

**DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO: UNIVERSALIZAÇÃO DO
CONCEITO DE CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE PARTE 2
UNIVERSALIZAÇÃO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE POR
VULNERABILIDADE**

**CONTEMPORARY CRIMINAL LAW: UNIVERSALIZATION OF THE
CONCEPT OF GUILT DUE TO VULNERABILITY PART 2
EPISTEMOLOGICAL EVOLUTION OF CRIMINAL LEGAL DOGMATICS**

MÁRIO LUIZ RAMIDOFF

Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Estágio Pós-doutoral em Direito (PPGD-UFSC). Doutor em Direito (PPGD-UFPR) e Mestre (PPGD-UFSC); Professor Universitário (UNICURITIBA); 2º Vice-Diretor Presidente da Escola Nacional da Magistratura (AMB/ENM). E- mail: marioramidoff@gmail.com.

JORGE ISSAC TORRES MARINQUE

Consultor jurídico. Abogado por la UCSM (Arequipa). Doctorados en Derecho y Administración, por la UNFV (Lima). Presidente de la Escuela Interdisciplinar de Derechos Fundamentales Praeeminentia Iustitia (Perú). Pesquisador Internacional del Grupo de Responsabilidade Civil e Processo Ambiental de la Escola Superior Dom Helder Câmara (Brasil). Par Académico Evaluador de las firmas editoras: Corporación de Estudios y Publicaciones (Ecuador) y Ediciones Jurídicas de Santiago (Chile). CoDirector los Códigos Penales comentados de Ecuador . kimblellmen@outlook.com.

AUREA RENATA XAVIER RODRIGUES

Advogada. Pós-graduanda no Curso de Especialização em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC); Pesquisadora junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Curitiba (PPGD-UNICURITIBA).E-mail: aurea.xavier@live.com..



4 CONTRIBUIÇÕES CRIMINOLÓGICAS

As supracitadas construções dogmáticas pós-finalistas em torno da culpabilidade foram desenvolvidas a partir de concepções legitimantes da pena (FERRAZ, 2016, n.p).

A culpabilidade por vulnerabilidade parte da proposta de reconstrução da dogmática jurídico-penal a partir da deslegitimação do sistema penal.

Zaffaroni não formula sua crítica à concepção normativa da culpabilidade a partir da tensão entre livre arbítrio e determinismo. O autor reconhece que, se por um lado a capacidade de autodeterminação não é demonstrável, por outro, tampouco é o determinismo, além disso, que interagimos socialmente como autodeterminados.

O autor, portanto, incorpora a ideia do postulado de liberdade mútua¹ e baseia sua crítica ao modelo normativo de culpabilidade na tensão existente entre o discurso penal e a operacionalidade real dos sistemas penais.

A contradição existente entre o discurso jurídico-penal e a operacionalidade real dos sistemas penais conduz, segundo Zaffaroni, à “perda das penas” (no sentido de carência de racionalidade) (ZAFFARONI, 1991, p. 15).

O que importa afirmar que a programação normativa tem por alicerce uma realidade que não existe e, por ser assim, o discurso jurídico-penal revela-se falso. (ZAFFARONI, 1991, p. 15).

A situação, segundo o autor, não constitui um momento de transitoriedade resultado de defeitos conjunturais, mas uma característica estrutural – essencial, portanto, - de todos os sistemas penais. (ZAFFARONI, 1991, p. 15).

Nesse sentido escreveu:

a realidade operacional dos nossos sistemas penais jamais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico penal. Todos os sistemas penais apresentam

¹ Nesse sentido: “No cabe rechazar esta forma argumentando que la autodeterminación no es verificable. Además de que el determinismo tampoco lo es, lo cierto es que interactuamos socialmente como autodeterminados y que cada persona em diferentes circunstancias concretas (constelación situacional) tiene sólo certo catálogo de posibles conductas. También es verificable que la antropología jurídica, constitucional y jushumanista, se apoya em la autodeterminación humana (la persona y la soberania popular serían inexplicables de otro modo).” Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf070010-zaffaroni-culpabilidad_por_vulnerabilidad.htm>. Acesso em: 25. abr. 2020.

características estruturais próprias de seu exercício de poder que cancelam o discurso jurídico-penal e que, por constituírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas, sem a supressão dos próprios sistemas penais. A seletividade, a reprodução de violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais (ZAFFARONI, 1991, p. 15).

Portanto, a integração dos conceitos oriundos de investigações de ordem criminológica ao saber jurídico-penal incita a necessidade da formulação de um conceito de culpabilidade limitador do arbítrio estatal e não dissociado da realidade (LOUREIRO, 2019, p.129).

Sobreleva, antes de mais, notar que a partir da superação da Escola Positivista (já abordada quando se tratou da concepção psicológica da culpabilidade) a criminologia passou a ser influenciada por duas visões sociológicas diferentes: uma visão baseada nas teorias do consenso, calcada na ideia de que o bom funcionamento da sociedade depende da integração entre seus membros a partir da comunhão de valores e objetivos; e outra, que parte da ideia de que a sociedade está fundada no conflito e que a ordem e a coesão dos organismos sociais só podem ser atingidas mediante coerção (LOUREIRO, 2019, p. 73).

As teorias criminológicas da reação social e crítica, as quais são postas como base da construção do conceito de culpabilidade por vulnerabilidade, fazem parte da corrente sociológica baseada na sociedade conflitiva (LOUREIRO, 2019, p. 73).

O paradigma da reação social revela que a o desvio e a criminalidade não são qualidades intrínsecas de uma conduta ou entidades ontológicas pré-constituídas à reação social, mas “etiquetas” atribuídas a determinadas pessoas mediante processos de interação social (FERRAZ, 2016, n.p).

Nessa perspectiva, a criminalidade deixa de ser vista como uma realidade objetiva e passa a ser vista como uma definição: o que se analisa é quem tem o poder de definir e quem sofre a definição. Trata-se, pois, de estudar não mais a criminalidade e o criminoso como entidades pré-constituídas, mas os processos de criminalização (BATISTA, 2011, p. 74).

Escreveu Vera Malaguti Batista:

o conceito de culpabilidade sofre um golpe mortal: fora da dicotomia do bem e do mal, o 'comportamento criminoso' é relativizado. Os mecanismos simbólicos da construção social vão dar conta da reação dos sujeitos aos processos de etiquetamento. Essa relativização da 'ontologia criminal' deslegitima a função ideológica dos aparatos de controle social (BATISTA, 2011, p. 74).

A síntese trazida por Baratta bem define este movimento da criminologia: se a pergunta do positivismo era "quem é o criminoso?" a do rotulacionismo seria "quem é definido como criminoso?" (BATISTA, 2011, p. 75).

Dois enfoques orientavam os estudos dos teóricos do etiquetamento: a investigação do processo de formação da identidade desviante e da construção da carreira criminal e a investigação do processo de escolha dos comportamentos qualificados como desviantes (LOUREIRO, 2019, p. 88).

Verificou-se, sob estes enfoques, que o crime não se define pela conduta do agente, mas pelo que as instâncias de controle definem como tal, além disso, que nem todos os crimes, ainda que de mesma natureza, são perseguidos pela sociedade e pelo Estado, fenômeno que constitui a seletividade (LOUREIRO, 2019, p. 88).

A seletividade é marcada sobretudo pela catalogação dos criminosos que "combinam com a imagem que corresponde à descrição fabricada, deixando de fora outros tipos de delinquentes" (ZAFFARONI, 1991, p. 130).

O etiquetamento e o padrão de seletividade podem ser verificados, sem maiores dificuldades, pela apreciação do sistema carcerário. O sistema carcerário do Brasil, por exemplo, ocupa a quarta posição no ranking mundial de população carcerária e, dentre os presos, a maioria é composta por pretos e pobres, segundo dados do INFOPEN (CALVI, 2018, n.p)².

O rotulacionismo foi uma escola fundamental para a elaboração de uma crítica às ações do sistema punitivo, contudo é limitada porque apresenta a sociedade em uma perspectiva atomista, sem uma interpretação macrossociológica, não prestando visibilidade, pois, às condições materiais e à luta de classes (BATISTA, 2011, p.77).

O marxismo rompeu com a ideia da igualdade do direito por meio da constatação de que o sistema legal não serve à sociedade como um todo, mas aos interesses das

² Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>>. Acesso em: 24. abr. 2020.

classes dominantes. A partir do que se constatou o nexos funcional entre os mecanismos seletivos e o processo de acumulação de capital (LOUREIRO, 2019, p. 73), sob este eixo se assenta a teoria criminológica crítica.

Desse modo, a criminalidade passa a ser entendida como “*status* atribuído a determinados indivíduos, desigualmente, conforme hierarquia de interesses fixada no sistema socioeconômico, conforme a desigualdade social” (BARATTA, 2002, p.160).

O ponto fulcral da criminologia crítica, portanto, é o deslocamento do objeto de investigação do comportamento desviante para os processos de criminalização que se materializam nos processos seletivos de definição do comportamento desviante (criminalização primária) e de aplicação de sanções estigmatizantes (criminalização secundária), conforme o processo de acumulação de capital (LOUREIRO, 2019, p. 104).

A criminologia crítica insere o sistema penal e sua base normativa na disciplina de uma sociedade de classes historicamente determinada. Desvela, nesse sentido, as funções ideológicas de se proclamar uma igualdade e neutralidade desmentidas pela prática (BATISTA, 2011, p.32).

Portanto os teóricos da criminologia crítica puderam desmistificar a ideologia penal tradicional de defesa social, que se apoiava nos princípios de interesse social, delito natural e igualdade, compreendendo que o que define um comportamento como criminoso é o fato de ele ser contrário aos interesses das classes dominantes (LOUREIRO, 2019, p. 73).

Desse modo foi possível verificar a operacionalidade real dos sistemas penais. A crítica científica à ineficácia da ideologia punitiva indica que o projeto técnico- corretivo do sistema carcerário se caracteriza por uma “eficácia invertida” à medida que não reduz a criminalidade e, ao contrário, produz reincidência criminal (SANTOS, 2018, p. 81).

A manutenção do projeto fracassado do aparelho penal se explica pela distinção entre os objetivos ideológicos e os objetivos reais da prisão (SANTOS, 2018, p. 81).

Os objetivos ideológicos do aparelho penal são a repressão da criminalidade e a redução do crime, com a garantia de uma ordem social justa, protetora de bens jurídicos gerais e de promoção de bem comum. Sobre esse fundamento o discurso oficial da teoria da pena atribui as funções de retribuição e prevenção (geral e especial) às penas criminais (SANTOS, 2018, p. 81).

Por outro lado, os objetivos reais do aparelho penal consistem na reprodução da criminalidade pelo recorte de classes e na reprodução das relações sociais como “tática de submissão ao poder” das classes dominantes (SANTOS, 2018, p. 81).

Portanto, o aparente fracasso do projeto técnico corretivo é, em verdade, um projeto exitoso de reprodução das relações sociais. O Sistema de Justiça Criminal, nesse sentido, atua como mecanismo de dominação de classe pela gestão diferencial da criminalidade (SANTOS, 2018, p. 11).

A criminalização primária, consistente na definição legal de crimes e penas e a criminalização secundária, realizada pelo Sistema de Justiça Criminal, por meio da polícia, da justiça e da prisão garantem a existência e a reprodução da realidade social desigual das sociedades contemporâneas (SANTOS, 2018, p. 11).

Mediante definições legais de crimes e penas, o legislador protege os interesses das classes sociais hegemônicas incriminando condutas lesivas às relações de produção e de circulação de riqueza material. Dessa forma, a proteção penal seletiva pré-seleciona os sujeitos estigmatizáveis pela sanção penal (aqueles pertencentes a grupos sociais subalternos, à margem do mercado de trabalho e do consumo) (SANTOS, 2018, p. 11).

Certos tipos penais, é verdade, parecem proteger bens jurídicos gerais ou comuns, como a vida, a integridade física, a honra etc., no entanto, a própria proteção desses valores gerais é desigual: se por um lado os titulares desses bens jurídicos pertencentes às classes hegemônicas são protegidos como seres humanos, por outro, aqueles que são, em alguma medida integrados nos processos de produção, enquanto força de trabalho, são protegidos como objetos, porque necessários à ativação dos meios de produção; a seu turno, os titulares dos bens jurídicos pertencentes a contingentes marginalizados, que não tem função na reprodução do capital, não encontram proteção nem como objeto tampouco como sujeitos (SANTOS, 2018, p. 12).

Nesse sentido, ensina Juarez Cirino dos Santos:

a variável decisiva da criminalização secundária é a posição social do autor, integrada por indivíduos vulneráveis selecionados por estereótipos, preconceito e outros mecanismos ideológicos dos agentes de controle social – e não pela gravidade do crime ou pela extensão social do dano (SANTOS, 2018, p. 13).

Portanto, se a criminalização primária pode aparentar neutralidade, a criminalização secundária é patentemente determinada pela posição social de vulnerabilidade³.

5 CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE

Conforme visto, as ciências criminológicas evidenciam, há muito, o distanciamento, a limites intoleráveis, entre o ser e o dever-ser (ZAFFARONI, 1991, p. 259).

As enunciações das teorias criminológicas evidenciam que o sistema penal é estruturalmente seletivo, verticalizador, arbitrário, injusto e desigual e, portanto, não respalda o discurso jurídico-penal que o fundamenta (LOUREIRO, 2019, p. 189).

A constatação, segundo Zaffaroni, provoca o esvaziamento ético da doutrina jurídico-penal. Mais especificamente no que tange à culpabilidade, a reprovabilidade perde legitimidade ética à medida que se formula apenas a uns poucos selecionados entre os mais vulneráveis (ZAFFARONI, 1991, p. 259).

Nesse sentido escreveu:

o conceito de culpabilidade normativa – a reprovação personalizada – entrou em crise com a deslegitimação do exercício do poder do sistema penal. A seletividade do sistema penal neutraliza a reprovação: ‘Por que a mim? Por que não a outros que fizeram o mesmo?’ são perguntas que a reprovação normativa não pode responder (ZAFFARONI, 1991, p. 259).

A partir dessa ideia, o autor aponta que a legitimidade do direito penal enquanto ciência deve se encerrar na sua capacidade limitante do poder punitivo. Premissa a partir da qual propõe reelabora-lo partindo de uma concepção agnóstica da pena (LOUREIRO, 2019, p. 205).

Em um direito penal fundado na teoria agnóstica da pena, as agências judiciais devem, mediante seu poder jurídico de contenção, neutralizar, na medida do possível, a

³ Na mesma direção escreveu Zaffaroni: “*Queda claro, pues, que los tipos penales describen conductas, pero sabiendo que los tipos de acto abren en la practica un espacio de arbitrariedad para seleccionar personas. El discurso penal es de acto, pero el ejercicio del poder punitivo es de autor. La inflación de leyes penales es em la realidad operativa del sistema penal una forma de aumentar la practica de un poder selectivo de autor*”. Disponível em: <http://www.saij.gov.ar/doctrina/dacf070010-zaffaroni-culpabilidad_por_vulnerabilidad.htm>. Acesso em: 25 abr. 2020.

seletividade estrutural do poder punitivo, dado este que não é levado em conta pela simples culpabilidade de ato (ZAFFARONI, 1991, p. 261).

Nessa direção, Zaffaroni aponta que a culpabilidade penal em um Estado Democrático de Direito não pode ser a simples culpabilidade de ato, mas a síntese desta (enquanto limite da reprovabilidade) e de um conceito de culpabilidade que sopesse o dado da seletividade do sistema penal. (LOUREIRO, 2019, p. 206).

Segundo o autor, o estado de vulnerabilidade é o que determina a criminalização. A seleção criminalizante de um indivíduo é determinada a partir de uma situação concreta de vulnerabilidade (ZAFFARONI, 1991, p. 268)

O nível de vulnerabilidade é fornecido pela proporção de risco de seleção, que corresponde à situação de vulnerabilidade em que se colocou o sujeito (ZAFFARONI, 1991, p. 270).

A situação de vulnerabilidade é produzida pelos fatores de vulnerabilidade, que podem ser classificados em dois grupos: posição de vulnerabilidade e esforço pessoal para a vulnerabilidade (ZAFFARONI, 1991, p. 268).

A posição de vulnerabilidade é predominantemente social, condicionada socialmente, e consiste no grau de risco que uma pessoa corre por pertencer a uma classe, grupo, minoria etc. O esforço pessoal para a vulnerabilidade, a seu turno, é predominantemente individual e corresponde ao grau de perigo que uma pessoa se coloca em razão de um comportamento particular, consistente na realização do injusto (ZAFFARONI, 1991, p. 268).

Segundo Zaffaroni:

e o grau de vulnerabilidade ao sistema penal que decide a seleção e não o cometimento do injusto, porque há muitíssimos mais injustos penais iguais e piores que deixam o sistema penal indiferente. Na prática, o grau de esforço que uma pessoa realiza para colocar-se em situação de vulnerabilidade é diretamente proporcional à fortalecedora quota de ilusão que os aparatos de propaganda e os discursos de justificação 'inventam'. Deste modo, quanto maior for o esforço, e a conseqüente contribuição para o fortalecimento do sistema, que a pessoa fez para colocar-se em uma situação de vulnerabilidade ao seu poder, menor será o espaço que dispõe a agencia judicial para obstaculizar uma resposta criminalizante ou para diminuir a intensidade da resposta (ZAFFARONI, 1991, p. 269).

O autor nota que, no mais das vezes, os criminalizados não realizam grandes esforços para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade, haja vista que já partem de



um estado de vulnerabilidade elevado e que basta pouco para que, contra eles, o poder punitivo se concretize.

Nessa perspectiva escreveu:

quanto mais limitada estiver uma pessoa por sua posição vulnerável, em particular pela atribuição de papéis que correspondam ao estereótipo em que se enclausura, menos autonomia terá para a realização do 'injusto' que corresponda a tais papéis e maior será o esforço que deverá fazer seu 'eu' para superar o 'mim'. Em regra, a posição ou estado de maior vulnerabilidade dará origem a um baixo nível de culpabilidade pela vulnerabilidade, porque o esforço pessoal para a vulnerabilidade por parte da pessoa não é muito elevado (ZAFFARONI, 1991, p. 273)⁴

A ser assim, o que pode ser passível de se tornar critério para a distribuição do poder de contenção da intervenção punitiva⁵ é o esforço pessoal realizado para alcançar esta situação concreta de vulnerabilidade na qual o poder punitivo se concretiza (ZAFFARONI, 1991, p. 270).

O esforço pessoal para alcançar a situação de vulnerabilidade deve servir como critério de distribuição do poder de contenção da agência judicial, uma vez que o espaço que esta agência dispõe para obstar o processo de criminalização é inversamente proporcional ao esforço realizado pelo agente (LOUREIRO, 2019, p. 207).

Assim escreveu:

tendo em conta que o esforço jurídico colisiona constantemente com as forças do estado de polícia, resulta racional que o direito penal 'reprove' o esforço pessoal para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade, porque esta é a medida da contribuição do agente contra a própria possibilidade de redução do poder punitivo do direito penal. O esforço para a vulnerabilidade é a contribuição do sujeito às pretensões legitimantes do poder punitivo e é contrário ao esforço redutor e pacificante do direito penal (ZAFFARONI, 2007, n.p.)⁶.

⁴ A partir daqui se afirma a irracionalidade de se assumir a reincidência como uma agravante da pena, já que o contato com o sistema penal fixa papéis e torna cada vez menor o esforço para alcançar a situação de vulnerabilidade.

⁵ Zaffaroni assinala que "a agência judicial não formula nenhuma 'reprovação' ao esforço pessoal para a vulnerabilidade, pois se trataria de uma reprovação sempre deslegitimada, já que sua tradução em uma pena constitui um mecanismo reprodutor violento, mas, diante da necessidade de elegem a quem se permitirá fazer 'a cobrança' e 'quanto será cobrado', age valendo-se de algo mais aproximado a uma reprovação legítima dentre os que o exercício de poder do sistema penal possa lhe oferecer. O enorme vazio que a culpabilidade tradicional deixa- que nunca pôde ser bem formulada- só pode ser preenchido conforme a responsabilidade da agência judicial, traduzida, segundo um controle seletivo de máxima instância, em uma culpabilidade por vulnerabilidade que superaria e abarcaria a consagrada culpabilidade pelo injusto".

⁶ *Teniendo en cuenta que el esfuerzo jurídico colisiona constantemente con las fuerzas del estado de policia, resulta racional que ele derecho penal reproche el esfuerzo personal por alcanzar la situación concreta de*

Segundo Zaffaroni os postulados éticos reclamados por Welzel eram “*el grito de alerta contra la razón del estado o contra un pretendido naturalismo que arrasaba com la persona*” e, embora não se sustentem por completo depois da deslegitimação sociológica do poder punitivo, o reclame ético segue sendo válido (ZAFFARONI, 2007, n.p.).

A partir dessa concepção a culpabilidade de ato assume, dentro da culpabilidade pela vulnerabilidade, seu valor negativo de limite máximo de punição aceitável (ZAFFARONI, 1991, p. 270).

A ser assim, a culpabilidade por vulnerabilidade não se trata de um corretivo da culpabilidade de ato (cujo juízo de reprovação se baseia no âmbito de autodeterminação), mas sua antítese redutora. Da síntese entre a culpabilidade de ato e a culpabilidade por vulnerabilidade deve resultar a culpabilidade penal que, a seu turno, não pode superar o grau de reprovabilidade indicado pela culpabilidade pelo ato.

Nessa direção:

pode-se dizer que a culpabilidade pela vulnerabilidade não é uma alternativa à culpabilidade como uma censura ético-formal, mas um passo além dela que, como todos os processos dialéticos, a pressupõe e preserva em sua síntese. Uma vez que a culpabilidade formalmente ética é afirmada como pura culpabilidade pelo ato de acordo com o escopo da autodeterminação de que o sujeito foi capaz de deliberar e indicou um certo grau de reprovação, a culpabilidade pelo esforço do sujeito em alcançar a situação concreta de vulnerabilidade se presta a neutralizar a falta de atenção da simples culpabilidade de ato ao fenômeno da seletividade e é sintetizado com uma culpa normativa, podendo reduzir a censura pelo ato, mas nunca ampliá-la. (ZAFFARONI, 2007, n.p.)⁷.

Portanto, após a análise da presença dos elementos normativos da culpabilidade, o julgador deve verificar o grau de esforço pessoal realizado pelo agente para alcançar a situação de vulnerabilidade, reduzindo-se, na medida do menor esforço, o juízo de

vulnerabilidad, porque esa es la medida del aporte de la persona contra ele próprio cometido reductor del poder punitivo del derecho penal. El esfuerzo por la vulnerabilidad es la contribución personal del sujeto as las pretensiones legitimantes del poder punitivo y, por ente, contrario al esfuerzo reductor y paificante del derecho penal.

⁷ *Puede afirmarse que la culpabilidad por la vulnerabilidad no es una alternativa a la culpabilidad como reproche formal ético, sino un passo superador de ésta que, como todo processo dialético, la presupone y la conserva em su sintesis. Afirmada la culpabilidad formalmente ética como culpabilidade pura por el hecho, conforme al ámbito de autodeterminación com que el sujeto pudo deliberar y señalado conforme a ella um certo grado de reproche, la culpabilidad por el esfuerzo del sujeto por alcançar la situación concreta de vulnerabilidad se le opone, para contrarrestar su falta de atención sobre el fenómeno de selectividad y, en la medida en que corresponda, se sintetiza en una culpabilidad normativa penal que puede reducir el reproche por e acto, pero nunca ampliarlo.*

reprovação aferido mediante a análise da culpabilidade de ato (LOUREIRO, 2019, p. 217).

Nesse contexto, após verificada a presença dos pressupostos da culpabilidade de ato, a análise da culpabilidade pela vulnerabilidade poderá reduzir ou mesmo excluir a culpabilidade, mas nunca aumentar (nos casos, por exemplo, em que houver uma baixa vulnerabilidade e um considerável esforço pessoal do agente em colocar-se em posição de criminalização), neste sentido é que a culpabilidade por vulnerabilidade se afirma como antítese redutora da culpabilidade de ato (LOUREIRO, 2019, p. 217).

A culpabilidade por vulnerabilidade, portanto, pode ensejar a contenção do poder punitivo por meio de uma aplicação de pena mais branda do que aquela cabível (consoante a simples análise da culpabilidade de ato) ou mesmo a exculpação do agente (LOUREIRO, 2019, p. 217).

O autor fornece como exemplo de exclusão da culpabilidade os casos em que a conduta ilícita é praticada por meio de provocação das próprias agências do sistema penal, como no caso de flagrante preparado em que o sujeito alcança um risco criminalizante por interferência direta da Polícia como “agente provocador”. Nesta hipótese, caso não esteja configurado crime impossível, utilizando-se do critério de culpabilidade por vulnerabilidade, poder-se-ia exculpar o autor, haja vista que seu esforço pessoal para a situação concreta de vulnerabilidade foi ínfimo (LOUREIRO, 2019, p. 217).

Nesse sentido, é possível considerar a possibilidade de exclusão da reprovabilidade sempre que a o esforço pessoal empreendido pelo agente para alcançar a situação de vulnerabilidade seja tão insignificante a ponto de tornar a imposição de pena (de acordo com a pretensa tutela ao bem jurídico) desproporcional à autonomia para a realização do injusto (LOUREIRO, 2019, p. 218).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A definição formal da culpabilidade assenta-se na tríplice: capacidade de culpabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme o direito.



2. Além dos elementos formais que compõem a culpabilidade, esta, tal como o injusto, possui também um conteúdo material.

3. A ideia de liberdade humana – seja para afirmá-la, seja para negá-la – constituiu a referência do fundamento material da culpabilidade.

4. A filosofia alemã idealista, da primeira metade do século XIX, afirmava a liberdade humana como ponto inconcusso, notadamente a partir das ideias de Kant e Hegel.

5. Na segunda metade do século XIX, a mudança de paradigma, orquestrada pelo discurso evolucionista das ciências naturais, fez com que o dogma da liberdade iluminista cedesse espaço para uma doutrina determinista.

6. A doutrina determinista que propunha a perspectiva do atavismo como explicação dos fenômenos sociais impedia a verificação da culpabilidade penal como juízo de reprovação.

7. Sobre esse sustentáculo, surgiram as teorias preventivistas-especiais, calcadas na ideia de defesa social.

8. No marco da teoria psicológica da culpabilidade, a culpabilidade era compreendida tão somente como a relação subjetiva do sujeito com o resultado. Consideravam-se o dolo e a culpa como “formas de culpabilidade”.

9. No início do século XX, a dogmática penal se volta ao mundo dos valores e a corrente filosófica do neokantismo propõe o incremento, aos dados psicológicos de cognição e vontade, de valores culturais – sujeitos a juízo de valor. Dá-se, então, origem a teoria psicológico-normativa ou complexa da culpabilidade.

10. Como síntese da liberdade plena do idealismo e antítese do determinismo absoluto do causalismo, nesta etapa, se afirma a liberdade humana: não mais aquela liberdade ideal, mas uma liberdade condicionada pela fatalidade.

11.. Na etapa neokantiana se perde a ideia de sistema em decorrência de um relativismo valorativo, inobstante, remanesceu a ideia causalista de que o injusto era objetivo e o dolo subjetivo.

12. Nessa etapa, o processo de reformulação do conceito de culpabilidade ficou conhecido como “viragem normativista” e estabeleceu a síntese de que culpabilidade é reprovabilidade.

13. Considerando que determinadas ações não poderiam ser consideradas culpáveis a despeito de dolosas, a afirmação da culpabilidade passou a depender da verificação da (a)normalidade das circunstâncias.

14. Da análise da (a)normalidade das circunstâncias resultou o critério de exigibilidade de conduta conforme o direito.

15. Ainda, na etapa neokantiana o dolo foi enriquecido com a potencial consciência da ilicitude firmando o que se chama de “*dolus malus*”.

16. A superação da teoria psicológico-normativa resulta, por um lado, do movimento dogmático de separação entre objeto da valoração e valoração do objeto e de outro da adoção do conceito de conduta como um fazer guiado por um fim como ideia fundante do sistema de análise de crime.

17. A etapa finalista consolida a teoria normativa pura da culpabilidade, porquanto os elementos naturais tenham migrado para o tipo enquanto a culpabilidade ficou limitada à pura reprovabilidade.

18. Nesta etapa, há um esforço de fundamentar a liberdade a partir do mundo do ser. A liberdade humana, nessa perspectiva, assenta-se como a atuação conforme o sentido (orientado pela introjeção das grades do decoro social) em detrimento da atuação pela coação dos impulsos.

19. Portanto, o juízo de reprovação recaía sobre a resolução de vontade daquele que não omitiu ação antijurídica a despeito de ter podido omiti-la.

20. A concepção finalista sofreu como principais críticas: a indemonstrabilidade da liberdade humana a partir do mundo do ser (reforçada pelos estudos neurocientíficos do final do século XX) e a impossibilidade de o direito penal, enquanto ciência valorativa, guiar-se por uma ideia fundante extraída do mundo do ser.

21. A superação da negação da liberdade com referência ao mundo do ser não pode partir de afirmações meramente valorativas, com referência a norma, como pretendem algumas proposições pós-finalistas, mas a partir de substratos reais que permitam atribuir ao homem a liberdade e este substrato fático pode ser extraído da experiência humana e do intertratamento pessoal que se dá a partir da ideia de que somos livres.

22. Roxin, incorporando a crítica de indemonstrabilidade da liberdade constrói uma

formulação que congrega tanto um fundamento empírico, decorrente da constatação da acessibilidade normativa (esta, segundo o autor, demonstrável), quanto um normativo que, em face de um substrato empírico, afirma a possibilidade de atribuição de responsabilidade segundo os fins das penas.

23. O funcionalismo sistêmico, desenvolvido por Jakobs, trata a culpabilidade como a falta de fidelidade ao direito manifestada, prescindindo da análise acerca da (in)existência do livre-arbítrio.

24. Para Muñoz Conde o fundamento da culpabilidade é a função motivadora da norma penal, devendo-se, neste sentido, estudar os condicionamentos do sujeito para aferir a capacidade deste de reagir aos mandamentos normativos.

25. As teorias criminológicas baseadas na sociedade conflitiva trataram de demonstrar que o direito penal constitui instrumento de dominação de classes e manutenção das desigualdades sociais, o que conduz à deslegitimação do discurso jurídico-penal.

26. Zaffaroni não formula sua crítica à concepção normativa da culpabilidade a partir da tensão entre livre arbítrio e determinismo, mas naquela existente entre o discurso penal e a operacionalidade real dos sistemas penais, daí por que a necessidade de reconstrução da dogmática com o intento de refrear o exercício do poder punitivo.

27. A seletividade do sistema penal faz com que a reprovabilidade perca legitimidade ética à medida que se formula apenas a uns poucos selecionados entre os mais vulneráveis. Portanto, deve haver um conceito de culpabilidade capaz de conter o arbítrio estatal e que considere em sua estrutura os fatores que determinam a vulnerabilidade.

28. A culpabilidade por vulnerabilidade sopesa o grau de esforço do agente para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade como um critério para distribuição equitativa do poder de contenção.

29. A culpabilidade pela vulnerabilidade não se presta a substituir a culpabilidade pelo ato, mas constitui sua antítese redutora, de forma que a culpabilidade penal resulta da síntese entre a culpabilidade de ato reduzida pela culpabilidade por vulnerabilidade.

30. O grau de culpabilidade para a vulnerabilidade não indica um tipo de solução justa – impossível dentro de um sistema estruturalmente seletivo –, mas uma decisão

possível dentro de um espaço de poder, a partir da necessidade de contenção do poder punitivo.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução À Sociologia Do Direito Penal**. Trad. J. Cirino dos Santos. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARATTA, Alessandro. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. Revan: Rio De Janeiro, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica À Criminologia Brasileira**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CALVI, Pedro. **Sistema Carcerário Brasileiro: Negros E Pobres Na Prisão**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao> Acesso em: 24 abr. 2020.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Culpabilidade Pela Vulnerabilidade: Uma Introdução Aos Seus Pressupostos, Fundamentos E Controvérsias. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 2016, v. 120.

LOUREIRO, Bruna Gonçalves da Silva. **Culpabilidade E Vulnerabilidade: Proposta Para Um Novo Conceito De Culpabilidade Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

SANTOS, Juarez Cirino. **A Criminologia Radical**. 4.ed. Florianópolis: Tirant to blanch, 2018.

LOUREIRO, Bruna Gonçalves da Silva. **Direito Penal: Parte Geral**. 8 ed. Florianópolis: Tirant to blanch, 2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual De Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Culpabilidad Por Vulnerabilidad**. 2007. Disponível em: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf070010-zaffaroni-culpabilidad_por_vulnerabilidad.htm. Acesso em: 25 abr. 2020.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em Busca Das Penas Perdidas: A Perda Da Legitimidade Do Sistema Penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo No Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1940.

