

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

MARÍLIA CARVALHEIRA VIEIRA DE MELO

**SOBRE A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA CULPABILIDADE
POR VULNERABILIDADE DE EUGÊNIO ZAFFARONI NO BRASIL**

Recife
2019

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

MARÍLIA CARVALHEIRA VIEIRA DE MELO

**SOBRE A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA CULPABILIDADE
POR VULNERABILIDADE DE EUGÊNIO ZAFFARONI NO BRASIL.**

Monografia apresentada à Faculdade Damas de Instrução Cristã como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Simone de Sá Rosa Figueirêdo

Recife
2019

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB-4/2116

M528s Melo, Marília Carvalheira Vieira de.
Sobre a possibilidade de aplicação da Teoria da Culpabilidade por vulnerabilidade de Eugênio Zaffaroni no Brasil / Marília Carvalheira Vieira de Melo. - Recife, 2019.
52 f.

Orientador: Prof.^a Dr.^a Simone de Sá Rosa de Figueiredo.
Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2019.
Inclui bibliografia.

1. Culpabilidade por vulnerabilidade. 2. Culpabilidade. 3. Seletividade. I. Figueiredo, Simone de Sá Rosa de. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título

340 CDU (22. ed.) FADIC (2019.1-431)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

MARÍLIA CARVALHEIRA VIEIRA DE MELO

SOBRE A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA VULNERABILIDADE
POR CULPABILIDADE DE ZAFFARONI E SUA INFLUÊNCIA DIANTE DO SISTEMA
PENAL BRASILEIRO.

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Examinador(a)

Todos deveriam desenvolver valores e crenças que os levem sempre a reconhecer, entre outras coisas, que: no forte também existe fragilidade, assim como no frágil, sempre existe força; no justo também existe delinquente, assim como no delinquente sempre existem virtudes; no civilizado também existe primitivo, assim como no primitivo existe, ao menos, a vocação para o civilizado; no inimputável também existe imputabilidade, ***assim como em todos os imputáveis existem muitas vezes parcelas de inimputabilidade.***

Alvino Augusto de Sá.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por ter-me concedido todas as graças necessárias para chegar até aqui.

Agradeço à minha orientadora Simone de Sá Rosa Figueirêdo por toda a dedicação, esforço, paciência e a certeza de que daria certo.

Agradeço ao professor Ricardo Silva por ter ajudado com todo esmero nas questões de estrutura desta pesquisa.

Agradeço às minhas companheiras de faculdade que compartilharam comigo todo o percurso e estresse para finalizar mais um curso.

E, por fim, agradeço aos meus pais por sempre acreditarem no meu potencial dando a força necessária para que os desejos se tornassem realidade.

DEDICATÓRIA

Dedico essa pesquisa aos meus familiares que compartilham comigo a ideia de um Brasil mais humanista, bem como aos indivíduos vulneráveis fruto de uma desigualdade social extrema que os fazem ser alvos do sistema punitivista.

RESUMO

Este trabalho faz uma análise acerca da culpabilidade utilizada para aplicação e individualização da pena pelo Direito Penal Brasileiro que, por sua vez, tem-se mostrado extremamente seletivo, visto o cenário da população carcerária. O objetivo principal deste estudo é, a partir da análise das diferenças sociais que causam uma massa vulnerável excluída e, conseqüentemente, um seletivismo do Poder Punitivo Brasileiro que se apresenta incompatível em um Estado Democrático de Direito, constatar a deficiência da Teoria Finalista, atualmente adotada no Brasil, sendo necessária a aplicação da Teoria da Culpabilidade por Vulnerabilidade. Nesse sentido, além da apresentação do referido problema, este estudo aponta, baseando-se na doutrina de Eugênio Raul Zaffaroni, como oportuna a utilização da sua teoria - Culpabilidade por Vulnerabilidade -, pois tem um posicionamento que parte de um viés diferente do comumente utilizado pela doutrina penal em geral, por afastar-se de critérios fixos e generalizantes. Para tanto, inicialmente, investigou-se historicamente a culpabilidade, desde o germen do conceito, até a sua solidificação dentro da dogmática penal. Com base nos aspectos teóricos da literatura especializada, foram apresentada as concepções de culpabilidade psicológica, psicológica-normativa, normativa pura e funcionalista, isso, para chegar ao conceito e ao desenvolvimento da culpabilidade por vulnerabilidade pela importância desta teoria com a problemática desenvolvida na pesquisa. Ademais, a investigação debruçou-se sobre a real existência das diferenças sociais, as quais não são levadas em consideração pelo julgador no momento da aplicação e individualização da pena nos casos concretos, que acabam por levar a uma seleção punitivista demonstrada pelo cenário da população carcerária brasileira. A partir de um diagnóstico crítico relativo à realidade apresentada, evidenciou-se a importância dos objetivos da pesquisa, imprimindo a ideia de que a utilização da teoria da culpabilidade por vulnerabilidade de Zaffaroni é necessária e possível.

Palavras-chaves: Culpabilidade por Vulnerabilidade. Culpabilidade. Seletividade.

ABSTRACT

This assignment analyzes the culpability used for the application and individualization of the sentence by the Brazilian Criminal Law, which, considering the scenario of the prison population, has been extremely selective. The main objective of this study is to present, based on the analysis of the social differences that originate a vulnerable mass excluded and consequently a selectivism of the Brazilian Punitive Power that is incompatible in the Democratic State of Right, to verify the limitations of the Finalist Theory, currently adopted in Brazil, being necessary application of the Theory of Culpability by Vulnerability. Furthermore, this study points out, based on the doctrine of Eugênio Raul Zaffaroni, and timely the use of his Theory - Culpability by Vulnerability -, that has a different positioning from the one commonly used by criminal doctrine in general, by departing from fixed and generalizing criteria. In order to do so, it was initially investigated the culpability, from the origin of the concept to its solidification within the criminal dogma. Based on the theoretical aspects of the specialized literature, the concepts of Psychological, normative and psychological Culpability, pure normative and functionalist, were presented, in order to arrive at the concept and development of Culpability for Vulnerability due to the importance of this Theory with the problematic developed in the research. In addition, the investigation focused on the real existence of social differences, which are not taken into account by the judge at the time of application and individualization in the sentence in concrete cases, which eventually lead to a punitive selection shown by the scenario of the prison population Brazilian. Based on a critical diagnosis of the presented reality, the importance of the research objectives was evidenced, demonstrating the idea that the use of Zaffaroni's Theory of Culpability for vulnerability is necessary and possible.

Keywords: Culpability for Vulnerability. Culpability. Selective.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA CULPABILIDADE E SUAS TEORIAS	12
2.1	A culpabilidade psicológica: sistema Liszt - Belling	12
2.2	Teoria psicológico-normativa – neokantismo	16
2.3	Teoria normativa pura da culpabilidade – Teoria Finalista	21
2.4	Teoria funcionalista da Culpabilidade	26
3	A TEORIA DA CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE DE ZAFFARONI	29
4	A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE NO BRASIL	37
5	CONCLUSÃO	47

1 INTRODUÇÃO

A superlotação das instituições prisionais brasileira é um problema real que exige discussão ampla e constante para definir ações que impliquem a mudança desse cenário. A população carcerária está acima do que os presídios comportam, e continuam a aumentar, o que faz pensar que a política penal abordada pelo Estado, onde na teoria visa a retribuição, prevenção e ressocialização, não está surtindo o efeito esperado.

É importante salientar que a maioria dos apenados pertencem aos setores sociais menos favorecidos, indicando, de modo tácito, que existe um processo de seleção do sistema penal brasileiro em desfavor dessa população. Esta é composta, em sua maioria, de negros, pobres, jovens e analfabetos¹, e isso se dá em resposta à uma constante evolução capitalista de exclusão que gera uma massa de vulneráveis.

Dentro da dogmática penal, mais especificamente, da teoria do delito, a culpabilidade apresenta-se como um elemento de grande importância, visto que está em constante evolução e sendo discutido de forma permanente, no intuito de melhorar o seu entendimento e desfazer as falhas existentes.

A culpabilidade acompanhou a evolução da sociedade, aparecendo na teoria psicológica da culpabilidade, chegando à teoria finalista da culpabilidade e, atualmente, sendo abordada em diferentes viés, que alguns autores chamam de “a culpabilidade pós-finalismo”, onde aparece a teoria da culpabilidade por vulnerabilidade de Zaffaroni.

No Brasil, a culpabilidade vem preenchida de três institutos: a potencial consciência de antijuridicidade, a imputabilidade e a exigência de conduta diversa, o que mostra que o sistema jurídico penal brasileiro adotou e normatizou a teoria normativa pura de Welzel.

Ocorre que o país se encontra em situação de desigualdade social constante, seja ela econômica, de gênero, de oportunidade, entre outras, porém, as teorias dogmáticas dos crimes as quais todas, sem exceção, procuram ligar o ato à pena não levam em consideração a personalidade do agente ativo conforme sua realidade vivida.

¹ Fonte: <http://depeb.gov.br/DEPEN>

Esse atual cenário brasileiro de desigualdades divide o país em duas sociedades totalmente distintas, os detentores do poder e os vulneráveis. Diante desta perspectiva torna-se de suma importância correlacionar o agente ativo e onde/como ele vive com o seu esforço ou facilidade – teoria da culpabilidade por vulnerabilidade - para a prática de um crime e, desse modo, estudar a influência na culpabilidade e consequentemente na dosimetria da pena.

Dessa forma, como a teoria da culpabilidade por vulnerabilidade pode atuar sobre o os efeitos da culpabilidade adotada no Brasil a ponto de influenciar na sanção penal e por consequência na mudança do cenário carcerário brasileiro?

Entende-se por crime o ato que consubstancia três elementos, quais sejam, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade, onde, esta última é doutrinariamente defendida como o “juízo de reprovação sobre o autor da conduta”.²

O juízo, deste modo, é baseado em uma moral e uma ética formuladas de acordo com a vivência de cada indivíduo. É um termo, no entanto, de extrema subjetividade, porém, é a partir do mesmo que a norma penal é desenvolvida, legitimada e positivada, homogeneizando, assim, uma sociedade heterogênea.

Considera-se vulnerabilidade a situação real em que o agente vive, onde uns partem de uma maior exclusão e dificuldade social em todos os aspectos (vulneráveis), e outros que partem de uma maior inclusão e por consequência, maior facilidade social (os detentores do poder). A teoria da culpabilidade por vulnerabilidade, no caso, mede o esforço necessário que o agente aplica para colocar-se em uma situação de vulnerabilidade concreta, ou seja, do poder punitivo estatal, partindo do pressuposto que os excluídos denotam de um menor esforço enquanto, os detentores do poder denotam de um esforço maior, sendo necessária a aplicação desta teoria no momento da avaliação da culpabilidade e por conseguinte na dosimetria da pena.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo basilar demonstrar a influência da vulnerabilidade sob o agente no tocante a realização de um crime. Nesse sentido, buscar-se-á conceituar a teoria da culpabilidade, apresentar a teoria de Zaffaroni e demonstrar a possibilidade de utilização desta teoria e sua influência no Direito Penal Brasileiro.

² BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito penal:** parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.122

A pesquisa seguirá o método hipotético-dedutivo, onde, por meio de materiais bibliográficos, doutrinas, jurisprudências, apropriando-se também de pesquisas científicas com dados reais que tornará o trabalho mais palpável.

No primeiro capítulo a intenção é aprofundar a teoria da culpabilidade, mostrando toda sua historicidade e evolução, de acordo com as exigências e mudanças da sociedade, principalmente no sentido de preencher lacunas na resolução do caso concreto. Nesse seguimento, demonstrará as teorias dogmáticas mais discutidas no que se refere à culpabilidade, sendo elas: a teoria psicológica, teoria psicológica-normativa, teoria normativa pura (finalista) e teoria funcionalista.

Na segunda parte, o objetivo é apresentar a teoria da culpabilidade por vulnerabilidade de Zaffaroni, autor pós-finalista e humanista, demonstrando como ele chegou à conclusão de que esta teoria preencheria vazios e responderia perguntas irrespondíveis pelas outras teorias, amenizando o tratamento da diferença social e econômica existente no próprio sistema penal.

E por fim, no terceiro e último capítulo analisa-se a possibilidade de utilização da teoria da culpabilidade por vulnerabilidade, expondo os pontos específicos em como a aplicação desta ideia poderia corroborar para a redução do sistema seletivista brasileiro, alterando a característica carcerária do país

2 O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA CULPABILIDADE E SUAS TEORIAS

O conceito de culpabilidade surgiu no século XIX com a Teoria Psicológica de Liszt-Beling e desenvolveu-se durante os séculos seguintes, passando pela teoria psicológico-normativa, teoria finalista – utilizada no Brasil – e, a mais recente, teoria funcionalista. De início, investigava-se metodologicamente o delito a partir de dados colhidos da realidade, evoluindo para a investigação a partir da norma, do dever ser.

Dessa forma, precisamos esclarecer a evolução e a importância da culpabilidade no cerne da conduta criminoso para, então, entendermos o sentido de culpabilidade por Vulnerabilidade de Zafaroni, e como ela poderia ser aplicada no contexto do Direito Penal Brasileiro.

Assim, revisaremos as teorias mais influentes no campo do direito penal, sendo elas: a) teoria psicológica da culpabilidade, b) teoria psicológico normativa da culpabilidade, c) teoria finalista da culpabilidade e por último a d) teoria funcionalista da culpabilidade, no intuito de criar um link com a teoria da pesquisa em si: a culpabilidade por vulnerabilidade de Zafaroni, no sentido de como este autor chegou a determinada conclusão.

2.1 A culpabilidade psicológica: sistema Liszt - Belling

A ciência criminal estava inserida em uma época em que o jusnaturalismo da escola clássica e o positivismo da escola positivista italiana encontravam-se intocáveis, longínquos. O direito liberal não mais surtia efeito em uma Alemanha social intervencionista, era assim, necessária a mesclagem de um direito positivista, ou seja, impositivo, com um direito que considerasse a realidade em que ele estava inserido. Desse modo e com essa missão, Franz Von Liszt publicou o chamado Programa de Marburgo.

Liszt inspirou-se no evolucionismo de Charles Darwin, tendo a sua teoria grande influência das ciências naturais. Para ele, era indispensável que as ciências criminais estudassem e avaliassem o fenômeno criminal, e só a partir deste conhecimento fosse criada a norma.

Ocorre que, a teoria deste autor, acaba por criar um paradoxo, reconhecido por ele próprio, na palavras do doutrinador Tangerino

O direito penal seria, assim, o poder punitivo do Estado, porém limitado juridicamente: “agora posso acrescentar: o direito penal é a infraqueável

barreira da política criminal' ou, como constou a célebre frase 'o Código Penal é a *magna carta* do delinquente.'"³

Para ele, existia uma dicotomia, visto que o Direito penal tem o dever de proteger o bem jurídico, porém, ao fazê-lo, acabava por ferir outro bem jurídico. Assim continua Tangerino:

[...] de um lado as ciências criminais têm a missão (positivista) de prevenir o delito, sem com isso abandonar aquela (clássica) de proteger o indivíduo, mesclando as abordagens da matriz iluminista. O direito penal seria, assim, o poder punitivo do Estado, porém limitado juridicamente [...] ⁴

Neste sentido, visando a um resultado menos danoso, percebeu-se a necessidade de estudar o fenômeno sociológico concreto, para que, a partir deste novo conhecimento, e, baseada neste estudo, a norma fosse criada.

É no sistema Liszt-Beling que surgem pela primeira vez os quatro pressupostos centrais de um crime – ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade - que se perpetuam em todas as outras teorias, mesmo que com arranjos diferentes.

Criticando a teoria causalista, que defendia o injusto como acontecimentos causais, Liszt aduz que “as circunstância constitutivas do injusto não podem ser *acontecimentos* que independam da vontade humana, mas somente *ações humanas*”.⁵ Defende, ainda, que é natural do indivíduo ser preenchido de vontade. Vontade esta que, visando a um propósito, se torna uma ação voluntária, ou seja, a previsão do fim passa a ser o motivo da ação⁶. A ação, por sua vez, para ser considerada crime deve produzir alterações no mundo exterior, pelo que assim explica:

A ação é pois o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança no mundo exterior referível a vontade do homem. Sem *ato de vontade*, não há ação, não há injusto, não há crime: ninguém pode sofrer nada pelo pensamento. Mas também não há ação, não há injusto, não há crime sem uma mudança no mundo exterior, sem *resultado*.⁷

³ TANGERINO, Davi. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 70.

⁴ Ibidem.

⁵ Idem. **Tratado de direito penal alemão**. Brasília: Historia do Direito Penal Brasileiro, 2006, tomo I, p.193

⁶ Idem. **La idea del fine en el derecho penal**. México. Universidade Nacional Autônoma de México. 1994, p. 80.

⁷ Idem. **Tratado de direito penal alemão**. Brasília: Historia do Direito Penal Brasileiro, 2006, tomo I p.193

Salienta-se, dessa forma, que a ação é constituída por três elementos, quais sejam: a) o impulso de vontade voluntario (sem coação física ou mental), b) o resultado capaz de modificar o mundo exterior e c) a relação entre os dois primeiros elementos. Este último é compreendido pelo aspecto objetivo, relação entre o autor e o resultado, e pelo aspecto subjetivo que seria a percepção do resultado, ou seja, a relação psicológica entre o autor e o ato, a culpabilidade.

Liszt ainda divide a culpabilidade em dolo e negligência. Sendo o primeiro a consciência da consequência da manifestação de vontade escolhida pelo autor e a culpa estaria ligada a negligência, ou seja, à não previsão do resultado da ação, quando deveria ter sido feita. Defendia Liszt que “o dolo poderia e deveria ser definido como a consciência do autor de que seu ato ataca, lesionando ou pondo em risco os interesses juridicamente protegidos, sejam de um indivíduo, sejam da coletividade.”⁸ Enquanto que a negligência “seria a não previsão do resultado previsível no momento que ocorreu da manifestação da vontade, sendo previsível o resultado quando o sujeito tivesse podido e devido prevê-lo”.⁹

Portanto, a teoria psicológica é estruturada em um sistema bifásico, onde, de um lado, existe o elemento objetivo – o injusto – e, do outro, o elemento subjetivo – a culpabilidade.

A culpabilidade ainda tinha como requisitos a imputabilidade e a imputação. Para Liszt “o ato culpável é ação dolosa ou culposa do indivíduo imputável”¹⁰.

A imputabilidade dá-se com aquele estado psíquico do autor capaz de “comportar-se” socialmente, agindo de acordo com as normas de conduta estabelecidas pelo meio ambiente que vive. Defende Liszt que “é susceptível a imputabilidade todo homem com desenvolvimento mental e mentalmente são, cuja a consciência não se encontra perturbada.”¹¹

A imputação, por sua vez, configura-se quando autor apesar de conhecer a norma, ou quando tivesse podido conhecer, comporta-se de forma contrária a ela.

⁸ LISZT, Franz. **Tratado de direito penal alemão**. Brasília: Historia do Direito Penal Brasileiro, 2006, tomo I, p. 193.

⁹ Idem. **Tratado de derecho penal**. Tomo II. Tradução: Luis Jimenez de Asúa. Madrid: Ed. Reus, 1927. p 384 e 385.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

Beling, ao seu turno, 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”¹²

O autor supracitado insere a esta teoria o princípio *nullun crimen sine previa lege*, ou seja, a ação só se torna antijurídica quando está objetivamente em contradição a norma determinada por cada Estado¹³. Ocorre que, além da relação objetiva – norma e ato - para este autor, a ação só poderia ser considerada punível se produzida também culpavelmente.¹⁴

A ação, no entanto, só existiria caso fosse suficientemente capaz de alterar o mundo exterior, pois não há crime sem resultado. Destarte são dois elementos que compõem-se a ideia de crime: a vontade e o resultado. Esclarece Simone de Sá que:

[...] a estes dois elementos o autor diz que deve ser acrescentada – a relação necessária, para que eles formem um todo, a referência resultado ao ato. em dois casos referimos a mudança do mundo exterior a vontade humana: 1º. Quando a mudança foi causada voluntariamente; 2º. Quando voluntariamente não foi impedida [...] a mudança do mundo exterior, causada ou não impedida, denominamos resultado da comissão ou omissão.¹⁵

A teoria psicológica, apesar de ter sido de extrema importância para evolução do direito criminal, restou por deixar algumas lacunas que foram criticadas tanto pela teoria psicológica normativa, que veio em seguida, bem como pela teoria finalista mais adiante.

A teoria é falha, sobretudo quando Von Liszt considera que todos deveriam saber as leis, visto que estas são públicas, escritas e diuturnas. Para este autor existe a presunção do que está previsto em lei, desta forma, a ação realizada por um indivíduo capaz de alterar o mundo exterior, no sentido oposto ao que a norma entabula, sempre será um ato culpável.

Sobre essa questão, a teoria psicológico-normativa (neokantiana) criticava o fato de a culpabilidade apenas ser aferida no contexto de “uma alteração no mundo

¹² TANGERINO, Davi. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 71.

¹³ BELING, Ernst. **Esquema de Deretcho Penal**: la doctrina del delito-tipo. Buenos Aires: El foro, 2002. p. 43

¹⁴ LISZT, franz. **Tratado de derecho penal**. Tomo II. Tradução: Luis Jimenez de Asúa Madrid: Ed. Reus, 1927, p 384 e 385.

¹⁵ FIGUEIREDO, Simone. **Culpabilidade**: análise acerca do caminho utilizado pelo poder judiciário brasileiro para identificação e seleção de causa supraleais de inexigibilidade de conduta diversa. Recife, 2017. p. 47

exterior através de uma ação”. Assim sendo, as condutas omissivas escapariam a esta conclusão, posto que, como o próprio nome determina, não existe ação nesse contexto, não podendo assim, o “ato” ser culpado. Na mesma esteira criticava a forma como a teoria lizst-beling tratava a antijuridicidade, ao afirmar que bastava o autor agir de forma típica, para que o crime fosse configurado, sem levar em consideração o modo como que aquele tipo criminal fora realizado. E o terceiro e último ponto criticado pela teoria neokantiana era a questão da culpa propriamente dita, em que a teoria psicológica só a considerava como negligência.

A teoria finalista, por sua vez, vem criticar a teoria psicológica no cerne do “movimento corpóreo voluntário”. Para esta teoria, toda ação deve ter um finalidade, ou seja, deve ser dirigida a um fim, não podendo restringir-se, como fazia a teoria psicológica, aos fenômenos não dominados ou domináveis pela vontade.¹⁶

Desta feita, pode-se concluir que, o sistema Liszt-Belling foi de grande avanço para a sociedade, em que pese a teoria do crime, visto que a ação criminosa passou a ter o elemento subjetivo: a culpabilidade. Esta, por sua vez era construída por dois elementos – dolo e culpa – estando diretamente ligada ao psicológico do agente, daí a teoria ser chamada de “teoria psicológica da culpa” de modo que a seara da culpabilidade estava toda ligada à relação subjetiva entre o autor e a ação.

2.2 Teoria psicológico-normativa – neokantismo

A teoria psicológica, apesar de ter sido de grande importância para o desenvolvimento dogmático do direito penal, acabou por deixar alguma falhas, como se pode observar nas situações de crime omissivo, na antijuridicidade e na culpabilidade.

O sistema Liszt-Beling, defendia que a ação estava ligada à produção de alteração no mundo concreto. Ocorre que, a se pensar desta maneira, com exceção do autor, todos os outros que se mantiveram omissos perante o ato são culpáveis. A omissão como causa, deve ser negativo-normativa, ou seja, deve ter-se o apoio perante a norma. O conceito de antijuridicidade, por sua vez, encontrava-se defasado posto que, tal elemento se esgotava à prática da lesão de um bem jurídico, sem levar

¹⁶ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 5. Ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 66.

em consideração a real intenção do autor. Temos como exemplo a subtração da coisa alheia móvel, bem, a antijuridicidade estava completamente configurada nesta ação, de toda sorte que não lhes cabia a avaliação de se o indivíduo tinha ou não a intenção de apropriação daquele bem jurídico. Finalmente, tem-se a culpabilidade, constituída pelo dolo e pela culpa, sendo este elemento caracterizado pelo resultado não previsto – negligência -. Desta forma, nem a imputabilidade, nem a culpa inconsciente e muito menos as causas de exclusão de culpabilidade poderiam ser explicados pela relação psicológica entre o autor e o fato.

Adentrando no século XX, com o surgimento do Direito Penal neoclássico, que levava em consideração a filosofia neokantista, a teoria psicológica começa a perder força, dando espaço para a teoria psicológico-normativa que, além de levar em consideração a relação psicológica entre o indivíduo e a ação, incluía em seu sistema um juízo valorativo\axiológico. O neokantismo defende que as coisas em si não podem ser conhecidas pelo ser humano, senão por meio de categorias de entendimento que ele possui, chamadas formas *a priori*.¹⁷

Esclarece o autor Marco Aurélio que: No neokantismo há uma relação, portanto, valorativa entre o sujeito cognoscente e o objeto conhecido (investigado). O delito, assim, passa a ser analisado não mais como fenômeno naturalístico, mas cultural.¹⁸

E continua:

A culpabilidade, no positivismo normativo, permanece como um vínculo psicológico entre o agente e o resultado que reconhece o dolo e a culpa como elementos subjetivos. Todavia, percebe-se uma forte carga axiológica, concebida da reprovabilidade.¹⁹

Destarte, enquanto o naturalismo descrevia o objeto de forma isolada, reduzindo a existência de um crime a um fenômeno natural, o neokantismo partia da existência de dois pressupostos distintos onde, no primeiro, constava o objeto e, no segundo, se avaliava a ação por meios valorativos.

O neokantismo tinha forte cunho axiológico, e foi a partir daí que Reinhard Frank fundou a teoria psicológico – normativa. Para este autor, a culpabilidade não

¹⁷ TANGERINO, Davi. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.83

¹⁸ FLORENCIO FILHO, Marco. **Culpabilidade**: Crítica à presunção absoluta de conhecimento da lei penal. São Paulo. Ed: Sraivajur, 2017, p.13.

¹⁹ Ibidem. p. 14.

findava no elemento subjetivo – dolo e culpa. Explica que a conduta para ser considerada censurável deveria ocorrer onde o agente atuasse em um estado normal que envolvesse o seu ato, caso assim não fosse, a conduta não seria reprovável. Ou seja, circunstâncias anormais, não previstas no momento da criação da norma, afastariam a reprovabilidade e por consequência, a imputabilidade, que passou nesse momento a ser um elemento da culpa.

Frank lança, na sua teoria, a relação das “circunstâncias concomitantes” para a ação do agente e a valoração do seu ato. Para tanto, exemplifica:

O caixa de uma loja e um portador de uma ordem de pagamento cometem de maneira independente um do outro uma apropriação indébita. Este último, está bem de vida e não tem família, apenas costumes caros. O segundo, recebe um salário modesto, tem uma esposa enferma e filhos pequenos. Apesar de ambos saberem que se apropriaram ilicitamente do dinheiro alheio, neste caso, todos dirão que, o caixa tem uma culpabilidade menor que o portador de ordem de pagamento, visto que fora movido pelas situações desfavoráveis as quais se encontrava. Em contrário, a culpabilidade do segundo se torna agravada graças a sua boa situação financeira e costumes luxuosos.²⁰

Para este autor, de logo se percebia que a opinião comum fazia parte do julgamento do agente criminoso: “seria estranho que a interpretação básica desta linguagem comum não encontrasse eco na lei”²¹. Percebe-se, então, que as circunstâncias concomitantes estariam diretamente ligadas à diminuição e até mesmo exclusão da culpabilidade do autor. Compunha-se assim, a sua teoria de culpabilidade de três elementos: a condição mental normal do agente, o dolo ou imprudência e a normalidade das circunstâncias concomitantes e reunidos, resumia-se a ideia de reprovabilidade.

A teoria de Frank está estritamente relacionada à questão do estado de necessidade e, por consequência, à exclusão da culpabilidade. O Autor defendia sua teoria partindo da análise de casos onde estavam presentes as situações de estado de necessidade exculpante. “Parte-se do questionamento no sentido que naquelas situações, apesar de existente o dolo (antes suficiente para constatação da culpabilidade) não eram consideradas criminosas por falta da culpabilidade.”²² Dessa

²⁰ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Tradução: Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Montevideu. Ed. BdeF, 200, p. 28.

²¹ Ibidem.

²² FIGUEIREDO, Simone. **Culpabilidade**: análise acerca do caminho utilizado pelo poder judiciário brasileiro para identificação e seleção de causa supraleais de inexigibilidade de conduta diversa. Recife, 2017, p.74.

forma, firma-se que as situações concomitantes eram as responsáveis para medir a culpabilidade.

O autor conclui, destarte, que a culpabilidade seria composta de três elementos: a condição mental normal do agente (imputabilidade), o dolo ou imprudência e a normalidade das circunstâncias concomitantes. Eis a essência da concepção normativa: a realização de um juízo de valor acerca da conduta.²³ Percebe-se que foi graças a Frank que o juízo de valor foi inserido à culpabilidade e, coube a Goldschmidt e Freudenthal desenvolverem esta teoria outrora lançada.

Goldschmidt usou a teoria frankiana como gancho e inseriu elementos normativos à teoria psicológica que permita a valoração da situação psicológica através de um juízo de reprovação sobre o dolo e a culpa. Para este autor, a culpabilidade tem influência tanto de uma norma externa, onde o agente deveria agir de acordo com ela (normas de direito), quanto de uma norma interna (norma do dever), que ordena o sujeito a conduzir sua conduta e motivar-se pelas representações de um dever jurídico²⁴. O que este autor faz, é uma cisão entre as normas de direito (positivista) e a norma do dever (normativista).

Explica Simone de Sá em sua tese:

A norma de direito é imperativa e diz respeito aos comportamentos externamente considerados. Já a norma de dever, embora não autônoma, é implícita à norma de direito e consiste na obrigação do agente se conformar como direito, ou seja, de não contrariá-lo. Como consequência disso, Goldschmidt, na sua definição de reprovabilidade, o faz exclusivamente com referência à norma [...]²⁵

A norma do dever, para este autor, consiste na perspectiva de que, para configurar-se uma ação criminosa, deveriam ser levados em consideração tanto o comportamento externamente considerado, ou seja, aquele descrito como “proibido” na norma (direito positivista), quanto o comportamento intrínseco, conhecido como a vontade interna, em se manter de acordo com o que lhes é exigido.

Conclui-se, afinal, que Goldschmidt defende que a reprovabilidade se encontra exclusivamente ligada à norma no momento em que se reprova o fato de o agente não se comportar de acordo com a norma do dever, embora sendo-lhe tal ato

²³TANGERINO, Davi. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 85.

²⁴ <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,evolucao-do-conceito-de-culpabilidade-da-teoria-psicologica-ate-a-teoria-normativa-pura,55806.html>. Acesso em 02 abr. 2019

²⁵ FIGUEIREDO, Simone. **Culpabilidade**: análise acerca do caminho utilizado pelo poder judiciário brasileiro para identificação e seleção de causa supraleais de inexigibilidade de conduta diversa. Recife, 2017, p. 81.

exigido. A base da culpabilidade está assim no “não se fazer motivar pela representação do dever apesar da exigibilidade; é a contrariedade ao dever ou reprovabilidade. Culpabilidade como moralidade de um fato jurídico é a atribuição de tal fato a uma motivação reprovável”.²⁶

Freudenthal, por sua vez, destaca que a exigibilidade penal é um elemento da culpabilidade, e explica evidenciando que os tribunais da época, ao julgarem o agente, deveriam considerar dois critérios. O primeiro baseia-se no cuidado, o autor da ação teve cuidado? Se sim, não havia que se falar em culpabilidade; por outro lado, se não, partiria pro segundo critério, o da exigibilidade da conduta, o agente, no momento da ação, teria como ter agido de forma diferente? Diante destes dois critérios estaria formulada a reprovação do agente. É nesta segunda situação que Freudenthal se utiliza da teoria de Frank, pois as circunstâncias concomitantes influenciam na escolha da ação do indivíduo. Percebe-se, então, que, ao final, reprovabilidade e culpabilidade não se confundem, mas a primeira é pressuposto da segunda.²⁷

Tangerino transcreve a objeção de Freudenthal em relação à teoria do dolo que, afirmava bastasse o agente realizar o comportamento punível com consciência e vontade para ser considerado culpado:

Como se comportaria este conceito de dolo a esse conceito de dolo ante a pergunta, que agora iniciamos, se, tomando como parâmetro a generalidade dos casos, todos teriam se comportado da forma que o autor se comportou [...] ele pode ter realizado o tipo em todas as suas partes – inclusive a antijuridicidade -, de maneira consciente e desejada, sem que dele se pudesse ter esperado, de acordo com as circunstâncias, algo diverso de fato.²⁸

O que Freudendhal demonstra, e conclui, é que um indivíduo não pode ‘pagar’ por uma ação em que qualquer outra pessoa que estivesse em seu lugar agiria da mesma forma, visto que não teria como se comportar de maneira diversa devido ao caso concreto, ou seja, devido às circunstâncias concomitantes defendidas por Frank. “Como falta poder do autor” sintetiza, “falta-lhe culpabilidade.”

Edmund Mezger seguindo ainda a ideia de Frank, lança a teoria complexa da culpabilidade. Para ele, a culpabilidade é preenchida por vários pressupostos que

²⁶ FERNANDES, Gonzalo. **Culpabilidade y la teoría del delito**. Montevideu: B de F, 1995, p.208

²⁷ FLORENCIO FILHO, Marco. **Culpabilidade**: Crítica à presunção absoluta de conhecimento da lei penal. São Paulo. Ed: Saraivajur, 2017, p. 70.

²⁸ FREUDENTHAL, Berthold. 1922 *apud* TANGERINO, Davi. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 86 e 87.

fundamentavam a reprovação pessoal ato-autor. “Diz que a imputação, considerada em si, pode ser definida como culpabilidade formal e a reprovação determinada quanto ao conteúdo material”²⁹

Percebe-se então a evolução da teoria do crime e, por conseguinte, da culpabilidade, ao formular um modelo que se distancia da separação dos elementos objetivos – ação, nexos causal e resultado –, dos subjetivos – culpabilidade psicológica – ao encaixar um juízo de valor em todos os elementos do delito –, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

2.3 Teoria normativa pura da culpabilidade – Teoria Finalista

A Teoria Finalista da culpabilidade, desenvolvida por Hans Welzel, veio trazendo críticas à teoria causalista e à teoria psicológico-normativa, com a finalidade de evitar falhas trazidas por elas, tornando o conceito da culpabilidade mais conciso e, conseqüentemente, mais ajustável ao caso concreto.

Ele critica a teoria causalista, em que, para esta, as conseqüências do ato ocorrem casualmente, ou seja, sem previsão, enquanto que para o autor, as conseqüências são incorporadas ao momento da vontade da realização da conduta. Em suas palavras:

[...] A ação é, por isso, acontecer ‘final’, não somente ‘casual’. A ‘finalidade’ é o caráter final da ação: se baseia que o homem, graças a seu saber casual, pode prever, dentro de certos limites, as conseqüências possíveis de sua atividade, concluindo, por tanto, fins diversos e dirigindo sua ação, conforme seus planos, a conclusão do seu fim. Em virtude do seu saber casual prévio pode dirigir atos distintos para sua atividade para que oriente a atingir o finalmente.³⁰

A “ação final”, portanto, orienta-se conscientemente para uma finalidade, enquanto que a “ação casual” não está dirigida para um fim desejo. “Por isso, a finalidade é – dito em forma lúdica – vidente e a casualidade é cega”³¹. Destarte, toda ação preenchida de vontade a atingir um fim é consciente, enquanto que a ação

²⁹ FIGUEIREDO, Simone. **Culpabilidade**: análise acerca do caminho utilizado pelo poder judiciário brasileiro para identificação e seleção de causa supraleais de inexigibilidade de conduta diversa. Recife, 2017. p. 64.

³⁰ WELZEL, Hans. **Deretcho penal alemán: parte general**. 11. Ed. Chile: Editorial Jurídica Del Chile, 1976, p. 53.

³¹ WELZEL, Hans. **Deretcho penal alemán: parte general**. 11. Ed. Chile: Editorial Jurídica Del Chile, 1976, p.54.

casual, como o próprio nome já diz, é uma ação não planejada, despida de vontade, sem previsão de resultado, e desta forma, esta teoria não pode ser utilizada no caso concreto para a determinação de uma conduta criminosa, posto que o agente, mediante o seu agir, vislumbra de forma volitiva e consciente atingir um fim.

A partir do momento que Welzel determina que existe finalidade na ação do agente, ele acaba por criticar também a teoria psicológico normativa. Pois, para ele, a vontade do agente é meramente psicológica, naturalística sem qualquer consciência de antijuridicidade, alegando, por fim, que “a finalidade e o dolo são a mesma coisa.”³²

Logo, se toda ação é dirigida a um fim específico, o dolo, portanto encontrava-se na ação e não na culpabilidade:

Toda ação consciente é conduzida pela decisão da ação, quer dizer, pela consciência do que se quer – o momento intelectual – e pela decisão a respeito do querer realiza-lo – o momento volitivo. Ambos os momentos, conjuntamente, como fatores configuradores de uma ação típica real, formam o dolo [...] Dolo, em sentido técnico penal, é somente a vontade da ação orientada à realização de um tipo de delito.³³

O dolo, então, é a mera vontade consciente da realização de algum tipo de delito, visto que ele se esgota com o querer objetivo do tipo. Welzel ao deslocar o dolo para a ação, o faz sem que esse carregue nenhum elemento normativo, passando a ser um elemento não valorativo.

O dolo ao perder qualquer sentido normativo, afasta-se dele o conhecimento da antijuridicidade, despossando-o de qualquer conceito valorativo, restando-lhe apenas a vontade de realizar um fato. Vontade esta que vai ter seus atributos avaliados em outro momento, na culpabilidade. É na culpabilidade que se avalia a responsabilidade do autor por seu comportamento antijurídico, ou seja, a reprovação sobre a vontade do autor em realizar determinada ação.

A culpabilidade por sua vez, passou a ser um elemento puramente normativo, manteve seu conceito de reprovabilidade, porém o fez sem nenhum elemento de caráter psicológico. Os pressupostos constitutivos da culpabilidade segundo a teoria finalista, são: a exigibilidade de uma conduta conforme a lei, a

³² BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do Crime**. 5. Ed. Belo Horizonte: Editora D’Placido, 2019, p 229.

³³ WELZEL, Hans. **Deretcho penal alemán: parte general**. 11. Ed. Chile: Editorial Jurídica Del Chile, 1976, p. 94.

imputabilidade do autor (capacidade) e a possibilidade de reconhecer o caráter ilícito do fato realizado.

Visando a que se faça um juízo de reprovação sobre o agente, é necessário que ele seja imputável. Um sujeito imputável seria aquele que alcança a finalidade de sua ação com plena consciência e vontade, ou seja, o autor deve ter a capacidade de compreender o ato que está efetuando e determinar sua vontade de acordo com sua compreensão. Portanto, explica Welzel “é necessário que se tenha o elemento conhecimento (intelectual) e o elemento vontade (volitivo), os dois juntos constituem a capacidade de culpa”³⁴.

A imputabilidade foi dividida em: o sistema biológico/psiquiátrico; b) o sistema psicológico; e c) o sistema misto.³⁵ O sistema biológico defende que não há imputabilidade sempre que se configurem certos estados de patologia mental, de desenvolvimento mental deficiente ou transtornos mentais transitórios. Os sistema, psicológico, ao seu turno, reconhece a imputabilidade de acordo com o psiquismo do agente no momento da conduta, ou seja, será inimputável aquele que não pode na ocasião compreender a ilicitude do seu ato. Por último e defendido por Welzel, o sistema misto:

A capacidade para reconhecer o injusto e atuar correspondentemente, pressupõe a integridade das forças mentais superiores da pessoa, que são as que possibilitam a existência de uma personalidade moral. Onde essas funções mentais estão eliminadas por influências casuais, além está também a incapacidade de culpa.³⁶

Conclui-se, desse modo, que na teoria mista, sempre que houver um fator biológico, conseqüentemente, haverá um fator psicológico, pois o agente não tem possibilidade de compreender o caráter ilícito do fato no momento da conduta.

A antijuridicidade é a relação entre a ação e o ordenamento jurídico, é, na realidade a divergência entre a primeira e a última. Welzel explica, porém, que a culpabilidade não se conforma apenas com essa relação objetiva de o autor realizar o contrário do que se esperava na norma; para ele, a antijuridicidade, para configurar culpabilidade vai mais além, pois existe uma dupla relação:

A culpabilidade contém neste sentido uma dupla relação: a ação de vontade do autor não é como requer o direito, apesar de tê-lo podido realizar conforme

³⁴ WELZEL, Hans. **Deretcho penal**: parte general. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p. 135.

³⁵ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do Crime**. 5. Ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 245

³⁶ WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p. 166.

a norma. É esta dupla relação do *dever* ser antijurídico, frente ao *poder* ser adequado ao direito, configura o caráter específico da culpabilidade.³⁷

O que Welzel defende, afinal, é que o fator “poder” é de suma importância para a configuração da culpabilidade em frente a antijuridicidade, visto que o agente agiu contra a norma “podido” ter agido em favor dela. Ocorre que este “poder agir”, ainda deve estar em complemento à potencial consciência da antijuridicidade. Como assim? Será a consciência da antijuridicidade ou do injusto o elemento que possibilitará a valoração do que é ou não contrário ao direito e, por sua vez, a consciência do injusto se faz na compreensão do autor de que sua conduta é juridicamente proibida.

Brandão explica que:

A consciência da antijuridicidade é, por conseguinte, sempre potencial. Não se vai indagar se o agente tinha efetivamente esta consciência, mas far-se-á um juízo pessoal sobre o sujeito, para aferir se ele tinha, naquelas determinadas circunstâncias do cometimento da ação típica e antijurídica a possibilidade de ter o conhecimento do injusto.³⁸

Desta feita, sendo a culpabilidade uma reprovabilidade e a consciência de antijuridicidade um elemento autônomo da culpabilidade, ao lado da imputabilidade e da exigibilidade de conduta diversa, torna-se a própria culpabilidade.

Este elemento é de grande importância para a teoria finalista, pois é a existência da consciência de antijuridicidade ou da possibilidade de consciência dessa consciência que se permite o juízo de reprovação da culpabilidade.³⁹

Com a confirmação da imputabilidade e da possibilidade de conhecimento antijuridicidade, está confirmada a existência de culpabilidade material. O poder agir de uma forma em detrimento de outra, deixa clara a conduta típica e antijurídica do autor. Porém, alega Welzel:

Sem embargo, isto não significa que o ordenamento jurídico terá que fazer o juízo de reprovação da culpabilidade. Mas ao contrário, pode ter razões para afastar a reprovação da culpabilidade, e em tal maneira exculpá-lo ou absolvê-lo da pena.⁴⁰

³⁷ WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p. 148.

³⁸ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do Crime**. 5. Ed. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2019, p. 243

³⁹ WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p. 172.

⁴⁰ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. 11. Ed. Santiago: Editorial Jurídica do Chile, 1976, p. 248

O que se percebe desta teoria é que o juízo de censurabilidade da culpabilidade encontra-se no fato de o indivíduo cometer uma conduta conhecendo, ou podendo conhecer, que era contrária ao direito. Desta forma, o autor do crime age de maneira culpável quando tem a possibilidade de conhecer a antijuridicidade da sua ação. E essa possibilidade de discernimento entre o mal e o justo, entre o ilícito e o lícito, é um juízo de valoração puro.⁴¹

Para Welzel, só constitui crime se o indivíduo tinha a clara consciência de que aquele ato era antijurídico, vejamos:

A clara verdade é que se pode fazer uma censura de culpa somente quando o autor esteve nas condições de conhecer a antijuridicidade de sua ação: o autor poderia ter formado sua vontade de ação conforme o direito, no lugar de fazer antijuridicamente.⁴²

Existem inúmeras situações em que a motivação do agente em realizar o lícito em detrimento do ilícito encontra-se totalmente alterada por conta de situações extraordinárias. O autor dá como exemplo o estado de necessidade em que, nesta situação, o agente, para salvar a sua integridade física ou própria vida, precisa ferir outro bem jurídico tutelado pelo direito penal.⁴³

Nota-se, neste contexto, que a culpabilidade gera um conflito de valores inerente ao agente, que permanece entre o desejo de agir e o valor do direito como deve ser, ou seja, de como deve agir. A questão principal na teoria finalista é no porque o indivíduo agiu contra o direito podendo ter agido conforme ele. Desta forma, afirma Miguel Reale Junior que “o ponto de vista da culpabilidade é o do agente em confronto com a norma. Na culpabilidade avalia-se o confronto entre dois valores, o que pôs como motivo de agir e o valor do direito como dever ser.”⁴⁴

Desta forma, conclui-se que Welzel, afinal, não adicionou nenhum elemento novo na culpabilidade, apenas os rearrumou, deslocando o dolo para ação sem nenhum elemento normativo que permaneceu na culpabilidade. Assim ensina e

⁴¹ MAURACH, Reinhart *apud* BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do Crime**. 5. Ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 229.

⁴² WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Tradução: Carlos Fontan Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956 p. 172.

⁴³ Idem. **Derecho penal alemán: parte general**. 11. Ed. Santiago: Editorial Jurídica do Chile, 1976, p. 248

⁴⁴ TANGERINO, Davi. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 91.

finaliza o doutrinador Cláudio Brandão: “para a teoria finalista, a culpabilidade, como dito, não contém nenhum elemento psicológico, mas somente elementos normativos: é formada pela potencial consciência da antijuridicidade, da imputabilidade e da exigibilidade de conduta diversa.”⁴⁵

2.4 Teoria funcionalista da Culpabilidade

A Teoria Finalista foi criticada celeremente pela Teoria Funcionalista de Claus Roxin. Enquanto Welzel moldava sua teoria para a formação moral dos cidadãos, Roxin presava pela prevenção da prática de delitos; onde a teoria finalista julgava o sujeito como racional, a teoria funcionalista alegava que não se podia demonstrar com certeza o livre arbítrio do agente; e, de modo que o primeiro defendia a pena como retribuição de culpa, o segundo visualizava a mesma com finalidade de prevenção.

O problema central da teoria finalista para Roxin, se encontrava em adotar a reprovabilidade como critério de valoração da culpabilidade, visto que era um critério extremamente abstrato e por tanto duvidoso. A sua teoria funcionalista no geral, entendia que o Direito penal teria a função preventiva, uma vez que a dogmática deveria determinar-se em função do que resulte mais adequado ao sistema social visando a manutenção do mesmo.

Para este autor a teoria finalista ao determinar que o agente é livre, responsável e se encontra capacitado para decidir pelo direito e contra o injusto, acaba por se contradizer no momento em que:

de acordo com suas disposições e aptidões gerais, ele poderia ter agido de outra maneira usando a força de vontade necessária ou que nas circunstâncias concretas outra pessoa teria agido de forma diferente. Por outro lado, não se pode saber se no momento da ação ele próprio foi capaz de impor uma decisão de vontade que contraria o fato.⁴⁶

O que ele entende é que, no final das contas, o finalismo não discute o poder de o autor se comportar de outro modo diante do fato, mas, na verdade, a ordem jurídica observa se no momento do fato, diante das circunstâncias externas, o autor

⁴⁵ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 209.

⁴⁶ ROXIN, Claus. **Culpabilidad y Prevencion en Derecho Penal**. Tradução: Munos Conde. Madri: Reus, 1981. p. 62.

se comportou igual a como qualquer outro se comportaria na mesma situação. Ou seja, a teoria finalista não observa a valoração em si, mas o comportamento do agente em relação ao que se esperava desse agente na situação em concreto.

Roxin defende que a premissa de cada elemento do delito – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade – devem ser desenvolvida sob o aspecto de uma política-criminal. Assim, ele explica que os critérios objetivos – tipicidade e antijuridicidade - já oferecem um parâmetro geral na legislação, ou seja, no primeiro está descrito as proibições e o segundo revela como o indivíduo deve comportar-se, o critério subjetivo – a culpabilidade -, por sua vez, deveria estar relacionada com a real necessidade de sanção a um indivíduo no caso concreto e não com a pergunta se outro comportamento era possível.⁴⁷

Para ele, o positivismo jurídico, ao afastar a esfera do direito social do político, acaba por criar uma tensão, pois “o cuidar do conteúdo social e dos fins do direito penal é tarefa que compete à política criminal, e ela, porém, está fora do âmbito jurídico, restrita aos espaços de lege ferenda e execução penal.”⁴⁸ Desse modo, defende que a solução encontrada seria uma síntese entre o direito penal e a política criminal.

Este autor alega que a realização do injusto está ligado com a responsabilidade do autor, e não com a culpabilidade. “A culpabilidade é apenas um momento parcial em frente a responsabilidade mais ampla”⁴⁹. Ele retira da culpabilidade, afastando do autor e da ação, o fundamento da pena, deslocando-o para as políticas criminais. Desta forma, este autor alude que “culpável é simplesmente quem poderia submeter-se às expectativas normativas e não o fez. Responsável é o culpável a quem a imposição da pena é funcional, isto é, atende as finalidades de prevenção geral positiva.”⁵⁰

Sua defesa é baseada no cerne de que a culpabilidade não deveria ser elemento fundamental para aplicação da pena, ou seja, elemento punitivo, mas sim

⁴⁷ Idem. **Política Criminal e Sistema de Direito Penal**. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro. Renovar, 2000 p.33

⁴⁸ D’AVILA, Roberto. **Os Limites Normativos da Política Criminal no Âmbito da Ciência Conjunta do Direito Penal**: Algumas considerações Críticas sobre o sistema funcional de Roxin. Porto Alegre, Brasilien. S/D p.487.

⁴⁹ ROXIN, Claus **Estudos de Direito Penal**. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: R6novar, 2006. p.l 134.

⁵⁰ ROXIN, Claus **Estudos de Direito Penal**. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: R6novar, 2006. p.134

deveria ser um elemento limitante. Ou seja, o livre arbítrio se tornaria uma percepção jurídica necessária para limitar a pena máxima.

Nesse diapasão, tem-se na teoria funcionalista de Roxin, o princípio da culpabilidade não como fundamento material da censura penal, mas como limitador da função estatal punitiva, visto que, o que ele tenta fazer é aproximar a política criminal do direito penal, entendendo que as duas não podem desenvolver-se em apartado e sim em conjunto.⁵¹

Porém, existem críticas à teoria finalista, visto que a culpabilidade não serve para fundamentar a pena, mas sim para limitá-la, pois é necessário que de, alguma forma, a pena seja legitimada, inclusive para que se possa manter o direito penal em um Estado de direito, pois só assim, poderá reconhecer nela uma medida aceitável e justa contra o cidadão, evitando a insegurança jurídica para com a sociedade.⁵²

Ainda sobre o estudo do pós-finalismo, vamos tratar mais a fundo a teoria da culpabilidade por vulnerabilidade desenvolvida por Zaffaroni, estudioso e crítico do Direito Penal latino-americano, notadamente importante para a realidade retratada, com a finalidade de resolver a problemática desta pesquisa.

⁵¹ D'AVILA, Roberto. **Os Limites Normativos da Política Criminal no Âmbito da Ciência Conjunta do Direito Penal**: Algumas considerações Críticas sobre o sistema funcional de Roxin. Porto Alegre, Brasilien. S/D p.487.

⁵² SCHÜNEMANN, Bernd, 1983 *Apud* TANGERINO, Davi. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 105 e 106.

3 A TEORIA DA CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE DE ZAFFARONI

Eugênio Raul Zafaroni apareceu na “era” pós-finalista, fazendo críticas a esta teoria e, conseqüentemente, ao funcionamento de todo o Direito e Sistema Penal nela baseados. Traz uma postura realista do atuar irracional das agências punitivistas, voltada para a América Latina, tendendo ao abolicionismo e defendendo um direito penal como redutor da arbitrariedade estatal e violência institucional. Surge com a teoria da coculpabilidade, que, após muitas críticas, aperfeiçoou-a para a teoria da culpabilidade por vulnerabilidade, a qual será desenvolvida a diante.

A teoria da culpabilidade finalista, como fora visto, se baseia na condição de liberdade de escolha, porém, acontece que essa teoria falha ao momento em que a sociedade atual vive em uma globalização capitalista de exclusão. Essa realidade cria uma massa de excluídos, não somente na participação do consumo, como também do próprio espaço, levando assim, a uma importante limitação da liberdade de escolha de acordo com o contexto no qual está inserido, e por limitação da liberdade de escolha, entende-se à não existência da culpabilidade.

Desta forma, o que Zaffaroni defende:

A criminologia atual, tornou-se comum a descrição da operacionalidade real dos sistemas penais, em termos que nada se parecem com a forma pela qual os discursos jurídicos-penais supõe que eles atuem. Em outros termos, a programação normativa baseia-se em uma realidade inexistente e o conjunto de órgãos que deveria levar a termo essa programação atua de forma completamente diferente⁵³

Ele expõe que é necessário reconstruir a teoria do direito penal, visto que até as datas atuais não é possível se dizer com certeza qual é a real função da pena, porém, pode-se afirmar, que toda evolução foi no caminho da humanização.⁵⁴

No sentido de justificar a sua teoria, ele evidencia que o Estado não forneceu as mesmas condições sociais a todos, e pior, que privou alguns de direitos básicos como saúde e educação, os quais estão inseridos em uma realidade diferenciada da qual o sistema jurídico-penal tomou como base, sendo necessário assim, um tratamento diferenciado no que se refere a aplicação da pena a esses cidadãos, denominados por este autor de vulneráveis.

⁵³ Zaffaroni, Raul. **En busca de las penas perdidas**. Argentina: Ediar, 1998, p.16

⁵⁴ Zaffaroni, Raul. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires, BdeF, 2005, p. 239

Zaffaroni primeiramente defendeu a teoria da copupabilidade, que diante de deveras críticas, decidiu reformulá-la. Este autor entendia que reprovar na mesma intensidade indivíduos privilegiados e outros que se encontravam em situação de extrema pobreza, seria nítida violação do princípio da igualdade. Desse modo defendia que diante de um sistema defasado, onde constava clara a omissão do Estado ao fornecimento de recursos fundamentais para garantir uma vida digna, deveria existir a sua corresponsabilização, de sorte que toda a sociedade devia arcar com a falta de efetivação dos direitos fundamentais, onde os que podiam mais deveriam responder pelos que podiam menos, por isso que chamava de coculpabilidade.

Entretanto, segundo Figueirêdo:

Apesar de claramente ter como objetivo tornar o direito penal mais próximo dos valores da isonomia e dignidade da pessoa humana, a teoria da coculpabilidade foi criticada por parte da doutrina, notadamente, por associar o cometimento de delitos à pobreza, imprimindo a ideia de um determinismo social exacerbado, que, por mais que possa ser confirmado em determinados casos, não se constitui um dado empiricamente comprovado. Muito se disse também que que essa teoria falha por se aplicar apenas nos crimes patrimoniais, que não se pode atribuir a responsabilidade pela pobreza unicamente ao Estado ou à sociedade e que, por fim, é inverídica a afirmação de que a pobreza ocasiona necessariamente delitos.⁵⁵

Diante das críticas, Zaffaroni percebeu que sua ideia de coculpabilidade seria insuficiente à seletividade do sistema penal, e, assim “criou uma teoria mais consistente e bem elaborada, que não traz maniqueísmos ou falsos dados generalistas, haja vista que voltada à incriminação individualizada e à culpabilidade do agente singularizado”⁵⁶.

Alega que para ser estabelecida a culpabilidade, deve-se levar em consideração a seletividade criminalizante e para tanto, não se pode definir apenas a culpabilidade pelo ato, mas pela síntese desta com o dado real da seletividade. “Só assim se torna ético e racional a disposição do poder jurídico de contenção do poder punitivo, levando em consideração que este é um poder limitado e deve ser executado com equilíbrio.”⁵⁷

⁵⁵ FIGUEIREDO, Simone. **Culpabilidade**: análise acerca do caminho utilizado pelo poder judiciário brasileiro para identificação e seleção de causa supraleais de inexigibilidade de conduta diversa. Recife, 2017, p. 165.

⁵⁶ Ibidem, p. 166.

⁵⁷ Zaffaroni, Raul. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires, BdeF, 2005, p. 243

O sistema penal apresenta graus de periculosidade diferente para cada habitante. É estatisticamente comprovado que a população prisional em sua maioria é composta por negros, pobres e analfabetos⁵⁸ restando claro que, o sistema penal acaba por selecionar os habitantes em situações de vulnerabilidade como se fosse uma epidemia. É uma seletividade estrutural e criminalizante.

Nesse sentido, Zaffaroni expõe sua tese e explica que não é o mero estado de vulnerabilidade que reprova, pois isto seria igualmente estigmatizante, mas o esforço exercido pelo indivíduo em se colocar em uma situação concreta de vulnerabilidade, caracterizada pelo poder punitivo do Estado. Esclarece que indivíduos que vivem em um estado de vulnerabilidade muito baixo, desprendem de um esforço muito grande pra chegar ao estado de concreta vulnerabilidade “nem sempre, mas muitas vezes esse esforço extraordinário, envolve lutas do poder”. Enquanto que pessoas que vivem em uma situação de estado extremo de vulnerabilidade, demandam, por sua vez, de um esforço mínimo para se encontrarem inseridos no sistema punitivo “dado que é mais simples selecionar quem anda pela via pública ostentando suas características estereotipadas”.⁵⁹

Defende essa ideia argumentando que o esforço jurídico para o cometimento de uma conduta ilícita está em desacordo com o sistema penal e, dessa forma, o esforço que o agente emana para que se concretize o perigo de criminalização deveria ser causa de reprovabilidade visto que “o esforço pela vulnerabilidade é a contribuição pessoal do indivíduo para as pretensões punitivistas do Estado e, por tanto, contrário ao esforço pacificador do direito penal”.⁶⁰

Destarte, a teoria da culpabilidade por vulnerabilidade vem para agregar a culpabilidade formal e ética e não substituí-la. Constatada a culpabilidade como reprovação (pura pelo fato), segundo a qual o indivíduo pôde deliberar sua autodeterminação, adiciona-se a culpabilidade por vulnerabilidade como contrabalança ao fenômeno da seletividade, e porquanto sintetiza em uma culpabilidade de reprovação pelo ato, nunca podendo ampliá-la, “não afetaria nenhuma garantia constitucional ou *jus-humanista* uma culpabilidade do autor que só servirá para reduzir

⁵⁸<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/apresentacao-coletiva-08-12-2017.pdf>
Acessado em 09 mai 2019

⁵⁹ Zaffaroni, Raul. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires, BdeF, 2005, p. 245

⁶⁰ Ibidem, p. 247

ou deixar igual a magnitude do poder punitivo habilitada segundo o indicado pela culpabilidade do ato”.⁶¹

Ele diz que é insuficiente o conceito de culpabilidade pelo ato:

Uma culpabilidade do ato, inclusive conduzindo à conclusão díspares e opostas a culpabilidade do autor, não legitima o exercício do poder punitivo e tampouco tem conteúdo ético, porque a esse se contrasta a altíssima seletividade do poder punitivo. Não obstante, se faz necessário apelar para ela com limite de irracionalidade para delimitar: resulta intolerável que se pretenda habilitar o poder punitivo mais além do limite que assinala a culpabilidade pelo ato sendo a culpabilidade um ato. Sendo a culpabilidade do ato apenas um limite, não pode definir quantia do poder punitivo em cada caso sem levar em conta o dado da seletividade. [...] Em um Direito Penal fundado a partir de um conceito agnóstico de pena, deve exigir-se às agências jurídicas que esgotem seu poder jurídico de contenção neutralizando, até onde seja possível, a seletividade estrutural do poder punitivo, o que não se obtém com a mera culpabilidade do ato, que não o leva em conta.⁶²

Percebe-se que Zaffaroni, então, coloca a culpabilidade em duas dimensões. Na primeira ele mantém a mesma concepção da teoria normativa, culpabilidade pelo injusto (imputabilidade, potencial consciência de antijuridicidade e exigibilidade de conduta diversa), a qual determina o limite máximo da resposta punitiva. E, na segunda, a culpabilidade por vulnerabilidade que consideraria os dados de seletividade e estado de vulnerabilidade, compondo desta forma a primeira.

Portanto, a conexão punitiva vai impor um vínculo mais personalizado entre o autor o e o ato. A redução da culpabilidade penal nesta síntese (caracterizada pelo esforço) reduziria o resultado na culpabilidade formal “entendo que a resposta mais completa é fornecida por um conceito que respeita a culpa do ato e ao mesmo tempo assume dados deslegitimadores do exercício do poder punitivo, como a seletividade por vulnerabilidade pessoal e social.”⁶³

A conexão punitiva encontra-se na síntese entre o juízo de reprovabilidade da autodeterminação do sujeito no momento do ato (com os elementos formais que determinam a ética e a moral) e o juízo de reprovabilidade do esforço exercido pelo agente em se colocar em uma situação de vulnerabilidade concreta. Assim esclarece Zaffaroni: “O vazio da ética que a vulnerabilidade provoca na culpa pelo ato é preenchido no jogo dialético pela culpa por vulnerabilidade, que

⁶¹ ZAFFARONI, Eugênio. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires, BdeF, 2005, p. 247

⁶² Idem **En busca de las penas perdidas**. Argentina: Ediar, 1998, p. 240 - 242

⁶³ Idem. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires, BdeF, 2005, p. 248

se sintetiza em culpa criminal, indicando a quantidade de poder punitivo que pode ser habilitado”.⁶⁴

Zaffaroni cria essa teoria no intuito de responder ao questionamento “por quê eu e não os outros que fizeram o mesmo”⁶⁵, visto que, segundo ele, o conceito de reprovação pela culpabilidade normativa não seria capaz de responder, o que acabava por fornecer um funcionamento seletivo do sistema penal. Para ele todas sociedades contemporâneas selecionam um reduzido grupos de pessoas para serem coagidos, a fim de mostrar imposição, à qual denomina criminalização.

Define que existe dois tipos de criminalização, a primária e a secundária⁶⁶. A criminalização primária, se perfaz no momento em que a lei é criada e o tipo penal definido, permitindo a punição de algumas pessoas. A criminalização secundária, por sua vez, é a ação punitiva exercida sobre as pessoas no caso concreto, onde ocorre a real seletividade do sistema:

Para ele, é possível afirmar que, em geral, entre as pessoas de maiores rendas e mais próximas do ao poder, o risco de criminalização é escasso (baixo estado de vulnerabilidade e alta cobertura) e inversamente, entre os de menores rendas e mais distantes do poder, o risco é considerável (alto estado de vulnerabilidade e baixa ou nula cobertura. Não obstante, alguns dos primeiros são selecionados e, entre os últimos, se seleciona com muita maior frequência, sempre se tratando de uma ínfima minoria.⁶⁷

Como alhures exposto, a criminalização secundária dá-se ao passo que a resposta judicial ocorre no agente em concreto mediante agências de criminalização (polícia, ministério público, etc.). Essas agências criminalizadoras possuem poder limitado, que, na realidade, vai depender do espaço existente no fato. Assim esclarece Zaffaroni:

Sua responsabilidade criminal será maior quanto menor for seu poder limitante no caso específico e vice-versa. Em cada caso, haverá um "espaço" diferente para exercer o poder e, quanto menor o espaço, menos você pode evitar a criminalização e vice-versa

E continua:

Acreditamos que é mais ou menos claro que quando uma pessoa é colocada em uma situação de vulnerabilidade é quando o sistema criminal seleciona e

⁶⁴ ZAFFARONI, Eugênio. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires, BdeF, 2005, p. 249

⁶⁵ Idem. **En busca de las penas perdidas**. Argentina: Ediar, 1998, p.265

⁶⁶ Ibidem p.268

⁶⁷ Idem apud FIGUEIREDO, Simone. **Culpabilidade**: análise acerca do caminho utilizado pelo poder judiciário brasileiro para identificação e seleção de causa supraleais de inexigibilidade de conduta diversa. Recife, 2017, p. 168.

implementa para justificar seu próprio exercício de poder. É o grau de vulnerabilidade ao sistema penal que decide a seleção e não a existência de um injusto, porque há muitíssimos injustos iguais e piores que saem indiferentes ao sistema penal.⁶⁸

Então, Zaffaroni cria esta teoria, no intuito de que o juízo de valor contado na culpabilidade permita vincular o agente criminoso de forma personalizada, operando, assim, como principal indicador a condicionar a magnitude do poder de punir sobre ele.

Ele critica a teoria funcionalista na questão de se exigir uma ética mínima do poder estatal, mas que esse mínimo ético inexistente, vez que na realidade, tudo vai depender das supostas ou reais necessidades do Estado, degradando os indivíduos a coisas ou a serviço do Estado:

Por mais que seja atenuada, a abordagem preventivista sempre leva as pessoas a serem usadas como meios para satisfazer as necessidades do Estado, sendo, portanto, degradadas à condição de coisas a serviço de outros fins. O velho perigo não era para ser mais do que um cálculo de probabilidades sobre o comportamento futuro de uma pessoa, baseado na lei de grandes números, que poderia falhar no caso específico, mas ignorou essas falhas em nome da alegada necessidade de controle os setores ou classes perigosos da sociedade.⁶⁹

Com relação à teoria normativa pura, a crítica feita por este autor, dá-se no momento em que esta ao formular a concepção de ética de culpabilidade como reprovação, não menciona e nem incorpora a seletividade estrutural acabando por ser tão injusta quanto a seletividade:

A reprovação da culpa normativa baseada na autodeterminação tem um cunho ético inquestionável, mas não pode ser considerada uma reprovação dessa natureza, porque esta pretensão naufraga no momento réu pode apontar que outros fizeram igual ou piores injustos e não são reprovados. Se a censura legal é diferente da crítica ética porque é formulada apenas para quem é selecionado, isto é, o Estado não procede eticamente, mas usa elementos formais da ética para censurar pessoalmente aqueles selecionados pelo poder punitivo.

O poder punitivo, a ética e seletividade estão estritamente relacionados. A redução compensatória da ética, conseqüentemente, reduz o poder punitivo, rebaixando sua quota de ilegitimidade e sendo assim capaz de alcançar uma

⁶⁸ Zaffaroni, Eugênio. **En busca de las penas perdidas**. Argentina: Ediar, 1998, p.275

⁶⁹ Idem. **Derecho Penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2002, 652

culpabilidade redutora da seletividade. Desta forma, o Direito Penal atinge a sua tarefa ética ao momento que evita-se uso apenas dos elementos formais para constatar a reprovação do sujeito que selecionou previamente.

Conclui-se que a ideia de culpabilidade por vulnerabilidade de Zaffaroni não é uma alternativa para à culpabilidade por reprovação ética, mas seu complemento. Firmada a culpabilidade por autodeterminação nos moldes formais dos elementos éticos e seu graus de reprovação, entra a culpabilidade pelo esforço do sujeito, que leva em consideração sua vulnerabilidade para ser atingindo pelo poder punitivo, sendo usada como atenuante da seletividade na medida da pena que corresponda, apenas podendo diminuí-la, porém nunca ampliá-la.

Afirmada a culpabilidade formalmente ética como culpabilidade pura pelo fato, conforme o âmbito de autodeterminação com que o sujeito pôde deliberar e assinalado conforme a ela um certo grau de reprovação, a culpabilidade pelo esforço do sujeito para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade é oposta, para neutralizar sua falta de atenção sobre o fenômeno da seletividade e, na medida em que corresponda, se sintetiza em uma culpabilidade normativa penal que pode reduzir a reprovação pelo ato, mas nunca ampliá-lo.⁷⁰

O Direito penal, assim, passaria a reduzir o poder punitivo no momento em que insere a este o modo racional, elaborando a resposta da questão da conexão punitiva pela via da culpabilidade penal dialética:

Se a conexão punitiva impõe a elaboração de um vínculo personalizado entre o ilícito e o seu autor que, em seu caso, opere como principal indicador do máximo da magnitude do poder punitivo que possa habilitar-se para ser exercido sobre este, entendo que a resposta mais completa para proporcionar um conceito de respeito a culpabilidade pelo ato e que, ao mesmo tempo, se faz cargo do dado mais deslegitimante do exercício do poder punitivo, como é a seletividade por vulnerabilidade social e pessoal. A conexão punitiva, em uma perspectiva penal assentada no conceito agnóstico de pena, resulta da síntese de um juízo de reprovação baseado no âmbito da autodeterminação da pessoa no momento do fato (formulado conforme elementos formais proporcionados pela ética tradicional) com o juízo de reprovação pelo esforço do agente para alcançar a situação de vulnerabilidade em que o sistema penal concretizou a sua periculosidade.⁷¹

Destarte, termina-se este capítulo, esclarecendo e expondo toda a teoria da culpabilidade por vulnerabilidade de Zaffaroni, mostrando todos os pontos de interesse para que se possa formular o terceiro e último capítulo, a fim de demonstrar como essa ideia pode ser plenamente utilizada no Direito Penal Brasileiro, visto que a

⁷⁰ Zaffaroni, Eugênio. **En busca de las penas perdidas**. Argentina: Ediar, 1998, p.275

⁷¹ Ibidem

sociedade deste país vive em uma constante vulnerabilidade estatal. Desta forma, irá versar sobre a problemática desta pesquisa, analisar suas causas e justificações, bem como apresentar decisões mais recentes emanadas do Poder Judiciário Brasileiro.

4 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE NO BRASIL

O sistema jurídico penal brasileiro adota que a pena tem como finalidade a prevenção, retribuição e ressocialização. Ainda, determina que para a aplicação da pena deve-se levar em consideração a culpabilidade, a motivação do agente, sua personalidade, entre outros:

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 [...]

Sabemos, portanto, que a aplicação da norma penal gira em torno de uma desigualdade, onde se percebe o benefício da classe dominante em relação à classe vulnerável, não levando em consideração a motivação do agente e nem mesmo as circunstâncias do crime.

Isso ocorre pois a sociedade atual vive em uma globalização capitalista de exclusão. Essa realidade cria uma massa de excluídos, não somente na participação do consumo, como do próprio espaço, levando assim, a uma importante limitação da liberdade de escolha de acordo com o contexto no qual está inserido. É estatisticamente comprovado que a população carcerária em sua maioria é composta por negros, pobres e analfabetos⁷² restando claro que o sistema penal acaba por selecionar os habitantes em situações de vulnerabilidade.

O Brasil peca no momento que adota o sistema punitivo herdado do seu colonizador. Esse tipo de sistema é realizado por grande parte dos países europeus onde a diferença social e econômica é ínfima e mesmo assim, em geral, percebe-se que quase todas as prisões do mundo estão povoadas por vulneráveis, indicando uma “seleção natural” de pessoas e não de ações consideradas criminosas. A pergunta realizada por Zaffaroni para basear toda sua teoria “por que eu, e não aquele que fez igual a mim?”, tem total afinidade com o curso punitivo que o sistema penal brasileiro tomou.

As ações delituosas penalmente resolvidas por via institucionalizadas não atinge todos que as realizam, e sim aqueles que já passaram por um processo de

⁷²<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdetpen/infopen/apresenacao-coletiva-08-12-2017.pdf>
Acessado em 09 mai 2019

seleção que quase sempre seleciona os mais vulneráveis. Dito isto, percebe-se que “o delito é uma construção destinada a cumprir certa função sobre algumas pessoas acerca de outras e não de uma realidade social individualizável”⁷³

Toda sociedade baseia-se em um controle social como forma de subsistência, de modo que tem uma estrutura de poder com grupos mais próximos e grupos mais marginalizados, podendo esse grau de distância ser extremo ou atenuado.

Esse fenômeno de ocultamento de controle social é mais pronunciado nos países centrais que periféricos, onde os conflitos são mais manifestos, de qualquer modo, inclusive nos países periféricos, o controle social tende a ser mais anestésico entre as camadas sociais mais privilegiadas e que adotam os padrões de consumo dos países centrais⁷⁴

O mundo está dividido entre países centrais – desenvolvidos - e países periféricos – aqueles em desenvolvimento. Em cada um deles o poder irá gerar uma realidade em forma de ideologia que vai depender exatamente do que pretende, manipulando e controlando segundo convenha a sua conservação, reprimindo ou limitando aquelas que considere negativa para ela. O Brasil, além de ser colonizado, encontra-se entre os países periféricos, o que o fez importar massivamente as ideologias dos países centrais, impedindo um desenvolvimento ideológico próprio, baseando-se nas ideias de controle social daqueles.

O controle social punitivo institucionalizado é conhecido como sistema penal e tem como efeito a punição de ações, ou, como defende Pierangeli⁷⁵, “de qualidades pessoais [...] dada a sua seletividade, parece indicar mais qualidades que ações”. No Brasil, fica clara essa função institucionalizadora, no momento em que a população carcerária está inchada de vulneráveis.

O sistema penal é dividido em quatro setores distintos: o legislativo, o judicial, o executivo e o policial, onde um deveria equilibrar e neutralizar o próximo. Ocorre que a centralização dos poderes no executivo acaba por desequilibrar a democracia do sistema. Além disso, deve-se esclarecer que o legislativo não é o

⁷³ Zaffaroni, Eugenio; Pierangeli, José Henrique. **Direito penal Brasileiro: parte geral**. 5. ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 60

⁷⁴ Ibidem, p. 62

⁷⁵ Ibidem, p. 69

responsável pela seletividade sistêmica, mas sim o policial, pois é ele que atua diretamente sobre o processo de filtração do sistema.⁷⁶

Percebe-se que a ideologia nos sistema penal é totalmente desconectada, cada um desses setores age de acordo com sua justificativa para sua participação:

Em geral há uma manifesta separação de funções com contradição de discursos e atitudes, o que dá por resultado uma compartimentalização do sistema penal: a polícia atua ignorando o discurso judicial e a atividade que o justifica; a instrução, quando é judicial, ignora o discurso e a atividade sentenciadora; a segunda instância ignora as considerações da primeira que não coincidem com seu próprio discurso de maior isolamento; o discurso penitenciário ignora o resto.⁷⁷

Em que pese os argumentos divergentes, o sistema penal foi criado em busca de um fim. Isso quer dizer que o sistema penal persegue uma função preventiva geral e especial. A primeira estaria voltada para a ressocialização dos criminosos e a segunda adverte a todos que não se pode agir conforme o apenado. Na realidade, os sistemas penais, em vez de prevenir futuras condutas delitivas, condiciona essas determinadas condutas criando as carreiras criminais, como aludido por Zaffaroni anteriormente.

A teoria do *labelling approach* surgida em meados dos anos 60, explica essa carreira criminal ao nortear como o crime e o criminoso surgem. O método dela perfaz-se na pergunta como certas condutas são criminalizadas ou como alguns sujeitos se tornam criminosos⁷⁸. Ela determina que o comportamento do criminoso não decorre de uma realidade ontológica preexistente, mas uma realidade social criada pelo sistema criminal. O crime não é uma realidade natural, mas uma realidade positivada e tipificada pelo legislador. O criminoso, por sua vez, não é um sujeito portador de uma qualidade intrínseca, mas qualificado como criminoso pelo sistema criminal. Assim conclui, Santos:

Assim, se o crime e o criminoso são realidades sociais construídas por mecanismos de interação social, ao nível de definição legal de condutas como crimes (Poder Legislativo) e ao nível de constituição judicial de sujeitos como criminosos (Justiça criminal), então o Estado cria o crime e produz o criminoso; além disso, se a criminalização inicial produz a autoimagem de criminoso e a criminalização posterior é efeito da anterior, então o Estado também reproduz a criminalidade, sob a forma de reincidência criminal.⁷⁹

⁷⁶ Zaffaroni, Eugenio; Pierangeli, José Henrique. **Direito penal Brasileiro: parte geral**. 5. ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 71

⁷⁷ Ibidem. 72

⁷⁸ Becker, Howard. **Outsiders: sociologia do desvio**. Tradução: Mariza Luiza de Borges. 1 ed. Rios de Janeiro: Zahar, 2008, p. 11.

⁷⁹ Santos, Juares. **Os discursos sobre o crime e criminalidade**. S/D, pag 18

Desta forma, o *labelling approach* opera reforçando a segregação de sorte que admite um rol de características desviantes que um processo de despersonalização e conseqüentemente de marginalização começando desde a infância, projetando-se ao futuro e conseqüentemente dificultando as atividades laborais mantendo essa disparidade e esse movimento cíclico.

Isso revela que o sistema penal seleciona pessoas e as criminaliza de acordo com a sua posição social, mostrando que, ao final, nem todos são igualmente vulneráveis, tanto aos olhos da sociedade quanto do sistema punitivista brasileiro, que funciona criando esteriotipos que se reduzem aos setores marginalizados e humildes. “A posterior perseguição por parte das autoridades com rol de suspeitos permanentes, incrementa a estigmatização social do criminalizado”⁸⁰

Quanto à função da ressocialização, esta se encontra um tanto quanto defasada. Não se pode falar em ressocialização aqui no Brasil, visto que são milhares de pessoas privadas de liberdade onde se privilegia a “segurança” e não o convívio social. Ademais, não se pode falar em ressocialização de um indivíduo que nunca foi socializado de acordo com a expectativa das classes “mais elevadas”. E, por último, não existe uma ressocialização já que o próprio sistema os marginaliza aos limita-los ao seu “espaço social”.

Percebe-se então que o Estado de Direito, onde a característica fundamental é a submissão de todos ao direito não se realiza perfeitamente no Brasil, uma vez que para sua concretização é necessário que se diminua o grau de exclusão/marginalização, opostamente ao que acontece aqui.

Além disso, o sistema de retribuição abordado no Brasil se torna um pensamento antidemocrático, visto que a retribuição não pode ser justa em uma sociedade claramente injusta onde a população, em sua maioria, se encontra vulnerável e marginalizada comparada com aquela detentora de poder que é minoria.

Como expôs Zaffaroni, a conexão punitiva encontra-se na síntese entre o juízo de reprovabilidade da autodeterminação do sujeito no momento do ato (com os elementos formais que determinam a ética e a moral) e o juízo de reprovabilidade do esforço exercido pelo agente em se colocar em uma situação de vulnerabilidade concreta. Pois bem, a autodeterminação da pessoa não é apenas um fato legal e uma

⁸⁰ Zaffaroni, Eugenio; Pierangeli, José Henrique. **Direito penal Brasileiro: parte geral**. 5. ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 73

experiência, mas é a própria base da coexistência em sociedade. A lei não pode fazer outra coisa senão reconhecer empiricamente como as relações sociais se desenvolvem e como são feitas censuras e acusações entre os seres humanos.

A lei não pode deixar de reconhecer que a autodeterminação faz parte da personalidade e, portanto, é uma consequência da presunção inevitável pela legislação nacional da autonomia pessoal de decisão. A liberdade de decisão foi confirmada pela lei como absoluta, ilimitada e incondicionada, porém, sabe-se que não funciona desse jeito. A autodeterminação possui graus de “liberdade” visto que vai depender da realidade social na qual o agente se encontra inserido, que vai acabar influenciando em todo problema de filtração e seletividade do sistema, que “sugam” aqueles que não possui total liberdade na sua autodeterminação.

A realidade prisional brasileira, onde a grande maioria dos aprisionados são das camadas periféricas e vulneráveis, mostra claramente a ocorrência dessa seletividade do sistema penal deste país, sendo assim é necessário que seja criada uma alternativa para dirimir esse contexto social prisional em que o país encontra-se inserido, abarcando uma política de intervenção mínima nesses setores. Uma das saídas é a utilização da teoria da culpabilidade por vulnerabilidade de Zaffaroni, no intuito de alterar a cena da população carcerária brasileira.

Como fora visto no capítulo anterior, a teoria da culpabilidade por vulnerabilidade mostrou-se totalmente constitucional ao definir que as penas poderiam unicamente ser abrandadas e nunca ampliadas, não ferindo assim qualquer direito ou bem jurídico.

Além disso, a Constituição Brasileira de 1988 em seu art. 5º, XLVI regula o princípio da individualização da pena que terá suas etapas elencadas no Código Penal Brasileiro. A sentença criminal condenatória exige, como etapa final do ato ilícito, aplicação da pena que, por sua vez, necessita de análise de inúmeras circunstâncias do caso concreto.

A discricionariedade do poder judiciário permite a criação de um leque de opções das penas, bem como o art. 59 do Código Penal em seu caput, elenca expressamente a culpabilidade para avaliação das circunstâncias agravantes e atenuantes, demonstrando a real necessidade de utilização desse princípio, “motivo pelo qual os excessos e desvios que caracterizam a realidade carcerária nacional não

podem ser vistos com naturalidade pelos órgãos competentes e responsáveis, sejam administrativo ou executivo”⁸¹

Lembrou o Ministro Ayres de Brito:

A dosimetria da pena exige do julgador uma cuidadosa ponderação dos efeitos éticos-sociais da sanção e das garantias constitucional, especialmente a garantia da individualização do castigo. Em matéria penal, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais tem na fixação da pena um dos seus momentos culminantes⁸²

Nesta toada, o princípio da individualização da pena exige a estreita correspondência entre a conduta do agente e a sanção que será aplicada e que vai depender do juízo individualidade da culpabilidade do agente.⁸³ Ocorre que a individualidade da culpabilidade do agente também depende das condições sociais em que ele vive, bem como do seu esforço despendido a sofrer a ação punitiva do Estado, demonstrando assim, mais uma vez, que o uso da teoria da culpabilidade por vulnerabilidade de Zaffaroni, além de ser constitucional, é necessária para que se cumpra o princípio da individualização da pena estabelecido pela Constituição Federal.

O esforço empregado pelo agente no momento do ato criminoso seria a resposta à quantidade de pena imposta ao mesmo tempo que responderia a pergunta “por que eu? E não quem fez igual ou pior a mim?”. Os julgamentos e decisões abarcados por esse conceito seriam capazes de alterar o cenário carcerário, bem como manter o sistema penal mais justo, visto que o desequilíbrio criado pela sociedade e pelo legislador seria diminuído ao levar em consideração a situação de vulnerabilidade criada e perseguida pelo próprio sistema.

A teoria finalista da culpabilidade é atualmente adotada no Brasil. Como vimos, esta teoria determinou que a reprovação deve ser aplicada ao autor do ato, trazendo assim, a ideia de desvalor da ação. Welzel acoplou ideias jusnaturalistas e

⁸¹ CARVALHO, Salo. **Princípio da individualização da pena** em: CANOTILHO, J.J.; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo, STRECK, Lenio. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013 p, 407

⁸² NUNES JUNIOR, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p 1037

⁸³ MORAIS, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2011 p, 246

positivistas, explicando que uma não poderia estar completa sem a outra. Formulou a teoria finalista explicitando que o agir para atingir um final é orientado pela consciência, e como consciência, ele entende que é a capacidade do agente em conseguir identificar todas as consequências dos seus atos.⁸⁴

O ordenamento jurídico brasileiro positivou os três elementos da culpabilidade desenvolvido pela teoria finalista da ação – consciência potencial de antijuridicidade, imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa – que serão base para a realização do juízo de censura sobre o sujeito que praticou o injusto.

Importante lembrar que a consciência potencial da antijuridicidade está relacionada com a compreensão do autor que sua ação é juridicamente proibida, onde de fato está o juízo de reprovação do indivíduo. A imputabilidade é a capacidade da culpabilidade, ou seja, é um conjunto de características pessoais que faz o indivíduo agir com plena liberdade de entendimento e vontade para alcançar a exata representação da sua ação. E por último, a exigibilidade de conduta diversa que observa se na hora do ato o agente poderia ter se comportado conforme o direito ou se as circunstâncias do caso concreto não assim o permitiram.⁸⁵

Para a análise da culpabilidade do fato ocorrido, o ordenamento jurídico penal brasileiro expressa em seu art.21 que a pena pode ser diminuída quando o agente não tem consciência da ilicitude do fato e até mesmo isentá-lo de pena, quando o erro sobre a ilicitude é inevitável. Bem como, em seus artigos 26, 27 determina os inimputáveis e, no seu art. 28 expressamente elenca situações em que apesar do agente se encontrar em perturbação mental no momento do fato, não é excluído da imputabilidade, temos como exemplo a embriaguez. Já a exigibilidade de conduta diversa vem demonstrada no art. 22, mormente que estabelece que se o indivíduo agiu sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, fica isento de pena.

Pode-se afirmar, desta forma, que o ordenamento jurídico normatizou os institutos responsáveis pelo juízo de censura sobre o sujeito que praticou o injusto, mostrando que o código penal brasileiro optou em seguir a linha da teoria finalista da culpabilidade.

Zaffaroni por sua vez, critica a teoria finalista no tocante em que alega que a programação normativa penal desta teoria baseia-se em uma realidade

⁸⁴ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del Derecho Penal**: uma introducción a la doctrina de acción finalista. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 41-42

⁸⁵ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4 ed. V. 1. São Paulo: Atlas, 2015, p. 126, 136 e 146

inexistente⁸⁶, compondo a problemática da sua tese – culpabilidade por vulnerabilidade – na realidade retratada na sociedade atual. Para ele, é insuficiente o conceito de culpabilidade pelo mero ato, pois alega que a culpabilidade pelo ato serviria apenas para definir um limite de pena, mas nunca para quantificá-la, visto que para isto, deveria ser levado em consideração o processo de seletividade preexistente. Este autor acredita ser necessário reconstruir a direção do direito levando em consideração a extrema desigualdade existente e as disparidades dos critérios penais, que acabam por deixar indefinido qual a real função da pena.

Como fora visto em capítulo anterior, Zaffaroni partiu da ideia de que o Estado não proporcionou a todos oportunidades sociais igualitárias a todos, o que acarretou num déficit de socialização desses indivíduos. Visando dirimir essa deficiência social, esses excluídos, por ele chamado de vulneráveis, devem receber um tratamento diferenciado no tocante à aplicação da pena, objetivando uma pena justa diante das suas circunstâncias sociais.

Muito embora essa teoria ainda não seja discutida dogmaticamente no Direito Penal Brasileiro, algumas decisões já se baseiam no fato de existir uma seletividade do sistema a ponto de usarem o argumento da vulnerabilidade do agente para a redução da pena concreta. No Habeas Corpus nº 101.265/SP, o ministro Ayres Britto⁸⁷, apesar de ter sido voto vencido, destacou:

A necessidade de conferir tratamento diferenciado aos agentes que praticam crimes como "mulas", portanto, guarda relação, em certa medida, com a aleatoriedade ou com a **fragilidade (vulnerabilidade) que esses indivíduos apresentam**, recrutados, na maioria dos casos, para a finalidade de um único transporte de droga. Isso, evidentemente, revela que ele não possui capacidade de intimidação, de fragilização dos Poderes instituídos, de traçar estratégias criminosas de efetivos impactos transnacionais; desempenha, na verdade, uma atividade meramente instrumental de ocasião e sem nenhuma relevância na estrutura da organização criminosa (daí a compreensão de que a atuação desse ou daquele indivíduo é altamente substituível na rede criminosa; o "mula", na verdade, é uma pessoa descartável por quem o contratou). Ademais, estando ele na ponta da estrutura do tráfico de drogas, na **posição mais marginalizada**, é quem primeiro se exporá ao sistema de justiça criminal e ao **filtro da seletividade penal**. O risco de uma prisão em flagrante é muito maior. (grifos nossos)

⁸⁶ ZAFFARONI, Raul. **En busca de las penas perdidas**. Argentina: Ediar, 1998, p. 16

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Habeas Corpus nº 101.265/SP). 2012. In: (Agravado em Recurso Especial nº 557.899 - SP (2014/0191417-6). Disponível em: www.stj.jur.br. Acesso em: 20 mai. 2019.

Condizente com o exposto neste capítulo, o art. 59 do Código Penal Brasileiro, traz em seu escopo a utilização da culpabilidade - aqui inserida na teoria finalista – pelo juiz, como forma de determinação da pena conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Vimos que os institutos norteadores da culpabilidade no sistema jurídico brasileiro dão-se por meio da potencial consciência da antijuridicidade, da imputabilidade e da exigibilidade de conduta.

Ante todos esses argumentos, restou claro que a função retributiva e preventiva da pena não surte até hoje o efeito esperado, visto que o sistema jurídico penal acaba por criar uma “carreira” criminosa, selecionando alguns sujeitos em detrimento de outros e que esta situação ocorre devido à desigualdade social de oportunidades e espaço criados pela insuficiência de recursos disponibilizados pelo Estado. Assim como a função mais humanista de ressocialização também não atingiu o fim esperado, justamente por conta dessa desigualdade em que não tem como ressocializar indivíduos que nunca foram socializados nas regras de socialização que os detentores de poder determinam.

Desta forma, pretendendo minimizar essa disparidade social e evitar, ou pelo menos diminuir, a seletividade do sistema brasileiro, se faz necessária a inserção do complemento esforço da teoria da culpabilidade por vulnerabilidade no art.59 do Código Penal, visando a redução no pena no caso concreto. Visto que o esforço estaria inserido na própria culpabilidade, não seria necessário alterar o artigo, apenas, interpretar aquele elemento de acordo com o novo instituto de esforço do agente.

Vimos que a utilização da vulnerabilidade por culpabilidade não além de não configurar inconstitucionalidade pois só servirá para reduzir ou deixar igual a magnitude do poder punitivo habilitada segundo o indicado pela culpabilidade do ato, ainda se faz necessária para que o princípio constitucional da individualização da pena seja usado de forma correta. A inserção do elemento esforço, levando em consideração a vulnerabilidade do agente, poderia transformar todo o cenário carcerário brasileiro, reduzindo as injustiças impostas pela desigualdade social existente nesse país.

Dessa forma, é a partir dessa leitura de natureza ideológica, da compreensão desse processo, que uma decisão com base na vulnerabilidade do agente e seu esforço deve ser avaliada, no sentido de ser considerada suficientemente importante para a redução da pena e para a mudança de todo arcabouço seletivista do sistema punitivo.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa reconstruiu a historicidade da ideia de culpa, com o intuito de identificar as razões que deram sustentação ao nascimento do conceito em finais do século XIX. Percorreu os principais pensamentos da história da culpabilidade, sempre mostrando as mudanças necessárias durante toda a evolução para dirimir possíveis falhas. Mostrou que culpabilidade deve ser encarada de maneira mais condizente à realidade a qual está inserida, visando recuperar a ética do Direito Penal e, por consequência, a abolição da seletividade punitivista.

O corte feito para o início do desenvolvimento do pensamento da pesquisa, ocorreu a partir da teoria psicológica, vez que é nesse momento que se aceita a racionalidade do ser humano diante dos seus atos e, por essa razão, que existe motivação do indivíduo agir conforme os valores socialmente compartilhados, ratificando este conceito, com a ameaça de pena, na missão de conformar as condutas aos interesses juridicamente tutelados. Porém, o vínculo necessário entre o injusto e a pena é omissivo nesta teoria.

Desta forma, visando preencher algumas lacunas da teoria supracitada, como a omissão, a antijuridicidade e a culpabilidade, foi desenvolvida a teoria psicológico-normativa. Para ela, a culpabilidade recai sobre um juízo de reprovação do agente por não se ter comportado conforme o direito e, por tanto, a culpabilidade deixou de ser um puro vínculo psicológico para ser um juízo normativo. O dolo, assim como a culpa, encontra-se como elemento da culpabilidade estando ligado diretamente com a vontade e a previsibilidade, bem como com a consciência da antijuridicidade, aqui o elemento normativo que embasa toda esta teoria.

A crítica feita à teoria psicológico normativa, veio através de Welzel e sua teoria finalista, atualmente utilizada no Brasil. Este autor rearrumou os elementos da teoria finalista. Para ele, o dolo e a culpa eram elementos da ação, pois estavam diretamente ligados com a consciência do que se quer e pela decisão em realizá-lo e, neste sentido, o dolo é somente a vontade de realizar a ação de um tipo de delito, separando-o, assim, da consciência da antijuridicidade, por tanto, da culpabilidade. A culpabilidade passou a partir daí, passou a ser constituída pela potencial consciência da antijuridicidade, pela imputabilidade e pela exigibilidade de conduta diversa.

A teoria funcionalista por sua vez, criticou a teoria finalista, no cerne de que a ideia de culpabilidade deve se basear nas funções da pena. Para ela, a culpabilidade não é formada pela responsabilidade do agente, mas sim o inverso, visto que a responsabilidade é formada pela culpabilidade do agente e a necessidade preventiva da sanção da pena. Desta forma, a culpabilidade nesta ideia acopla os institutos imputabilidade e a possibilidade de agir conforme a norma, verificado a culpabilidade, ainda é necessário que se faça um juízo de necessidade da sanção, para aí sim ser aplicada a pena.

Criticando também a teoria finalista, e considerado um autor pós-finalista, Zaffroni entendeu que os institutos da culpabilidade encontra-se incompletos. Para ele, esta teoria só estaria de acordo numa realidade inexistente, ou seja, numa situação em que não existisse na sociedade exclusões e diferenças sociais. Para ele, a teoria finalista tenta homogeneizar o que é heterogêneo. Desta forma, ele expõe a teoria da culpabilidade por vulnerabilidade, ponto de grande importância nesta pesquisa.

A supracitada teoria, defendeu que diante da massa excluída criada pelo sistema capitalista, tornou o direito penal extremamente seletivista dos indivíduos menos afortunados, os quais ele chamou de vulneráveis. É a partir da realidade social destas pessoas, as quais não tiveram iguais oportunidades com aqueles mais bem localizados, que o direito penal deveria ser normatizado, diminuindo o poder punitivo estatal diante das situações claramente desiguais.

. Este autor alegou que o grau do esforço demandado pelo agente que comete o injusto vai depender da sua situação social, quanto maior a vulnerabilidade, menor o esforço e vice-versa. Esta teoria coloca a culpabilidade em duas dimensões. Na primeira ele mantém a mesma concepção da teoria normativa, culpabilidade pelo injusto (imputabilidade, potencial consciência de antijuridicidade e exigibilidade de conduta diversa), a qual determina o limite máximo da resposta punitiva. E na segunda, a culpabilidade por vulnerabilidade que consideraria os dados de seletividade e estado de vulnerabilidade, compondo a primeira, reduzindo, assim, o poder punitivo do estado e alterando a situação seletiva do sistema penal atual.

A imagem do sujeito que dá sustento à culpabilidade mostrou-se, então, questionável desde a teoria psicológica. Houve uma imagem de sujeito, racional, livre e igual, enquadrada desde as primeiras formulações de culpabilidade, que se mantiveram inalteradas ao longo das demais teorias, até a exposição da teoria de

Zaffaroni. Igualmente questionável é a noção que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal gozem de homogeneidade, visto a constituição heterogênea da sociedade e como a avaliação dos valores, dependerá sempre do contexto social em que o agente encontra-se inserido. Vimos que existe um filtro do sistema punitivo, revelando que o delito é antes um rótulo, e portanto, desprovido de conteúdo ontológico não podendo ser, consequentemente, punido homogeneamente.

A pesquisa mostrou que os institutos da teoria utilizada no Brasil, teoria finalista, encontram-se frágeis em face às críticas realizadas, que revelam um alto poder punitivo, sem qualquer demonstração de prevenção e ressocialização, como, primeiramente, preza o Direito Penal Brasileiro.

O situação carcerária brasileira, evidencia que o país, se utilizando da teoria finalista da culpabilidade, acaba por se encaixar perfeitamente às críticas emanadas por Zaffaroni à esta teoria, bem como à possível resolução que este autor encontra ao difundir a ideia da culpabilidade por vulnerabilidade no intuito de dirimir o poder Estado.

Vimos que o Brasil encontra-se dividido entre vulneráveis e “poderosos” onde, estes últimos, tentam a todo custo fazer com que a sua população aja de acordo com as suas próprias concepções de ética e moral que, ao final, não é igual para todos, visto que cada parte da sociedade vive em realidades completamente diferentes.

Como proposta de readequação ética, mostrou a possibilidade de utilização da teoria da culpabilidade por vulnerabilidade desenvolvida por Zaffaroni, alegando que a norma penal do art. 59 do Código Penal atual, não precisaria ser alterada, visto que o elemento culpabilidade já se encontra inserido em seu texto. A mudança seria feita à luz da interpretação da culpabilidade, inserindo a ela o instituto esforço do agente.

É a dogmática que deve, nesse sentido, a partir da fundamentação das decisões, fixar o juridicamente possível, por meio de uma leitura ideológica, uma vez que as normas, isoladamente, são limitadas em relação à identificação das possibilidades de variação dos comportamentos

Dessa forma, visando reduzir a “seleção natural” do poder punitivo estatal e ratificando que a utilização da vulnerabilidade por culpabilidade não configura inconstitucionalidade pois além de servir para reduzir ou deixar igual a magnitude do

poder punitivo segundo o indicado pela culpabilidade do ato, ainda encontra-se necessária para que o princípio da individualização da pena seja contemplado com sucesso. Conclui-se, assim, que há possibilidade da inserção do instituto esforço, levando em consideração a vulnerabilidade do agente, podendo assim transformar todo o cenário carcerário brasileiro, reduzindo as injustiças impostas pela desigualdade social existente nesse país.

REFERÊNCIAS

BECKER, Howard. **Outsiders: sociologia do desvio**. Tradução: Mariza Luiza de Borges. 1 ed. Rios de Janeiro: Zahar, 2008.

BELING, Ernst. **Esquema de Deretcho Penal: la doctrina del delito-tipo**. Buenos Aires: El foro, 2002.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Teoria jurídica do crime**. 5. Ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

_____. **Teoria jurídica do crime**. 4 ed. V. 1. São Paulo: Atlas, 2015, p. 126, 136 e 146

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Habeas Corpus nº 101.265/SP). 2012. *In*: (Agravo em Recurso Especial nº 557.899 - SP (2014/0191417-6). Disponível em: www.stj.jur.br. Acesso em: 20 mai. 2019.

CARVALHO, Salo. **Princípio da individualização da pena** em: CANOTILHO, J.J; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo, STRECK, Lenio. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013 p, 407

FERNANDES, Gonzalo. **Culpabilidad y la teoria del delito**. Montevideu: B de F, 1995.

FIGUEIREDO, Simone. **Culpabilidade: análise acerca do caminho utilizado pelo poder judiciário brasileiro para identificação e seleção de causa supralegais de inexigibilidade de conduta diversa**. Recife, 2017.

FLORENCIO FILHO, Marco. **Culpabilidade: Crítica à presunção absoluta de conhecimento da lei penal**. São Paulo. Ed: Sraivajur, 2017.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Tradução: Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Montevideu. Ed. BdeF, 2009.

FREUDENTHAL, Berthold. 1922 *apud* TANGERINO, Davi. **Culpabilidad**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,evolucao-do-conceito-de-culpabilidade-da-teoria-psicologica-ate-a-teoria-normativa-pura,55806.html>. Acesso em: 02 abr 2019

<http://depeb.gov.br/DEPEN>. Acesso em: 17 set 2018

LISZT, Franz. **La idea del fine en el derecho penal**. México: Universidade Nacional Autónoma de México. 1994.

_____. **Tratado de derecho penal.** Tomo II. Tradução: Luis Jimenez de Asúa. Madrid: Ed. Reus, 1927.

_____. **Tratado de direito penal alemão.** Brasília: Historia do Direito Penal Brasileiro, 2006, tomo I.

MORAIS, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 8 ed. São Paulo: Atlas, 2011 p, 246

MAURACH, Reinhart *apud* BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do Crime.** 5. Ed. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2019.

NUNES JUNIOR, Flávio. **Curso de Direito Constitucional.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SANTOS, Juares. **Os discursos sobre o crime e criminalidade.** S/D.

TANGERINO, Davi. **Culpabilidade.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

WELZEL, Hans. **Deretcho penal alemán: parte general.** 11. Ed. Chile: Editorial Jurídica Del Chile, 1976.

_____. **El nuevo sistema del Derecho Penal:** uma introducción a la doctrina de acción finalista. Buenos Aires: B de F, 2004.

ROXIN, Claus. **Culpabilidad y Prevencion en Derecho Penal.** Tradução: Munos Conde. Madri: Reus, 1981.

ZAFFARONI, Eugênio. **En busca de las penas perdidas.** Argentina: Ediar, 1998

_____. **En torno de la cuestión penal.** Buenos Aires, BdeF, 2005.

_____, Pierannigeli, José Henrique. **Direito penal Brasileiro:** parte geral. 5. ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 60