



**MARIANA ALMEIDA TEIXEIRA**

**O RECONHECIMENTO DA TEORIA DA CULPABILIDADE  
POR VULNERABILIDADE NO ORDENAMENTO PENAL-  
JURÍDICO BRASILEIRO**

**LAVRAS - MG  
2021**

**MARIANA ALMEIDA TEIXEIRA**

**O RECONHECIMENTO DA TEORIA DA CULPABILIDADE POR  
VULNERABILIDADE NO ORDENAMENTO PENAL-JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

Profa. Ma. Alessandra Margotti dos Santos Pereira  
Orientadora

**LAVRAS - MG  
2021**

**MARIANA ALMEIDA TEIXEIRA**

**O RECONHECIMENTO DA TEORIA DA CULPABILIDADE POR  
VULNERABILIDADE NO ORDENAMENTO PENAL-JURÍDICO BRASILEIRO**

**THE RECOGNITION OF THE CULPABILITY FOR VULNERABILITY THEORY IN  
THE BRAZILIAN CRIMINAL-LEGAL SYSTEM**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

APROVADA em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2021.

examinador 1

examinador 2

examinador 3

Profa. Ma. Alessandra Margotti dos Santos Pereira  
Orientadora

**LAVRAS - MG  
2021**

*A minha mãe, Silvana, minha irmã, Bárbara, e a toda  
minha família por estarem sempre ao meu lado e serem meu  
porto seguro.*

*Ao meu amor, Christian, pela confiança e companheirismo.*

*A Deus e a vida por permitirem o caminho trilhado.*

*Dedico*

## RESUMO

Pretendeu-se neste trabalho demonstrar que a atual culpabilidade não aborda o dado da seletividade estrutural do sistema penal, sendo necessária uma revalorização do instituto a partir da teoria da culpabilidade por vulnerabilidade. Para tanto, a exposição se valeu do método de pesquisa bibliográfica. Assim, foram apresentados os conceitos de culpabilidade, a partir de suas variadas teorias históricas, sobretudo a teoria funcionalista da culpabilidade e foram expostos seus três atuais elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Perpassou-se pela concepção da teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade, com seu ápice no esforço por vulnerabilidade como atenuante do poder punitivo. Identificou-se a evolução histórica das escolas criminológicas e a importância do abandono de teorias justificadoras da pena, sustentando-se a teoria agnóstica como nova tendência utilizável. Nas considerações finais, propõe-se a mudança paradigmática, com a efetiva ruptura com a culpabilidade de autor, bem como a inserção de um quarto elemento para a culpabilidade, denominado por esforço por vulnerabilidade, que é limitado pela culpabilidade pelo ato, com o fito de mitigar a indiferença dos atuais elementos em relação a seletividade estrutural do sistema penal, bem como admitiu-se que o direito penal, por si só, não tem o condão de extirpar a violência perpetuada pelo estado de polícia, contudo pode atenuá-la.

**Palavras-chave:** Culpabilidade. Criminologia Crítica. Esforço por Vulnerabilidade. Teoria Agnóstica da Pena. Poder Punitivo.

## ABSTRACT

This paper's aim was to demonstrate that the current culpability doesn't address the structural selectivity of the criminal system, so a reevaluation of this institute from the culpability for vulnerability theory is needed. For this purpose, the exposition used the bibliographical research method. Thus, the concepts of culpability from its historical theories were presented, especially the functionalist theory, and its three current elements were presented: imputability, potential conscience of illegality and the demandability of a different behaviour. It went through the conception of the culpability for vulnerability theory, with its apex on the effort for vulnerability as a mitigating factor of the punitive power. The historical evolution of criminological schools and the importance of the abandonment of justifying theories of punishment were identified, sustaining the agnostic theory as a new usable tendency. In the final considerations, a paradigmatic change is proposed, with the effective rupture with the offender's culpability, as well as the insertion of a fourth element for the culpability, known as effort for vulnerability, which is limited by the culpability for the act, with the aim of mitigating the indifference of the current elements in relation to the structural selectivity of the criminal system, also admitting that criminal law alone can't eradicate the violence perpetuated by the police state, however it can be mitigated.

**Keywords:** Culpability. Critical Criminology. Effort for Vulnerability. Agnostic theory of punishment. Punitive Power.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>09</b>
<b>2</b>	<b>ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....</b>	<b>11</b>
<b>2.1</b>	<b>Princípio da Dignidade Humana .....</b>	<b>12</b>
<b>2.2</b>	<b>Princípio da Igualdade.....</b>	<b>13</b>
<b>2.3</b>	<b>Direito à vida.....</b>	<b>15</b>
<b>2.4</b>	<b>Direitos Sociais .....</b>	<b>16</b>
<b>2.5</b>	<b>Introdução à teoria da Culpabilidade por Vulnerabilidade .....</b>	<b>20</b>
<b>3</b>	<b>CULPABILIDADE .....</b>	<b>22</b>
<b>3.1</b>	<b>Considerações iniciais .....</b>	<b>22</b>
<b>3.2</b>	<b>Conceito e evolução histórica .....</b>	<b>23</b>
3.2.1	Teoria Psicológica da Culpabilidade.....	23
3.2.2	Teoria Psicológica Normativa da Culpabilidade .....	24
3.2.3	Teoria Normativa Pura da Culpabilidade .....	25
3.2.4	Teoria Funcionalista da Culpabilidade.....	27
<b>3.3</b>	<b>Elementos da culpabilidade .....</b>	<b>29</b>
3.3.1	Imputabilidade .....	29
3.3.1.1	Doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.....	30
3.3.1.2	Embriaguez completa e involuntária, decorrente de caso fortuito ou força maior .....	31
3.3.1.3	Menoridade.....	32
3.3.1.4	<i>Actio libera in causa</i> ; emoção; e paixão .....	33
3.3.2	Potencial Consciência da Ilicitude .....	33
3.3.3	Exigibilidade de conduta diversa.....	35
3.3.3.1	Coação moral irresistível .....	36
3.3.3.2	Obediência hierárquica .....	37
3.3.3.3	Dirimentes supralegais.....	37
3.3.3.3.1	Cláusula de Consciência .....	39
3.3.3.3.2	Desobediência civil.....	39
<b>4</b>	<b>O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE .....</b>	<b>41</b>
<b>4.1</b>	<b>Considerações iniciais acerca do instituto.....</b>	<b>41</b>
<b>4.2</b>	<b>Princípio da coculpabilidade: O Estado e a Sociedade como corresponsáveis .....</b>	<b>42</b>

<b>4.3</b>	<b>Seletividade do Sistema Penal .....</b>	<b>46</b>
<b>4.4</b>	<b>Teoria Agnóstica da Pena.....</b>	<b>51</b>
<b>4.5</b>	<b>Culpabilidade por vulnerabilidade .....</b>	<b>54</b>
<b>5</b>	<b>COMPATIBILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL A UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....</b>	<b>59</b>
<b>5.1</b>	<b>Mudança paradigmática.....</b>	<b>59</b>
<b>5.2</b>	<b>Hipótese de aplicação da teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade no direito penal brasileiro.....</b>	<b>61</b>
<b>6</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>67</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>70</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O direito penal, através do discurso oficial, pode ser definido como um conjunto de normas que visam a criminalização de determinadas condutas ou omissões dos indivíduos de uma certa sociedade em um dado espaço de tempo, com o objetivo de pacificação social. Para tanto, realiza a previsão das proibições, das penas cominadas e institui as regras atinentes a execução penal, com o fito de proteger os bens jurídicos essenciais, aos quais todos os cidadãos estão igualmente interessados.

Todavia, vê-se que, cada vez mais, o direito penal vem sendo palco para grandes atrocidades e violações de direitos fundamentais, pois, em uma visão crítica desta seara jurídica percebe-se que o discurso oficial apregoado é falacioso. Nesse sentido, o que ocorre é a expansão desenfreada de um poder punitivo que seleciona as pessoas e os grupos de pessoas para serem criminalizadas, bem como que este poder não se importa em salvaguardar os bens jurídicos mais essenciais, mas sim em controlar as classes menos abastadas, com a finalidade de manter a atual posição das classes sociais.

Ressalte-se, no entanto, que esse poder quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário. Além disso, na prática, a lei penal não é igual para todos, sendo que o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos.

Em verdade, dentro da perspectiva de uma sociedade capitalista, todos os fenômenos jurídicos devem ser estudados levando em consideração a questão política das diferenças abissais entre a classe que visa se manter no poder e a classe dominada, pois é desta tensão que surgem as questões da política criminal.

Dessa forma, frisa-se que o direito penal, em que pese possuir um complexo de normas, deve ser visto como um apêndice da Constituição Federal de 1988, devendo proteger as garantias e os direitos fundamentais, razão pela qual não pode ser confundido com a mera legislação penal.

Sob a égide de um Estado Democrático de Direito que procura conter a expansão do poder punitivo, o presente trabalho tem por finalidade o estudo da teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade, quase não trabalhada pelo direito brasileiro, pela perspectiva da culpabilidade como elemento do tipo, cuja conceituação é múltipla e traçada a partir de variadas teorias e autores da área jurídica.

Dessa forma, primeiramente serão delineados os principais direitos e garantias fundamentais presentes no Estado Democrático de Direito. Após, serão traçadas algumas

considerações acerca da história da culpabilidade, bem como dos elementos que esta possui no atual direito penal brasileiro.

Em sequência, será delineada a teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade através de sua conceituação, seus pressupostos e seus fundamentos prático-teóricos. Por fim, será apresentada uma proposta principal de aplicação do referido princípio e uma secundária, no contexto do Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição Federal de 1988, a fim de dar maior efetividade aos direitos e garantias que serão expostos, bem como de limitar o poder punitivo e de minorar os efeitos da seleção estrutural que vem acontecendo dentro do direito penal e que institucionaliza as desigualdades sociais, através da utilização de uma culpabilidade de autor, que oficialmente já foi, inclusive, superada.

## 2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição Federal Brasileira, promulgada em 1988, assevera em seu artigo 1º que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, fundamentando-se na soberania popular, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, bem como da livre iniciativa e no pluralismo político<sup>1</sup>.

Tem-se que o Estado Democrático de Direito se configura como um novo paradigma que não se sustenta apenas em mera junção do Estado de Direito e do Estado Democrático<sup>2</sup>. Isto é, conforme assevera Bernardo Gonçalves Fernandes (2017, p. 296), o Estado Democrático de Direito traz sentido às instituições e ações jurídicas, fazendo com que todo o processo decisório estatal seja dotado de procedimentos, os quais são permeados pela participação popular, ainda que de forma indireta.

O Estado Democrático de Direito tem por objetivo, dentre outros, a instituição de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme inciso I, art. 3º da CF/88. Para tanto, a Carta Magna traz em seu bojo, de forma extensiva, em razão de sua característica analítica, diversos direitos individuais e coletivos com o fito de alcançar os objetivos por ela elencados.

A seguir, serão apresentados os principais direitos fundamentais atinentes ao tema proposto. Insta ressaltar que não se intenta o esgotamento do assunto, muito pelo contrário, o objetivo perpassa pela exposição, de forma breve, dos direitos fundamentais indispensáveis ao deslinde da presente apresentação, como forma de embasamento para o que será posteriormente exposto.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> O Estado de Direito se assenta em um contexto de Estado Liberal, que rompe com o conceito de absolutismo. Dessa forma, não existe mais um monarca que exerce sua vontade de maneira soberana, mas sim um Estado limitando-se a adentrar em matérias de defesa da ordem e segurança pública, respeitando os direitos fundamentais consubstanciados na liberdade individual. Já o Estado Democrático é entendido como aquele em que a participação popular, de forma direta ou indireta, é premissa fundamental para a constituição do Governo e do Estado (FERNANDES, 2017, p. 297-302).

## 2.1 Princípio da Dignidade Humana

A Dignidade da Pessoa Humana, fundamento do Estado Democrático de Direito previsto no artigo 1º da CF/88, ao contrário do que já se acreditou<sup>3</sup>, significa, consoante Fernandes (2017, p.307), compreender a pessoa humana dotada de uma natureza ímpar. Ela não é propriamente um direito fundamental, é, na verdade, origem e corolário de todos eles.

Existem vários conceitos trazidos para o tema, dentre eles se destacando o de que se trata de um meta princípio que deve ser utilizado como marco interpretativo para nortear todas as demais garantias constitucionais. Dessa forma, o ser humano não deve ser degradado, manipulado ou reduzido a instrumento de seus iguais<sup>4</sup>, sendo que cada pessoa deve ser tida como insubstituível, ou seja, um fim em si mesma<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Na Antiguidade a Dignidade Humana era expressão da posição social que o sujeito ocupava, bem como pelo reconhecimento a qual a sociedade atribuía a determinada pessoa. No Período da Escolástica, Santo Tomás de Aquino afirma que a Dignidade estava diretamente atrelada com a semelhança dos homens com Deus. Com Kant o homem deve ser entendido como o fim maior das relações e não apenas como meio, procedendo, assim, com a desvinculação do conceito com o divino. A partir de Hegel, a dignidade humana é tida dentro de um complexo processo de reconhecimento, no qual a luta leva a conquista de uma reciprocidade que faz com que cada ser individual reconheça o valor do outro. Na modernidade, com Dworking, há o entendimento de que a dignidade humana busca conciliar a igualdade e a liberdade, sob o prisma do respeito e reconhecimento de cada projeto individual de vida, bem como da proteção a busca desse projeto individual. Por fim, Habermas assevera que a produção de normas jurídicas legítimas se dá com a premissa de que cada sujeito é, ao mesmo tempo, autor e destinatário das normas. Assim, a dignidade não se assenta em um modo particular de visão de mundo, mas sim na noção de que quem se submete a norma é também quem a cria. (FERNANDES, 2017, p. 307-312).

<sup>4</sup> No direito contemporâneo, após a Segunda Guerra Mundial, e as atrocidades por ela trazida contra o ser humano, surgiram diversos documentos internacionais com a intenção de reaver a proteção do homem, proteção esta que havia se perdido e haveria de ser reconquistada com o mundo pós guerra. Dentre esses documentos, pode-se apontar a Carta da Organização das Nações Unidas, de 1945 e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 com o objetivo de proporcionar rigorosa proteção a dignidade do homem.

<sup>5</sup> O conceito de dignidade humana, como sendo o homem como um fim em si mesmo, foi apregoado por Immanuel Kant em seu livro “A Metafísica dos Costumes”, publicado em 1797. Nele o autor assevera que o homem, e em geral todo ser racional, existe como fim em si mesmo, não apenas como meio, do qual esta ou aquela vontade possa dispor a seu favor; mas, em todos os seus atos, tanto nos que se referem a ele próprio, como nos que se referem a outros seres racionais, ele deve sempre ser considerado como fim. Os seres, cuja existência não dependem precisamente de vontade humana, mas da natureza, quando são seres que não possuem razão, só possuem valor relativo, valor de meios e por isso se denominam coisas. Por outro lado, os seres racionais são chamados pessoas, porque a natureza delas as designa já como fins em si mesmos, isto é, como alguma coisa que não pode ser usada unicamente como meio, alguma coisa que, conseqüentemente, põe um limite, em certo sentido, a todo livre arbítrio, sendo, assim, objeto de respeito. Portanto, os seres racionais não são fins simplesmente subjetivos, cuja existência, como efeito da atividade, tem valor para todos; são fins objetivos, isto é, coisas cuja existência é um fim em si mesma, e justamente um fim tal que não pode ser substituído por nenhum outro, e ao serviço do qual os fins subjetivos deveriam pôr-se simplesmente como meios, visto como sem ele nada se pode encontrar dotado de valor absoluto. Verificando a finalidade das coisas, tudo possui um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez

Portanto, deve-se haver a promoção, por parte do Estado e da sociedade, de condições para que todo o ser humano possa ter o seu direito a vida, a igualdade, a independência e autonomia respeitados e protegidos de quaisquer perigos que impeçam a formação da personalidade da pessoa humana (BAHIA, 2017, p.119).

Em que pese o conceito apresentado no presente estudo, ressalta-se que a dignidade humana é, segundo Letícia Martel (2010, p.147), uma expressão recheada de indeterminações e paradoxos. Se trata de um termo polissêmico, cabendo a imputação de variadas significações, não possuindo um conceito fechado, sendo que, muitas vezes, é possível se deparar com reivindicações com fulcro na dignidade humana, que são também refutadas com base nela, como é o caso da legalização e a proibição do aborto<sup>6</sup>.

Dessa forma, vislumbra-se que a dignidade humana é uma expressão muito ampla, o que traz o problema do uso, na prática jurídica, de forma indiscriminada. Além disso, muitas vezes é aplicado como se possuísse um conteúdo óbvio, todavia resta claro que é um princípio de grande dificuldade de conceituação restrita. (MARTEL, 2010, p.150).

Apresenta-se o conceito exposto acima, por ser uma posição que coaduna com o Estado Democrático de Direito que a Carta Magna de 1988 visa instituir, todavia, o presente trabalho não visa realizar um fechamento da conceituação do princípio da dignidade humana, mas tão somente faz menção a uma posição possível de ser empregada.

## 2.2 Princípio da Igualdade

Após o fim da Segunda Guerra Mundial foi gradativa a inclusão nas constituições dos países a premissa de que as pessoas devem se valer de forma idêntica em princípios, vantagens e deveres, ao passo que os deveres e encargos a todos devem pairar. Foi nesse período que houve grande proteção internacional aos direitos fundamentais do homem, no qual a igualdade consta como um dos principais, como, por exemplo, na Declaração da ONU

---

dela qualquer outra como equivalente; contudo quando uma coisa está acima de todo o preço, que é o caso do ser humano, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. Assim, como postulado, o autor afirma que: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”. (KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução por Paulo Quintela, Coimbra: Coleção Biblioteca Filosófica; Edição Atlântida, 1960, p. 66/76.)

<sup>6</sup> Para maior aprofundamento sobre a dignidade da pessoa humana, *cf.*: SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2º ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. Revista Brasileira de Direito Constitucional, RBDC, n. 09, jan./jun. 2007, pp. 361-388.

de 1948<sup>7</sup> e a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969<sup>8</sup>.

O Princípio da Igualdade pode ser entendido pela premissa de que os desiguais devem ser tratados de forma desigual, considerando, na medida em que se desiguam (FERNANDES, 2017, p.461). Todavia, inicialmente, tinha-se o entendimento de que todas as pessoas são iguais, merecendo igual tratamento legislativo, sem considerar as condições pessoais, sendo esse entendimento advindo de um Estado Liberal (MARINONI, MITIDIERO, SARLET, 2018, p. 618).

Na modernidade é pacífico o entendimento de que existem dois tipos de igualdade, a igualdade formal e a igualdade material. A primeira significa o imperativo de que não pode haver distinção entre uma pessoa e outra, valendo a norma para todas igualmente, por isso o caráter de generalidade da maioria das normas. Já a segunda, por sua vez, expressa a necessidade de tratamentos distintos, considerando que tratar as pessoas da mesma maneira pode ser um fator potencializador de desigualdades, visto que, por óbvio em um mundo capitalista, as condições sociais e pessoais de cada ser humano não são as mesmas.

Segundo Marinoni, Mitidiero e Sarlet (2018, p.619) a compreensão da igualdade material, no contexto de um constitucionalismo moderno, é relacionada a um dever de compensação das desigualdades sociais. No caso do Brasil, a igualdade é um princípio estruturante do Estado Democrático de Direito, sendo aí visto de um modo geral, mas ao mesmo tempo impõe tarefas para o Estado, como a diminuição de desigualdade de gênero, raça, dentre outras, de forma mais específica, através de ações afirmativas, como é o caso das cotas raciais em universidade pública. Isto é, cabe ao Estado intervir somente quando há situações nas quais há tratamento desigual para questões iguais e tratamento igual em circunstâncias desigualadoras, fora desses casos o Estado deve ficar inerte, deixando que a liberdade individual se aflore.

Nesse diapasão, a igualdade formal se apresenta insuficiente ao contexto fático e jurídico do Estado Democrático de Direito assegurado pela Constituição Federal. Conforme Flávio Martins Júnior (2017, p.827) “A igualdade formal em um país de ‘elevada desigualdade real’, em vez de igualar, apenas reforça a desigualdade que existe na vida. Dizer que todos devem lutar com suas armas é injusto, quando as “armas” são de calibres tão diversos.” Isto é, a destinação do mesmo tratamento para toda e qualquer pessoa acaba por

---

<sup>7</sup> Art I - Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

<sup>8</sup> Artigo 24. Igualdade perante a lei - Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

gerar uma tensão na igualdade. Determinantes como as diversas etnias, raças, condições sociais e financeiras, dentre outras, fazem com que as pessoas e grupos de pessoas demandem tratamentos específicos, que nem sempre são os mesmos.

A sociedade brasileira possui um quadro de desigualdade social, racial e de gênero, fruto de um processo histórico de marginalização. Nas cidades brasileiras, principalmente nos grandes centros, as favelas<sup>9</sup> são estigmatizadas, sendo caracterizadas como lugares nos quais há a predominância do crime, da violência, da desintegração social e moral (CARRIL, 2006, p.88). Todavia, o que ocorre é que são locais destituídos, muitas das vezes, de um mínimo existencial, isto é, sem saneamento básico, saúde, alimentação e moradia de qualidade, dentre outros. Em questão de igualdade de gênero, sabe-se que as mulheres, se comparado aos homens, sempre tiveram tratamento desprestigiado<sup>10</sup>. Assim, nesses dois exemplos, o Estado deve desempenhar um tratamento diferenciado, na medida em que as diferenças socioeconômicas e os gêneros se desiguam (MARTINS JÚNIOR, 2017, p. 838).

Face ao exposto, não se pode olvidar a aplicação isolada da igualdade formal, haja vista que a muitas pessoas são negados direitos básicos. Dessa forma, a igualdade material, melhor se amolda as pretensões de um Estado Democrático de Direito, considerando que somente tratando de forma desigual, aqueles que estão em situação de desigualdade, é possível trilhar um caminho rumo a uma igualdade real, haja vista que a sociedade brasileira é marcada pela forte desigualdade social, financeira, étnica, dentre outras.

### **2.3 Direito à vida**

O direito à vida foi contemplado na constituição brasileira vigente como um direito inviolável<sup>11</sup>, que Segundo Alexandre de Moraes (2017, p.47), é o direito primordial dentre

---

<sup>9</sup> Com o fim da escravidão, em 1888, os ex-escravos, sem trabalho e moradia, somaram-se a população pobre da época, sendo postos à margem da sociedade (MARTINS JÚNIOR, 2017, p.832). Dessa forma, houve uma segregação socioespacial dos escravos recém libertos e da camada mais pobre do século XIX para a periferia, que originaram as favelas dos grandes centros urbanos da atualidade (CARRIL, 2006, p.88).

<sup>10</sup> As mulheres adquiriram o direito de votar apenas em 1932, bem como o Código Civil de 1916 impunha a mulher um papel inferior, na família notadamente patriarcal (MARTINS JÚNIOR, 2017, p. 837).

<sup>11</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

(...)

todas as garantias fundamentais, haja vista que é pressuposto para o exercício de todos os demais direitos e cumprimento dos deveres.

O direito à vida deve ser entendido através de duas perspectivas, quais sejam o direito de estar vivo e o direito de possuir uma vida digna, através de um mínimo existencial, a fim de que esse direito não seja visto apenas do aspecto biológico, mas também de um ponto de vista relacionado diretamente à Dignidade da Pessoa Humana (FERNANDES, 2017, p.412). Isto é, segundo Flávio Martins Júnior (2017, p.802) o direito a vida está umbilicalmente ligado ao princípio da dignidade humana, pois sem a tutela adequada ao direito a vida, impossível se falar em exercício da dignidade e os demais direitos decorrentes. Todavia, o direito a vida não deve ser absoluto, sendo que a ordem jurídica brasileira prevê a pena de morte em caso de guerra declarada e o caso do aborto legal, por exemplo.

## **2.4 Direitos Sociais**

A Constituição Federal, em seu Capítulo II, a partir do art. 6º, dispõe, de forma não exaustiva, acerca dos direitos sociais, enumerando o direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, a proteção à maternidade e à infância, bem como a assistência aos desamparados. Estes perfazem os direitos sociais mais básicos, sem exclusão dos implícitos na Constituição e dos que surgem ao longo da necessidade da sociedade.

Segundo Flávio Martins Júnior (2017, p.1.050) os direitos sociais são atualmente reconhecidos como modalidade dos direitos fundamentais, pois a própria Constituição Federal sistematicamente adota este posicionamento, haja vista que no Título II, que trata dos “Direitos e Garantias Fundamentais” há cinco capítulos e dentre eles encontra-se o “Capítulo II) Dos Direitos Sociais. Assim, os direitos sociais são uma modalidade de direitos fundamentais, conforme Marinoni, Mitidiero e Sarlet (2018, p. 644), que objetivam o alcance da justiça social, considerando uma sociedade desigual fundada em um modo de produção capitalista.

Cumprido ressaltar que, a seguir, serão delineados os direitos sociais mais relevantes para a presente discussão, sem desprestígio dos demais direitos sociais existentes.

Por sua vez, o direito à saúde pode ser entendido, conforme Marinoni, Mitidiero e Sarlet (2018, p. 675), como o direito a integridade física e mental do ser humano. É uma extensão do direito à vida, haja vista que também é um pressuposto para o exercício dos demais direitos e satisfação dos deveres, pois uma pessoa que se encontre com a integridade

debilitada não possui condições mínimas de exercer sua personalidade de forma plena.

Sendo um direito de todos, é, ou deveria ser, na mesma medida, um dever do Estado, conforme preceito constitucional (art. 196, Constituição Federal Brasileira de 1988<sup>12</sup>). Todavia, há questionamentos acerca do limite assistencial do Estado a prestação da saúde. De maneira exemplificativa, delinea-se questionamentos acerca do grau do acesso, isto é, todos devem ter acesso de forma indiscriminada, ou se somente os vulneráveis financeiramente, ou, ainda a forma da prestação, havendo discussões acerca do tipo e do avanço da tecnologia a ser usada (MARINONI, MITIDIERO, SARLET, 2018, p. 677-678).

Aqui não será pormenorizada tais discussões, sendo que será adotado o pensamento de que, de alguma forma, o Estado deve gerar o essencial para que os seus administrados tenham saúde de qualidade, o que inclui profissionais e equipamentos aptos para manter a saúde tanto física, como mental, devendo, o ente público, fornecer os serviços essenciais para tanto. No entanto, em consonância com o princípio da igualdade, entende-se que as pessoas que possuem condições financeiras devem utilizar o sistema privado de saúde (o pensamento de que a contribuição tributária, por si só, é um financiamento da saúde pública, portanto tendo direito a sua utilização, não deve lograr êxito em uma sociedade desigual por excelência), como forma de não atolar o sistema público de saúde, que hoje é exercido, no Brasil através do Sistema Único de Saúde – SUS<sup>13</sup> (MARINONI, MITIDIERO, SARLET, 2018, p. 677-678).

Por fim, o direito a saúde não deve ser entendido apenas como fornecimento de medicamentos, realizações de cirurgias e tratamentos da mais variada espécie. A saúde está diretamente interligada com outros direitos essenciais, como alimentação, informação, entre outras. Além disso, é pacífico que serviços essenciais como energia elétrica, água potável e encanada, coleta e tratamento de esgoto, enfim, o saneamento básico, são imprescindíveis para a manutenção da saúde.

Nesse interim, tem-se que o direito à alimentação, sendo uma necessidade básica de qualquer ser humano, é imprescindível para se efetivar o direito a saúde, dignidade humana e vida. Como pontapé para uma vida com qualidade, a alimentação de qualidade é tida como

---

<sup>12</sup> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

<sup>13</sup> O Sistema Único de Saúde – SUS é um sistema de saúde pública implementado no Brasil, que abrange vários níveis de atendimento à saúde, variando desde a Atenção Primária, até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país (Sistema Único de Saúde (SUS): estrutura, princípios e como funciona. Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>. Acesso em 25 de junho de 2020).

um dos pilares necessários para um mínimo existencial, o que influi necessariamente, embora não unicamente, em uma saúde de qualidade.

No mesmo tom, o é direito à moradia, o qual traz um mínimo de qualidade de vida ao sujeito de direito. A Constituição atual não traz parâmetros específicos para delimitação de tal direito social, assim a doutrina e a jurisprudência se apegam a ideais internacionais, como a segurança jurídica da posse e a disponibilização de infraestrutura básica para que haja condições de habitabilidade<sup>14</sup>, por exemplo. O fato é que o direito à moradia se desdobra em imposições como a proibição, de forma geral, da penhora do único bem de família direcionado à moradia fixa das pessoas que ali residem, bem como em ações prestacionais, no qual o governo se obriga em tornar acessível tal direito a todas as pessoas (MARINONI, MITIDIERO, SARLET, 2018, p. 688).

Assim o direito à moradia, de forma bastante simplificada, se consubstancia em habitação de qualidade, ou seja, um local, cuja a vivência não traga risco a vida e a saúde dos que ali fixem residência.

Já o direito à educação, possui caráter universal, atingindo todas as pessoas, com igualdade de acesso e permanência no ambiente escolar, com vistas ao desenvolvimento pleno dos sujeitos de direito, preparando-os para que exerçam a cidadania e sendo qualificados para o mercado de trabalho (MARINONI, MITIDIERO, SARLET, 2018, p. 694). No entanto, muito mais que isso, o ambiente escolar desperta o senso crítico necessário para atuação de forma legítima, dentro de uma sociedade, para a participação efetiva de mudanças no quadro social e de modos de vida, auxilia na fase de afloramento de talentos, gostos e conquistas, sendo, pois, determinante para a autodeterminação do indivíduo.

O direito à educação pode ser entendido como parcialmente gratuito, considerando que o ensino fundamental é inteiramente gratuito, enquanto o ensino médio e o superior não o são<sup>15</sup>. Os ensinamentos básico e médio são direcionados para todos, de forma obrigatória, sendo que

---

<sup>14</sup> Aqui pode ser citado o programa governamental de auxílio à moradia, qual seja o “Minha Casa, Minha Vida”, que oferece condições para que famílias de renda média e baixa possam adquirir o imóvel destinado a moradia através de financiamento pela Caixa Econômica Federal. (Minha Casa Minha Vida - Habitação Urbana. Disponível em: <http://www.caixa.gov.br/voce/habitacao/minha-casa-minha-vida/urbana/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 20 de junho de 2020.

<sup>15</sup> O governo promove ações com vistas a facilitar o acesso ao ensino superior tais como os programas Fundo de Financiamento Estudantil – FIES e Programa Universidades para Todos – PROUNI. O primeiro é um programa do Ministério da Educação (MEC), que objetiva conceder financiamento a estudantes em cursos superiores não gratuitos, com avaliação positiva nos processos conduzidos pelo MEC e ofertados por instituições de educação superior não gratuitas que aderirem ao programa. Já o segundo, é um programa do Ministério da Educação que disponibiliza bolsas de estudo integrais e parciais em instituições privadas de educação superior, em cursos de graduação e sequenciais de formação específica, a brasileiros que desejam conquistar o primeiro diploma de nível superior.

o ensino básico caminha, de forma progressiva, para a gratuidade total. Vale ressaltar que o ensino superior possui o respectivo processo seletivo. Entende-se, neste último ponto, que a igualdade resta prejudicada, haja vista que nem todos possuem preparo de qualidade para a aprovação e ingresso nos citados processos seletivos.

É um direito de todos, sendo, portanto, um dever da família, da sociedade e do Estado, haja vista a característica de desigualdade que a sociedade brasileira possui, bem como considerando que no primeiro nível escolar o indivíduo encontra-se na fase infantil, cabendo à família e à sociedade a responsabilidade acerca da inserção no ambiente escolar. Além disso, cabe ao ente público a disponibilização de transporte para que a criança e o adolescente cheguem à estrutura física da escola de forma segura e não morosa.

Assevera Marinoni, Mitidiero e Sarlet (2018, p.699), que a educação faz parte de um mínimo existencial, sendo que este não se perfaz somente com um mínimo vital, mas, sobretudo, abrange um aspecto sociocultural. É um direito subjetivo dos indivíduos, pois derivado de um direito positivado na Carta Magna e na legislação infraconstitucional, oportunizando, inclusive a busca desse direito através das vias judiciárias.

Por sua vez, o direito ao trabalho garante ao sujeito de direitos uma maneira digna para o provimento de seu sustento e de sua família, isto é, uma existência condizente com a dignidade que lhe cabe. Para tanto, a Constituição prevê os direitos dos trabalhadores, em seu art. 7º, sem prejuízo dos que porventura assegurem a melhoria da condição social do trabalhador como, por exemplo, o direito ao décimo terceiro salário, as férias remuneradas, a limitação das horas trabalhadas, dentre outros. Tais direitos são necessários para que não ocorra a exploração de mão de obra ou situações análogas à escravidão, que retiram a dignidade humana, levando a uma situação degradante.

Nesse diapasão, vale ressaltar que a Constituição prevê a obrigatoriedade de um salário capaz de atender às necessidades vitais e familiares, tais como a moradia, a alimentação, saúde, lazer, vestuário, higiene, dentre outros. Isto é, o salário percebido com o trabalho deve condizer com a realidade social, para que o trabalhador possa garantir seu bem-estar e o de sua família com o fruto de seu esforço.

Como assevera Marinoni, Mitidiero e Sarlet (2018, p.706):

(...) não se pode desprezar o quanto a garantia da possibilidade de trabalhar, e com isso assegurar seu próprio sustento e dos seus dependentes, constitui

dimensão relevante para um direito ao livre desenvolvimento da personalidade e da própria noção de autonomia, do ser humano construtor de seu próprio destino.

Em sequência, têm-se o direito ao lazer que pode ser entendido como uma viabilização de atividades que causem sensação de prazer, alegria e descontração. Pode ser obtido através da prática de esportes, do acesso a cultura, dentre diversas outras formas. Ainda que tal direito seja, por vezes, desprezado e até mesmo ridicularizado, entende-se imprescindível para a formação da personalidade humana, haja vista que auxilia a concretização dos demais direitos, como a saúde e a dignidade humana (MARINONI, MITIDIERO e SARLET, 2018, p.708).

Tal direito não teve seu conteúdo definido na Carta Magna, todavia do texto constitucional é possível se extrair algumas diretrizes. Assim, na articulação com outros princípios e direitos consagrados na Constituição Federal, como por exemplo, a referência ao lazer como um dos elementos a ser assegurado pela prestação do salário mínimo, bem como a garantia do pagamento de um terço sobre o valor das férias, faz-se possível identificar uma regulação que, em certa medida, objetiva assegurar as pessoas, um mínimo de aproveitamento do lazer, o que impõe ao Poder Público o dever de assegurar condições, de forma material e normativa, que viabilizem o acesso e o exercício de atividades de lazer pela população (MARINONI, MITIDIERO e SARLET, 2018, p.708).

O direito de assistência social se perfaz através de um dever do Estado e da sociedade de prover ações voltadas a dignidade da pessoa humana em caso de vulnerabilidade financeira e social. Ou seja, visa proteger, principalmente, as crianças, os adolescentes e os idosos que necessitem de auxílio para viverem com dignidade (FERNANDES, 2017, p.731).

Por fim, têm-se o direito ao transporte como viabilizador dos demais direitos fundamentais, como a saúde, o lazer, a educação, etc. O governo deve viabilizar o acesso ao transporte seja através de políticas de inclusão para barateamento de quem o utiliza e não possui condições de arcar com o custo, seja atribuindo gratuidade para determinadas pessoas, como já o é o caso do idoso (MARINONI, MITIDIERO, SARLET, 2018, p. 694).

## **2.5 Introdução à teoria da Culpabilidade por Vulnerabilidade**

No Brasil, em que pese a existência de uma Constituição que visa a proteção dos direitos e garantias fundamentais (aqui brevemente tratados, sem embargo de outros existentes), a política penal atua em detrimento das políticas públicas de emprego, salário

digno, escolarização, moradia, saúde, entre outras medidas complementares, como programas oficiais com vistas a redução das condições sociais adversas da população marginalizada, que são determinações estruturais do crime e da criminalidade. Em verdade, apenas se tem uma mera política penal negativa instituída pela legislação penal que se perfaz com a definição de crimes, a aplicação de penas e a execução penal, como níveis sucessivos da política penal do Estado, conjunto que representa a única resposta oficial para a questão criminal. (SANTOS, 2014, p.423)

O direito penal, como atualmente é aplicado, acaba por concretizar as desigualdades socioeconômicas, na medida em que seleciona as pessoas que possuem o “perfil do criminoso”, que geralmente possuem a roupagem do jovem, pobre, negro e de periferia. Frise-se que, em sua maioria, as condutas criminalizadas (criminalização primária) e as pessoas que são alcançadas delinquindo (criminalização secundária) são, na verdade, uma estratégia de um poder que busca subjugar uma classe, em prol de outra e, para tanto, viola constantemente os direitos fundamentais<sup>16</sup>.

Contudo, o direito penal não pode ser instrumento para legitimação de um poder que intenta garantir a desigualdade social, com vistas à manutenção de uma classe mais abastada no poder. Em verdade, o direito penal deve conter os avanços desse poder que não se coaduna com o Estado de Democrático de Direito, mas sim com Estados Autoritários destinados a controlar seus cidadãos.

Nesse diapasão, tem-se a teoria da culpabilidade por vulnerabilidade, desenhada por Eugenio Raúl Zaffaroni, que é pouco discutida no Brasil, muito embora o contexto social deste país enseje a discussão de institutos que visem diminuir as diferenças sociais, dando materialidade, principalmente, aos princípios da igualdade material e dignidade humana, previstos constitucionalmente.

---

<sup>16</sup> Nesse sentido, *cf.*: Zaffaroni e Batista em seu livro “Direito Penal Brasileiro” (2011, p. 46 e ss.) e Baratta em seu livro “Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal” (2011).

### 3 CULPABILIDADE

#### 3.1 Considerações iniciais

A legislação brasileira não evidencia nenhuma conceituação precisa do que seja crime, muito embora, no art.1º da Lei de Introdução do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais<sup>17</sup> haja a diferenciação acerca do crime e da contravenção penal. Dessa forma, resta aos estudiosos da área jurídica debruçar-se sobre o tema.

Assim sendo, a teoria que mais interessa ao presente estudo é o conceito analítico de crime, à revelia das demais conceituações de delito<sup>18</sup>, o qual estuda os elementos que constituem o substrato criminal. Nessa órbita, duas grandes teorias aparecem no Brasil, a primeira bipartite colocando crime como fato típico e ilícito e a segunda, tripartite, que sustenta que o crime é fato típico, ilícito e culpável<sup>19</sup> (ESTEFAM, 2018, p.204).

Aqui filia-se a teoria tripartite, assim para que um fato seja considerado como infração penal, é necessário que seja típico, antijurídico e culpável. Logo, havendo uma conduta, para que essa seja considerada típica, precisa haver a subsunção do fato praticado à descrição em abstrato da norma penal. No tocante a ilicitude, a conduta deverá ser revestida de contrariedade ao ordenamento jurídico pátrio, sendo que a regra é de que todo fato típico seja também antijurídico, salvo se justificável for<sup>20</sup>. Já a culpabilidade diz respeito ao juízo de reprovação acerca da conduta típica e antijurídica (PACELLI, CALLEGARI, 2018, p.265).

A seguir, será feito um breve apanhado acerca do elemento culpabilidade, que,

---

<sup>17</sup> Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (BRASIL. Decreto-Lei 3.914, de 09 de dezembro de 1941. Lei de Introdução do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais. Rio de Janeiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3914.htm#:~:text=DECRETA%3A,ou%20ambas%2C%20alternativa%20ou%20cumulativamente..](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3914.htm#:~:text=DECRETA%3A,ou%20ambas%2C%20alternativa%20ou%20cumulativamente..) Acesso em 16 de agosto de 2020).

<sup>18</sup> Dentro das conceituações existentes cita-se a conceituação formal, que se digna a conceituar crime como sendo a conduta proibida por lei; existe o conceito material, que se preocupa com a essência de um comportamento, devendo considerar crime toda ação ou omissão consciente e voluntária, que, estando previamente definida em lei, cria um risco juridicamente proibido e relevante (ESTEFAM, 2018, p.204).

<sup>19</sup> Existe, ainda, a teoria que afirma que crime é o fato típico, antijurídico, culpável e punível. Essa visão, contudo, é defasada no sentido de que a punibilidade não pode ser considerada elemento do crime, já que lhe é algo exterior. Isto é, se perfaz como mera consequência jurídica (ESTEFAM, 2018, p.204).

<sup>20</sup> Se houver a incidência das causas de exclusão de ilicitude, elencadas no art. 23 do Código Penal, qual sejam, estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito não haverá crime.

juntamente com a tipicidade e a ilicitude, perfazem o substrato criminal.

### 3.2 Conceito e evolução histórica

A culpabilidade é um conceito polêmico no âmbito do direito penal, sendo que a disparidade conceitual a seu respeito é formidável e revela que quando o conceito se torna mais especificamente penal, também mais se dissolvem em opiniões diversas e incompatíveis (ZAFFARONI, et al, 2017, p. 173).

Segundo Sanches Cunha (2016, p. 281), a culpabilidade pode ser conceituada como o juízo de reprovação que recai na conduta típica e ilícita que o agente se propõe a realizar, sendo um juízo relativo à necessidade de aplicação da sanção penal. Se trata de um juízo de reprovação pessoal, porque, podendo se comportar conforme o direito, o agente optou livremente por agir de forma contrária a ele.

Segundo Zaffaroni (2018, p. 160), a culpabilidade é o juízo que permite vincular, pessoalmente, o injusto ao seu causador, operando como o principal indicativo oferecido pela teoria do delito para autorizar o exercício de poder punitivo sobre o autor e limitar a magnitude de tal exercício. Sendo a teoria do delito um sistema de filtros que só podem ser superados pelo poder punitivo que não seja inconstitucional, ilegal ou irracional, a mera existência de um conflito criminalizado é insuficiente para reconhecer a existência de um delito.

Assim, dado as diferenças entre os seres humanos, bem como da constante transformação de cada um deles, o direito penal sempre precisou de uma ponte entre o injusto e a pena, em que pese as teorias legitimantes do poder punitivo tenham procurado construir tal ponte a partir dos fins atribuídos à pena. (ZAFFARONI, et al, 2017, p.161).

A seguir, um breve relato acerca da evolução histórica da concepção de culpabilidade, entendida aqui como característica relativa à teoria do delito e o conceito analítico de crime.

#### 3.2.1 Teoria Psicológica da Culpabilidade

A primeira Teoria acerca da culpabilidade é a Psicológica, nessa teoria, causal-naturalista<sup>21</sup> se extrai a concepção de que a culpabilidade é o vínculo psicológico entre o fato

---

<sup>21</sup> A Teoria Psicológica da Culpabilidade, foi criada no século XIX por Franz von Liszt e Ernst von Beling, na égide da Escola Clássica Iluminista. Tal escola fundamentava-se no jusnaturalismo, de cunho liberal, racionalista, humanitário e reformador, isto é, no método racionalista, abstrato e

e seu autor, por meio do dolo e da culpa e ausente quaisquer elementos normativos (PACELLI, CALLEGARI, 2018, p.406), isto é, a culpabilidade é única e tão somente psicológica, ou psicológica pura, consistindo no vínculo psíquico entre o autor e o fato causado por ele objetivamente (MARTINS JÚNIOR, 2012, p.27).

Nessa teoria, a culpabilidade se confunde com os próprios dolo e culpa, que eram, nesse momento, suas espécies. Nesse diapasão, a imputabilidade consiste na capacidade geral ou abstrata do agente de compreender o valor do fato e de querer conforme a compreensão do valor do fato. A imputabilidade, pois, é o pressuposto da culpabilidade, e não seu elemento, (SANTOS, 2014, p.276-277). Assim, a culpabilidade poderia ser afastada somente diante da existência de causas capazes de eliminar o vínculo psicológico que liga o autor ao delito cometido (MOREIRA, 2018, p.12).

Essa teoria foi abandonada, haja vista que não é capaz de explicar a inexigibilidade de conduta diversa, pois nesta existe o dolo, todavia o resultado não é imputado ao agente porque não podia, naquele evento de outro modo agir. Tal teoria também não explica acerca da culpa inconsciente, pois não há previsão do resultado, faltando, portanto, o vínculo psicológico entre o autor e o fato (SANCHES CUNHA, 2016, p 283).

### 3.2.2 Teoria Psicológica Normativa da Culpabilidade

Em sequência, tem-se a Teoria Psicológica Normativa da Culpabilidade, que foi defendida por Reinhard Frank<sup>22</sup> em 1907, com sua obra “Über den Aufbau des

---

dedutivo, combinado com um objeto determinado, qual seja um direito ideal racional e natural, sob a intolerância aos excessos e crueldades do Direito Penal do Antigo Regime, formado por normas vagas e severas, regido por procedimentos inquisitoriais e secretos, cujo finalidade era a aplicação de uma pena com sentido puramente intimidativo, em que o apenado servia como verdadeiro “exemplo” para os demais membros do corpo social. Nesse momento, Franz von Liszt definiu o delito como “ato culpável, contrário ao Direito e sancionado com uma pena”. Beling, por sua vez, acrescenta a tipicidade, como categoria autônoma, refinando a definição para: “ação típica, antijurídica, culpável, submetida a uma cominação penal adequada e ajustada às condições de dita penalidade” (TANGERINO, 2011, p.38-58)

<sup>22</sup> Reinhard Frank traz a ideia de que as circunstâncias sob as quais o agente praticou o delito deveriam ser consideradas quando da aferição de sua culpabilidade, superando a abordagem psicológica do sistema Liszt/Beling, fundando a teoria em comento, fazendo inserir na culpabilidade a ideia de reprovabilidade. Para ele, se a culpabilidade se funda no dolo e na culpa, que se consubstanciam na condução consciente ou negligente de um resultado, então não há como explicar a sua exclusão em face do estado de necessidade, eis que o agente sabe o que faz. Para tanto, ele exemplifica com o caso de o caixa de uma loja e um portador de uma ordem de pagamento que cometem, de maneira independente um do outro, o delito de apropriação indébita. O caixa possui uma vida financeira modesta, esposa doente e filhos pequenos, já o outro somente possui *hobbies* caros. Sem a ideia da reprovabilidade, ambos seriam condenados de mesma forma. Assim, ele traz à baila as circunstâncias

Schuldbegriffs” (“Sobre a Estrutura do Conceito de Culpabilidade”), na qual se afirmou que a reprovabilidade é o conteúdo da culpabilidade, antes tomada por puro psicologismo (MARTINS JÚNIOR, 2012, p.28).

Segundo Pierangeli (2000, p. 03), “o juízo a se formular é se ocorre uma desaprovação atribuível ao autor pelo seu comportamento antijurídico, quando a sua vontade poderia, e deveria, leva-lo a atuar conforme o direito.”

A teoria causal clássica estava eivada de erro, haja vista que o dolo, ou a culpa, por si só não dariam conta do caráter culpável de uma conduta. Assim, para Frank, era necessário debruçar-se muito além do liame psíquico, levando a atenção para as demais circunstâncias que cercam o autor e seu ato. Era, pois, o primeiro passo da necessidade da análise da exigibilidade de conduta diversa (MARTINS JÚNIOR, 2012, p.28).

Nesse momento, não se trata mais de puro vínculo psíquico entre o agente e o fato, havendo o reconhecimento da importância da consciência da ilicitude, integrante do dolo, que junto com a culpa, continuam sendo trabalhados com a culpabilidade, mas deixam de ser espécies para se transformarem nos elementos, ao lado da imputabilidade e a exigibilidade da conduta diversa (SANCHES CUNHA, 2016, p 283).

Frank passou a conceber a culpabilidade como reprovabilidade, momento no qual entendeu-se que a culpabilidade se estabelecia fora do autor, não sendo um vínculo entre ele e o fato. Dessa forma, ao invés de portar a culpabilidade em seu psiquismo, o autor passa a ser objeto de um juízo de valor. Todavia, a teoria também foi alvo de diversas críticas, principalmente, por considerar o dolo como elemento psicológico e, concomitante, também como elemento normativo (MOREIRA, 2018, p.13-14).

### 3.2.3 Teoria Normativa Pura da Culpabilidade

Na segunda metade do século XX, há o surgimento da Teoria Normativa Pura da Culpabilidade, com o finalismo de Hans Welzen<sup>23</sup> como consequência de transladar a

---

que autorizam a diminuição ou mesmo a exclusão da culpabilidade do agente (TANGERINO, 2011, p.72)

<sup>23</sup> Hans Welzel, funda sua teoria finalista no pensamento neokantiano, quando afirma ser o método que determina o conhecimento, invertendo a natureza das coisas. Para o neokantismo, as coisas existem amorfas na realidade e cada observador cria a forma dessas coisas ao imprimir-lhes as categorias de pensamento, os *a priori*. Para Welzel, quando Kant afirma que o entendimento prescreve às coisas as suas próprias leis, não teria ele se referido ao entendimento humano, mas ao entendimento puro, que não varia a cada homem. Isto é, o objeto de conhecimento próprio de cada ciência é sempre o mesmo e não varia segundo o método de observá-lo. Dessa forma, Welzel entende que o Direito se refere a ações humanas enquanto caracterizadas não pela causalidade, porém pela finalidade. Assim ele

finalidade do centro do injusto, retirando o dolo e a culpa da culpabilidade e transferindo para a tipicidade (SANTOS, 2014, p.279).

No sistema finalista, a culpabilidade permaneceu como reprovabilidade do ato. Todavia, seus elementos mudaram, passando a ser composta de imputabilidade, possibilidade de compreensão da ilicitude da conduta, esta retirada do dolo, e exigibilidade de conduta diversa (ESTEFAM, 2018 p.324).

A Teoria Normativa Pura da Culpabilidade pode ser subdividida em Teoria Limitada e Teoria Extremada da Culpabilidade, espécies que partem dos mesmos postulados finalistas, todavia divergem<sup>24</sup> quanto à natureza das discriminantes putativas, isto é, dos erros nos pressupostos fáticos.

A culpabilidade no Código Penal Brasileiro é a soma resultante dos elementos da imputabilidade, da potencial consciência da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa (ESTEFAM, 2018 p.323). Assim, adotou-se, no sistema brasileiro a Teoria Finalista Limitada, haja vista a disposição expressa da Exposição de Motivos do Código Penal<sup>25</sup>, na reforma de 1984, pela adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade.

A teoria finalista, portanto, é a adotada no sistema penalista brasileira, todavia,

---

entende que, o Direito natural não pode ser encontrado fora do Direito positivo ou acima dele, porém se insere no mesmo como seu limite imanente, cuja concretização, a propósito, se dá por intermédio das assim denominadas estruturas lógico-objetivas, quais sejam a ação finalista e o ser humano dotado de autodeterminação. Em razão disso, Welzel, destaca que, agindo o homem finalistamente, é inviável que o Direito aprecie uma determinada ação humana, de início, como um mero processo causal para, só depois, aferir a vontade daquela ação. Dessa forma, indispensável seria deslocar o dolo e negligência para a tipicidade, sendo o dolo, em sentido técnico jurídico-penal, apenas a vontade de ação direcionada à concretização de um tipo delitivo, cabendo a culpabilidade apenas a apreciação da responsabilidade do autor por seu comportamento antijurídico (TANGERINO, 2011, p.76-79).

<sup>24</sup> Conforme a Teoria Extremada da Culpabilidade, o erro acerca dos pressupostos fáticos das causas de justificação deve ser tratado como erro de proibição. Ou seja, em se tratando de erro inevitável, não haverá a exclusão do dolo ou culpa, mas sim a isenção do agente de pena. Já para a Teoria Limitada da Culpabilidade, a discriminante putativa sobre os pressupostos da situação fática tem a mesma natureza do erro de tipo. Se inevitável, além do dolo, exclui a culpa, o que isenta o agente de pena, agora se se tratar de erro evitável, exclui-se o dolo, mas não isenta o sujeito de pena, subsistindo o crime culposo quando previsto em lei. Em suma, para a limitada, as discriminantes putativas cuidam-se de mais uma hipótese de erro sobre elementos do tipo; já para a extremada, equiparam-se a erro de proibição. (SANCHES CUNHA, 2016, p 279).

<sup>25</sup> 17. É, todavia, no tratamento do erro que o princípio *nullum crimen sene culpa* vai aflorar com todo o vigor no direito legislativo brasileiro. Com efeito, acolhe o Projeto, nos artigos 20 e 21, as duas formas básicas de erro construídas pela dogmática alemã: erro sobre elementos do tipo (*Tatbestandsirrtum*) e erro sobre a ilicitude do fato (*Verbotsirrtum*). Definiu-se a evitabilidade do erro em função da consciência potencial da ilicitude (parágrafo único do artigo 21), mantendo-se no tocante às discriminantes putativas a tradição brasileira, que admite a forma culposa, em sintonia com a denominada "teoria limitada da culpabilidade" (BRASIL, Exposição de Motivos do Código Penal, nº 211, de 9 de maio de 1983. Decreto-Lei nº2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>. Acesso em: 16 de agosto de 2020).

posteriormente viu-se o surgimento de novas teorias. A seguir, será feita uma breve exposição da Teoria Funcionalista da Culpabilidade, uma dentre várias das teorias contemporâneas existentes.

### 3.2.4 Teoria Funcionalista da Culpabilidade

As teorias pós finalistas acerca da culpabilidade foram elaboradas de diversos pontos de vistas e por numerosos estudiosos do direito penal, haja vista que a teoria finalista delineada sobre a perspectiva do livre arbítrio, isto é, na escolha pelo autor em atuar de modo diverso, quando possível for, não leva em consideração as questões atinentes a política criminal e o exercício do Poder Punitivo. Além disso, a reprovação advinda com a culpabilidade finalista utiliza o critério do “homem médio” para extrair a possibilidade de poder agir de outro modo, juízo de valor que fere o princípio da individualização da pena (MOREIRA, 2018, p.16).

No finalismo, a culpabilidade é o fundamento da pena, isto é, a pena é uma resposta à ação culpável, encontrando nela sua fundamentação. O funcionalismo retira da culpabilidade o fundamento da pena, deslocando-o para o campo da política criminal, indo em contrariedade a histórica concepção de pena referida a um atributo do autor, qual seja, seu livre-arbítrio ou da reprovabilidade de sua ação (TANGERINO, 2018, p.90).

Nesse sentido, o livre-arbítrio, como base ontológica da culpabilidade, foi o principal alvo das críticas ao finalismo, considerado seu ponto de declínio, com as críticas centradas no fato de que o livre-arbítrio do ser humano não poderia ser provado nem de maneira geral, tampouco no que concerne a um caso concreto.

Outra importante crítica é a da vinculação entre o Direito e a moral, cravejada na ideia de a culpabilidade como reprovabilidade não poder se sustentar, pois, conforme Claus Roxin<sup>26</sup>, o Estado não possui legitimação para elevar-se moralmente sobre o cidadão.

Para Roxin, a tipicidade oferece os parâmetros legais e a ilicitude descreve o correto comportamento em casos determinados de conflitos, já a culpabilidade se conceberia no questionamento da necessidade de uma sanção ao indivíduo concreto, do ponto de vista penal.

---

<sup>26</sup> Um ano após a última edição do Direito penal alemão de Hans Welzel, de 1969, Claus Roxin apresentou as bases de seu pensamento, que divergiu categoricamente das teorias até então predominantes na Alemanha. Sumariamente, pode-se afirmar que Welzel trazia a ideia de direito penal como à conformação moral dos cidadãos, sendo que Roxin apresenta a ideia de prevenção voltada a diminuir a prática de delitos através da pena; Welzel imaginava um sujeito racional, já Roxin, ao contrário, se limitava a aceitar a indemonstrabilidade do livre-arbítrio (TANGERINO, 2011, p.85-86).

Essa visão implica na irrelevância do questionamento de se era ou não possível outro comportamento, e institui a necessidade de verificação acerca da pretensão de se haver responsabilização do ato do ponto de vista penal (TANGERINO, 2011, p.87). Nesse sentido, a culpabilidade é o merecimento de pena e serve a limitar a prevenção (ZAFFARONI, 000, p.192-199)

O funcionalismo racional-teleológico de Claus Roxin renomeia a “culpabilidade” e passa a chamá-la de “responsabilidade”, possuindo, pois, um caráter normativo. É a culpabilidade normativa finalista, mas com um toque de fundamentação preventcionista, considerando a pena para fins de prevenção tanto especial, quanto geral (MARTINS JÚNIOR, 2012, p.32).

O funcionalismo radical-sistêmico de Günther Jakobs<sup>27</sup> consiste em fazer uma prevenção de caráter geral, porque a constituição da sociedade se dá através de normas, sendo que punir para reafirmar a norma penal é, portanto, reafirmar a própria constituição social, se atentando ao efeito que a pena produzirá nos demais reforçando-lhes a confiança no direito. Assim, a culpabilidade fundamenta e limita a pena (TANGERINO, 2011, p.98).

Deste modo, com Jakobs e Roxin, a teoria da culpabilidade se relaciona diretamente a questão da prevenção, utilizando a pena como critério útil para tal finalidade. Todavia, tal como a crítica a demonstração do livre arbítrio, aqui também não se pode demonstrar a eficiência preventivista.

Noutro giro, Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>28</sup> apresenta sua teoria funcionalista redutora da culpabilidade, pela qual culminou-se na apresentação da coculpabilidade e da culpabilidade pela vulnerabilidade, que serão trabalhados no próximo capítulo da presente exposição.

As teorias funcionalistas assumem a importância de tratar-se da funcionalidade política dos conceitos jurídicos, todavia, o autor se desvencilha dos demais autores, na medida na qual se desaproxima da finalidade preventiva da pena.

Consoante Zaffaroni, o direito penal cumpre uma função política, razão pela qual, deve ser orientado numa perspectiva que leva isso em conta, sob pena de instituírem-se conceitos jurídicos vazios e perversos. Nesse sentido, o direito penal, sob o prisma da teoria agnóstica da pena, que será delineada no capítulo seguinte, deve assumir uma função corretiva

---

<sup>27</sup> “Para Günther Jakobs a pena tem a função primordial de estabilização de conflitos. A violação da norma penal gera conflitos sociais que somente a pena é capaz de solucionar através do resgate da confiança normativa.” (MOREIRA, 2018, p.19).

<sup>28</sup> A concepção funcional redutora do direito penal elaborada por Eugenio Raúl Zaffaroni, a partir do ensaio “Em busca das penas perdidas”, em 1988, foi também desenvolvida em seus trabalhos posteriores, entre os quais destacam-se, Derecho Penal Parte General e Direito Penal Brasileiro (BRODT, 2010, p. 98).

reduzora, contendo o Estado de Polícia, para que este não atinja sobremaneira o Estado de Direito (BRODT, 2010, p. 102).

Assim, o direito penal deve barrar o irracional poder punitivo, cedendo apenas em razão de circunstâncias que não comprometam sua racionalidade, quando passado pelos filtros da teoria do delito – tipicidade, ilicitude e culpabilidade – para, somente assim, o poder punitivo possa atuar. Dessa forma, se o poder punitivo é seletivo, o direito penal deve ser racional para compensar, o que puder, de tal seletividade (BRODT, 2010, p. 103).

Como sempre se viu, o poder punitivo se debruça sobre pessoas estereotipadas, de forma discriminatória e se atenta a manter uma estrutura social determinada por uma sociedade capitalista e classicista. Nesse sentido, o direito penal, deve servir para conter tal força.

### **3.3 Elementos da culpabilidade**

Conforme exposto alhures, são elementos da culpabilidade, adotados pelo Código Penal Brasileiro, a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Os quais serão a seguir, brevemente expostos.

#### **3.3.1 Imputabilidade**

O Código Penal, no *caput* de seu art. 26, traz o conceito de inimputabilidade, o qual se consubstancia na ausência de capacidade de o agente entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com este entendimento. A partir daí, pode-se extrair o conceito de imputabilidade, sendo, pois, a capacidade do sujeito de entender que o fato é ilícito e de agir de acordo com esse entendimento (PACELLI, CALLEGARI, 2018, p.410).

Imputabilidade, portanto, é a capacidade de imputação, isto é, a possibilidade de se atribuir a um sujeito a responsabilidade pela prática de um ilícito penal. A imputabilidade é elemento sem o qual o sujeito carece de liberdade e de faculdade para se comportar de outro modo, sendo, portanto, inculpável, em razão das condições de maturidade e sanidade mental (SANCHES CUNHA, 2016, p 283).

Nesse diapasão, o direito brasileiro elegeu as causas que dirimem a imputabilidade, sendo elas: doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado; embriaguez completa e involuntária, decorrente de caso fortuito ou força maior; e menoridade.

### 3.3.1.1 Doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado

A doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado está prevista no *caput* do art. 26 do Código Penal Brasileiro<sup>29</sup>. Nesse sentido, a doença mental é toda aquela enfermidade que venha a debilitar as funções psíquicas do agente (SANCHES CUNHA, 2016, p 289).

Nesse sentido, o doente mental poderá ser considerado imputável a depender da manifestação de sua anomalia, isto é, se a sua doença psíquica não se manifestar de maneira a comprometer sua autodeterminação ou capacidade intelectual ele será penalmente imputável. Em outras palavras, existem situações em que o agente é acometido de doença mental, mas possui intervalos de lucidez, momentos tais em que entende o caráter ilícito do fato e consegue se determinar conforme este entendimento. Nesses casos, a enfermidade mental não tem o condão de afastar a imputabilidade, razão pelo qual se o agente pratica uma infração penal em período, ainda que diminuto, de consciência deverá ser punido na qualidade de imputável (SANCHES CUNHA, 2016, p 289).

Frise-se que a verificação da doença mental ou do desenvolvimento mental incompleto ou retardado depende de exame pericial. Havendo suspeitas a respeito da higidez mental do agente, o juiz deve, de ofício ou mediante requerimento, determinar a instauração de um incidente de insanidade mental. Na hipótese de conclusão pela doença mental ou do desenvolvimento mental incompleto será o agente absolvido impropriamente, já que a ele será imposto a sanção penal da medida de segurança<sup>30</sup> (ESTEFAM, 2018 p.329).

No caso de haver redução da capacidade mental, aplicar-se-á o art. 26, parágrafo único, do Código Penal Brasileiro<sup>31</sup>, qual seja a hipótese comumente chamada de semi-

---

<sup>29</sup> Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento..

<sup>30</sup> As medidas de segurança consistem nas respostas penais aplicadas ao responsável por um injusto penal, isto é, fato típico e antijurídico, que, embora desprovido de culpabilidade, mostre-se mentalmente incapaz e individualmente perigoso. Enquanto o pressuposto da pena é a culpabilidade, o da medida de segurança é a periculosidade do agente. A medida de segurança vigora por prazo indeterminado, que não pode ser superior ao máximo da pena abstratamente cominada ao tipo penal violado, conforme Súmula 527 do Superior Tribunal de Justiça. O agente ficará sujeito a avaliações periódicas, pelo menos anuais, por profissionais especializados, com o objetivo de avaliar se persiste sua capacidade de converter-se em ações criminosas. Se com o fim do período total de vigência da medida de segurança, houver persistência da periculosidade do agente, admite-se a propositura de uma ação civil de interdição, cumulada com pedido de internação compulsória (ESTEFAM, 2018 p.534-540).

<sup>31</sup> Art. 26 (...)

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação

imputabilidade. Todavia, segundo Estevam (2018, p.330), essa expressão “se mostra dogmaticamente equivocada, embora de uso corrente. Isto porque a imputabilidade não tem meio-termo: ou o agente é imputável, porque compreendeu bem a ilicitude do ato e teve plenas condições de se autocontrolar, ou não.” Assim, o agente é imputável, cabendo a ele, quando do cometimento de infração penal, a cominação de pena reduzida<sup>32</sup>.

### 3.3.1.2 Embriaguez completa e involuntária, decorrente de caso fortuito ou força maior

A embriaguez é a intoxicação aguda e transitória causada pelo álcool. Três são os seus estágios, quais sejam excitação, depressão e sono (letargia). Considera-se completa a embriaguez nas duas últimas fases, pois nelas há ausência completa da capacidade de discernimento do agente. Assim, se o agente embriagar-se de forma intencional ou culposa, pelo excesso imprudente no consumo de bebida alcoólica, não há a caracterização da presente inimputabilidade, pois, aqui a embriaguez precisa ser involuntária, podendo ser oriunda de caso fortuito, quando, por exemplo, se ingere substância cujo efeito inebriante era desconhecido, ou força maior, como exemplo, de quando se é fisicamente forçado a consumir álcool ou substância de efeitos análogos (ESTEFAM, 2018, p.331).

Quando a embriaguez ocasionada por caso fortuito ou força maior for completa, há a isenção da pena ao agente, entretanto se incompleta for, não exclui a culpabilidade, mas diminui a pena, nos termos do art.28 do Código Penal Brasileiro<sup>33</sup>. Ainda, precisa ocorrer ao tempo da ação ou omissão e retirar inteiramente a capacidade intelectual ou volitiva do

---

de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. .

<sup>32</sup> Em que pese a lei se utilizar da expressão “pode ser reduzida” no parágrafo único do art.26, do Código Penal, na verdade se trata de poder-dever judicial. Isto é, presentes os requisitos legais, não há espaço para a discricionariedade judicial. O juiz deverá, necessariamente, conceder ao agente a diminuição da sanção prevista no dispositivo. Nesse sentido, a redução da pena deverá ser balizada em correspondência com a diminuição das capacidades mentais, ou seja, de entendimento ou de autodeterminação. Assim, quanto menor a capacidade, maior deverá ser a redução da pena. Ainda, ao agente que se encontrar nestas condições, poderá sê-lo aplicada a medida de segurança, em substituição à pena diminuída, nos termos do art. 98 do CP (ESTEFAM, 2018 p.330).

<sup>33</sup> Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal (...)

Embriaguez

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

§ 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento

sujeito.

Se a embriaguez for patológica, se trata de anomalia psíquica, conforme o item 4.3.1.1., todavia se for hipótese de embriaguez preordenada, quando o agente ingere bebida alcoólica ou consome substância de efeitos análogos com o fito de cometer um crime, haverá a incidência de agravamento da sanção penal, consoante artigo 61 do Código Penal Brasileiro<sup>34</sup>.

Nessa linha, a Lei de Drogas trata com mesmo efeito o caso de dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de consumo de droga, pois o agente ao tempo da ação ou da omissão, na prática de infração penal era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Assim, também haverá isenção de pena. Todavia, no caso de consumo involuntário de drogas têm-se absolvição própria, e no caso de dependência a sentença será absolutória imprópria, com tratamento médico (ESTEFAM, 2018 p.331).

### 3.3.1.3 Menoridade

Em decorrência de um critério de política criminal<sup>35</sup>, todo aquele menor de dezoito anos é considerado inimputável, independente do seu desenvolvimento mental, ou seja, a sua capacidade de entender o caráter ilícito do fato. Trata-se de uma presunção absoluta de inimputabilidade, em razão da idade, conforme art. 27 do Código Penal Brasileiro<sup>36</sup> e art.228 da Constituição Federal Brasileira vigente<sup>37</sup>. Dessa forma, o menor de dezoito anos deve ser submetido à disciplina do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

Quando o sujeito completa 18 anos a menoridade cessa e com ela a inimputabilidade, sendo que o momento para se apreciar a imputabilidade é o momento da ação ou omissão. No

---

<sup>34</sup> Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:(...)

II - ter o agente cometido o crime:(...)

1) em estado de embriaguez preordenada.

<sup>35</sup> A principal razão da presunção de inimputabilidade é a política criminal, sendo que o item 23 da Exposição de Motivos do Código Penal faz referência clara à oportunidade de educação que deve ser dada ao jovem, ao convívio social, sem que seja submetido ao tratamento do infrator adulto, expondo-o à contaminação carcerária. Isto é, a legislação penal decidiu consagrar ao jovem a oportunidade de estar afastado das garras do Direito penal, ou ao menos daquele Direito penal idêntico ao aplicado ao adulto, embora em última análise seu desenvolvimento mental não seja de fato incompleto (RODRÍGUEZ, 2010, p. 282.)

<sup>36</sup> Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

<sup>37</sup> Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

caso de crimes permanentes, como exemplo o sequestro, em que a consumação se prolonga no tempo, a sua imputabilidade deverá ser aferida no momento em que cessa a prática delituosa, assim cessado o delito se o agente tiver alcançado a maioria será julgado nos moldes do Código Penal e não da lei especial (PACELLI, CALLEGARI, 2018, p.414).

#### 3.3.1.4 *Actio libera in causa*; emoção; e paixão

A teoria da *actio libera in causa* pressupõe capacidade de culpabilidade na ação precedente, em que o agente escolhe se colocar em estado de inimputabilidade, com intenção de realizar ilícito penal (dolo) ou sendo previsível a possibilidade de realiza-lo (culpa). Como exemplo, no caso de dolo, o autor ingere grande quantidade de álcool para superar inibições e agredir a vítima; no caso de culpa, o autor ingere grande quantidade de álcool sem refletir a possibilidade de agredir outrem ou confiando na hipótese de não agredir ninguém (SANTOS, 2014, p.295).

Nesse caso, em que o agente se coloca em estado de inimputabilidade por vontade própria, não será ele isento de pena, aferindo-se a sua responsabilidade no momento em que ele era livre para colocar-se naquele estado.

Por fim, cabe ressaltar, que a emoção e a paixão não são capazes de retirar a responsabilidade penal. Entende-se por emoção, o estado súbito e passageiro, enquanto a paixão é o sentimento crônico e duradouro. Pode a emoção servir como circunstância atenuante ou como causa de diminuição de pena, já a paixão, por sua vez, dependendo do grau e da capacidade de entendimento do sujeito, pode ser encarada como doença mental (SANCHES CUNHA, 2016, p 296).

#### 3.3.2 Potencial Consciência da Ilicitude

O segundo elemento da culpabilidade é a potencial consciência da ilicitude, isto é, para que possa haver a possibilidade de incidência de uma pena, o sujeito deve ter agido na consciência de que sua conduta era ilícita. Ressalte-se que o conhecimento da lei é inescusável, nos termos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>38</sup>, não existindo a hipótese de alegação de seu desconhecimento para justificar seu descumprimento<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Art. 3º - Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

<sup>39</sup> O erro de proibição não se confunde com a ignorância da lei penal, sendo que essa não cria hipótese de isenção de pena. O erro de proibição se trata, em verdade, de concreta ausência no agente, e no

Todavia, aqui se trata da possibilidade que tem o agente imputável de compreender a reprovabilidade da sua conduta, em outras palavras, faz-se necessário o conhecimento ou a possibilidade, da antijuridicidade acerca do fato, sendo que havendo a ausência desta compreensão haverá o erro de proibição. (SANCHES CUNHA, 2016, p.298).

Assim, a dirimente da potencial consciência de ilicitude é o erro de proibição, na qual o agente acredita incorretamente que sua ação é permitida, estando, pois em falsa percepção da realidade. O erro, então, recai sobre a consciência da ilicitude do fato, haja vista que o autor faz um juízo equivocado daquilo que lhe é permitido fazer, supondo que sua conduta não é contrária ao direito (PACELLI, CALLEGARI, 2018, p.418). Assim, mesmo o sujeito tendo conhecimento da lei, age no erro, pois valora equivocadamente a reprovabilidade da sua conduta.

Assim, haverá a possibilidade da exclusão da culpabilidade, nos termos do art.21 do Código Penal Brasileiro<sup>40</sup>, a depender do tipo do erro, a saber, se o erro for escusável, isto é, se não for possível exigir do agente que tenha a compreensão da ilicitude do fato ou inescusável se for possível exigir-lhe tal compreensão. No primeiro afasta-se a culpabilidade, ao passo que no segundo haverá a diminuição de pena.

Segundo Sanches Cunha (2016, p.298),

Para aferir se o erro foi escusável ou inescusável são consideradas as características pessoais do agente, tais como idade, grau de instrução, local em que vive e os elementos culturais que permeiam o meio no qual sua personalidade foi formada, e não o critério inerente ao homem médio.

Para Estefam (2018, p.335), é necessário investigar se o conjunto de informações acumuladas pelo agente ao longo de sua vida, até o momento do cometimento da conduta, forneceriam condições para que ele pudesse entender que sua atitude era reprovável.

Em sequência, cabe destacar que existem duas espécies de erro de proibição, sendo a primeira o erro de proibição direto, na qual o erro recai sobre o conteúdo de uma norma penal incriminadora<sup>41</sup>. Já a segunda se trata do erro de proibição indireto, no qual o agente tem

---

momento da atuação, da consciência da ilicitude de uma certa conduta. O agente pratica determinada conduta concreta que se ajusta a um tipo penal não porque ignora ou compreende mal a lei penal, mas sim porque não lhe acomete que tal conduta seja incorreta, condenável e proibida. A valoração é feita sobre o fato e não acerca da lei (PACELLI, CALLEGARI, 2018, p.418).

<sup>40</sup> 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.

<sup>41</sup> A título de exemplo, tem-se o ditado popular “achado não é roubado”, quando afirmado de boa-fé,

conhecimento de que a conduta é típica, mas supõe presente uma norma permissiva, supondo existir uma causa excludente da ilicitude<sup>42</sup>.

Por fim, frisa-se que o erro de proibição se difere do erro de tipo, pois neste há equívoco acerca de elementos do tipo penal, na órbita da tipicidade e não na culpabilidade<sup>43</sup>.

### 3.3.3 Exigibilidade de conduta diversa

Finalmente, a exigibilidade de conduta diversa é o terceiro elemento da culpabilidade, sendo que ao autor da conduta típica e antijurídica não se pode fazer o juízo de reprovação que a culpabilidade pressupõe, se não lhe era exigível uma conduta distinta da que realizou no tempo da ação (PACELLI, CALLEGARI, 2018, p.421). Isto é, entende-se que o sujeito, no momento do cometimento da infração penal, deveria poder autodeterminar-se para que pudesse optar por agir em conformidade com o direito<sup>44</sup>.

---

pode representar uma situação em que o agente, ao apropriar-se de coisa alheia, desconhece que pratica algo errado, sendo que na verdade incorre no delito tipificado no art. 169, parágrafo único, II, do Código Penal (ESTEFAM, 2018, p. 337).

<sup>42</sup> A título de exemplo, tem-se o sujeito que retira de sua família uma jovem de quinze anos, com o consentimento desta, mas à revelia do seu responsável, por desconhecer a violação do poder familiar (PACELLI, CALLEGARI, 2018, p.418)

<sup>43</sup> Nesse diapasão Sanches Cunha ilustra a diferença entre erro de tipo e erro de proibição com o seguinte exemplo: “Imagine-se, a título de exemplo, a seguinte situação: uma criança está nadando à noite na represa, quando começa a se afogar; João e Antônio estão próximos. João não enxerga bem e, por isso, não percebe que é uma criança, acreditando ser um animal; Antônio enxerga bem, mas nota que aquela criança não é seu parente, nem seu amigo, motivo pelo qual a ignora, já que acredita não ter o dever jurídico de salvá-la. Com base no exemplo acima, podemos concluir que João age em erro de tipo, porque ele se equivoca quanto à circunstância fática que integra o tipo penal: era uma criança, mas o agente (João) representou equivocadamente, achando ser um pato. De outro lado, Antônio age em erro de proibição, pois representa bem a criança (não a confunde com um pato), mas entende que a sua conduta (inércia) é tolerada por lei diante da ausência de qualquer relação de parentesco com o menor em perigo (2016, p.301).

<sup>44</sup> A exigibilidade de conduta diversa deve estar presente para que haja a culpabilidade, assim, para asseverar que alguém praticou uma conduta reprovável, é preciso que dessa pessoa seja exigível, na situação em que ela se encontrava, uma conduta diversa. Reinhard Frank foi pioneiro na sistematização desse critério, vide item 4.2. deste capítulo, quando o inseriu dentro da culpabilidade, com a Teoria Psicológica Normativa da Culpabilidade. O autor discorreu que só se pode impor pena ao autor de um injusto, fato típico e antijurídico, quando se demonstrar ter sido seu comportamento reprovável. Para tanto, é necessário que dele se possa exigir conduta diversa, ou seja, que na situação em que o fato foi cometido, seja lícito concluir que o agente possuía uma alternativa válida de conduta. Todavia se as condições exteriores não lhe davam outra saída senão agir daquela forma, seu ato não poderá ser tido como censurável. A ausência da censurabilidade acarreta a falta de culpabilidade e, portanto, deverá ocorrer a isenção de pena. Esse raciocínio funda-se no livre-arbítrio, pois só se deve punir alguém quando o ilícito resultou de uma livre opção; sem esta liberdade de escolha entre agir ou não agir criminosamente, não será justo aplicar a pena criminal. A título de exemplo tem-se o caso de um gerente bancário que se vê obrigado a colaborar com os assaltantes, depois de ser informado que seus familiares são mantidos reféns por seus comparsas. Em que pese a

Assim, não havendo liberdade para o sujeito se autodeterminar, haverá a isenção de pena. A seguir, serão expostas as causas legais e supralegais de inexigibilidade de conduta diversa.

### 3.3.3.1 Coação moral irresistível

Nos termos da primeira parte do art. 22 do Código Penal Brasileiro<sup>45</sup>, quando o sujeito pratica ilícito penal sob coação irresistível, somente o coator será punido e com pena aumentada por circunstância agravante<sup>46</sup>, vez que o coagido, muito embora pudesse agir de outra forma, foi compelido a agir de forma contrária ao direito, haja vista que a única opção era a de sucumbir à vontade do agente coator.

Segundo Sanches Cunha (2016, p.302), a coação a que se trata o dispositivo supramencionado se consubstancia como uma ameaça, isto é uma promessa de realização de um mal. Quanto ao tipo de coação, em que pese o art. 22 falar em "coação irresistível", este se refere somente à coação moral e não à coação física. No caso da última, o coator coordena os movimentos do coagido e, quando irresistível, representa hipótese excludente da conduta, elemento do fato típico. Assim, a coação física irresistível é causa excludente de tipicidade, pois ausente a conduta, ao passo que a coação moral irresistível exclui a culpabilidade.

Frise-se que a coação precisa ser irresistível<sup>47</sup>, insuperável, uma força que o coato não se pode subtrair, uma situação à qual ele não se pode opor, recusar-se, mas tão somente sucumbir ante o decreto inexorável do agente coator (PACELLI, CALLEGARI, 2018, p.423). Isto é, deve haver gravidade na ameaça feita pelo coator, pois se ficar provado que a coação era resistível, coator e coagido serão responsabilizados pela infração penal. Todavia, o coator será infligido por circunstância agravante e o coagido será beneficiado por atenuante<sup>48</sup>.

Segundo Sanches Cunha (2016, p. 303) “O coator responde pelo crime cometido pelo

---

decisão de colaborar ou não com a subtração seja do gerente, não se pode olvidar que em tais condições ele atuou com livre arbítrio e, portanto, dele não se podia exigir conduta diversa (ESTEFAM, 2018, p. 339).

<sup>45</sup> Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível (...) só é punível o autor da coação (...)

<sup>46</sup> Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que: (...)

II - coage ou induz outrem à execução material do crime; (...)

<sup>47</sup> À título de exemplo, tem-se a ameaça séria de morte, como por exemplo, quando alguém é coagido a assinar documento falso, sob pena de que o coator dispare arma de fogo que este colocou a cabeça do coagido (PACELLI, CALLEGARI, 2018, p.423).

<sup>48</sup> Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...)

III - ter o agente: (...)

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;(...)

coato (na condição de autor mediato), em concurso material com o crime de tortura, decorrente do constrangimento a que foi submetido o coagido”. Além disso, recairá sobre ele circunstância agravante<sup>49</sup>.

### 3.3.3.2 Obediência hierárquica

Nos termos da segunda parte do art.22 do Código Penal<sup>50</sup>, o subordinado que cumpre uma ordem não manifestamente ilegal não será punido, uma vez que lhe falta culpabilidade, haja vista que age em erro.

Saches Cunha (2016, p.304) assevera que

É sabido que a ordem de um superior é emitida para ser cumprida, trazendo consigo a força da hierarquia institucional. Quando legal, não pode ser desobedecida, sob pena de responsabilidade do subalterno.

A ordem ilegal, por sua vez, não deve ser executada, não acarretando qualquer efeito para o subordinado que a descumpra (aliás, efeitos administrativos ou penais existirão se cumprir o mandamento). Há, entretanto, a ordem ilegal, mas com aparência de legalidade. O inferior hierárquico, ao executá-la, equivoca-se diante das aparências. É desta ordem que cuida o artigo em comento.

Assim, a preocupação do legislador foi de que uma ordem de um superior hierárquico que tenha vestes de legalidade, mas que, em verdade, não a seja, não carecerá de punição ao funcionário, mas tão somente de seu superior.

Essa dirimente se consubstancia na relação hierárquica no setor público, no qual o detentor de função pública dirige uma ordem não manifestamente ilegal a um agente público hierarquicamente inferior, destinada à realização de uma ação ou abstenção (SANCHES CUNHA, 2016, p.304).

Por fim, se a ordem for manifestamente ilegal, ambos, superior e subordinado hierárquico responderão penalmente pela infração penal cometida.

### 3.3.3.3 Dirimentes supralegais

Segundo Estefam (2018, p.344), a inexigibilidade de conduta diversa corresponde a

---

<sup>49</sup> Frise-se que não há concurso de pessoas, pois apesar de haverem duas pessoas envolvidas na consecução do fato – o coator e o coagido – o coagido é mero instrumento nas mãos do coator, o que se consubstancia em autoria mediata (ESTEFAM, 2018, p. 341).

<sup>50</sup> Art. 22 - Se o fato é cometido (...) estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor (...) da ordem.

um princípio geral de exclusão de culpabilidade, sendo que não há óbices, portanto, à aplicação de causas supralegais de exclusão da culpabilidade. Aqui filia-se a essa visão, haja vista que se ao agente não foi dada oportunidade de outro modo agir, seria incorreto ser punido somente porque não há na lei penal previsão para tanto.

Conforme pondera Santos (2014, p. 323)

Entretanto, o reconhecimento progressivo de novas situações de exculpação fundadas na anormalidade das circunstâncias do fato e no princípio geral de inexigibilidade de comportamento diverso parece tornar cada vez mais difícil negar à exigibilidade a natureza geral de fundamento supralegal de exculpação como categoria jurídica necessária ao direito positivo vigente. Seja como for, mesmo na perspectiva da teoria dominante, a anormalidade das circunstâncias do fato que fundamenta a inexigibilidade de comportamento diverso incide sobre situações de exculpação concretas, nas quais atua um autor culpável ou reprovável que, contudo, deve ser *ex* ou desculpado porque o limite da exigibilidade jurídica é determinado pelo limiar mínimo de dirigibilidade normativa ou de motivação conforme a norma, excluída ou reduzida em situações de exculpação legais ou supralegais.

Ainda, como se tratam de normas penais classificadas como permissivas<sup>51</sup>, é perfeitamente possível que se possa fazer analogia. Aliás, é impossível que o legislador consiga prever todas as situações em que alguém se depare com ausência de alternativa para de outro modo agir, o que faz com que a analogia seja necessária.

Assim, entende-se que as causas supralegais devem ser analisadas no bojo do caso concreto, todavia, apresenta-se, brevemente, algumas situações recorrentes, que já estão

---

<sup>51</sup> A lei penal é classificada em lei penal incriminadora e lei penal não incriminadora. A primeira se trata de norma que define as infrações penais e as respectivas sanções. A segunda tem função oposta, se dividindo em normas permissivas justificantes, que tornam lícita determinadas condutas que, normalmente, estariam sujeitas à reprimenda estatal, como exemplo a legítima defesa; permissivas exculpantes que eliminam a culpabilidade, como é o caso da coação moral irresistível; podem ser explicativas ou interpretativas para esclarecer conteúdo de norma; etc. (SANCHES CUNHA, 2016, p.57). A analogia, por sua vez, constitui método de integração do ordenamento jurídico, sendo mecanismo utilizado para preencher lacunas. Se consubstancia na aplicação de uma norma distinta a um caso não contemplado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, isto é, é utilizado uma lei que não foi criada para aquela situação concreta, mas que pode a ela servir. Na seara do direito penal, por se tratar de última instância a ser tocada no judiciário, mormente quando se tratar de ofensa a bens jurídicos relevantes, somente se admite a analogia utilizada em benefício do sujeito ativo da infração penal. É o caso das dirimentes supralegais de exigibilidade de conduta diversa, pois em que pese existirem somente duas situações contempladas na legislação, admite-se que o réu seja absolvido sempre que o juiz considerar que não se podia exigir dele outra conduta, ainda que o caso não seja de coação moral irresistível ou de obediência hierárquica. Assim, a ampliação da norma permissiva contida no art. 22 do Código Penal baseia-se na analogia *in bonam partem*. Em contrário, proíbe-se, a analogia *in malam partem*, ou melhor dizendo, em prejuízo do sujeito ativo da infração penal, justamente por importar na criação de delitos não previstos em lei ou no agravamento da punição de fatos já disciplinados legalmente, indo contra o princípio da legalidade (ESTEFAM, 2018, p.77).

pacificadas como tais.

#### 3.3.3.3.1 Cláusula de Consciência

A Cláusula de Consciência se relaciona a decisões de cunho moral ou religioso, que são sentidas como deveres incondicionais vinculantes da conduta, que são, geralmente, garantidos pela liberdade de crença e de consciência previstos constitucionalmente<sup>52</sup>. Assim, a livre formação e manifestação de crença e de consciência são direitos fundamentais que somente são limitados por outros direitos fundamentais, tais como a vida, a liberdade, entre outros, mas não pela lei penal (SANTOS, 2014, p.333).

Assim, o agente estará isento de pena se, por motivo de consciência ou crença, praticar algum fato previsto como crime, desde que não viole direitos fundamentais individuais ou coletivos. Aqui dá-se o exemplo do caso dos familiares, testemunhas de Jeová, que não permitem a transfusão de sangue em criança<sup>53</sup>.

#### 3.3.3.3.2 Desobediência Civil

Segundo Sanches Cunha (2016, p. 307) a desobediência civil se consubstancia em atos de insubordinação que têm por finalidade transformar a ordem estabelecida, demonstrando a necessidade de mudança. Para tanto se faz necessário que a desobediência esteja fundada na proteção de direitos fundamentais e que o dano causado não seja relevante.

Nesse diapasão, a exculpação se fundamenta na existência de injusto mínimo e na existência de motivação pública ou coletiva relevante. Ademais, a punição é desnecessária porque os autores não são criminosos, bem como as funções de retribuição e de prevenção

---

<sup>52</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...)

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;  
(...)

<sup>53</sup> Sanches cunha traz uma análise do caso, feita por Luiz Flávio Gomes e Antônio Molina. Quando não há nenhuma lesão ao bem jurídico colocado em risco, em razão da intervenção de uma terceira pessoa, nenhuma responsabilidade penal subsiste. O pai não permite a transfusão de sangue no filho menor, mas o médico atua por conta própria e salva a criança. Ninguém responde penalmente nesse caso. Todavia, quando, de outro lado, o bem jurídico vida é lesado, o pai responde penalmente porque entre a liberdade de crença e a lesão ao bem jurídico vida ou integridade física, possuem maior valor estes últimos. O médico, por seu turno, só responde por algo se omitiu socorro. Se tentou de toda a maneira salvar a vida da criança e não conseguiu, por nada responde (SANCHES CUNHA, 2016, p.304).

atribuídas à pena criminal não são capazes de dirimirem e resolverem conflitos sociais<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Segundo Santos (2014, p.335), a desobediência civil tem por finalidade ações ou demonstrações públicas de bloqueios, ocupações, entre outras, realizadas em defesa do bem comum, de questões públicas sociais ou em lutas coletivas por direitos humanos fundamentais, como greves de trabalhadores, protestos de presos, etc. No Brasil, tem-se o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST), desde que não constituam manifestações de resistência ativa ou violenta contra a ordem vigente.

## 4 O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE

### 4.1 Considerações iniciais acerca do instituto

A teoria da culpabilidade por vulnerabilidade, elaborada por Eugênio Raúl Zaffaroni<sup>55</sup> (2018, p.165), se perfaz em um novo paradigma acerca da perspectiva da culpabilidade. Nela se considera a realidade tão ignorada da seletividade do sistema penal, visando a deslegitimação do Poder Punitivo, estruturalmente irracional, seja pela falta de uma reconhecível utilidade da pena, seja pelo inevitável vício político da seletividade. Nesse novo horizonte, a culpabilidade é um limite à irracionalidade seletiva e a seu conseqüente vício político.

Nesse sentido é Zaffaroni (2018, p.169):

A culpabilidade pela vulnerabilidade é a própria culpabilidade do delito e não um mero corretivo à tradicional culpabilidade normativa, corretivo que só operaria no âmbito da teoria da pena, particularmente na individualização judicial. Demonstra-o a existência de casos nos quais a culpabilidade normativamente concebida não exculparia o sujeito, que não obstante deveria ser exculpado pela falta do esforço por vulnerabilidade, como se dá com o agente provocador e os chamados delitos experimentais. O direito penal não pode admitir que o poder punitivo selecione em situações de vulnerabilidade criadas por ele mesmo.

Imprescindível, pois, o entendimento de que o poder que o Estado detém de decidir conflitos pode ser exercido de acordo com o Estado de Direito, isto é, com a aplicação de disposições legais igualitárias ou a partir do Estado de Polícia, característico por decisões

---

<sup>55</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni é um reconhecido jurista latino-americano, com variadas obras versando acerca de Direito Penal e Criminologia publicadas em variados países como Argentina, Brasil, México, Colômbia, entre outros. Dentre seus livros, destacam-se o Tratado de Direito Penal, Manual de Direito Penal, Direito Penal Nazi, A Palavra dos Mortos – conferências de Criminologia Cautelar, Em busca das Penas Perdidas e O inimigo no Direito Penal. Possuindo uma trajetória de mais de trinta anos no Poder Judiciário, foi juiz em distintas instâncias, Procurador Geral da Província de San Luís, o que culminou em sua carreira judicial argentina como Ministro da Corte Suprema de Justiça da Nação, cujo cargo manteve até sua renúncia, no ano de 2015. A partir daí, tornou-se juiz membro da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão jurisdicional máximo da Organização dos Estados Americanos - OEA. É doutor pela Universidade Nacional do Litoral, professor Emérito da Universidade de Buenos Aires, Professor honoris causa por universidades americanas e europeias, professor convidado nas mais prestigiosas universidades, em nível mundial. Foi reconhecido com o prêmio máximo em Criminologia, no ano de 2009 e recebeu o Prêmio de Estocolmo, por sua pesquisa sobre Crimes em massa. Foi pesquisador da Universidade de Buenos Aires e do Instituto Max Planck, interventor do Instituto Nacional contra a Discriminação e a Xenofobia da Nação, legislador e Constituinte Convencional na Última Reforma da Carta Magna argentina. (ALVES, GUSIS, 2017, p.01)

arbitrárias de poder. Ressalte-se, contudo, que estados de direito puros não existem na prática, pois em seu interior sempre compartmentam um estado de polícia, que exsurge quando o estado de direito se debilita, haja vista que o exercício arbitrário e seletivo do estado de polícia se aflora. Em suma, pode-se dizer que o estado de polícia busca a ampliação do poder punitivo, enquanto o estado de direito deve contê-lo. (ZAFFARONI, 2004, p.01)

A culpabilidade, embora impregnada por diversas conceituações, a partir de diversas teorias, deve ser responsável pela limitação do poder punitivo, devendo servir para reduzir o exercício do poder punitivo e não para legitimá-lo. (MIRANDA, 2013, p.144) Assim, a culpabilidade por vulnerabilidade é uma tese que visa uma revalorização da culpabilidade.

#### **4.2 Princípio da coculpabilidade: O Estado e a Sociedade como corresponsáveis**

Com as diversas teorias acerca da culpabilidade é válido destacar a diferenciação entre culpabilidade de autor e culpabilidade de ato, que ora impregnam uma ou outra teoria, considerando a importância que esta oposição traz para o elemento culpabilidade.

A culpabilidade de autor<sup>56</sup>, também denominada como culpabilidade do caráter, da personalidade, da condução da vida ou da decisão da vida, se constitui a partir de um juízo de reprovação imposto a um agente pelo que ele representa, impondo uma pena pelo simples fato do sujeito significar uma ameaça potencial ao Estado e a sociedade, quase sem levar em conta o ilícito cometido (BARBOSA, 2015, p.12).

Nesse sentido, a culpabilidade de autor visa reprovar as características biológicas e os genes, negando o princípio da legalidade ao reprovar atos atípicos anteriores e estranhos ao ilícito. Julga-se a própria existência de um cidadão e não somente seu ilícito, culpabilizando fatos e circunstâncias que transcendem o feito. (ZAFFARONI, 2004, p.10)

Na culpabilidade de autor, o crime é compreendido como uma expressão de um interior antissocial, no qual é preciso, pois, a análise da vida pregressa do autor. Assim, vê-se

---

<sup>56</sup> A culpabilidade de autor foi traçada primeiramente com Aristóteles, em seu livro *Ética a Nicômaco*, que asseverava que se uma conduta é perpetrada voluntariamente, depende apenas do homem praticar atos bons ou vis, razão pela qual se se pratica atos vis, deve, pois ser penalizado. Nesse sentido: devemos examinar agora a natureza dos atos, isto é, como devemos praticá-los; pois que, como dissemos, eles determinam a natureza dos estados de caráter que daí surgem (...) Devemos tomar como sinais indicativos do caráter o prazer ou a dor que acompanham os atos; porque o homem que se abstém de prazeres corporais e se deleita nessa própria abstenção é temperante, enquanto o que se aborrece com ela é intemperante (ARISTÓTELES, 1991, p.30-32). Por isso pensam alguns que os legisladores deveriam estimular os homens à virtude e instigá-los com o motivo do nobre, partindo do princípio de que aqueles que já fizeram consideráveis progressos, mercê da formação de hábitos, serão sensíveis a tais influências; e que conviria impor castigos e penas aos que fossem de natureza inferior, enquanto os incuravelmente maus seriam banidos de todo. (ARISTÓTELES, 1991, p.240)

que a análise de caráter, isto é, dos fatores internos do agente, que são alheios ao fato criminoso, serve de base para o Poder Punitivo (LEMOS, 2010, p.01-02).

A culpabilidade de ato, por sua vez, fundamenta-se na análise da ação perpetrada pelo agente. Nesse sentido, assevera Barbosa (2015, p.21):

Direito penal do fato vincula-se a idéia de uma culpabilidade do ato. Para esta última, o que importa é a relação de imputação estabelecida entre o autor, quando da prática do fato, e o fato em si, o juízo de reprovabilidade recai sobre o fato do agente, e não sobre o agente do fato.

Na medida que a culpabilidade de autor se torna desaconselhável por analisar a personalidade e o caráter do agente, vislumbrando-se que episódios anteriores ao delito não devem embasar a sanção penal, vê-se que tal teoria não passa de responsabilização moral, na qual a ação do agente demonstra mero sintoma de seu estado de perversidade. Assim, ganha espaço a culpabilidade de ato, que, como já se viu, se delineia no contexto de autodeterminação do sujeito no momento de sua ação (ZAFFARONI, et al, 2017, p.182-183).

Todavia, Zaffaroni (2004, p.10) concebe que na culpabilidade de ato também se levava em conta a personalidade do agente do ilícito, contudo em um sentido diferente e inverso, haja vista que a reprovação recai sobre a ação, mas dentro de um catálogo de possíveis condutas de acordo com a personalidade. Assim, em síntese, a culpabilidade de ato reprova o ilícito em função da personalidade do agente e das circunstâncias do fato e na de autor reprova-se o que o autor é em função do que ele fez.

Com a teoria funcionalista da culpabilidade, nas vertentes que possuem finalidade prevencionista, onde podem ser citados Roxin e Jakobs (vide capítulo anterior), a culpabilidade de ato é empregada para colocar a pena como limite do poder punitivo. Assim, nessas vertentes, a pena, seja para reforçar e restaurar a confiança no direito penal, seja para determinar a responsabilidade penal e a conseqüente prevenção geral e especial, possui grande importância na teoria do delito. No entanto, a pena não deve se prestar a tal função, pois não é capaz de barrar a seletividade estrutural do poder punitivo.

Logo, atenta-se ao fato de que as agências jurídicas devem objetivar, ao máximo, agir na contenção a fim de neutralizar a seletividade estrutural do poder punitivo, para o qual a culpabilidade de ato, por si só, não é suficiente. Vê-se que a culpabilidade de ato tão somente indica o limite máximo tolerado por um estado de direito, que nunca pode pretender punir seus cidadãos pelo que são. Todavia, a culpabilidade de ato não consegue abarcar a seletividade estrutural, pelo que não da conta de minimizar o poder punitivo (ZAFFARONI,

2004, p.11-12).

Desse modo, como já ponderado pela teoria da coculpabilidade, a culpabilidade de ato não consegue prever a quantidade de poder punitivo que em cada caso concreto deva ser aplicada, sem que, para tanto, ignore o dado da seletividade.

O Princípio da Coculpabilidade surge pela primeira vez com os pensamentos de Jean Paul Marat<sup>57</sup>, em 1780, através de um Plano de Legislação Criminal, apresentado por ele a um concurso internacional, no qual se trabalhou com a ideia de justiça distributiva a fim de combater a desigualdade social. Estabeleceu-se que a justiça deve ter sempre em consideração as circunstâncias em que o culpado se encontra, sejam elas agravantes ou atenuantes. Em que pese seu plano não ter ganhado o merecido crédito na época pré Revolução Francesa, pode-se afirmar que foi a semente plantada no seio do estudo da Coculpabilidade no Direito Penal (PINTO, 2009, p.42).

Mais adiante, em meados do fim do século XIX, próximo ao século XX, o juiz Magnaud do Tribunal Francês de Château Thierry julgou o caso de uma mulher de nome Luisa Ménard. Essa mulher e seu filho estavam a cerca de 36 (trinta e seis) horas sem comida, o que a levou a furtar alguns pães, razão pela qual foi presa e conseqüentemente processada. Ocorre que o juiz Magnaud aplicou as ideias que viriam a ser mais bem delineadas posteriormente na teoria da coculpabilidade, proferindo sentença absolvendo a acusada, argumentando que não haveria outro modo de sobrevivência para a ré, senão o cometimento do ato criminoso (PINTO, 2009, p.43).

Nesse sentido, a teoria da coculpabilidade pode ser entendida pela ideia de que já que a sociedade não oferece uma mobilidade que proporcione a todos os seus membros o mesmo espaço e as mesmas oportunidades, a culpabilidade deve focar nas chances dadas ao sujeito em sua vida, cabendo imputar a mesma sociedade – entendida nesse sentido como coculpável – aquilo que a ele fora sonegado (ZAFFARONI, et al, 2017, p. 170-171).

Ora, se o Estado, primeiramente, falta com sua parte no cumprimento do contrato social, uma vez que deixa de providenciar a determinadas pessoas o mínimo existencial<sup>58</sup>,

---

<sup>57</sup> Jean Paul Marat foi um médico e crítico social que viveu na França do século XVIII. Nascido em 1743, na Suíça, foi um Líder da Revolução Francesa, conhecido pelo apelido de “Amigo do Povo”, por defender direito dos pobres, como por exemplo, o de votar. Em 1780 publicou um livro denominado “Plano de Legislação Criminal”, no qual, inspirado em Rousseau e Beccaria, propõe uma reforma judicial e penal. Traduz Newton e publica várias obras relacionadas ao estudo da elétrica, da luz e medicina. Com a queda da Bastilha, ele cria o jornal “Amigo do Povo”, de conteúdo popular e radical. É um fervoroso e ativo revolucionário, tendo sido preso e absolvido pelo povo. Em 1793, morre assassinado em Paris.

<sup>58</sup> O mínimo existencial, inclusive, é apontado por Sarmiento como uma das dimensões da própria dignidade da pessoa humana, pois não é possível reconhecer vida digna a alguém sem que lhe seja

esse mesmo Estado não pode querer punir tais pessoas com a mesma rigidez que puniria cidadãos materialmente bem abastados. Conforme Pinto (2009, p.43) “O direito de punir do Estado deve ser graduado levando em conta que as condições de miserabilidade podem levar à criminalidade”.

Isto é, se a sociedade e o Estado não fornecem o mínimo existencial para os cidadãos, não podem cobrar dele, quando do cometimento do crime, atitudes que cobraria de cidadãos com acesso, pelo menos, aos direitos mínimos a sobrevivência digna.

Nesse sentido, assevera Salo de Carvalho e Amilton B. de Carvalho:

Conclui-se, pois, que o princípio da co-culpabilidade pode ser vislumbrado na seguinte proposição: Ao lado do homem culpado por seu fato, existe uma co-culpabilidade da sociedade, ou seja, há uma parte de culpabilidade – da reprovação pelo fato - com a qual a sociedade deve arcar em razão das possibilidades sonegadas... Se a sociedade não oferece a todos as mesmas possibilidades, que assuma a parcela de responsabilidade que lhe incumbe pelas possibilidades que negou ao infrator em comparação com as que proporcionou a outros. O infrator apenas será culpável em razão das possibilidades sociais que se lhe ofereceram (CARVALHO, CARVALHO, 2002, p.81).

Indubitavelmente a coculpabilidade origina um novo debate na culpabilidade, sendo, no entanto, insuficiente pois não incorpora plenamente o dado da seletividade. Por outro lado, a teoria da coculpabilidade é o pontapé inicial para que a teoria da culpabilidade por vulnerabilidade fosse construída.

Em síntese, Zaffaroni (2004, p. 11) assevera que a coculpabilidade é insuficiente porque ascende o preconceito de que a pobreza é a causa da prática dos delitos, bem como de que habilitaria mais poder punitivo para as classes hegemônicas e menos para as subalternas, o que pode conduzir a um direito penal classista de duas formas (coculpabilidade às avessas). Além disso independente do autor ser pobre ou não, a seleção se faz sempre de forma bastante arbitrária, razão pela qual essa tese não logra considerar a seletividade estrutural do poder punitivo.

Nesse sentido é Miranda (2013, p.149):

Zaffaroni critica a teoria da Co-culpabilidade, que reputa como insuficiente por atribuir à pobreza a responsabilidade pela ilicitude, e conferiria aos mais abastados ainda mais poder, e menos aos mais pobres, legitimando um “direito penal de classes”. Ademais, por esta teoria, “ricos” e “pobres”

---

possível o acesso a um mínimo vital, ao mínimo material para sua subsistência, sendo essa manutenção dever do Estado. (SARMENTO, 2020, p. 212 e ss).

seriam pinçados pelo sistema com base na seletividade do poder punitivo.

Dessa forma, a partir de uma perspectiva funcional redutora, Zaffaroni apresenta a teoria da culpabilidade por vulnerabilidade, pois, a despeito da coculpabilidade, objetivou considerar a seletividade do sistema penal, a partir de uma teoria agnóstica da pena.

### 4.3 Seletividade do Sistema Penal

Importante para a presente exposição é a síntese do estudo criminológico frente a limitação do poder punitivo. A seguir uma breve exposição acerca da evolução da criminologia.

A criminologia da escola liberal clássica, originada pelo Iluminismo, no século XVIII, e tendo Cesare Beccaria<sup>59</sup> e Francesco Carrara<sup>60</sup> como seus principais precursores, entende que a pena e o direito penal são instrumentos legais aptos a proteger a sociedade do crime. A perspectiva clássica se torna uma crítica à prática penal e penitenciária do antigo regime e objetiva uma mudança principiológica, utilizando o Princípio da Humanidade, da Legalidade e Utilidade, se fundamentando na autodeterminação do indivíduo (BARATTA, 2011, p.31).

A escola Positivista, por sua vez, procura trazer cientificidade à criminologia. Enquanto a escola clássica ia contra o castigo e a irracionalidade do sistema penal do Antigo Regime, a escola positiva travava uma luta contra o delito, por intermédio do conhecimento científico das suas causas, visando proteger a ordem social nascida com a sociedade burguesa industrial (NUNES, 2012, p.41).

Com Lombroso e Ferri<sup>61</sup>, a criminologia positivista indaga o que o homem criminoso

---

<sup>59</sup> Cesare Beccaria, partindo do princípio utilitarista da máxima felicidade, do maior número de pessoas e da ideia do contrato social, sustenta que o critério da medida da pena é o mínimo sacrifício de liberdade individual que ela implica. Da ideia da divisão de poderes e dos princípios humanitários iluministas, Beccaria nega a justiça de gabinete, a tortura e defende a existência de um juiz obediente a lei e não ao executivo (BARATTA, 2011, p.34).

<sup>60</sup> Para Carrara, o fim da pena não é a retribuição, mas a eliminação do perigo social que sobreviria da impunidade do delito. Assim, o delito, como ação, é um ente juridicamente qualificado, possuidor de uma estrutura real e um significado jurídico autônomo, que surge de um princípio por sua vez autônomo, qual seja, o ato de livre vontade de um sujeito (BARATTA, 2011, p.37).

<sup>61</sup> Na Europa, em meados do século XIX, Lombroso origina a tese do criminoso nato, na qual sustenta que a causa do crime é identificada no próprio criminoso. O autor, vale-se do determinismo biológico (anatômico-fisiológico) e psíquico do crime e utilizando-se do método de investigação e análise próprio das ciências naturais (observação e experimentação), cria uma hipótese consubstancia na confrontação de grupos de não-criminosos com criminosos dos hospitais psiquiátricos e prisões principalmente do sul da Itália, pesquisa na qual contou com o auxílio de Ferri, quem, inclusive, sugeriu a denominação "criminoso nato". Assim, criou o tipo antropológico delinquente, uma espécie à parte do gênero humano, predestinada, por seu tipo, a cometer crimes através da individualização nos

faz e porque o faz, assim seria possível descobrir as causas da criminalidade e colocar a ciência destas a serviço do combate em defesa da sociedade (ANDRADE, 2003, p.33).

Nesse sentido, Nunes assevera:

A Escola Positiva: a) deixou de dar ênfase ao indivíduo como sujeito de direitos, para defender a sociedade contra os criminosos; b) abandonou o racionalismo clássico para se apoiar nos dados da realidade (empirismo); c) adotou um método científico experimental ou empírico-dedutivo de análise do seu objeto, cujas premissas são a quantificação, a neutralidade e a causalidade (determinismo). (NUNES, 2012, p.42)

A escola positivista, pois, estabelece uma divisão "científica" entre o (sub)mundo da criminalidade, equiparada à marginalidade e composta por uma "minorias" de sujeitos potencialmente perigosos e anormais – o "mal" – e o mundo, decente, da normalidade, representado pela maioria na sociedade – o "bem". Assim, por intermédio da pena, procurou-se proteger a sociedade normal das pessoas potencialmente perigosas, ressocializando-as ou neutralizando-as (ANDRADE, 2003, p.37).

Ambas teorias se utilizam da tese da defesa social, a qual tem por premissas a legitimidade das agências estatais para reprimir a criminalidade, a partir da reprovação e condenação do comportamento desviante, reafirmando os valores e as normas sociais. Além disso, considera-se o desvio como uma atitude reprovável por ser avesso aos valores e normas sociais, bem como que a pena tem por função, além da retribuição, a prevenção de novos desvios, servindo como contramotivação ao comportamento delituoso. Não obstante, tem-se ainda a inocente concepção de que a reação do sistema penal é igualitária e as leis penais protegem os interesses fundamentais de todos os membros da sociedade (NUNES, 2012, p.41).

Mais adiante, em meados da década de 50, surge uma nova perspectiva criminalista, com a criação do labelling approach, também conhecido como a teoria da "reação social" ou "teoria do etiquetamento", tendo como pioneiro Howard Becker<sup>62</sup> e Edwin M. Lemert<sup>63</sup>. Aqui

---

criminosos e doentes apenados, anomalias, sobretudo, anatômicas e fisiológicas vistas como constantes naturalísticas. Ferri, por sua vez, sustentava que o crime não é decorrência do livre arbítrio, mas o resultado previsível determinado por uma ordem de fatores que conformam a personalidade de uma minoria de indivíduos como "socialmente perigosa". Sua proposta é enxergar o crime no criminoso, já que o crime revela a personalidade perigosa de seu autor, para qual deve-se dirigir a defesa social (ANDRADE, 2003, p.35-36).

<sup>62</sup> Becker teoriza em 1971, que os grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras cuja infração constitui o desvio e aplica tais regras a certas pessoas em particular, qualificando-as como marginais. Com isso, o desvio não é uma qualidade do ato cometido pela pessoa, mas sim uma aplicação do que os outros fazem das regras e sanções para um determinado agente. O desviante é uma pessoa a quem se pode aplicar com êxito a etiqueta.

não se vê o delito como um dado, assim como estabelecido pela criminologia clássica, ou até mesmo a criminologia positivista. Na verdade, o labelling approach apregoa que não se pode conceber a criminalidade se não se estuda a ação do direito penal, que a define e reage contra ela, partindo pelas normas abstratas até as ações das instâncias oficiais, tais como a polícia, os juízes e instituições penitenciárias. Assim, faz-se necessário o estudo do efeito das ações das instâncias sociais de controle social da delinquência para verificar o status de delinquente, na medida em que alguns não adquirem esse status ainda que realizem o mesmo comportamento punível que outros, mas que, no entanto, não são alcançados pelas instâncias puníveis. (BARATTA, 2011, p.86)

Uma conduta humana não é, por si só, um ato criminal, tampouco seu autor é criminoso, tendo em vista sua personalidade ou influências do meio em que está inserido. Nesse novo paradigma, a criminalidade é um status atribuído a determinados indivíduos, a partir da definição legal de crime, que atribui à ação um caráter de desvio, e da seleção criminal, que etiqueta e estigmatiza um agente criminoso, dentre muitos que também praticaram conduta semelhante. (ANDRADE, 2003, p.41)

A criminologia positivista e a liberal tomam o comportamento criminoso como algo que existe, por si só, além disso, entendem que a transgressão da norma é algo que os indivíduos, universalmente, entendem como negativo.

Consoante Baratta, questiona-se:

Os criminólogos tradicionais examinam problemas do tipo “quem é criminoso?”, “como se torna desviantes”, “em quais condições um condenado se torna reincidente?”, “com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?”. Ao contrário, os interacionistas, como em geral os autores que se inspiraram no labelling approach, se perguntam “quem é definido como desviante?”, “que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?”, “em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?” e, enfim, “quem define quem? (BARATTA, 2011, p.88-89)

Assim, vê-se que o labelling approach deixa de lado as questões atinentes à personalidade do agente, bem como as causas do crime, para prestigiar acerca da reação social

---

<sup>63</sup> Lemert, institui a diferenciação entre delinquência primária e delinquência secundária. A reação social ou a punição de um primeiro comportamento desviante leva a uma mudança de identidade social do indivíduo estigmatizado a permanecer no papel social que a estigmatização o introduziu. Assim sendo, o comportamento desviante que sucede à reação é um meio de defesa, de ataque ou de adaptação em relação aos problemas manifestos e ocultos criados pela reação social ao primeiro desvio. Dessa forma, põe-se em xeque o princípio do fim ou da prevenção e, particularmente, a concepção reeducativa da pena, pois a intervenção do sistema penal acaba por traçar a identidade desviante do condenado (BARATTA, 2011, p.90)

que se tem perante o cometimento de um ato, que foi previamente considerado como crime pelas mesmas agências que consideraram o crime cometido. Além disso, procura entender a consequência desse selecionamento na pessoa e no grupo de pessoas selecionadas.

Baratta (2011, p.99) critica o labelling approach, pois acentua ser uma teoria de médio alcance, pois reduz a criminalidade à definição legal e ao efetivo etiquetamento, exaltando o momento da criminalização e deixando de fora da análise a realidade de comportamentos lesivos, os quais denomina como “comportamento socialmente negativo”. Pondera que a análise das relações sociais e econômicas é desenvolvida em um nível insuficiente, deixando-se de haver aprofundamento nas questões atinentes as relações de poder – desigual distribuição de poder e conflitos de interesses – que integram a sociedade e refletem no processo de criminalização de condutas e pessoas.

Logo, com a insuficiência do labelling approach, mas com o louvor à necessária atenção que ele traz as questões do etiquetamento, da reação social e da negação do princípio da prevenção, surge a criminologia crítica, em detrimento da criminologia liberal e positivista.

No ponto de vista da criminologia crítica, tal como no labelling approach, a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se perfaz, sobretudo, como um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: primeiramente, tem-se a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados dentre todos aqueles que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é, portanto, um “bem negativo”, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e consoante a desigualdade social entre os indivíduos. (BARATTA, 2011, p. 161)

Nesse sentido, Andrade (2003, p.51) destaca que o direito penal não exerce sua plena capacidade de punição, haja vista que causaria uma catástrofe social se assim procedesse, pois se todas as condutas previstas como delito fossem efetivamente autuadas, quase toda a população seria julgada e condenada. Assim, não adianta que novas leis sejam a todo tempo criadas, para darem conta do desvio de condutas, pois o direito penal não opera com todo seu potencial, assim, seleciona, como melhor aprouver o desejo das classes mais dominantes.

Dessa forma, Baratta (2011, p.162) expõe a crítica criminológica sobretudo na negação radical do mito do direito penal como direito igual, ou seja, do mito que está na base da ideologia penal da defesa social – que ainda hoje é a dominante.

Em síntese, a crítica se resume ao fato do direito penal não defender todos e somente

os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário. Também esclarece que a lei penal não é igual para todos, sendo que o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos. Por fim, evidencia que o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso se perfaz independentemente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à legislação, no sentido de que estas não constituem variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade. Dessa forma, a crítica se dirige ao mito do direito penal como o direito igual por excelência, sendo, em verdade, o direito desigual por excelência.

Nesse diapasão, o direito penal é permeado por ideologias – como é o caso da teoria da defesa social – que visam privilegiar as classes mais bem abastadas – classe dominante – e fecha os olhos ao cometimento de crimes por parte das pessoas integrantes deste grupo – como no caso dos crimes de colarinho branco. Noutra giro, quando as classes menos abastadas realizam uma conduta criminal, que geralmente contrariam o modo de produção capitalista – como o é no caso de crimes patrimoniais – são mais facilmente abarcadas pelo crivo do direito penal.

Assim, o que na criminologia positivista e na liberal clássica são consideradas as causas da criminalidade, a criminologia crítica aponta como sendo os pressupostos pelo qual o status de criminoso é atribuído.

A partir disso, ressalta-se que a coculpabilidade (vide item anterior) se situa no contexto da criminologia clássica, pois se sustenta a partir do entendimento de que a expressão de vontade do indivíduo está viciada, haja vista a falha da sociedade em lhe garantir condições mínimas existenciais, razão pela qual suas atitudes devam ser avaliadas pelo poder punitivo levando-se em conta seu estado de pobreza.

Nesse sentido, viu-se que a coculpabilidade não é suficiente, pois – sem se esquecer dos demais motivos – não leva em conta o dado da seletividade. Nesse sentido, a culpabilidade por vulnerabilidade, se fundamenta em uma criminologia crítica, que não se mostra cega a distribuição de poder, que condiciona o que e quem será criminalizado.

Frise-se que, no senso comum, o conceito de criminalidade, que hoje predomina, é umbilicalmente ligado à criminologia positivista, que oferece sustentação ao modelo de “combate à criminalidade” através do sistema penal, por motivos evidentemente políticos. Sendo revestida de representações que permitiram consolidar uma visão profundamente estereotipada do criminoso, essa perspectiva criminológica serviu para consolidar, muito mais do que um conceito, um verdadeiro preconceito sobre a criminalidade (ANDRADE, 2003,

p.33-38).

Assim, a seletividade penal, que abarca a classe menos abastada, em prol da manutenção da estrutura de poder vigente, é algo normalizado pelo poder punitivo que sempre visa sua própria legitimação e possui como objetivo acalmar a opinião pública e devolver-lhe a confiança no Estado. (ZAFFARONI, 2004, p.08)

#### **4.4 Teoria Agnóstica da Pena**

Segundo Salo de Carvalho (2013, p.149) a teoria agnóstica da pena não é uma teoria da pena, mas um modelo dogmático crítico que objetiva, por intermédio das ferramentas políticas jurídicas, a restrição da potência punitiva.

No século XIX, Tobias Barreto<sup>64</sup> apresentou a pena como sendo um conceito político e não jurídico, afirmando que as correntes que visam conceituar a pena cometem um erro em considerá-la como uma consequência de direito, logicamente fundada. Já naquela época, o autor problematizava a constituição do poder punitivo, em suas palavras: “Quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra”. (BARRETO, 2003, p.143-144)

Neste interim, vê-se que, historicamente, o direito penal é instrumentalizado a partir dos fins da pena, independentemente de quais sejam os objetivos punitivos perseguidos. As teorias que visam conceituar a pena atribuem a ela uma finalidade positiva, atribuindo-a virtudes civilizatórias, com o intuito de reafirmar a ordem jurídica ou restabelecer a ordem moral violada (CARVALHO, 2013, p. 145-146)

Assim, nas palavras de Juarez Cirino dos Santos: “A política penal realizada pelo Direito Penal é legitimada pela teoria da pena, construída pelos discursos de retribuição do crime e de prevenção geral e especial da criminalidade.” (2014, p. 423)

As teorias positivas atribuem um fim a pena, sendo divididas, principalmente, em teorias absolutas e teorias relativas. As teorias absolutas<sup>65</sup> reputam a pena como sendo um

---

<sup>64</sup> Tobias Barreto, professor recifense, teve sua obra “Menores e Loucos em Direito Criminal” republicada na Coleção História do Direito Brasileiro, produzido e disponibilizado pelo Senado Federal.

<sup>65</sup> Os principais precursores das Teorias Absolutistas foram Immanuel Kant e Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Para Kant, a justiça retributiva é uma lei inviolável, um imperativo categórico, pelo qual todo aquele que mata deve morrer, para que cada um receba o valor de seu ato e a culpa do crime não recaia sobre o povo que não puniu seus culpados. Para Hegel, no entanto, a pena assume um caráter jurídico, definindo crime como negação do direito e pena como negação do crime, portanto, como reafirmação do direito, e concebe a justiça retributiva a única digna do ser humano. (SANTOS, 2014, p.426)

castigo, uma vingança, uma punição, ante a prática de um mal causado pelo infrator. Por sua vez, as teorias relativas surgem para impor a pena ao agente, com vistas a não voltar a delinquir e subdivide-se em duas teorias: a teoria preventiva geral e a teoria preventiva especial.

A teoria preventiva geral<sup>66</sup> se consubstancia na estratégia estatal em imbuir a sociedade do medo de que, na hipótese do cometimento de crime, o cidadão seja afligido por uma pena, isto é, a pena é um castigo que serve de exemplo para que os demais não cometam o erro de delinquir. A teoria preventiva especial<sup>67</sup> trata o direito penal como um remédio para o crime, com vistas a evitar que o infrator volte a cometer infrações. Em síntese, essa teoria se baseia na periculosidade individual do agente, buscando sua neutralização e/ou eliminação, para que se garanta a integridade do ordenamento jurídico, pois o sujeito apenas seria corrigido através de medidas de reeducação. (CINQUETTIVILARRUBIA; COLPANI, 2019, p.102-103). Por fim, salienta-se que existem as teorias unificadas que fundem as teorias absolutas e as relativas<sup>68</sup>.

A teoria agnóstica, pois, atribui à pena um fundamento político, em detrimento de um fundamento jurídico atribuído pelas teorias de justificação (a pena é afirmada como jurídica, pois é consequência do delito). “Portanto, a pena, como um ato de coerção imposto pela agência punitiva, legitima-se e realiza-se no campo da política, e não no do direito”. (CARVALHO, 2013, p.147)

A Teoria Agnóstica da Pena foi criada e defendida por Zaffaroni e Batista (2011, p. 99) que sugeriram uma teoria da pena que não fosse punitivista, pois a pena é um exercício de poder, uma coerção, que impõe uma privação de liberdade e de outros direitos, ou uma dor, que, no entanto, não repara e nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou

---

<sup>66</sup> A Teoria Preventiva Geral se subdivide em duas vertentes, sendo a primeira a teoria geral positiva que pretende um fundamento novo ao direito penal, a partir da estabilização do sistema social, da orientação da ação e da institucionalização de expectativas normativas. A segunda é a teoria geral negativa que aparece na forma da intimidação penal, isto é o Estado espera que a ameaça da pena desestimule o cometimento de infrações penais (SANTOS, 2014, p.430).

<sup>67</sup> A Teoria da Prevenção Especial pode ser subdivida em duas correntes: a primeira é a teoria preventiva especial positiva, que objetiva, principalmente, a ressocialização do agente. Já a segunda, a teoria preventiva especial negativa, busca, principalmente, a eliminação ou neutralização do criminoso através da segregação social para minimizar até que inexista o risco de reincidência. (CINQUETTIVILARRUBIA; COLPANI, 2019, p.103)

<sup>68</sup> As teorias unificadas predominam nas legislações, sendo que no Brasil, pode ser encontrada no art. 59 do Código Penal Brasileiro: “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 (...)”

neutraliza perigos iminentes. Nesse sentido asseveram:

Não se transpõe esse atoleiro com uma nova teoria punitiva, mas sim apelando para uma teoria negativa ou agnóstica da pena: deve-se ensaiar uma construção que surja do fracasso de todas as teorias positivas (por serem falsas ou não-generalizáveis) em torno de funções manifestas. Adotando-se uma teoria negativa é possível delimitar o horizonte do direito penal sem que seu recorte provoque a legitimação dos elementos do Estado de polícia próprios do poder punitivo que ele toca limitar. (2011, p. 98)

Conforme Tobias Barreto (2003, p.144), a pena, considerada por si só, nada tem a ver com a ideia do direito, tanto o é que ela tem sido por diversas vezes empregada em nome da religião, ou seja, sob o pretexto mais alheio ao mundo jurídico.

Nesse diapasão, a sanção criminal cumpre uma função de controle social. Sendo um instrumento de política, concretizado nas e pelas agências punitivas, a pena serve para demonstrar a existência de um poder político com capacidade de concretização por meio de ingerências violentas na sociedade civil. (CARVALHO, 2013, p.148)

Dessa forma, a pena só pode ter como finalidade a redução do poder punitivo, para tanto, nesta teoria, não pode haver uma relação harmônica entre direito penal e pena, pois o direito deve servir como limitador da pena, já que esta se concretiza como ato de violência que ofende os direitos fundamentais<sup>69</sup>. Para essa teoria negativista, já que a pena se mostra impossível de cancelamento no atual quadro histórico, o direito e o processo penal devem agir, no ponto de vista de uma política humanista, para diminuir o sofrimento das pessoas envolvidas no conflito criminalizado, quais seja, réus, vítimas e corpo social. (CARVALHO, 2013, p.149-159)

Pode-se afirmar, nesse viés, que a teoria negativa da pena é, sobretudo, uma teoria que nega as funções declaradas ou manifestas da sanção penal, expressas no discurso oficial de retribuição e de prevenção geral e especial (positivas e negativas). Além disso, é agnóstica pois confessa não conhecer nenhuma função da pena<sup>70</sup>, destacando seu objetivo latente, qual

---

<sup>69</sup> Consoante Zaffaroni e Batista (2011, p.98-99): (...) “o maior poder do sistema penal não reside na pena, mas sim no poder de vigiar, observar, controlar movimentos e ideias, obter dados da vida privada e pública, processá-los, arquivá-los, impor penas e privar de liberdade sem controle jurídico, controlar e suprimir dissidências, neutralizar as coalizões entre desfavorecidos etc. Se existe alguma dúvida acerca do enorme poder verticalizador do sistema penal, basta olhar para a experiência histórica: o sindicalismo, o pluralismo democrático, o reconhecimento da dignidade das minorias, a própria República, conseguiram estabelecer-se sempre em luta contra esse poder. Qualquer inovação social que se fizer em prol do desenvolvimento humano deverá enfrentar o sistema penal; todo conhecimento e todo pensamento abriu caminho confrontando-se com poder punitivo. A história ensina que os avanços da dignidade humana sempre ocorreram em luta contra o poder punitivo”.

<sup>70</sup> Consoante Zaffaroni e Batista: “Trata-se de um conceito de pena que é negativo por duas razões:

seja, de legitimar o poder punitivo. (SANTOS, 2014, p.436)

A teoria agnóstica da pena, assim como a criminologia crítica, é o ponto de partida para a construção da teoria da culpabilidade por vulnerabilidade, pois insurge a ideia de redução de danos causados pela incidência desumana do poder punitivo por intermédio da renúncia das teorias justificantes da pena que, por sua vez, legitimam o poder punitivo.

Nesse sentido, a teoria agnóstica da pena contribui para a teoria da culpabilidade por vulnerabilidade, na medida em que afirma que o direito penal deve barrar o voraz poder punitivo estatal, a fim de preservar o Estado Democrático de Direito e conter o Estado de Polícia, que, por sua vez, age para defender os interesses de uma classe dominante.

Assim, para Zaffaroni (2004, p. 02-12) a pena deve ser entendida como expressão de um fato de poder que é mister conter e reduzir, porém não é necessário legitimar. Nesse sentido, ao se reconstruir o direito penal a partir da visão negativa da pena, é necessário reclamar que as agências jurídicas atuem para esgotar seu poder jurídico de contenção, para que se neutralize o máximo possível da seletividade estrutural do poder punitivo.

#### **4.5 Culpabilidade por vulnerabilidade**

Como já se viu anteriormente, a seletividade estrutural do direito penal vem sendo ignorada e desconsiderada pela maioria dos juristas e das teorias, o que acaba por normalizá-la e legitimar a irracionalidade do poder punitivo. A partir disso, a culpabilidade por vulnerabilidade é uma teoria lançada ao confronto desta seletividade estrutural do direito punitivo, com o propósito de reequilibrar o processo de criminalização, sem, contudo, legitimar o poder punitivo.

Zaffaroni leciona que quando uma pessoa é colocada em situação de vulnerabilidade, o sistema penal consegue selecioná-la e instrumentalizá-la para justificar seu próprio exercício de poder. Em razão disso, estabelece que é o grau de vulnerabilidade que decide a seleção, porque, em determinadas situações, existem injustos muito piores e que são indiferentes ao sistema penal (ZAFFARONI, 1998, p.275).

Isto é, essa teoria atesta que não são todas as pessoas que estão suscetíveis a ingressar no processo de criminalização, mas sim aquelas que compõem o grupo dos mais

---

a) não concede qualquer função positiva à pena; é obtido por exclusão (trata-se de coerção estatal que não entra no modelo reparador nem no administrativo direto). É agnóstico quanto à sua função, pois confessa não conhecê-la. Essa teoria negativa e agnóstica da pena permite incorporar as leis penais latentes eventuais ao horizonte do direito penal e, conseqüente, fazer delas sua matéria, assim como desautoriza os elementos discursivos negativos do direito penal dominante.” (2011, p.99-100)

desfavorecidas socioeconomicamente, aqueles e aquelas denominados “vulneráveis”. (MARTINS JÚNIOR, 2012, p.104)

Vê-se que a culpabilidade é estabelecida considerando a perigosidade do sistema penal, que se manifesta na maior ou menor probabilidade de criminalização secundária que recai sobre uma pessoa. Atenta-se que o grau de perigosidade do sistema penal para cada pessoa é mensurável pelos componentes do respectivo estado de vulnerabilidade. Além disso, o estado de vulnerabilidade se forma pelos dados concernentes a classe social do indivíduo, indicados por sua inserção nas relações sociais de produção (profissão, escolaridade, rendimentos, local de residência e outros que intervenham em sua posição numa hierarquia social, tais como etnia, religião e opção sexual, sinalizadores de algum estereótipo criminal aplicável ou aplicado). Por fim, o poder punitivo não se distribui apenas em função do Estado de vulnerabilidade (ZAFFARONI, et al, 2017, p. 167)

Com fidelidade a Zaffaroni:

Assim, o sistema penal apresenta diferentes graus de periculosidade para os habitantes, segundo seu status social e suas características pessoais. A sobre-representação de algumas minorias na prisionização, de maior número de imigrantes, em ocasiões de minorias sexuais, em todo caso a maior incidência em homens jovens, desempregados, habitantes de bairros marginais, etc., são todos dados verificáveis.

A periculosidade do sistema penal se reparte segundo a vulnerabilidade das pessoas, como se fosse uma epidemia. Nos países periféricos, como são os latino-americanos, devido à crescente polarização da riqueza, a maioria da população encontra-se em estado de vulnerabilidade ante o poder punitivo, embora só sejam criminalizados uns poucos. Ou seja, o campo para selecionar amplia-se, mas a seleção continua sendo ínfima em relação a ele. (ZAFFARONI, 2004, p.13)

Nessa lógica, de forma geral, vislumbra-se que quanto maior for a proximidade do indivíduo das esferas de poder, seja ele político ou econômico, menores são as chances de ser penalizado, portanto menor é o seu estado de vulnerabilidade. Noutro giro, quanto mais distante o sujeito estiver do poder (político e/ou econômico), maiores são suas chances de ser captado pelo poder punitivo, isto é, menor será seu esforço para ser selecionado, assim, este será considerado mais vulnerável que aquele, sendo que o ato deste deve ser tido como menos reprovável do que daquele, portanto, menor sua culpabilidade. (TELES, 2008, p.58). Segundo Zaffaroni (1998, p.276): “O nível de vulnerabilidade é dado pela magnitude do risco de seleção que corresponde à situação de vulnerabilidade em que se coloca o sujeito”<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> “El nivel de vulnerabilidad está dado por la magnitud del riesgo de selección que corresponde a la

Para Zaffaroni (2004, p.24), ao se verificar o estado de culpabilidade, deve se atentar para o status social da pessoa, sendo, pois, uma situação patente de verificação, que não depende somente da classe social em que o indivíduo se insere, não sendo, portanto, um conceito classista. Assim, o poder punitivo seleciona a depender das empresas morais e da mobilidade dos estereótipos, não sendo legítimo restringir essa seleção ao conceito de classe.

Em sequência, constata-se que a seletividade do sistema penal não se manifesta apenas em função do estado de vulnerabilidade, devendo o sujeito agir para ser criminalizado, o que Zaffaroni designa por esforço por culpabilidade. Isto é, partindo-se de um estado de vulnerabilidade, o agente concorreu com seu esforço pessoal para alcançar a concreta situação de vulnerabilidade, em que se materializa a periculosidade do poder punitivo.

Nas palavras de Zaffaroni

O esforço pessoal de vulnerabilidade é predominantemente individual, consistindo no grau de perigo ou risco em que a pessoa se coloca por causa de seu comportamento particular. A constatação do "injusto" faz parte do esforço de vulnerabilidade, na medida em que tenha sido decidido de forma autônoma<sup>72</sup>. (1998, p.277)

O esforço pessoal empregado para atingir a situação concreta de vulnerabilidade se apresenta em graus diferentes nas pessoas e nos grupos de pessoas, sendo condicionado ao estado de vulnerabilidade do indivíduo, o que determinará o grau de reprovabilidade da sua conduta. (MOREIRA, 2018, p.29)

Nesse sentido, Moreira bem exemplifica:

Para ilustrar, imaginemos um jovem, negro, morador de favela que furta uma loja de eletrodomésticos. O jovem em questão encontrava-se em estado de vulnerabilidade antes mesmo do ilícito, posto que o estado de vulnerabilidade é aferido a partir das características que tornam o indivíduo mais apto de ser alcançados pelo sistema penal. No entanto, essa situação apenas se concretizou quando o jovem de fato praticou o crime. Nesse momento ele atingiu a situação concreta de vulnerabilidade. Há, portanto, uma distinção entre estado de vulnerabilidade e situação de vulnerabilidade. (2018, p.29)

Nesse sentido, a integração do esforço por vulnerabilidade (maior ou menor empenho

---

situación de vulnerabilidad en que se colocó el sujeto” (tradução livre)

<sup>72</sup> “El esfuerzo personal por la vulnerabilidad es predominantemente individual, consistiendo en el grado de peligro o riesgo en que la persona se coloca en razón de su comportamiento particular. La realización del "injusto" es una parte del esfuerzo por la vulnerabilidad, en la medida en que lo haya decidido autónomamente.” (tradução livre)

que o sujeito devotou a realização do injusto) com a culpabilidade permite que o direito penal seja exercido contrasseletivamente, diante de uma orientação dogmática funcional teleológica redutora, pois o esforço por vulnerabilidade corrige e reequilibra a seletividade estrutural do sistema penal. (ZAFFARONI, et al, 2017, p.168-169)

Atente-se para o ato de que as pessoas que são selecionadas para a criminalização não se esforçam muito para atingir a concreta situação de vulnerabilidade, pois partem de um alto estado de vulnerabilidade. Assim, deve o direito penal agir de forma a reequilibrar tal situação, pois se o esforço do agente em ser captado pelo direito penal é ínfimo, e por vezes, insignificante, sua culpabilidade deve ser tida como ínfima, e, algumas vezes, inexistente. Isto é, é muito mais simples selecionar pessoas que circulam pelos espaços públicos com o “figurino social” dos delinquentes cometendo injustos de pequena ou média gravidade. (ZAFFARONI, 2004, p.14)

Outrossim, o direito penal não pode tolerar que o mesmo poder que, por ação ou omissão, inseriu uma pessoa em concreta situação de vulnerabilidade - pela não garantia de direitos fundamentais, por exemplo -, exerça repressão sobre ela em consequência da situação na qual previamente a colocara. Assim, Zaffaroni conclui que, uma vez que o poder punitivo se distribui conforme a vulnerabilidade, o direito penal deve agir para democratizar essa distribuição e, para tanto, deve observar a quantidade de esforço pessoal que o criminalizado empregou para atingir a concreta vulnerabilidade que ensejou sua seleção. (ZAFFARONI, et al, 2017, p. 172)

Em consequência, deve o direito penal, portanto, agir para estruturar o juízo de reprovação advindo da culpabilidade pela autodeterminação, a ser condicionada também pelo esforço de vulnerabilidade, na medida em que se deve proteger os direitos fundamentais daqueles que menos se esforçam para legitimar o poder punitivo, isto é, aqueles que menos empregam esforços para estarem em uma concreta situação de vulnerabilidade (aqueles diametralmente distantes do poder econômico/político/social).

A culpabilidade pela vulnerabilidade é uma superação da culpabilidade entendida como reprovação. Assim, sendo reconhecido que o agente, imputável e potencialmente consciente da ilicitude da conduta por ele perpetrada, atuou dentro do âmbito de autodeterminação, pois poderia ter atuado conforme o direito, o esforço por vulnerabilidade funcionaria como mitigador da indiferença dos elementos anteriores quanto a seletividade do sistema penal. (ZAFFARONI, et al, 2017, p.170)

Igualmente, pode-se concluir que a culpabilidade por vulnerabilidade, respeitando a culpabilidade pelo ato e considerando a vulnerabilidade social e pessoal, a partir do conceito

agnóstico de pena e do dado selecionador, é a junção da reprovabilidade fundada no contexto da autodeterminação com o juízo de reprovação pelo esforço empregado para concretizar a situação de vulnerabilidade, o que indica o quanto o poder punitivo pode atuar.

Por conseguinte, a culpabilidade pela vulnerabilidade, em uma rasa análise, poderia ser classificada como culpabilidade de autor, pois considera a vulnerabilidade do agente. Todavia, falta razão a essa proposição, na medida em que se trata de componente do próprio fato, uma vez que o esforço é um aspecto da conduta do agente (ZAFFARONI, 2004, p.16)

Nessa esteira, a teoria do delito pode ser observada da seguinte maneira: na tipicidade, a autodeterminação utiliza as interpretações dos elementos do tipo legal para a mais ampla e desabrida aplicação, enquanto o esforço por vulnerabilidade luta pela mais estrita taxatividade e rigorosa redução no âmbito da matéria da proibição. No aspecto da antijuridicidade, a autodeterminação se apega à abstração da proibição para que ela alcance qualquer situação, mesmo ao alto custo de se afetar o exercício da liberdade, enquanto o esforço por vulnerabilidade se esforça para excluir a ilicitude por meio de preceitos permissivos aplicáveis a cada situação. Finalmente, na culpabilidade, a autodeterminação recorre a razão de estado ou a um moralismo vulgar para fechar os olhos à seletividade, apenas inserindo a conduta no âmbito de autodeterminação do sujeito, ao passo que o esforço por vulnerabilidade busca temperar a responsabilidade (ZAFFARONI, et al, 2017, p. 173)

Em suma, a culpabilidade pela vulnerabilidade, introduzida pelo Zaffaroni, considera o dado seletivo e a constatação de que o direito penal seleciona consoante a vulnerabilidade do indivíduo e não conforme sua autodeterminação somente, barrando, assim, o poder punitivo, pois não passará da responsabilização que se possa atribuir pelo esforço pessoal que empreendeu para alcançar a concreta situação de vulnerabilidade.

Acentua-se que a culpabilidade pela vulnerabilidade é valorativa, pois constatado o estado de vulnerabilidade do sujeito e o seu esforço para atingir a situação concreta em que foi selecionado, procede-se a tradução valorativa. Ressalte-se que a culpabilidade de ato também é valorativa, já que constata um âmbito de autodeterminação dentro de uma magnitude de reprovação, razão pela qual valora a habilitação do poder punitivo. (ZAFFARONI, 2004, p.23-24) Finalmente, o direito penal, através de suas agências (juízes, ministério público, aplicadores do direito, academia, etc), deve agir para barrar a expansão da violência do poder punitivo, que vem se mostrando cada vez maior. Assim, a aplicação da teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade se mostra uma alternativa passível de implementação dessa perspectiva redutora do poder deslegitimado.

## **5 COMPATIBILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL A UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

### **5.1 Mudança paradigmática**

Como já se viu até aqui, a culpabilidade tal como é nos dias atuais, assume a função de legitimar um poder irracional e violento: o poder punitivo. Tal poder existe para salvaguardar o interesse das classes dominantes, que sempre visam subjugar as classes dominadas, de forma que a sociedade, e mais especificamente a sociedade capitalista, possa continuar sendo estruturada sobre o marco da desigualdade.

Em razão disso, a teoria da culpabilidade por vulnerabilidade é uma tentativa de reconhecimento de uma culpabilidade que, sobretudo, visa diminuir as desigualdades, razão pela qual se propõe a barrar o bruto exercício do poder punitivo. Mas, para tanto, há de se haver a reconstrução dos discursos, principalmente das teorias que atribuem a pena funções que ela não tem capacidade de alcançar.

Logo, essa teoria apresenta uma quebra paradigmática, no que diz respeito ao papel que o direito penal possui. Muito mais do que um conjunto de normas, o direito penal deve servir para deslegitimar um poder ilegítimo, que sorrateiramente vem se esgueirando no discurso oficial do direito penal.

Segundo Salo de Carvalho (2013, p.154) a redução do sofrimento seria a única justificativa válida para a atuação dos operadores do direito nas atuais condições em que a punição ocorre. Assim, a estratégia necessária a ser tomada é a de salvar vidas, diminuir a desigualdade e evitar o sofrimento.

Nessa tomada, a proposta que Zaffaroni traz com a teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade é a de que os autores do direito penal sejam a ponte para a redução da violência calcada em um discurso penal que não faz o que prega.

Com efeito, como discurso oficial do direito penal, tem-se a defesa do princípio da mínima interferência, no entanto, em uma simples análise, é possível concluir que, na prática, o que se tem é a banalização da seara penal com todas as questões sendo jogadas para que nela se resolva (o maior exemplo disso é a proibição de venda e uso de drogas). O que parece é que, na dúvida, o direito penal dá conta, sendo que, na verdade, o direito penal não faz com que as condutas deixem de ser praticadas, mas sim que alguns, e frise-se que apenas alguns, sejam selecionados para compor o estereótipo do malfeitor.

Além disso, o discurso de que o direito penal defende somente os bens jurídicos

essenciais e trata a todos igualmente, como já visto, é uma falácia, uma estratégia de legitimação do poder punitivo (à guisa de exemplo, tem-se, novamente, o tratamento criminal que se dá ao uso de substâncias entorpecentes, o que em alguns lugares do mundo é visto como simples comércio, aqui tem-se uma verdadeira desculpa para criminalização de pessoas e grupos de pessoas, sob um discurso de defesa da saúde pública, não havendo sequer um bem jurídico para a criminalização da venda de drogas).

Em suma, o direito penal deve ser um apêndice do direito constitucional de todo e qualquer estado constitucional de direito, pois a função contentora é indispensável para sua subsistência, uma vez que sem essa função, o estado de direito pereceria aos desmandos do estado de polícia. (ZAFFARONI, 2004, p.02)

Pode-se verificar que o estado de polícia se consubstancia pelo exercício de um poder verticalizado, autoritário e que distribui uma justiça de forma arbitrária em função de classes sociais, possuindo, portanto, um caráter paternalista que visa resolver os conflitos entre as pessoas com a aplicação da sanção penal, sempre de acordo com a vontade dominante de uma classe detentora de poder.

Lado outro, o estado de direito pode ser visto com o exercício de um poder democrático, com o foco em garantir os direitos mais básicos e fundamentais do homem, bem como utiliza regras estabelecidas democraticamente para resolver conflitos, visando, sempre, conter a existência do estado de polícia que se encerra em seu interior. (SANTOS, 2014, p.460)

Face ao exposto, o direito penal deve limitar o poder punitivo para preservar o estado democrático de direito, pois se neste a racionalidade jurídica deve assumir o papel de contenção e de controle dos poderes, o direito não deve, portanto, servir para legitimar a pena. Em sentido oposto, a justificação jurídica dos atos de poder (como o é a sanção penal) é válida dentro de um contexto de Estado autoritário, no qual o discurso jurídico cria uma confusão entre o poder de punir e o direito de punir, reduzindo a razão de Direito à razão de Estado (CARVALHO, 2013, p.147-148)

O saber do direito penal, através do discurso destinado às agências que gerenciam os casos previamente selecionados, não possui força para suprimir a seletividade estrutural do sistema penal, mas consegue atenuá-lo e reduzir a desigualdade de tratamento incompatível com o Estado de Direito. (ZAFFARONI, et al, 2017, p.166)

Dessa forma, faz-se necessária a mudança de concepção da culpabilidade, onde esta não seja fundamento de uma pena, com finalidade de retribuição e prevenção, mas que tenha uma característica redutora de uma punição arbitrária e desenfreada, que fere a igualdade, a

dignidade humana, entre outros direitos fundamentais.

## **5.2 Hipótese de aplicação da teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade no direito penal brasileiro**

No direito brasileiro, a teoria da culpabilidade por vulnerabilidade é uma novidade, não sendo encontrada na jurisprudência, nas doutrinas jurídicas e raramente trabalhada em artigos acadêmicos, em que pese não ser de fato nova<sup>73</sup>.

A atual culpabilidade, em que pese a teoria da culpabilidade de autor ser rechaçada no discurso oficial, se utiliza da análise da personalidade, da condição de vida, da pouca ou nenhuma instrução, para analisar a pessoa que cometeu o ilícito, com vistas a reprovar a pessoa em sua vida pretérita e presente, utilizando o ato cometido como desculpa para selecionar o sujeito e exercer um controle das classes dominadas, típico do estado de polícia.

Nesse sentido, Miranda assevera:

Recorrendo-se à “condução da vida” seria possível ocultar o real interesse das classes dominantes em sancionar os indivíduos com base na lógica da culpabilidade de autor, deixando a cargo da autoridade judicial e das classes dominantes o exercício arbitrário da “justiça”. (2013, p.148)

Contudo, mesmo em um sistema penal que utiliza a culpabilidade de ato somente – o que não é o caso da experiência brasileira que utiliza descaradamente a culpabilidade de autor para exercer a seleção dos escolhidos pelo sistema carcerário –, a seletividade penal continuaria a ser implantada, posto que a reprovação ainda seria dirigida aos mais vulneráveis. (MOREIRA, 2018, p.26)

Por isso, o reconhecimento dos diversos graus de vulnerabilidade importa em implantar uma igualdade material, que, como visto no “item 6” do primeiro capítulo, trata-se de tratar desigualmente aqueles que estão em situação de desigualdade. Desse modo, se o sistema penal seleciona entre os mais vulneráveis, o direito penal deve atenuar, ou até mesmo exculpar, a culpabilidade do selecionado que pouco ou nada se esforçou para cometer um ilícito penal.

Destarte, insta ressaltar que a culpabilidade pela vulnerabilidade nunca poderia ser

---

<sup>73</sup> Já em 1998, em seu livro “Em busca das penas perdidas”, Zaffaroni trata acerca da teoria da vulnerabilidade pela culpabilidade, asseverando acerca do esforço pessoal pela culpabilidade, bem como as demais nuances que posteriormente abordou no artigo Culpabilidade por vulnerabilidade, publicado no Brasil na Revista Discursos Sediciosos em 2004 e em seu livro Direito Penal Brasileiro, publicado em 2017.

mais rigorosa do que a culpabilidade atualmente empregada, sendo descabido a colocação de que os sujeitos que partem de uma baixa vulnerabilidade e muito se esforçam para atingir a concreta situação de vulnerabilidade seriam apenados de forma mais bruta pelo sistema penal. Essa consideração é oposta a teoria em ventre, pois a culpabilidade pela vulnerabilidade é limitada a culpabilidade de ato puro, isto é, nunca ultrapassando a análise do fato para a análise da pessoa, pois a proposta visa se desvencilhar totalmente de uma reprovação com base na personalidade e na vida pretérita do agente. (MOREIRA, 2018, p.30-31) E, nesse sentido, analisa-se a conduta do agente, de forma que se as pessoas com baixo grau de vulnerabilidade empregam muito esforço para cometer a infração penal, analisa-se a quantidade de esforço engrenado pelo sujeito e não quem ele é.

Importante, portanto, é entender que a culpabilidade pela vulnerabilidade é uma evolução da atual culpabilidade, não desconsiderando as características sociais do sujeito, mas utilizando-as de forma contrasseletiva, que justifica uma menor reprovação aos mais vulneráveis à seleção penal. (LEMOS, 2010, p.03)

Avançando, a atual culpabilidade pautada na autodeterminação, possui como elementos a imputabilidade, a potencial compreensão da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa (vide capítulo 3.3). Dessa forma, entende-se aqui que, além desses três filtros (e dos outros dois substratos do crime, tipicidade e antijuricidade), necessário, ainda, encampar a teoria da culpabilidade por vulnerabilidade. Isto é, além dos três elementos hoje utilizados na verificação da culpabilidade, deveria haver, ainda um quarto elemento, denominado “esforço por vulnerabilidade”.

Como já visto, a teoria do delito é um sistema de filtros que só podem ser superados pelo poder punitivo que não seja inconstitucional, ilegal ou irracional. Assim, quando da criminalização secundária, após a análise da atual culpabilidade, entendida como juízo valorativo que permite vincular o autor a sua conduta, deve-se haver o reconhecimento de um novo elemento, cuja finalidade é limitar o avanço do poder punitivo irracional e selecionador.

À título de exemplo, tem-se um furto doloso, e considerando que presente o nexos causal entre a conduta e o resultado e ausente quaisquer erros de tipo, bem como que não houve a incidência de nenhuma causa excludente de ilicitude e levando em conta, ainda, que o autor é imputável, compreendia a ilicitude do fato e, no momento da ação dispunha de um catálogo de outras condutas, no atual entendimento da teoria do delito, o sujeito já seria considerado culpado, partindo-se, pois, para a dosimetria da pena.

Todavia, com o entendimento aqui esposado, haveria a necessidade, após perpassada a análise acima, da verificação quanto ao esforço por vulnerabilidade, o que mitigaria a

indiferença dos elementos anteriores em relação a seletividade estrutural do sistema penal.

Assim, no exemplo do furto, haveria a necessidade de se analisar qual a situação de vulnerabilidade o autor se encontrava quando na iminência do cometimento do crime e; qual o grau de esforço precisou empenhar para cometer o ilícito. Assim, se as respostas forem, respectivamente alta vulnerabilidade e baixo empenho, a reprovabilidade deve ser minorada, haja vista a que seria se a investigação cessasse com a atual teoria do delito e, ainda, se o empenho for insignificante, tem-se uma circunstância de exculpação.

Para tanto, o presente estudo, a partir da teoria da culpabilidade por vulnerabilidade, propõe a integração do dado selecionador a teoria do crime, com um novo elemento da culpabilidade, qual seja, o esforço concreto por vulnerabilidade. Assim, a partir do princípio constitucional da igualdade material, os criminalizados mais vulneráveis à pinça do sistema penal devem sofrer menos ou nenhuma retaliação estatal. Enquanto os pouco vulneráveis a esta seleção devem responder criminalmente, na medida de seu esforço para atingir a situação concreta de vulnerabilidade, todavia, sempre se pautando pela culpabilidade de ato e nunca pela de autor.

Não obstante, sabe-se que a implementação de um quarto elemento na teoria do delito, que visa mitigar o dado selecionador, demandaria uma significativa alteração na política penal brasileira, o que, infelizmente, é uma tarefa lenta e árdua, haja vista que contrária a classe que hoje domina o poder. Por esta razão, propõe-se outra alternativa, de aplicação mais imediata, para a concretização da teoria da culpabilidade por vulnerabilidade, qual seja, a sua aplicação como atenuante genérica inominada.

O processo judicial de aplicação da pena é subdividido em três fases, sendo a primeira a fixação da pena base, momento no qual são verificadas as circunstâncias judiciais previstas no caput do art. 59 do Código Penal Brasileiro<sup>74</sup>; a segunda a aplicação das circunstâncias agravantes (encontradas nos arts. 61 e 62 do Código Penal) e atenuantes (encontradas nos arts. 65 e 66 do Código Penal); e na última fase tem-se a fixação da pena definitiva com a verificação das causas especiais de aumento e diminuição da pena, que podem ser encontradas na parte geral e espalhadas na parte especial do Código Penal Brasileiro.

Nesse diapasão, é na segunda fase que a circunstância atenuante genérica é encontrada, pois para além das circunstâncias atenuantes previstas expressamente no art. 65

---

<sup>74</sup> 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:

do Código Penal Brasileiro<sup>75</sup>, o juiz pode adotar outros fatores como atenuantes da pena.

Consoante Santos (2014, p.561), as circunstâncias atenuantes inominadas, admitidas textualmente no art. 66 do Código Penal Brasileiro<sup>76</sup> constituem outras características relevantes do fato, anteriores ou posteriores ao crime, não previstas em lei, mas capazes de influir no juízo de reprovação do autor pela realização do ilícito penal.

Assim, quando da dosimetria da pena, na segunda fase, deve haver a verificação do esforço pela vulnerabilidade, como atenuante genérica inominada, por força do art. 66, do CP. Isto é, analisar-se-á o esforço pessoal do agente para o cometimento do crime, tendo em vista o estado de vulnerabilidade em que o agente se encontrava antes do cometimento do ilícito para que sua pena seja diminuída<sup>77</sup>.

Assim, quem parte de um alto estado de vulnerabilidade e pouco se empenha para concretizar sua vulnerabilidade perante o poder punitivo, deve ter sua pena atenuada, pois o dado selecionador se trata de circunstância relevante anterior ao crime. Dessa forma, haveria uma certa limitação do poder punitivo, com vistas ao equilíbrio da sanção penal que será atenuada levando em conta o esforço pessoal pela vulnerabilidade empregada pelo agente da infração penal.

Todavia, a aplicação da teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade através da atenuante genérica não é capaz de exculpar o agente nos casos em que seu esforço por culpabilidade for tão insignificante que a reprimenda penal ao autor se torne racionalmente injustificável. No entanto, essa proposição é mais passível de aceitação e aplicação nos dias atuais, pois representa uma ruptura menos agressiva na ordem jurídica então vigente do que a proposta anterior, e pode ser um precedente.

Indubitavelmente, não se ignora aqui que, em ambas proposições, se tratam de análises

---

<sup>75</sup> Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena (...)

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

II - o desconhecimento da lei;

III - ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

<sup>76</sup> Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

<sup>77</sup> Frise-se que a valoração dada as circunstâncias atenuantes ou agravantes é determinada exclusivamente pelo arbítrio do magistrado, sendo que a prática judicial tem mostrado que a fração oscila de 1/5 a 1/6 da pena base para cada atenuante genérica. (SANTOS, 2014, p.538)

discricionárias, pois não é possível prever todos os graus de vulnerabilidade e esforços empregados, isto é, as agências jurídicas simplesmente poderiam justificar, do modo que for, que o esforço por vulnerabilidade seja sempre baixo para uns e altos para outros, mantendo a desigualdade existente, bem como legitimando o poder punitivo, que sempre procurará se justificar em qualquer teoria.

Como já sabido, o estado de direito encerra o estado de polícia em seu interior e deve incansavelmente tentar contê-lo. Todavia, faz-se necessário que, em busca de uma recuperação do Estado Democrático de Direito, o direito penal não mais seja confundido com a legislação penal e o exercício real do poder punitivo. Deve em verdade, ser tratado como o discurso que tem por finalidade o exercício do poder jurídico de contenção do poder punitivo e o treinamento acadêmico das agências jurídicas, considerando que tais agências não exercem a programação da contenção do exercício do poder punitivo, pois a criminalização secundária é impulsionada e realizada por motivações políticas. (ZAFFARONI, 2004, p.02)

Dessa forma, importante o treinamento acadêmico das agências jurídicas, no sentido de uma mudança paradigmática, buscando a internalização do conceito agnóstico da pena, e consequentemente do abandono da pena com caráter retributivo e prevencionista. Ademais, necessário se faz, na análise do esforço por vulnerabilidade, não perder de vista o dado selecionador, pois, num período de transição, onde as agências encontrem problemas para deslegitimar o poder punitivo, visto a confusão entre o direito e o poder de punir, é isso que dará os moldes para a análise sugerida em ambas propostas.

Isto é, nos termos com a qual a punibilidade é hoje exercida, o sujeito não pode ser considerado malfeitor por natureza, devendo-se analisar por que sempre um mesmo grupo de pessoas é atingida pelo crivo do direito penal. O que não é uma questão distante, pois todos sabem que os presídios não estão cheios de ricos e políticos famosos.

Claro, que, para tanto, são necessárias muitas mudanças, porque a teoria da culpabilidade por vulnerabilidade não tem o condão, nem conseguiria se quisesse, de resolver toda a questão da seletividade estrutural do sistema penal que, muito mais do que uma questão jurídica é uma questão social, econômica e política que precisa ser resolvida em outras instâncias, jurídicas ou não (saúde de qualidade, educação de qualidade, alimentação, ou seja, todos os direitos traçados no primeiro capítulo do presente estudo).

Inconcebível que o estado não ofereça sequer um mínimo existencial e depois venha a selecionar, em sua maioria, todos que, não coincidentemente, não tiveram acesso a tais direitos, enquanto os detentores de poder cometem crimes, por vezes muito piores – tais como corrupção política – e são raramente selecionados pelo poder punitivo.

A criminalização constante de pessoas e grupos de pessoas específicas ocorre devido ao enfraquecimento do Estado de Direito, que vem sucumbindo ao Estado de Polícia, através do poder punitivo, que visa sempre manter uma classe dominante no poder. Todavia, o direito penal, buscando o Estado de Direito, deve agir para que essa situação se altere fundamentalmente.

Por fim, mais importante do que uma mudança da culpabilidade é a mudança ideológica, pois é preciso parar de se pensar na pena como resolução dos conflitos sociais. A pena é uma barbárie, algo que violenta os direitos fundamentais e está provado categoricamente que não atinge nenhuma função prevencionista. Em verdade, o que possui potencial redutor de conflitos, dentro de um Estado Democrático de Direito e não de um estado que visa controlar as pessoas, como o é o Estado de Polícia, é o melhoramento da questão social com o acesso aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, empregar a teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade – em que pese essa teoria não ter o merecimento devido no direito brasileiro – através da atenuante genérica inominada do art. 66 do CP é dar um passo que pode embasar uma futura concretização da primeira proposição, qual seja, a de um elemento adicional da culpabilidade atual.

Dessa forma, a análise do esforço pela vulnerabilidade pode contribuir com a amenização da seletividade do sistema punitivo, com vistas a suavizar as amarras de uma sociedade capitalista estratificada e pautada numa permanência de estratégias de uma classe dominante que visa sempre subjugar para se manter no poder.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer da presente exposição viu-se que o Estado Democrático de Direito apregoa direitos e garantias fundamentais, que são extremamente importantes para o desenvolvimento dos indivíduos e da sociedade, razão pela qual sua proteção deve ser o objetivo do direito penal.

O conceito analítico de crime apresenta o delito como sendo fato típico, ilícito e culpável, assim, o recorte aqui apresentado visa uma mudança paradigmática na teoria do delito, sobretudo no extrato da culpabilidade.

O aporte, a partir de uma perspectiva funcional redutora, é o de que o direito penal deve servir como limite aos excessos do poder punitivo. Dessa forma, sendo a teoria do delito um sistema de filtros que só podem ser superados pelo poder punitivo que não seja inconstitucional, ilegal ou irracional, a culpabilidade, tal como é, não enfrenta o dado seletivo estrutural do sistema penal.

A teoria da culpabilidade de autor, em que pese ser tida como superada, na verdade, ainda impregna o juízo de reprovação atual, pois o que se quer é criminalizar certa parcela da população, com o fito de controlá-la.

Lado outro, a teoria da culpabilidade de ato, ainda que se volte para o fato cometido, em que pese considerar a personalidade do agente, todavia em sentido inverso da culpabilidade de autor, pois a reprovação recai sobre a ação, ainda não é suficiente para limitar o poder punitivo, pois não engloba o dado da seletividade estrutural do sistema penal.

Por sua vez, a culpabilidade pela vulnerabilidade se mostra uma teoria capaz de amenizar os excessos do poder punitivo, na medida em que reconhece que o sistema penal recruta as pessoas que compõem o grupo dos menos favorecidos socioeconomicamente, bem como por estigmas sociais colocados arbitrariamente em função de questões tais como raça, etnia, sexualidade, orientação sexual, religião, entre outras, tudo o que não deveria fazer parte de um processo de criminalização, frise-se.

Nesse sentido, se uma pessoa está muito próxima ao poder (econômico/social/político) as chances dela ser criminalizada são ínfimas, no entanto, se ela está distante do poder, possui chances muito maiores de ser abarcada pela seleção penal.

Além disso, constata-se que a seletividade do sistema penal não se manifesta apenas em função do estado de vulnerabilidade, devendo o sujeito agir para ser criminalizado. Dessa forma, deve o sujeito empregar um esforço pessoal para ser criminalizado, o esforço pela vulnerabilidade.

O direito penal precisa se empenhar em prol daqueles que menos se esforçaram para atingir um concreto estado de vulnerabilidade, o que limitaria o poder punitivo, pois este não passará da responsabilização que se possa atribuir pelo esforço pessoal empreendido pelo sujeito para alcançar a concreta situação de vulnerabilidade.

Nesse interim, o presente estudo propôs que, para que o direito penal possa se valer de sua função redutora, além das categorias da atual teoria do delito, necessária a encampação da teoria da culpabilidade por vulnerabilidade. Ou seja, além dos três elementos hoje utilizados na verificação da culpabilidade, sugere-se, ainda, um quarto elemento, a ser denominado “esforço por vulnerabilidade”, cuja finalidade é limitar o avanço do poder punitivo irracional e selecionador e que mitigaria a indiferença dos elementos anteriores em relação a seletividade estrutural do sistema penal.

O que se pretende é, após analisada a conduta do agente mediante os filtros da atual teoria do delito, passar-se-ia a análise da situação de vulnerabilidade que o agente se encontrava quando na iminência do cometimento do crime, bem como qual o grau de esforço empenhado para cometer o ilícito. Em consequência, se partiu de um alto grau de vulnerabilidade e desempenhou pouco esforço para concretizar sua situação de vulnerabilidade, a reprovabilidade deve ser minorada, haja vista a que seria se a investigação cessasse com a atual teoria do delito e, ainda, se o empenho for insignificante, tem-se uma circunstância de exculpação.

A presente exposição ainda propôs que a teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade possa ser aplicada como atenuante inominada, prevista no art.66, do CP, de forma que o dado selecionador seja considerado e haja a limitação do poder punitivo, com o equilíbrio da sanção penal que será atenuada levando em conta o esforço pessoal pela vulnerabilidade empregada pelo agente da infração penal.

Esta segunda sugestão seria uma alternativa a primeira proposição, tendo em vista que sua aplicação no atual cenário brasileiro se mostra mais concretizável do que a primeira, embora ambas demandem muita luta jurídica, política e social.

Destaca-se, todavia, que o presente estudo não ignora o fato de que a verificação do esforço pela vulnerabilidade é um exercício que se efetiva de forma discricionária, haja vista que não é possível prever todos os graus de vulnerabilidade e esforços empregados, razão pela qual se ressalta a importância de uma mudança na estrutura do atual sistema penal, razão pela qual as agências judiciárias devem receber treinamento acadêmico, com vistas a internalizar um conceito agnóstico da pena, e conseqüentemente o abandono da pena com caráter retributivo e preventivista.

O Estado Democrático de Direito deve ser recuperado às pressas, pois o Estado de Polícia efetiva as desigualdades e as lesões aos demais direitos fundamentais, razão pela qual o direito penal não deve ser visto como um mero conjunto de normas, mas sim como um limitador do poder punitivo, visando diminuir os sofrimentos e salvaguardar a vida e a dignidade humana.

Ocorre, que, para tanto, são necessárias inúmeras mudanças, não somente a aplicação da teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade, como aqui se propôs, porque a teoria presente não tem o condão de resolver o embate que ocorre devido à tensão da classe dominante com a classe dominada. Questão essa que deve ser debatida, também, em outras searas, como a economia, a política, a sociologia e a filosofia.

Conclui-se que a culpabilidade pela vulnerabilidade pretende agir para limitar o poder punitivo, mostrando até onde ele vai poder atuar, mas sem que, com isso, este mesmo poder seja legitimado pelo direito penal. Nessa toada, sem este freio jurídico, o poder punitivo seria, tal como se vê nos dias atuais, um poder irracional, com atuação ilimitada e violadora de inúmeros direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x sistema penal mínimo: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. v.2. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Os pensadores).

BAHIA, Flavia; DOURADO, Sabrina (coord). **Direito Constitucional**. 3. ed. Recife: Armador, 2017.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARRETO, Tobias. **Menores e loucos em direito criminal**. História do Direito brasileiro. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

BARBOSA, Ebevaldo de Araújo. **Direito penal do autor face ao princípio da culpabilidade**. 2015. Monografia (Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Penal e Processo Penal) – Instituto brasiliense de direito público, Brasília, 2015. Disponível em: [https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/1663/1/Monografia\\_Ebevaldo%20de%20Ara%C3%BAjo%20Barbosa.pdf](https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/1663/1/Monografia_Ebevaldo%20de%20Ara%C3%BAjo%20Barbosa.pdf). Acesso em: 05 fev. 2021.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. O direito penal sob a perspectiva de Eugenio Raul Zaffaroni. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, p. 97-136, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/101097136.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021

BRASIL. [Constituição 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 14 de ago. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 17 de ago. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 21 de ago. 2020.

BRASIL, **Exposição de Motivos do Código Penal**, nº 211, de 9 de maio de 1983. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>. Acesso em: 13 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.914**, de 09 de dezembro de 1941. Lei de Introdução do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais. Rio de Janeiro. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/De13914.htm#:~:text=DECRETA%3A,ou%20ambas%2C%20alternativa%20ou%20cumulativamente](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De13914.htm#:~:text=DECRETA%3A,ou%20ambas%2C%20alternativa%20ou%20cumulativamente). Acesso em: 11 ago. 2020

CARRIL, Lourdes. **Quilombo, favela e periferia: a longa busca da cidadania**. São Paulo: Annablume: Fapesp, 2006.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIREITOS Humanos. Convenção Americana de Direitos Humanos. **Pacto São José da Costa Rica**. 4. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, p. 152-167, 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508144/000992124.pdf?sequence=1>. Acesso em: 16 jul. 2020

CINQUETTIVILARRUBIA, Raphaella; *et. al.* Da omissão estatal frente à tortura e a banalização da violência no sistema penal carcerário no século xxi: uma análise crítica sob o enfoque da teoria agnóstica da pena. *In: Reflexões a partir da Filosofia do Direito, I*, 2019, Marília, SP. **Colóquio de Filosofia do UNIVEM**. 1. ed. Marília, SP: UNIVEM, 2019, p.90-115. Disponível em: [https://www.univem.edu.br/storage/arquivos\\_new/livro\\_pronto\\_simposio\\_filosofia\\_direito\\_mestrado.pdf#page=90](https://www.univem.edu.br/storage/arquivos_new/livro_pronto_simposio_filosofia_direito_mestrado.pdf#page=90). Acesso em: 27 jan. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev., ampl. E atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

FUNDO de Financiamento Estudantil (FIES). Novo Fies. Disponível em: <http://fies.mec.gov.br/>. Acesso em: 15 jul. 2020.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução por Paulo Quintela. Ed. Atlântida. Coimbra: Coleção Biblioteca Filosófica, 1960, p. 66-76.

LEMOS, Clécio José Morandi de Assis. Culpabilidade por vulnerabilidade. *In Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 210, p. 16-17, mai. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. **Direitos fundamentais indisponíveis – os limites e os**

padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. 2010. Tese (Doutorado de pós graduação em direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <file:///D:/Documents/UFLA/9%C2%BA%20per%C3%ADodo/TCC%20II/leticia%20martrel.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINS JÚNIOR, Fernando Nogueira. **Vida e morte (e vida) da culpabilidade penal: contribuição à teoria do delito para um estado democrático de direito**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2012. Disponível em: [https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-8XSPAU/1/disserta\\_\\_o\\_mestrado\\_fernando\\_nogueira\\_\\_.pdf](https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-8XSPAU/1/disserta__o_mestrado_fernando_nogueira__.pdf). Acesso em: 10 fev. 2021

MINHA Casa Minha Vida - Habitação Urbana. Disponível em: <http://www.caixa.gov.br/voce/habitacao/minha-casa-minha-vida/urbana/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 20 de junho de 2020.

MIRANDA, Ana Carolina Belitardo de Carvalho. **Culpabilidade por vulnerabilidade: fundamentos para a exculpação ou redução de pena do pequeno traficante**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador: 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/11331/1/CULPABILIDADE%20POR%20VULNERABILIDADE%20FUNDAMENTOS%20PARA%20A%20EXCU%20c3%87PA%20c3%87%20c3%83O%20OU%20REDU%20c3%87%20c3%83O%20DE%20PENNA%20DO%20PEQUENO%20TRAFICANTE.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2021.

MOREIRA, Elaine de Araújo. **Culpabilidade por vulnerabilidade: fundamentos para a reanálise da atuação do poder punitivo estatal nos crimes contra o patrimônio**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/28250/1/Elaine%20de%20Ara%20c3%87Ajo%20Moreira.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2021. Acesso em: 21 jan. 2021

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NUNES, Leandro Gornicki. **Culpabilidade e exculpação: o conflito de deveres como supra(legal) de exculpação no Brasil**. 2012. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/34947/R%20-%20D%20-%20LEANDRO%20GORNICKI%20NUNES.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 fev. 2021

ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 03 jul. 2020.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Fundamentos e Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

PIERANGELI, José Henrique. **Culpabilidade**: Desafios Dogmáticos. RDP. Doutrina 21. n. 1. 2000.. Disponível em:

[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDP\\_01\\_20.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_01_20.pdf). Acesso em: 13 set. 2020.

PINTO, Simone Matos Rios. **O princípio da coculpabilidade em uma análise garantista do direito penal**. 2009. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009. Disponível em:

[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_PintoSM\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PintoSM_1.pdf). Acesso em: 17 out. 2020.

PROGRAMA Universidade Para Todos (PROUNI). Disponível em:

[http://siteprouni.mec.gov.br/como\\_funciona.php](http://siteprouni.mec.gov.br/como_funciona.php)). Acesso em: 15 jul. 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 6. ed. ampl. e atual. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, RBDC, n. 09, jan./jun. 2007, pp. 361-388.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SISTEMA Único de Saúde (SUS): estrutura, princípios e como funciona. Ministério da Saúde.

Disponível em: <https://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>. Acesso em 03 jun. 2020.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TELES, Leticia Pacitti. **Culpabilidade por vulnerabilidade**. 2008. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em:

<https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/9796/1/LPTelles.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v.2. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal Brasileiro**. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

\_\_\_\_\_. Culpabilidade por Vulnerabilidade. **Revista Discursos**

**Sediciosos**. n. 14. Rio de Janeiro: Revan, 2004. Disponível em:

< <https://www.freixinho.adv.br/publicacoes> >. Acesso em:

02 de fevereiro de 2021.

\_\_\_\_\_. **En busca de las penas perdidas**: deslegitimación y dogmática jurídico-penal. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, 1998.

\_\_\_\_\_. Entrevista com Eugênio Raúl Zaffaroni. [Entrevista

cedida a] Gabriela Laura Gusis; Maria Tamires Alves. **Revista Estudos Políticos**. v.8. n.16. 2017. ISSN 2177-2851 Disponível em: [https://periodicos.uff.br/revista\\_estudos\\_politicos/article/view/39836](https://periodicos.uff.br/revista_estudos_politicos/article/view/39836). Acesso em: 02 fev. 2021.