vai além da coculpabilidade, na medida em que agrega à culpabilidade normativa o esforço pessoal para a vulnerabilidade. Trata-se de, reconhecendo a seletividade do exercício de poder do sistema penal, considerar o estado de vulnerabilidade em que cada um está perante esse sistema, ou seja, seu grau de risco criminalizante, que indicará o quanto de esforço é necessário para o alcance da situação concreta de vulnerabilidade. Diante de ínfimo esforço por vulnerabilidade, haverá exculpação. No restante dos casos, a culpabilidade pela vulnerabilidade, como indicador do marco máximo do poder punitivo exercitável, tem lugar nas ocasiões em que a culpabilidade participa da individualização da pena, ou seja, nos artigos 59 e 29, do Código Penal.

19. Independentemente de ambas as teorias, é possível situar os marcos impostos ao exercício da liberdade dos grupos marginalizados – pobreza, desigualdade, negação de direitos, seletividade etc. – sob um mesmo rótulo, na medida em que todos produzem um mesmo efeito: reduzir o espaço de autodeterminação dos indivíduos e suas possibilidades de atuação em conformidade com a norma. Compreendendo a exigibilidade de conduta diversa como a essência da culpabilidade, não é possível exigir do indivíduo uma conduta conforme ao Direito se não havia espaço mínimo de autodeterminação para assim agir. Trata-se, portanto, de hipóteses de exclusão da culpabilidade sob o fundamento geral de inexigibilidade de conduta diversa. Havendo apenas redução desse espaço, a pena deve adequar-se ao grau de intensidade da redução. Dentre as hipóteses levantadas para

essa finalidade, a mais eficaz, em razão da desnecessidade de observância do limite mínimo imposto no preceito secundário do tipo, é considerar tais circunstâncias como minorantes.

20. Não obstante diversos países latino-americanos já tenham incorporado às suas legislações considerações próprias da ideia de coculpabilidade, existe um importante óbice à aplicação (havendo ou não sua positivação) de uma culpabilidade que comporte os marcos do exercício da liberdade dos indivíduos marginalizados, principalmente no Brasil, que caminha para um rigor penal cada vez maior. Essa dificuldade reside no fato de que a hermenêutica se faz não a partir da norma, mas a partir da ideologia, que se situa no inconsciente e funciona como meio de reprodução da lógica social e, portanto, das relações sociais próprias do capitalismo. Não basta, portanto, transformar o Direito. É preciso modificar as práticas sociais que formam a subjetividade, os padrões ideológicos estruturados na sociedade.

21. *Ao caírem as vendas da Justiça, que representam sua imparcialidade, fica ela, finalmente, **desvendada**: “Não existe imparcialidade. Todos são orientados por uma base ideológica. A questão é: sua base ideológica é inclusiva ou excludente?”*⁹³⁶.

⁹³⁶ Frase atribuída a Paulo Freire que, sobre a neutralidade, sabiamente afirmava: “Que é mesmo a minha neutralidade senão a maneira cômoda, talvez, mas hipócrita, de esconder minha opção ou meu medo de acusar a injustiça?” (FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 2011, p. 106).

REFERÊNCIAS

ABADÍAS SELMA, Alfredo. Recensiones: Terradillos Basoco, Juan Maria, Aporofobia y plutofilia: La deriva jánica de la política criminal contemporánea, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2020, 192 pp., ISBN 978-84-1220-153-6. In: **Estudios de Deusto**, v. 68, n. 2, jul./dez. 2020. Disponível em: <<https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/1961/2425>>. Acesso em: 16/02/2021.

AGRA, Cândido da. Elementos para uma epistemologia da criminologia. In: **Estudos em Comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

ALBINATI, Ana Selva Castelo Branco. **A idéia de justiça em Marx**. 2009. Disponível em: <https://www.ifch.unicamp.br/formulario_cemarx/selecao/2009/trabalhos/a-ideia-de-justica-em-marx.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2019.

ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia: uma fundamentação para o direito penal**. Curitiba: ICPC, 2010.

ALTHUSSER, Louis. **Sobre a reprodução**. Petrópolis: Vozes, 1999.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. In: **Revista Sequência**, n. 52, pp. 163-182, jul. 2006.

Aporofobia y plutofilia: charla con Juan María Terradillos Basoco. Ago. 2020. Disponível em: <<https://www.revistalibertalia.com/single-post/2020/07/31/Aporofobia-y-plutofilia-Charla-con-Juan-Maria-Terradillos-Basoco>>. Acesso em: 12 fev. 2021.

ARAÚJO, Maurício Azevedo de. **Do combate ao racismo à afirmação da alteridade negra**: as religiões de matriz africana e a luta por reconhecimento jurídico – repensando a tolerância e a liberdade religiosa em uma sociedade multicultural. 2007. 120 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

ARGENTINA. **Código penal de la nación Argentina**. Ley 11.179. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Atlas, 2009.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE FRANCESA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão**. Versalhes, 1789. Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BASTIDE, Roger e FERNANDES, Florestan. **Relações raciais entre negros e brancos em São Paulo**. São Paulo: Editora Anhembi, 1955.

BATISTA, Nilo. **Cem anos de reprovação**. In: BATISTA, Nilo e NASCIMENTO, André (orgs.). **Cem anos de reprovação**. Rio de Janeiro: Revan, pp. 161-180, 2011.

_____. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. Pena pública e escravidão. In: **Arquivos do Ministério da Justiça**, v. 51, n. 190, Brasília, pp. 211-251, jul./dez. 2006.

BATISTA, Vera Malaguti. O realismo marginal: criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo. In: MELLO, Marcelo Pereira de (org.). **Sociologia e direito: explorando as interseções**. Niterói: PPGSD, pp. 135-148, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BEAUVOIR, Simone de. **A força das coisas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BECKER, Howard S.. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BELO, Warley. Culpabilidade material em Jakobs e Roxin. In: **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 18, n. 221, p. 06, abr. 2011.

BENEDITO, Deise. Dos navios negreiros aos dias de hoje: a violência e a juventude negra. In: **Boletim do Instituto de Saúde**, n. 44, São Paulo, pp. 26-29, abr. 2008.

BINDING, Karl. **La culpabilidad en derecho penal**. Buenos Aires: B. de F., 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BLOCH, Ernst. **O princípio esperança**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005, v. 1.

BLUMER, Herbert. Sociedade como interação simbólica. In: **Revista Brasileira de Sociologia da Emoção**, v. 16, n. 46, pp. 14-22, abr. 2017. Disponível em: <<http://www.cchla.ufpb.br/rbse/BlumerBarbosaArt.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2020.

BOCCA, Marivania Cristina e SANTOS, Tiago Soares dos. Les Mouches: liberdade situada e reflexividades em Jean-Paul Sartre. In: **Aufklärung: revista de filosofia**, v. 7, n. especial, pp. 39-50, 31 dez. 2019. Disponível em: <<https://periodicos.ufpb.br/index.php/arf/article/view/50134/29306>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

BOLÍVIA. **Código penal**. Ley 1.768, de 10 de março de 1997. Disponível em: <https://oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Bolivia.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRANDÃO, Cláudio. A consciência da antijuridicidade no moderno Direito Penal. In: **Revista de Informação Legislativa**, a. 34, n. 136, Brasília, pp. 55-62, out./dez. 1997.

_____. **Teoria jurídica do crime**. 5ª ed. São Paulo: D'Plácido, 2019.

BRASIL. **Exposição de motivos nº 211, de 9 de maio de 1983**. Lei 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-exposicaodemotivos-148879-pl.html>>. Acesso em: 12 fev. 2021.

BRASIL. **Parecer da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012**. Parecer nº 1.576/2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pls-23612-reforma-codigo-penal-relatado.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei 3.473/2000** (altera a Parte Geral do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências). Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/19717>>. Acesso em: 15 jan.2021.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. O direito penal sob a perspectiva funcional redutora de Eugenio Raul Zaffaroni. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 101, Belo

Horizonte, pp. 97-136, jul./dez. 2010. Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/101097136.pdf>>. Acesso em: 14. nov. 2020.

BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal. In: **Revista Liberdades**, n. 8, pp. 45-87, set./dez. 2011.

CALDAS, Camilo Onoda Luiz. **A teoria da derivação do estado e do direito**. 2013. 214 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

CARRARA, Francesco. **Programma del corso di diritto criminale**: dettato nella r. università di Pisa, parte generale. 3ª ed. Lucca: Tipografia Giusti, 1867.

CARVALHO, Amilton Bueno de e CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2ª ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 2000.

COHEN, L. E. & FELSON, M. Social change and crime rate trends: a routine activity approach. In: **American sociological review**, pp. 588-608, 1979.

COLÔMBIA. **Código penal**. Ley 599/2000. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_colombia.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – **Sistema prisional em números**. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>>. Acesso em: 07 fev. 2021.

COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CORTINA, Adela. **A aversão ao pobre**: um desafio para a democracia. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

CURY URZÚA, Enrique. **Derecho penal**: parte general, tomo II. 2ª ed. atual. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992.

DEBUYST, Christian. **Christian Debuyst**: perspectivas de criminologia clínica. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

Declaração de direitos do bom povo de Virgínia. Williamsburg, 1776. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>>. Acesso em: 01 jul. 2019.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias.** Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMmU4ODAwNTAtY2IyMS00OWJiLWE3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZDliIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em 16/02/2021.

_____. **Relatório consolidado nacional (jul-dez/2019).** Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/br/br>>. Acesso em: 16/02/2021.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal:** parte geral, tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DIETER, Maurício Stegemann. **A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal e as situações supraleais de exculpação.** 2008. 192 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

_____. **Política criminal atuarial:** a criminologia do fim da história. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DONNA, Edgardo Alberto. Culpabilidad y prevención. In: **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**, v. 3, pp. 205-223, 1997.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico.** 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EL SALVADOR. **Código penal.** Decreto 1.030. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_el_salvador.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021.

EQUADOR. **Código penal.** Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_penal.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021.

Execução penal e criminologia clínica (editorial). In: **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 27, n. 324, pp. 01/02, nov. 2019.

FAGUNDES, Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o poder legislativo. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 41, Rio de Janeiro, pp. 01-12, 1955.

FERRI, Enrico. **La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio.** Firenze: Tipografia di G. Barbèra, 1878.

_____. **Sociología criminal:** tomo I. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 2004.

FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. A culpabilidade no direito penal: estruturação dogmática das teorias da culpabilidade e os limites ao poder de punir do Estado. In: **Revista Acadêmica**, n. 1, v. 86, pp. 165-244, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 41ª ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: B. de F., 2002.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Conheça o juiz que viveu a frente de seu tempo**. 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-mar-08/segunda-leitura-paul-magnauid-juiz-viveu-frente-tempo>>. Acesso em: 01 jul. 2019.

FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Buenos Aires: B. de F., 2003.

FUZIGER, Rodrigo José. **Ao arbítrio de Ananke: por uma revisão do conceito de autodeterminação no direito penal**. 2018. 418 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GIANNOTTI, Vito. **Cem anos de lutas da classe operária no Brasil, 1880-1980**. Informar Cultura & Educação Popular. Disponível em: <<http://centrovictormeyer.org.br/wp-content/uploads/2010/04/Cem-anos-de-lutas-da-classe-oper%C3%A1ria-1880-1980-Vito-Giannotti.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2019.

_____. **Manicômios, prisões e conventos**. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2015.

GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. 2ª ed. Buenos Aires: B. de F., 2002.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Instrumentos e métodos de mitigação da desigualdade em direito constitucional e internacional**. Rio de Janeiro, 2000. Disponível em

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/instrumentos-e-m%C3%A9todos-de-mitiga%C3%A7%C3%A3o-da-desigualdade-em-direito-constitucional-e-internacion>>. Acesso em 20 jan. 2019.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral, volume 1. 17ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GUILHERME, Lázaro Samuel Gonçalves. **Coculpabilidade penal**: uma questão social. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. A culpabilidade compartilhada como princípio mitigador da ausência de efetivação dos direitos humanos fundamentais. In: **Revista Mestrado em Direito**, ano 10, n. 1, Osasco, pp. 79-96, 2009.

HIRSCH, Joachim. Retrospectiva sobre el debate. In: BONNET, Alberto e PIVA, Adrián. **Estado y capital**: el debate alemán sobre la derivación del estado. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Herramienta, pp. 27-38, 2017.

HOBSBAWM, Eric J. **A era das revoluções, 1789-1848**. 39ª ed. São Paulo: Paz & Terra, 2017.

_____. **Era dos extremos**: o breve século XX. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad. In: **Revista de Derecho (Valdivia)**, v. 18, n. 2, pp. 167-185, 2005. Disponível em: <<http://revistas.uach.cl/html/revider/v18n2/body/art08.htm>>. Acesso em: 14 fev. 2021.

JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. 5ª ed. ren. ampl. Granada: Imprenta, 2002.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte geral, 1º volume. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Culpabilidade. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo e FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Direito Penal. 1ª ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/414/edicao-1/culpabilidade>>. Acesso em: 16/02/2021.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz e VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal: parte geral**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KILDUFF, Fernanda. O controle da pobreza operado através do sistema penal. In: **Revista Katál**, v. 13, n. 2, Florianópolis, pp. 240-249, jul./dez. 2010.

LACERDA, Bruno Amaro. Balança, espada e venda: a justiça e a imparcialidade do juiz. In: TROGO, Sebastião e COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos (orgs.). **Direito, Filosofia e arte: ensaios de fenomenologia do conflito**. 1ª ed. São Paulo: Rideel, pp. 33-50, 2012.

LAUERMANN, Jusiene Denise e GUAZINA, Félix Miguel Nascimento. Para além dos muros institucionais: problematizando os discursos dos egressos do sistema prisional. In: **Barbarói**, n. 38, Santa Cruz do Sul, pp. 178-197, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/barbaroi/n38/n38a10.pdf>>. Acesso em 26 out. 2020.

LEMERT, Edwin M.. The concept of secondary deviation. In: _____. **Human deviance, social problems and social control**. Nova Jersey: Prentice Hall, pp. 40-64, 1967.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; QUEIROZ, Paulo Roberto Clementino e CARMO, Valter Moura do. A ideologia como determinante da hermenêutica jurídica. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 8, n. 2, pp. 151-163, mai./ago. 2016.

LINK, Bruce e PHELAN, Jo C.. Conceptualizing stigma. In: **Annual Review of Sociology**, v. 27, pp. 363-385, 2001.

LOMBROSO, Cesare. **O homem criminoso**. Rio de Janeiro: Editora Rio.

LOUREIRO, Bruna Gonçalves da Silva. **Culpabilidade e vulnerabilidade: proposta para um novo conceito de culpabilidade penal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Libertad, culpabilidad y neurociencias. In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (org.). **Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad**. Montevideo: B. de F., 2013. pp. 341-401.

MARAT, Jean-Paul. **Plano de legislação criminal**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARQUES, Edmilson. Escola derivacionista, estado capitalista e marxismo. In: **Enfrentamento**, ano 13, n. 23, Goiânia, pp. 99-119, jan./jun. 2018.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A culpabilidade e a perspectiva ontológica de liberdade. In: **Revista Justitia**, v. 64, São Paulo, pp. 65-71, jul./dez. 2007.

MARTINS, Antonio. Culpabilidade como instituição política: um esboço. In: GRECO, Luís e MARTINS, Antonio (orgs.). **Direito penal como crítica da pena**: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, pp. 389-404, 2012.

MARX, Karl. **Crítica do programa de Gotha**. São Paulo: Boitempo, 2012.

MASCARO, Alysso Leandro. **Crise e golpe**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

_____. **Crítica da legalidade e do direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

_____. **Filosofia do direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Introdução ao estudo do direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**: tomo II. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9ª ed. São Paulo: Forense, 1981.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

MERTON, Robert K.. Estrutura social e anomia. In: _____. **Sociologia**: teoria e estrutura. São Paulo: Mestre Jou, pp. 203-234, 1970.

MÉXICO. **Código penal federal**. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_mex_anexo7.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021.

MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 3ª ed. Editorial Estampa, 2005.

MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**. 1ª ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

_____. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2ª ed. Buenos Aires: B. de F., 2003.

MORAIS, José Luis Bolzan e STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do Estado**. 8ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

MOURA, Grégore Moreira de. **Do principio da co-culpabilidade no direito penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo**. 4ª ed. rev. e ampl. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

_____. **Introducción al derecho penal**. 2ª ed. Buenos Aires: B. de F., 2001.

_____. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

NAVARRETE URIETA, Jose Maria. La imputabilidad en el pensamiento de Edmundo Mezger. In: **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, tomo 12, mês 1, pp. 39-62, 1959.

NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, Constituição e os limites do direito penal. In: GRECO, Luís e MARTINS, Antonio (orgs.). **Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º aniversário em 2 de setembro de 2012**. São Paulo: Marcial Pons, pp. 519-532, 2012.

NUNES, Leandro Gornicki. **Culpabilidade e exculpação: o conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil**. 2012. 178 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

ORTEGAL, Leonardo. Raça, criminologia e sociologia da violência: contribuições a um debate necessário. In: **Cadernos do CEAS**, n. 238, Salvador, pp. 527-542, 2016.

PACHUKANIS, Evgeni. **A teoria geral do direito e o marxismo e ensaios escolhidos**. São Paulo: Sundermann, 2017.

PARAGUAI. **Código penal**. Ley 1.160/1997. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_paraguay.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021.

PERU. **Código penal**. Decreto legislativo 635. Disponível em: <http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/001CD7E618605745052583>

280052F800/\$FILE/COD-PENAL_atualizado_16-09-2018.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021.

PINTO, Simone Matos Rios. **O princípio da coculpabilidade em uma análise garantista do direito penal**. 2009. 159 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

PLATT, Tony. “Street” crime: a view from the left. In: **Crime and Social Justice**, n. 9, pp. 26-34, 1978.

REALE JÚNIOR, Miguel (org.). **Código Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROSA, Pablo Ornelas; JUNIOR, Humberto Ribeiro; CAMPOS, Carmen Hein de e SOUZA, Aknaton Toczec. **Sociologia da violência, do crime e da punição**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **O contrato social**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 12, n. 46, pp. 46-72, jan./fev. 2004.

_____. **Derecho penal, parte general, tomo I: fundamentos – La estructura de la teoria del delito**. Madrid: Civitas, 1997.

RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia clínica e execução penal: proposta de um modelo de terceira geração**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Sugestão de um esboço de bases conceituais para um sistema penitenciário. Escola de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.sap.sp.gov.br/download_files/reint_social/apresentacao/sugestao_esboco.doc>. Acesso em: 16/02/2021.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. **La libertad del derecho penal: estudios sobre la doctrina de la imputación**. Barcelona: Atelier, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia e luta de classes**. Disponível em: <<http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2015/10/Criminologia-e-luta-de-classes.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2019.

- _____. **Direito penal: a nova parte geral.** Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- _____. **Direito penal: parte geral.** 6ª ed., atual. e ampl. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SARTRE, Jean-Paul. Ser e fazer: a liberdade. In: _____. **O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica** (quarta parte, capítulo 1). 20ª ed. Petrópolis: Vozes, pp. 536-681, 2011.
- SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento republicano e liberdade igual.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales.** 2ª ed. Buenos Aires: B. de F., 2012.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- _____. Prendam os criminosos de sempre. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão; FERRARINI, Luigi Giuseppe Barbieri e ALMEIDA, Júlia de Moraes (orgs.). **Criminologia: estudos em homenagem ao professor Alvino Augusto de Sá.** São Paulo: Editora D'Plácido, pp. 499-518, 2020.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SILVA, Paulo César Gondim. **O conceito de liberdade em o ser e o nada de Jean-Paul Sartre.** 2010. 110 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Filosofia, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2010.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo.** Barcelona: José Maria Bosch Editor S.A., 1992.
- SILVEIRA, Fernando Lang da. A teoria do conhecimento de Kant: o idealismo transcendental. In: **Caderno Catarinense de Ensino de Física**, v. 19, número especial, pp. 28-51, mar. 2020.
- SIMON, Jonathan. Punishment and the political technologies of the body. In: **The SAGE handbook of punishment and society**, pp. 60-89, 2013.

SIQUEIRA, Leonardo. **Culpabilidade e pena**: a trajetória do conceito material da culpabilidade e suas relações com a medida da pena. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 211, Rio de Janeiro, pp. 241-269, jan./mar. 1998.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 6, n. 24, pp. 145-156, 1998.

_____. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo e NASCIMENTO, André (orgs.). **Cem anos de reprovação**. Rio de Janeiro: Revan, pp. 121-152, 2011.

_____. **Teorias do delito**: variações e tendências. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul e YOUNG, Jock. **La nueva criminología**: contribución a una teoría social de la conducta desviada. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1997.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 5ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VAISMAN, Ester. Althusser: ideologia e aparelhos de estado – velhas e novas questões. In: **Projeto História**, São Paulo, n. 33, pp. 247-269, dez. 2006.

VELÁSQUEZ, Fernando. El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana. In: **Revista General de Derecho Penal**, n. 3, mai. 2005.

VELO, Joe Tennyson. **Criminologia analítica**: conceitos de psicologia analítica para uma hipótese etiológica em criminologia. São Paulo: IBCCrim, 1998.

VON LISZT, Franz. **Tratado de direito penal alemão**: tomo I. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, 1899.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 1ª reimpressão, 2013.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002, 3ª reimpressão, 2015.

_____. Cannibalism and bulimia: patterns of social control in late modernity. In: **Theoretical Criminology**, v. 3, pp. 387-407, 1999.

_____. Thinking seriously about crime: some models of criminology. In: FITZGERALD, Mike; MCLENNAN, Gregor e PAWSON, Jennie (orgs.). **Crime and Society**: readings in history and theory. Londres: Routledge; The Open University, pp. 206-260, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

_____. **Criminología**: aproximación desde un margen, volumen I. Bogotá: Editorial Temis, 1988.

_____. Culpabilidade por vulnerabilidade. In: **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade, ano 9, n. 14, Rio de Janeiro: Revan, pp. 31-48, 2004.

_____. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, 2ª reimpressão, 2012.

_____. La culpabilidad en el siglo XXI. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 7, n. 28, pp. 56-71, 1999.

_____. **Política criminal latinoamericana**. Buenos Aires: Hamurabi, 1981.

_____. **Tratado de derecho penal**: parte general, tomo IV. Buenos Aires: EDIAR, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1 – parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do direito penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. **Direito penal brasileiro**: segundo volume – teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

_____. **Direito penal brasileiro**: volume II, tomo 2. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.