



CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

*O conflito de deveres como causa (supra)legal
de exculpação no Brasil*





Lumen Juris | Editora

www.lumenjuris.com.br

Editores
João de Almeida
João Luiz da Silva Almeida

Conselho Editorial


Adriano Pilatti
Alexandre Freitas Câmara
Alexandre Morais da Rosa
Augusto Mansur
Aury Lopes Jr.
Bernardo Gonçalves Fernandes
Cezar Roberto Bitencourt
Cristiano Chaves de Farias
Carlos Eduardo Adriano Japiassú
Cláudio Carneiro
Cristiano Rodrigues
Daniel Sarmiento
Diego Araujo Campos
Emerson Garcia

Fauzi Hassan Choukr
Felippe Borring Rocha
Firly Nascimento Filho
Frederico Price Grechi
Geraldo L. M. Prado
Gustavo Sénéchal de Goffredo
Helena Elias Pinto
Jean Carlos Fernandes
João Carlos Souto
João Marcelo de Lima Assafim
José dos Santos Carvalho Filho
Lúcio Antônio Chamon Junior
Luigi Bonizzato
Luis Carlos Alcoforado

Luz Moreira
Manoel Messias Peixinho
Marcellus Polastri Lima
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Marcos Chut
Mônica Gusmão
Nelson Rosendal
Nilo Batista
Paulo de Bessa Antunes
Paulo Rangel
Ricardo Lodi Ribeiro
Rodrigo Klippel
Salo de Carvalho
Sérgio André Rocha
Sidney Guerra


Conselheiro benemerito: Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

Conselho Consultivo



Álvaro Mayrink da Costa
Amilton Bueno de Carvalho
Andreya Mendes de Almeida Scherer
Navarro
Antonio Carlos Martins Soares
Artur de Brito Cuiros Souza
Caio de Oliveira Lima

Cesar Flores
Firly Nascimento Filho
Flávia Lages de Castro
Francisco de Assis M. Tavares
Gisele Cittadino
Humberto Dalla Bernardina de Pinho



João Theotônio Mendes de Almeida Jr.
Ricardo Máximo Gomes Ferraz
Sergio Demoro Hamilton
Társis Nametala Sarlo Jorge
Victor Gameiro Drummond

Livraria Cultural da Guanabara Ltda
- Centro
Rua da Assembléia, 10/20º andar/ SL.
2022 - CEP: 20.011-000 - Rio de Janeiro
- RJ
Tel: (21) 3505-5888
Fax: (21) 3505-5865 - Fax Loja: (21)
3505-5872

Livraria Cultural da Guanabara Ltda
- Centro
Rua da Assembléia, 10/Loja C/H
CEP: 20.011-000 - Rio de Janeiro - RJ
Tel: (21) 3505-5888/ 5854/ 5855/ 5856

Livraria e Editora Lumen Juris Ltda
- RJ
Rua da Assembléia, 36/2º Andar/ SL. 201
à 204 - Centro
CEP: 20.011-000 - Rio de Janeiro - RJ
Tel: (21) 2508-6591/2509-5118
Site: www.lumenjuris.com.br

Depósito - Lumen Juris - RJ
Av. Londres, 491 - Bonsucesso
CEP: 21041-030 - Rio de Janeiro RJ
Tel: (21) 3216-5888 Fax: (21) 3216-5864
São Cristóvão 2580-2907

BSA Serviço de Divulgação Ltda.
Rua da Assembléia, nº 10/ Sala 2022 -
Centro
CEP: 20.011-000 - Rio de Janeiro - RJ
Tel: (21) 3505-5888

Florianópolis - Lumen Juris - SC
Rua Santa Fé, nº 234 - Bairro: Ingleses
Florianópolis - SC - CEP: 88.058-345
Tel: (48) 3284-3114 (Fax) - (48) 3369-7624

Brasília - Lumen Juris - DF
SCLS Quadra 402 Bloco D - Loja 9 -
Asa Sul
CEP: 70.235-540 - Brasília - DF
Tel/Fax: (61) 3225-8569 (8836) / (61)
3221-9146

Porto Alegre - Lumen Juris - RS
Rua Padre Chagas, 66 Loja 06
Moinhos de Vento
CEP: 90.570-080 - Porto Alegre - RS
Tel/Fax: (51) 3211-0700/3228-2183

São Paulo - Lumen Juris - SP
Rua Correa Vasques, nº48 - Vila
Clementino
CEP: 04.038-010 - São Paulo, SP
Tel.: (11) 5908-0240 / (11) 5081-7772

Belo Horizonte - Lumen Juris - MG
Rua Araguari, 359 Sala 53 - 2º andar-
Barro Preto
CEP: 30.190-110 - Belo Horizonte - MG
Tel: (31) 3292-6371

Salvador - Lumen Juris - BA
Rua Dr. José Peroba nº 349 - Sala: 206
Costa Azul CEP: 41.770-235 - Salvador -
BA
Tel: (71) 3341-3646/3012-6046

Vitória - Lumen Juris - ES
Rua Cloves Machado, nº 176 - Loja 02
Enseada do Suá
CEP: 29.050-590 - Vitória - ES
Tel: (27) 3345-8515/ Fax: (27) 3225-1659

Curitiba - Lumen Juris - PR
Rua Treze de Maio, 506 Conj. 03
São Francisco, CEP: 80510-030 - Curitiba -
PR
Tel: (41) 3598-9092



Leandro Gornicki Nunes

Especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca
Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná
Professor de Direito Penal e Criminologia na Universidade
da Região de Joinville

CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

*O conflito de deveres como causa (supra)legal
de exculpação no Brasil*

EDITORA LUMEN JURIS
Rio de Janeiro
2012





Copyright © 2012 by Leandro Gornicki Nunes

Produção Editorial
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pela originalidade desta obra
nem pelas opiniões nela manifestadas por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou
processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.
A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184
e §§, e Lei nº 6.895, de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão
e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil





Dedicado às vítimas do capitalismo neoliberal.







AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente ao meu filho Lorenzo, dono de um sorriso encantador, fonte de inspiração permanente e prova de que o amor revoluciona. Por ele e por tudo, muito obrigado Fabiana!

A Universidade Federal do Paraná, lugar de preocupação constante com a formação de profissionais altamente qualificados, abre espaço à pesquisa capaz de movimentar mentes e acionar ideias transformadoras. Por isso, agradeço a todos os professores, principalmente àqueles que mais próximos de mim estiveram durante as pesquisas do Mestrado em Direito do Estado: Prof^ª. Katie Silene Cáceres Argüello, Prof. Juarez Cirino dos Santos, Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Prof. Celso Luiz Ludwig. Eles contribuíram de um modo incalculável. A Prof^ª. Katie Silene Cáceres Arguello, com o seu requinte teórico, desperta a atenção para novas linhas de pensamento crítico, contribuindo sobejamente para a formação de discentes aptos a compreender a questão criminal em uma perspectiva libertadora. O Prof. Juarez Cirino dos Santos, dono de uma desigual visão dialética a respeito do Sistema de Justiça Criminal, fascina qualquer ouvinte que tenha preocupação ética com os efeitos deletérios da violência estrutural e institucional existentes nas sociedades capitalistas contemporâneas, e, com isso, é um marco teórico indispensável a qualquer ator jurídico que deseje revolucionar os paradigmas penais. O nosso estimado Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho é responsável por uma cruzada jurídica contra as estruturas inquisitoriais que ainda permeiam o Direito Penal e, principalmente, o Direito Processual Penal, cujo discurso apaixonante serve de plataforma para as





mudanças necessárias, principalmente em tempos de ressaca neoliberal. E o Prof. Celso Luiz Ludwig é daquelas personalidades acadêmicas que genuinamente podem ser chamadas de “mestre”, uma vez que suas provocações filosóficas não impõem respostas, mas abrem caminhos para se perceber o maravilhoso mundo existente na exterioridade do sistema mundo[...] A vocês, muito obrigado!

A vida acadêmica me permitiu conhecer os ilustres Professores Alexandre Morais da Rosa, Paulo Cesar Busato, Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha Júnior e Fabio Bozza, cujas admiráveis construções jurídicas foram decisivas para eu chegar até aqui. Muito obrigado amigos!

Faço questão também de agradecer a presença em minha banca de mestrado, do Prof. Juarez Tavares, cuja obra fundada em uma *dialética negativa* é fonte de inspiração para os estudantes terem uma visão crítica do Direito, enxergando – conforme as suas palavras – “as contradições de uma legislação repressiva em face de uma sociedade essencialmente desigual, desumana e profundamente comprometida com uma visão autoritária”. Não tenho dúvida que muitos seguidores e simpatizantes, a partir da sua obra, passaram a ter consciência que não existem “soluções messiânicas e mirabolantes” para a questão criminal e, assim, focaram seus esforços na luta constante e eterna pela liberdade da pessoa humana. Estimado Prof. Juarez, concordamos: “outro mundo é possível”!

Gritante indelicadeza seria deixar de agradecer aos companheiros de docência em Joinville. Falo em especial da Professora Luana de Carvalho Silva Gusso, cujo apoio inicial transmitiu segurança indispensável no processo seletivo; das estimadas amigas e Professoras Carla Odete Hofmann Fuckner, Denise Franzoni e Maria de Lourdes Bello Zimath; e dos Professores Luiz Gustavo Assad Rupp, Acir Coelho, Waldemar Moreno, Alexandre José Mendes, Ruy Pedro Schneider, Jamil Salim Amin, Cláudio Melquíades Medeiros, Genivaldo Silva e Rogério Zuel Gomes. ¡Hasta siempre!





Registro o meu agradecimento aos colegas, Reinaldo Santos de Almeida Júnior, Bruno Milanez e Helena Schiessl Cardoso, porque, sem as suas indagações despreziosas nos momentos descontraídos eu não conseguiria atentar para detalhes da vida acadêmica.

Agradeço ao grande amigo Dr. Rivaldo Venâncio e à sua hospitaleira mãe, D. Zilda, que gentilmente abriram as portas das suas residências e me receberam de braços abertos, tornando menos difícil a superação dos desafios de estudar no Brasil.

Não poderia deixar de agradecer à clara voz que soprou em meus ouvidos, nos últimos dias de inscrição no processo seletivo, um incentivo acalentador quando pensava eu desistir do sonho de subir as escadarias da Praça Santos Andrade para realizar meus estudos[...] Muito obrigado!

E um último “agradecimento”: aos governantes brasileiros que, com a sua subserviência ao neoliberalismo produziram neste pesquisador as condições materiais para não tolerar passivamente um Sistema de Justiça Criminal que atenta contra a vida humana.

Da “Manchester Catarinense” para a Capital do Paraná, verão de 2012.







¡NO TE SALVES!

*No te quedes inmóvil al borde del camino
no congeles el júbilo
no quieras con desgana
no te salves ahora
ni nunca
no te salves!*

*no te llenes de calma
no reserves del mundo sólo un rincón tranquilo
no dejes caer los párpados pesados como juicios
no te quedes sin labios
no te duermas sin sueño
no te pienses sin sangre
no te juzgues sin tiempo*

*pero si
pese a todo
no puedes evitarlo
y congelas el júbilo
y quieres con desgana
y te salvas ahora
y te llenas de calma
y reservas del mundo sólo un rincón tranquilo
y dejas caer los párpados pesados como juicios
y te secas sin labios
y te duermes sin sueño
y te piensas sin sangre
y te juzgas sin tiempo
y te quedes inmóvil al borde del camino
y te salvas
entonces...
¡ no te quedes conmigo!*

Mário Benedetti







SUMÁRIO

Prefácio	XVII
Introdução	XXIII

Primeira parte

Direito Penal e Criminologia Crítica

Capítulo 1 – Fundamentos axiológicos de Direito Penal	1
1. Conceito de Direito Penal e Estado Constitucional de Direito	1
2. Interdisciplinaridade construtiva do Direito Penal	11
2.1. Interdisciplinaridade do Direito Penal com a Política Criminal	12
2.2. Interdisciplinaridade do Direito Penal com a Criminologia Crítica	18
3. Fontes do Direito Penal	21
3.1. Crítica à <i>fonte formal</i> do Direito Penal e <i>transformação ética</i>	21
3.2. A <i>fonte material</i> do Direito Penal: <i>materialismo dialético</i> e <i>seletividade</i>	30
4. Objetivos do Direito Penal e Ética da Libertação	35
4.1. Objetivos <i>declarados</i> do discurso jurídico oficial	36
4.2. Objetivos <i>reais</i> do discurso jurídico crítico	38





Capítulo 2 – Criminologia Crítica e Culpabilidade: mediações necessárias a um novo fundamento material da culpabilidade	41
1. Introdução	41
2. A criminologia tradicional: positivismo e defesa social	45
2.1. Positivismo criminológico	45
2.2. A ideologia da Defesa Social	51
3. A Revolução Paradigmática: o <i>labeling approach</i> e a crise maniqueísta	56
4. Criminologia Crítica e Materialismo Histórico	64
4.1. A Nova Criminologia: a crítica Radical, Dialética e da Libertação	64
4.2. Criminologia Crítica: estereotipia, capitalismo, subcidadania e globalização neoliberal	72
4.2.1. Teorias sociológicas do desvio e da criminalidade: a estereotipia da pobreza	72
4.2.2. A acumulação primitiva do capital e a violência institucional do Direito	77
4.2.3. A construção social da subcidadania no Brasil: escravidão e cultura maniqueísta	83
4.2.4. Criminologia Crítica e globalização neoliberal: efeitos deletérios no Direito Penal	91
5. Criminologia Crítica e Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência institucional	114

Segunda parte

Culpabilidade e conflito de deveres

Capítulo 3 – Culpabilidade e um novo fundamento material	123
1. Conceito de culpabilidade	124





1.1. Conceito psicológico e positivismo	125
1.2. Conceito psicológico-normativo: neokantismo e viragem normativista	128
1.3. Conceito normativo e finalismo	133
1.4. Conceito dialético e contexto sócio-histórico	135
1.5. Conceito de culpabilidade e a legislação penal brasileira	136
2. Fundamento material da culpabilidade no Estado Social e Democrático de Direito	138
2.1. Democracia e incongruência dos métodos de definição da culpabilidade	144
2.2. Culpabilidade e vulnerabilidade/risco de seleção	149
2.3. Coculpabilidade da sociedade organizada e corresponsabilidade social	154
2.4. Culpabilidade, Alteridade e Tolerância	160
2.5. Culpabilidade e responsabilidade	169
Capítulo 4 – Inexigibilidade de conduta conforme o direito: o conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação	173
1. Introdução	173
2. (In)exigibilidade de conduta conforme o direito	177
3. Conflito de deveres e exculpação	183
3.1. O conflito de deveres como causa supralegal de exculpação	184
3.2. O conflito de deveres como causa legal de exculpação	200
4. A factibilidade empírica do conflito de deveres como causa legal de exculpação	211
Conclusões	217
Referências bibliográficas	227







PREFÁCIO

Certa vez, ao entrevistar Ernst Bloch, Michael Löwy colocou-lhe a seguinte questão: “De onde vem nos intelectuais essa atitude ‘cavalheiresca’ anticapitalista, de pessoas como Marx, Engels, Bakunin, etc.?” Ao que Bloch lhe respondeu:

“Os proletários não têm necessidade de ‘ética’ para se revoltar contra a opressão e a exploração. Os intelectuais, entretanto, não podem ter senão motivações éticas, já que a revolução se opõe a seus interesses pessoais; eles cortam o galho sobre o qual estão assentados ao se tornarem revolucionários. Se Marx tivesse sido um bom burguês como os outros, ele não teria passado fome em Londres[...] Evidentemente, neste caso, ele não teria escrito *O Capital!*”¹

Ao receber o honroso convite para prefaciар o excelente livro de Leandro Gornicki – *Culpabilidade e exculpação: o conflito de deveres como causa supra(legal) de exculpação no Brasil* – essa passagem de Ernst Bloch veio logo à minha mente, sem me lembrar exatamente em qual dos inúmeros livros do Löwy eu a reencontraria. Depois de uma busca nas estantes,

1 LÖWY, Michael. *Pour une sociologie des intellectuels révolutionnaires* (Interview avec Ernst Bloch). Paris: PUF, 1976, p. 299. Tradução livre de: “M. LÖWY: *D’où vient chez les intellectuels cette attitude ‘chevaleresque’ anticapitaliste, chez des gens comme Marx, Engels, Bakounine, etc? (...) E. BLOCH: Les prolétaires n’ont pas besoin de ‘morale’ pour se révolter contre l’oppression et l’exploitation. Les intellectuels cependant ne peuvent avoir que des motivations éthiques, puisque la révolution s’oppose à leurs intérêts personnels; ils scient la branche sur laquelle ils sont assis en devenant révolutionnaires. Si Marx avait été un bon bourgeois comme les autres, il n’aurait pas souffert de faim à Londres[...]Evidemment, dans ce cas-là, il n’aurait pas écrit Le Capital!*”





reencontrei a obra e a passagem que havia inicialmente associado de forma intuitiva ao trabalho de Leandro Gornicki.

Há razões para o surgimento dessa associação. Primeiramente, porque Leandro Gornicki não se rende ao ufanismo do mercado e se insurge contra toda a exploração e a opressão do ser humano. Como intelectual, ele assume corajosamente as suas *motivações éticas* para estar do lado daqueles que estão em situação de vulnerabilidade social diante do grande *Moloch* que representa o sistema de justiça criminal no Brasil e na América Latina. Além disso, Leandro assume a atitude *cavaleiresca* de ser um “antipenalista” que atua na área de Direito Penal com profundo conhecimento da dogmática, conforme ficou demonstrado neste trabalho. Nesse sentido, ele também *corta o galho da árvore sobre o qual está assentado*.

Este livro coloca-se na contracorrente do pensamento hegemônico de maximização do Direito Penal, em que os poderes públicos abandonam a retórica da igualdade para realizar apenas a “gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda.”² A perspectiva deste trabalho é verdadeiramente democrática, segue na direção oposta ao *populismo penal* que utiliza metáforas bélicas para se defender *manu militari* dos marginalizados sociais.

Leandro teve a ousadia necessária para cumprir seus objetivos de realizar um trabalho que constitui ao mesmo tempo uma *crítica externa* (a partir da criminologia crítica), além de uma *crítica interna* à dogmática penal, com absoluto domínio de ambos os discursos. Esta é uma tarefa difícil, pois realizar a crítica ao pensamento hegemônico em matéria penal é como erigir uma *catedral* em meio ao *deserto* (parafraseando Alessandro Baratta). O discurso acadêmico crítico nem chega perto de ter o impacto que têm os meios de comunicação de massa reprodutores do senso comum sobre a criminalidade e

2 WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 30.





o criminoso. O poder de difusão desse senso comum perpassa as agências de controle social repressivo que reproduzem na *práxis* cotidiana tudo o que já conhecemos sobre esse “moinho de gastar gente” (Darcy Ribeiro).

O presente trabalho possui diversos méritos, além da sua notória seriedade, o caráter verdadeiramente interdisciplinar, que discorre com a mesma fluidez em diferentes áreas (filosofia, sociologia, criminologia, dogmática penal), mantém coerência do início ao fim com o marco teórico proposto e foi escrito fundamentalmente com a paixão peculiar daqueles vocacionados à pesquisa, sem descuidar da política que envolve desde a escolha do tema. Como assevera Baratta, a Criminologia crítica permite reconhecer o caráter seletivo, fragmentário e criminalizante dos marginalizados sociais, dos mais vulneráveis. Embora permaneça arbitrária a opção por um grupo social (pode haver divergência entre *decisão teórica* e *opção prática*), na melhor das hipóteses, trata-se de um sentido de *justiça* e de *solidariedade* com os marginalizados sociais. Portanto, definir de que lado o sujeito se coloca diante desta questão, como o faz Leandro, permite “colocar em perspectiva a construção de um ponto de vista normativo para a ação prática internamente aos conflitos, ou seja, da tomada de posição a favor de uma das partes”.³

Seu objetivo é refletir sobre a necessidade de incorporação do *conflito de deveres* como causa de *exculpação* ao sistema jurídico em face dos contingentes marginalizados pela globalização neoliberal, aos quais é dirigida a política de controle social repressiva.

Na primeira parte do trabalho, utiliza-se da dogmática penal e da criminologia crítica para indagar os fundamentos

3 BARATTA, Alessandro. Che cosa è la criminologia critica? (entrevista a Victor Sancha Mata). In: *Dei Delitti e delle Pene*. Roma: Abele, n. 1/1991, p. 51-81. Tradução livre de: “costruzione di un punto di vista normativo per l’azione pratica all’interno dei conflitti, ossia della presa di posizione a favore di una delle parti.” (p.67)





axiológicos do Direito Penal num Estado Democrático com vistas à fundamentação material do conceito de *culpabilidade*, e, na segunda parte, fundamenta sua tese do *conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação*.

Parte, inicialmente, do contexto de *conflito de deveres* (WELZEL), e da tese original de Juarez Cirino dos Santos, segundo a qual:

“Situações de *conflito de deveres* ainda mais relevantes são comuns no contexto de *condições sociais adversas* em que vive a maioria do povo brasileiro – a máxima negação da *normalidade da situação de fato* pressuposta no *juízo de exigibilidade* –, nas quais trabalhadores marginalizados do mercado de trabalho, especialmente por efeito de políticas econômicas recessivas das áreas periféricas, impostas pelos interesses hegemônicos da globalização do capital, são constrangidos a *romper vínculos normativos comunitários* (ou seja, deveres jurídicos de omissão de ações proibidas) para ‘*preservar concretamente valores superiores*’ (por exemplo, o dever jurídico de *garantir* a vida, saúde, moradia, alimentação e escolarização dos filhos), como indicam estatísticas crescentes de crimes patrimoniais cometidos por ex-empregados da indústria, do comércio e da agricultura, para impedir a desintegração da família, a prostituição das filhas e a *piveteização* dos filhos, depois de anos de frustradas tentativas de reinserção no mercado de trabalho, sob a tortura da fome, da doença, da insegurança, da angústia, do desespero. Quando condições de existência social adversas deixam de ser a exceção transitória para ser a regra constante da vida das massas miserabilizadas das sociedades fundadas na relação *capital/trabalho assalariado*, então o crime pode constituir *resposta normal* de sujeitos em *situação social anormal*. Nessas condições, os critérios normais de valoração do comportamento individual devem mudar, utilizando pautas excepcionais de *inexigibilidade* para fundamentar





hipóteses *supralegais* de exculpação por *conflito de deveres*, porque, afinal, o direito é regra da vida.”⁴

Leandro Gornicki tem ainda o enorme mérito de se utilizar do *conflito de deveres em condições sociais adversas*, desenvolvendo-o de modo muito *original* para reduzir o encarceramento em massa dos excluídos. Ele busca os fundamentos epistemológicos para a transformação da legislação penal pátria, propõe um modelo de exculpação por conflito de deveres que seja adequado à nossa realidade social, e se insere na perspectiva epistemológica orientada pelo critério de justiça que nega “a negação material das vítimas”, com fundamento na *práxis* da libertação (*produção e reprodução e desenvolvimento da vida material do sujeito*) para gerar “um novo discurso jurídico-penal” a partir da *exterioridade* “onde a dignidade humana está negada”.⁵

O texto que tive o prazer de acompanhar na qualidade de orientadora do Autor no Mestrado em Direito da Universidade Federal do Paraná, é um convite a uma bela reflexão em que o olhar externo da criminologia aprimora a construção interna da dogmática penal (não para a legitimar, mas para a tornar menos desumana). Além disso, possui caráter propositivo, muito bem fundamentado, no sentido de positivar no ordenamento jurídico brasileiro a *inexigibilidade de conduta conforme o direito* em situações nas quais o comportamento delituoso decorra de pobreza e marginalidade extremas.

Embora dissertações de mestrado e teses de doutorado não necessariamente tenham de ser propositivas ou revolucionárias, a leitura de trabalhos como este, pleno de uma “*utopia concreta*” (Ernst Bloch), aquece-nos como a luz solar em

4 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito, 2012, p. 334-335.

5 GORNICKI NUNES, Leandro. *Culpabilidade e exculpação: o conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil* (dissertação de mestrado). Curitiba: PPGD/UFPR, 2012, p. 8.





um tempo que poderia ser descrito, na seara da segurança pública e do Direito Penal, como “*uma noite polar de dureza e escuridão geladas*” (Max Weber).

Curitiba, 22 de junho de 2012.

Katie Silene Cáceres Arguello

Professora da Graduação e Pós-graduação em Direito
da Universidade Federal do Paraná, vinculada
ao Departamento de Direito Penal e Processual Penal.

Mestre em Direito Pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Doutora em “Anthropologie et sociologie du politique”
da Université Paris 8, com revalidação em Direito
(Sociologia do Direito).

Membro do Instituto de Criminologia e Política Criminal
(ICPC) de Curitiba-PR.





INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende, a partir do estudo interdisciplinar da dogmática penal e da Criminologia Crítica¹, demonstrar que, em tempos de ressaca neoliberal e exclusão social, o *conflito de deveres* (*die pflichtenkollision*) deve ser incorporado ao sistema jurídico como causa de *exculpação*, sob pena de manutenção de um controle social cuja finalidade precípua é a contenção das massas miserabilizadas, sem qualquer perspectiva de efetivação das normas vinculadas ao Estado Social e Democrático de Direito.²

- 1 Criminologia Crítica deve ser entendida como o conjunto de construções teóricas e ideologias refratárias a qualquer perspectiva reacionária de Política Criminal e às teorias etiológicas de explicação do fenômeno criminal, como por exemplo, o positivismo biologicista ou sociológico e o ufanismo das políticas de “lei e ordem”. Há quem duvide da sobrevivência da Criminologia em face do caráter artificial do seu objeto de saber (criminalidade e reação social), que é um sistema convencional. Nesse sentido, Pavarini afirma que “reconhecer a artificialidade do discurso criminológico não deve significar só limitar-se à crítica do sistema penal e das funções de legitimação operadas pelo discurso criminológico. Por outra parte, essa tarefa pode ser melhor realizada, antes da Criminologia Crítica, pela filosofia política e jurídica”. Ver PAVARINI, Massimo. *Un arte abyecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidad*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006. p. 265-287.
- 2 Conforme Miranda, trata-se do *modelo de organização constitucional* que convive ou sucede ao Estado Liberal (segunda fase do Estado de Direito), aprofundando a liberdade e a igualdade em sentido social, integrando politicamente todas as classes sociais, articulando *direitos, liberdades e garantias* (autonomia pessoal) com *direitos sociais* (condições materiais e culturais de vivência das pessoas), bem como a *igualdade jurídica* com *igualdade social* e *segurança jurídica* com *segurança social*. Além disso, o Estado Social e Democrático de Direito estabelece a recíproca implicação entre *liberalismo político* e *democracia*. In MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 42-43. Canotilho afirma que “o Estado de direito só será social se não deixar de ter como objectivo a realização de uma democracia econômica, social e cultural e só será democrático se mantiver firme o princípio de subordinação





Há duas partes no texto: a primeira tratará do Direito Penal e da Criminologia Crítica; a segunda tratará da culpabilidade e do *conflito de deveres* como *causa (supra)legal de exculpação*, visando a emancipação das vítimas do sistema capitalista.

Serão perquiridos os fundamentos axiológicos do Direito Penal em um Estado Social e Democrático de Direito, com o propósito de construir uma base teórica para a proposição de um novo fundamento material ao conceito de culpabilidade, que é o ponto de partida para o acolhimento do *conflito de deveres* como *causa (supra)legal de exculpação*.

Após, apoiado no *materialismo histórico e dialético*,³ o trabalho se aproximará da Criminologia Crítica, apresentando

do poder econômico ao poder político. As tentativas de expurgação do social com o intuito de destilar um Estado de direito quimicamente puro, isto é, um Estado sem o compromisso da socialidade, mais não são do que coberturas ideológicas para políticas econômicas e sociais onde não cabem deveres de solidariedade e de inclusão do outro". In CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999. p. 39. É importante destacar que este trabalho não segue o formalismo liberal-individualista do Direito Penal burguês. Com uma visão crítica, pretende demarcar representações jurídicas como possibilidade prática de um Direito que contribua para o processo de emancipação humana concreta, ou seja, pretende ser uma *práxis libertária*. Não é reformismo inócuo, é ação eficiente de transformação.

- 3 É a observação da realidade histórica decorrente da *luta de classes*, ou seja, das raízes do *modo de produção da vida material*. Segundo a *teoria do desenvolvimento social* marxiana, o mundo não é um *conjunto de coisas acabadas*, mas é um *conjunto de processos* em devir que coloca a *dialética* como *ciência das leis gerais do movimento*. Nesse sentido: AVELÃS NUNES, António José. *Uma introdução à economia política*. São Paulo: Quarter Latin, 2007. p. 31. A respeito do *materialismo histórico*, Marx afirmou, no prefácio da segunda edição de *O Capital*, em 24 de janeiro de 1873: "Meu método dialético, por seu fundamento, difere do método hegeliano, sendo a ele inteiramente oposto. Para Hegel, o processo do pensamento – que ele transforma em sujeito autônomo sob o nome de ideia – é o criador do real, e o real é apenas sua manifestação externa. Para mim, ao contrário, o ideal não é mais do que o material transposto para a cabeça do ser humano e por ela interpretado". MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. Livro primeiro: o processo de produção do capital. V. I. 23 ed. Trad. Reginaldo Sant'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. p. 28. Anteriormente, em janeiro de 1859, ele havia escrito no prefácio *Para uma crítica da Economia Política*: "o modo de produção da vida material condiciona o processo de vida social, política e intelectual em geral. Não é





mediações necessárias para a proposição desse novo fundamento material para a *culpabilidade*, merecendo destacar a totalidade⁴ do pensamento criminológico positivista (ainda presente nas ações dos aparelhos repressivos de Estado), a subcidadania histórica impingida à maior parte da população, a acumulação primitiva do capital, as origens e bases do capitalismo neoliberal, a construção social do desvio e da criminalidade e a violência estrutural e institucional.

Neste momento, a Criminologia Crítica surge como instrumento teórico idôneo para promover o desvelamento da realidade social e da cultura punitivista comprometida com a manutenção dos interesses do *poder hegemônico*,⁵

a consciência dos homens que determina o seu ser; é, ao invés, o seu ser social que determina a sua consciência". In MARX, Karl. Para uma Crítica da Economia Política (Prefácio). *Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos*. Os Pensadores. Rio de Janeiro: Abril Cultural, 1974. p. 135-136.

- 4 A *totalidade* aqui criticada é aquela que encobre o mundo situado além da sua lógica, negando e ocultando a possibilidade real da *lógica da alteridade*. Nota-se que não há qualquer relação com o *princípio da totalidade*, analisado por Lukács, onde a sociedade é vista como realidade complexa e articulada, formada por mediações, contradições e processos, segundo Lukács. In LUKÁCS, G. *História e consciência de classe*. Rio de Janeiro/Porto: Elfos/Escurião, 1989. p. 41.
- 5 O *poder hegemônico* deve ser compreendido na perspectiva gramsciana: a partir da *forma de propriedade dominante (relações de produção)* serão desenvolvidas as instituições políticas e estatais, bem como a maneira de pensar e a consciência dos membros de uma sociedade. As ideias dominantes em uma sociedade pertencem à *classe dominante* dessa sociedade. Nas sociedades capitalistas, a *classe dominante* é a dos *donos dos meios de produção ou do capital* (capitalistas), enquanto que a *classe dominada* é composta pelos *donos da força de trabalho* (proletários). Somente com a tomada de consciência dessa contradição insuperável existente entre capital e trabalho assalariado, por meio de um constante e penoso processo educativo, é que o proletariado pode aderir a uma nova linha política, percebendo que esse modo de produção é prejudicial às suas *necessidades reais*. Portanto, é possível intuir que a *ideologia* possui o poder de manter coeso um *bloco histórico* de pessoas pertencentes a classes antagônicas. É necessário, então, que a *classe dominada* adquira uma concepção própria de mundo e de cultura (organicidade e capacidade crítica), passando a ser autônoma e, posteriormente, hegemônica ou dirigente, pois, somente assim será possível conquistar o poder. O *poder hegemônico* decorre da unificação do pensamento e da ação das classes sociais. Essa unificação depende da educação crítica, capaz de acabar com o conflito existente entre a





mormente em um país marcado por profunda e crescente desigualdade social.

Uma revisão (anti)dogmática concluirá que o *conflito de deveres* é causa idônea à *exculpação* de condutas tidas como ilícitas, mas que não podem ser punidas criminalmente, pois praticadas em *condições anormais de motivação da vontade em situações da vida* (marginalidade e pobreza extremas) e, assim, insuscetíveis de *responsabilidade*.

O populismo punitivo e o Direito Penal do Inimigo (*feinds-
trafrecht*) se irradiam com força no interior do Sistema de Justiça Criminal, gerando uma panpenalização, de modo que é dever daqueles comprometidos com a Constituição um movimento cultural contrário a tal prática, mormente quando se vê a mídia difundindo a ideia de que punir criminalmente é a panacéia do mal, ou seja, propagando um discurso maniqueísta. O estudo do Direito Penal e da teoria do fato punível não pode ficar alheio à realidade social e punitiva do nosso país, caracterizada por uma *seletividade* marcadamente classista e racista, onde as leis são aplicadas de forma flagrantemente desigual, bastando ver os dados estatísticos oficiais da população carcerária para ser apurada a situação. Por essa razão, a culpabilidade não pode ser estudada sob uma lógica meramente formal, ou seja, apenas sob os fundamentos tecnicistas do senso comum teórico dos juristas, vinculados a um legalismo rasteiro.

A Criminologia Crítica deve interagir no estudo da teoria do fato punível, contribuindo para o *conflito de deveres* ser

filosofia real (práxis) e a *filosofia declarada* (consciência), fazendo da teoria e da ação prática os elementos de uma *nova cultura* revolucionária. No desenvolvimento desse processo, os *intelectuais orgânicos* possuem papel fundamental para difusão das ideologias e manutenção – (ou não!) – da coesão do *bloco histórico* e o consenso no seu interior, indispensável para o exercício do poder. Sem coesão do *bloco histórico*, haverá separação entre poder e direção, surgindo a *crise de hegemonia*: momento cultural, moral e ideal de grande importância para o processo revolucionário. Ver GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel*: as concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci. Trad. Dario Canali. 11. ed. Porto Alegre: L&PM, 1986. p. 81-85.





uma *causa de exculpação* em países afetados pelo neoliberalismo que viola os Direitos Humanos. Aqui, o *conflito de deveres* será exposto em sua vertente socioeconômica, pois, no Brasil, as desigualdades sociais são abissais e multidões de excluídos não possuem alternativa, senão agir em desacordo com as leis. Isso não implica assegurar um salvo-conduto às massas miserabilizadas para praticarem crimes. Até porque *a criminalidade não está na pobreza; está em todas as classes sociais!* Mas, é inegável que no contexto de marginalidade e pobreza extremas não se pode exigir do autor do fato punível uma conduta conforme o direito, não havendo *responsabilidade*.

Em termos analíticos, é importante destacar que, dos elementos que constituem o fato punível, a culpabilidade é aquele mais vinculado ao indivíduo, ao Estado e ao ato de punir; é o fator mais humanístico do conceito analítico de fato punível em face do seu vínculo a fatores psicossomáticos do indivíduo e à política estatal de desqualificação jurídica. A partir do normativismo, a culpabilidade passou a ser *reprovabilidade* da configuração da vontade. É o entendimento de Frank,⁶ Goldschmidt,⁷ Freudenthal,⁸ Welzel⁹ e Jescheck.¹⁰ Mas, a práxis jurídica conduz o Sistema de Justiça Criminal a paradigmas metafísicos e antidialéticos, inaptos a resolver eticamente os casos penais, pois permitem a negação da *produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito*.¹¹

6 FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Trad. Gustavo E. Aboso y Tea Löw. Montevideo: B de F, 2000.

7 GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Trad. Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez. Montevideo: B de F, 2002.

8 FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal*. Trad. José Luis G. Dalbora. Montevideo: B de F, 2003.

9 WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán: parte general*. Trad. Juan Bustos Ramírez y Serio Yañes Pérez. 11. ed. Santiago: Jurídica do Chile, 1976.

10 JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981. p. 559.

11 *A produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito é o princípio universal da Ética da Libertação*, desenvolvida por Enrique Dussel. Segundo





Ainda que admitido o mito contratualista, deve ser lembrado que o contrato social (ficção liberal individualista) é *sinalagmático*, não permitindo que o *Leviathan* incrimine os excluídos,¹² quando ele deixa de cumprir as promessas da modernidade. Se o discurso penal continuar se estruturando nas ciências positivas, continuaremos a ver o eficientismo penal vender a ideia de Defesa Social, mantendo o neoliberalismo e a luta de classes, ficando as promessas da modernidade relegadas à retórica política.

Em geral, os métodos de avaliação da culpabilidade partem de condições e fundamentos desvinculados da pessoa concreta do autor do fato, havendo uma alienação da realidade e do conteúdo material dos conflitos sociais (*idealismo*). Por isso, são insuficientes as hipóteses legais de *exculpação* no Brasil, pois desconsideram o *princípio universal* de toda ética. Há casos em que o flagelo real das condições sociais (característica da vida do povo das favelas e bairros pobres das áreas urbanas das grandes cidades) deve embasar uma nova hipótese de *exculpação (supra)legal*, uma vez que em situações sem alternativas (insuportáveis e insuperáveis pelos meios convencionais), não existe espaço para a culpabilidade; eis a hipótese

ele, toda ética tem um *princípio universal*: a obrigação de *produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito ético em comunidade*. In DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão*. 2. ed. Trad. Epharim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 93.

- 12 Apesar da referência feita à figura hobbesiana, com apoio em Foucault, “é preciso desvencilhar-se do modelo do Leviatã, desse modelo de um homem artificial, a um só tempo autômato, fabricado e unitário igualmente, que envolveria todos os indivíduos reais, e cujo corpo seriam os cidadãos, mas cuja alma seria a soberania. É preciso estudar o poder fora do modelo do Leviatã, fora do campo delimitado pela soberania jurídica e pela instituição do Estado; trata-se de analisá-lo a partir de técnicas e táticas de dominação. Eis a linha metódica que, acho eu, se deve seguir, e que tentei seguir nessas diferentes pesquisas que [realizamos] nos anos anteriores a propósito do poder psiquiátrico, da sexualidade das crianças, do sistema punitivo, etc.”. In FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Trad. Maria E. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 40.





do *conflito de deveres*.¹³ Essa nova hipótese deve ser introduzida na lei penal, e, em caso de inércia legislativa, deve ser reconhecida como *exculpante supralegal*. De qualquer modo, o *conflito de deveres* surge como caminho ético a ser doutrinariamente e legalmente reconhecido para se chegar à justiça social e exigir do Estado a efetiva implementação das disposições constitucionais, notadamente os *fundamentos, objetivos, direitos e garantias fundamentais* da República Federativa do Brasil.

Os *intelectuais orgânicos* precisam deixar a lógica puramente analítica do modelo de Direito liberal-individualista-normativista e tomar consciência da necessidade de uma *nova cultura jurídico-penal*, substituindo as concepções ideológicas das classes dominantes, em direção à democratização da sociedade. E o Estado deve reconhecer a sua *coculpabilidade*¹⁴ em relação a delitos perpetrados (in)diretamente pela injustiça das condições sociais desfavoráveis à população marginalizada que são determinantes de *anormal motivação da vontade* nas decisões da vida. Em suma, deve ser buscada uma contra-hegemonia, ou seja, lutar por novas superestruturas político-jurídicas, que é condição para uma nova sociedade.¹⁵

A interação da dogmática penal com a Criminologia Crítica demonstrará que o populismo punitivo e as políticas

13 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 335.

14 ZAFFARONI, E. Raúl. *Manual de Derecho Penal*. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 520-521.

15 "Porém isso não é fácil quando se conhecem os próprios limites corporativos dos operadores jurídicos e das suas instituições, no âmbito corporativo profissional, por exemplo, e o seu histórico distanciamento e mesmo o preconceito em relação às demandas populares, vistas como extrajurídicas e não razoáveis, pois são ditadas por pautas políticas desafiadoras do *statu quo*, do império da lei, embora tenha havido um processo de conscientização de integrantes do judiciário, da questão socioeconômica-ambiental, e um uso alternativo cada vez mais freqüente do próprio direito positivo, através de uma interpretação de cunho mais socializante e historicizadora das questões jurídicas (principalmente constitucionais)". VERAS NETO, Francisco Quintanilha. Gramsci, Hegemonia e Estado. In: FONSECA, Ricardo Marcelo [Org.]. *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 140.





neoliberais difundem o medo na sociedade e determinam a adoção de medidas odiosas – como a punição desenfreada dos excluídos –, típicas da transnacionalização do controle social (imperialismo punitivo), impedindo a *produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito em comunidade*.

Nesse quadro social, o *conflito de deveres* aparece como instrumento dogmático capaz de evitar (ou diminuir) o encarceramento dos excluídos, diuturnamente efetuado com base em uma racionalidade formal (*razão instrumental*), mantenedora da dominação de classes e do aprofundamento dos abismos sociais.

Com o *conflito de deveres* se espera a construção de um novo paradigma no Direito Penal, aproximando-o dos *fundamentos, objetivos, direitos e garantias fundamentais*, previstos na Constituição de 1988, dentre os quais a *erradicação da pobreza*, a partir da exposição visceral da contradição insuperável do capitalismo e de seus reflexos sociais nocivos (*razão dialética*).

O objetivo geral da pesquisa é identificar os contornos da *culpabilidade*, reconhecendo os limites éticos do *conflito de deveres*, nas suas dimensões política, social e econômica, como forma de exculpação, em face da *inexigibilidade de comportamento conforme o direito*.

No nível dos objetivos específicos, pretende-se inserir no contexto dogmático-penal uma carga humanista refratária aos movimentos punitivistas e ao cientificismo burguês, apresentando-se fundamentos epistemológicos para a modificação da legislação penal brasileira e inserindo-se uma nova forma de exculpação no Código Penal: o *conflito de deveres*.¹⁶

16 No presente trabalho, seguimos a terminologia indicada por Juarez Cirino dos Santos. Mas, entendemos que essa *causa de exculpação* também poderia se chamar *circunstâncias sociais exculpantes*. Por outro lado, diante da grande controvérsia doutrinária em torno da *(in)exigibilidade de conduta conforme o direito* como *causa supralegal de exculpação*, o *conflito de deveres* também pode ser compreendido como uma *causa pessoal de exclusão da punibilidade*, pois, caso não seja reconhecida a *ausência de culpabilidade*, cabe reconhecer a *ausência de*





Buscar-se-á colocar a *vida humana* das vítimas do capitalismo em um horizonte concreto (material) de desenvolvimento das ciências criminais, demonstrando que a *ética normativa* do discurso punitivo se situa no nível dos meros *juízos de valor*, sendo desprovida de *juízos de fato*, empíricos e descritivos. Ficará demonstrado que o Sistema de Justiça Criminal, ao invés de representar o “bem”, representa dialeticamente o “mal”, por ser uma das causas da produção de vítimas e de violação dos Direitos Humanos.¹⁷

Numa perspectiva de compreensão da realidade *antropocêntrica*, e partindo-se de um paradigma da *vida concreta de cada sujeito*,¹⁸ consciente da *negatividade material* das vítimas

responsabilidade, diante da inexistência de *função preventiva especial ou geral da pena criminal*, cabendo ao Estado renunciar ao poder punitivo nesses casos, adotando as medidas necessárias para retirar o agente do contexto de marginalidade e pobreza extremas, conforme determinação constitucional. Em um contexto diverso, mas também defendendo a *ausência de responsabilidade*, diante da *inexistência de função preventiva da pena criminal*: PETERS, Karl. Die Tötung Von Menschen in Notsituationen. *Juristische Rundschau*. Berlim, n. 24, p. 742-746, jan.1950, *apud* ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Días y García Conlledo; Javier de V. Remesal. Madrid: Civitas, 2008. p. 964.

- 17 Segundo Gramsci: “o início da elaboração crítica é a consciência daquilo que somos realmente, isto é, um ‘conhece-te a ti mesmo’ como produto do processo histórico até hoje desenvolvido, que deixou em ti uma infinidade de traços recebidos sem benefício no inventário. Deve-se fazer, inicialmente, este inventário”. GRAMSCI, Antonio. *A concepção dialética da história*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978. p. 47.
- 18 Conforme lição de Celso Luiz Ludwig, a história da filosofia pode ser classificada em quatro paradigmas: a) *ontológico*: paradigma do *ser* (Platão; Aristóteles); b) *mentalista*: paradigma da *consciência* (Descartes; Kant; Hegel); c) *lingüístico*: paradigma do *agir comunicativo* (Habermas; Apel); e, d) *libertador*: paradigma da *vida concreta de cada sujeito* (Dussel). Os três primeiros paradigmas fazem parte de um sistema categorial fundado na *totalidade* central (realidade européia e norteamericana), enquanto que o último paradigma está vinculado à categoria periférica latinoamericana, ou seja, à *exterioridade*; lugar para um pensar crítico libertador, em face da alteridade oprimida pelo pensar totalitário. In LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação*: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito, 2006. p. 14-16.





que habitam o Brasil, o texto buscará na *crítica ética do sistema vigente* e no *princípio libertação*, os fundamentos de um paradigma *revolucionário*.¹⁹

Um novo sistema social e jurídico deve estar orientado pelo critério de justiça (*inclusão social*), negando a negação material das vítimas. Onde a vida está negada, deve surgir a *práxis de libertação* transformando o sistema vigente e promovendo a inclusão dos excluídos (sujeitos sócio-históricos). O que se deseja é contribuir para o desenvolvimento de um Direito Penal fundado nos valores da nossa própria cultura e nas hipóteses do nosso “mundo” brasileiro (perspectiva transformadora), sem que isso represente um ideal *comunitarista*, pois tal desejo está fundado no critério e princípio material universal de *produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito*.

Esse é o lugar epistemológico de onde parte a possibilidade de um *novo discurso jurídico-penal*, ou seja, desde a *exterioridade*, onde a dignidade humana está negada.

Esta modesta colaboração almeja interpretar a culpabilidade a partir da origem histórica da negação material das vítimas, lançando um *juízo ético-crítico* contra o sistema vigente, formulando alternativas (ação transformadora de normas, instituições e sistemas de eticidade) a partir desse horizonte de opressão, desvinculando-a de qualquer moralismo vulgar e autoritário, em respeito aos pilares secularizados que sustentam o penalismo ilustrado, sem se limitar à sua lógica formal, mas buscando materializar democraticamente as suas disposições garantidoras da *produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito em sociedade*.

19 “A impossibilidade de resolução de certos problemas segundo as regras do jogo do paradigma hegemônico e o acúmulo de situações sem respostas pode fazer com que a ciência normal entre em processo de crise. A exigência de solução dos problemas acumulados permite o processo de elaboração de novo paradigma. É nessa mudança que se instaura a ciência revolucionária”. In LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação*[...], p. 25.





PRIMEIRA PARTE

DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA CRÍTICA







CAPÍTULO 1

Fundamentos axiológicos de Direito Penal

O estudo da *culpabilidade* e das respectivas *exculpantes*, exige prolegômenos e a análise dos fundamentos axiológicos de Direito Penal no Estado Social e Democrático de Direito, visando reabilitar políticas criminais refratárias a paradigmas reacionários e maniqueístas, com a preservação e a expansão de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República.

1. CONCEITO DE DIREITO PENAL E ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

Segundo Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, “toda delimitação de um saber corresponde a uma certa intencionalidade, pois, sempre que se procura saber, persegue-se algum objetivo, o qual, pelo menos no caso das disciplinas jurídicas em geral e do Direito Penal em particular, não pode ser a mera curiosidade.”¹ Para o desenvolvimento do Direito Penal em conformidade com as expectativas de uma ordem constitucional social e democrática é fundamental que seja definido o seu conceito (ponto de partida de todas as conclusões).

1 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. V. 1. p. 38.



Objetivamente, pode-se dizer que Direito Penal é o ramo do ordenamento jurídico que define fatos puníveis (crimes, delitos ou contravenções) e comina penas ou medidas de segurança aplicáveis aos respectivos autores, imputáveis ou inimputáveis, respectivamente². Esse tipo de definição conceitual de Direito Penal, eminentemente formal ou objetivo³, não evidencia uma intencionalidade, sendo aplicável a qualquer ordem jurídica, inclusive, onde a democracia não seja o regime de governo. Sem dúvida, não se trata de um conceito errado, mas ele é insuficiente para conter a *violência estrutural* e *institucional* impingidas às vítimas do sistema capitalista neoliberal.

A história moderna é rica em casos onde regimes de exceção,⁴ fundados nesse tipo de conceito de Direito Penal, aplicavam sanções penais aos autores de condutas inconvenientes ao poder hegemônico. Esse tipo de postura estatal é mais plausível em lugares onde é usado um conceito de Direito Penal desprovido de limitação ético-social, ou seja, de caráter meramente formal. O regime nacional socialista alemão se estabeleceu dentro de uma legalidade formal, onde

- 2 A propósito: WELZEL, Hanz. *Derecho Penal*: parte general. Trad. Carlos F. Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956. p. 1; MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal*: parte general. 7. ed. Actualizada por Heinz ZIPF. Trad. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994. V. 1. p. 4; FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal*: parte geral. T. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 3; ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008. Tomo 1. p. 41.
- 3 COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 6.
- 4 Para Canotilho, vivemos um estado de exceção. Segundo o constitucionalista português, “o Estado de direito democrático-constitucional volta a albergar o estado de exceção como estado de necessidade a novos tipos de ilícito e acolhe conceitos de eficácia que põem em dúvida a sua radical autolimitação de direito de *ultima ratio* em instrumento de polícia e de cruzada contra os ‘inimigos’. Com as mutações naturais da sua historicidade, um direito penal de permanência evoluiu para um direito penal de emergência”. In CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 237.



o conceito de Direito Penal não impunha qualquer limite ético ao poder punitivo do Estado, inclusive, desfazendo-se do conceito de *bem jurídico-penal*.⁵ Do mesmo modo ocorreram as ditaduras na América Latina, na segunda metade do século XX, cujas atrocidades marcaram gerações na Argentina (1966-1973), no Chile (1973-1990), no Brasil (1964-1985) e no Peru (1968-1980), por exemplo. Em todos esses episódios históricos, o Direito Penal foi o ramo do ordenamento jurídico que definiu condutas ilícitas e cominou penas ou medidas de segurança aplicáveis aos seus autores. Assim, tendo como pressuposto o fato de que há sempre uma intencionalidade e objetivos na construção do conceito de determinado objeto, é possível concluir que um *novo conceito* de Direito Penal deve ser estabelecido, levando em consideração os *fundamentos, objetivos e princípios* constitucionais existentes no Estado Social e Democrático de Direito, servindo, dessa forma, como limite ético-social ao poder punitivo. Nesse particular, vale transcrever as ideias interdisciplinares de Francisco Muñoz Conde:

“uma dogmática absolutamente neutra, política ou valorativamente, não pode existir. A relação entre dogmática jurídico-penal e política criminal é, portanto, inevitável. Trata-se de saber, então, de que política estamos falando; se de uma coerente com os valores do Estado de Direito, a democracia, e o respeito dos direitos humanos, ou de uma baseada na manutenção das desigualdades sociais, dos privilégios de uns poucos sobre a maioria, a superioridade da raça ariana, a instrumentalização do ser humano a serviço de valores coletivos ou estatais, ou a negação dos

5 Conforme Nilo Batista, “o direito penal nazista procurou fundamentar o crime na violação do dever de obediência ao estado (o chamado “direito penal da vontade”) e, para isso, desfez-se, em sua fase inicial, do conceito de bem jurídico (*Schaffstein*)”. In BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 10 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 95.





CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

direitos humanos mais elementares, como ocorreu com o Estado nacional socialista.”⁶

O Direito Penal e o Sistema de Justiça Criminal constituem o centro gravitacional de controle nas sociedades atuais,⁷ sendo em muitos países a *prima* ou mesmo *sola ratio* na alegada proteção de bens jurídicos, de modo que é indispensável o desenvolvimento de meios constitucionais e legais capazes de controlar a sanha punitiva difundida em nível global por uma engenharia de persuasão, em cuja aplicação trabalham os meios de comunicação de massa (*mass media*).

Desde a Revolução Francesa há preocupação com a delimitação clara desse poder estatal, construindo-se um núcleo de garantias ao cidadão.⁸ Entretanto, mesmo quando há limites ao poder punitivo, com previsão de certas garantias às pessoas, a sua brutalidade é inarredável, tornando problemática e incerta a sua legitimidade, sob o pálio dos Direitos Humanos. Há, sob o prisma dos Direitos Humanos, uma permanente crise de legitimidade dos sistemas penais. Para minimizar essa crise, no moderno Estado de Direito foram construídos vínculos e garantias para a proteção da pessoa em face do arbítrio punitivo. Porém, esses vínculos são cotidianamente violados por práticas antiliberais que desprezam os valores da cultura jurídica moderna: respeito à dignidade humana, à vida e à liberdade; o nexó entre legalidade e liberdade; a separação entre direito e moral; a tolerância; a liberdade de pensamento; e, os limites da atividade estatal e a tutela dos direitos das pessoas como sua fonte primária de

6 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmundo Mezger y el derecho penal de su tiempo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. p. 77.

7 CIRINO DOS SANTOS, Juares. *Direito Penal...*, p. 9.

8 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: parte general*. 7. ed. Buenos Aires: B de F, 2007. p. 50.





legitimação.⁹ O resultado disso é irracionalidade, injustiça e invalidez do sistema penal.

Um conceito *material* de Direito Penal corresponde a uma base principiológica formada por limites éticos¹⁰ que proíbam punições violadoras do Estado Constitucional de Direito. Nesse rumo, Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar conceituam Direito Penal como “o ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões que contém e reduz o poder punitivo, para impulsionar o progresso do estado constitucional de direito”, sendo inequívoca a intencionalidade desse conceito: “sem a contenção jurídica (judicial) o poder punitivo ficaria liberado ao puro impulso das agências executivas e políticas e, por conseguinte, desapareceriam o estado de direito e a própria república.”¹¹

Assim, há obrigação hermenêutica na resolução dos casos penais, sob a batuta do Estado Constitucional de Direito,¹²

9 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9.ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 21-24.

10 Sugerimos, desde já, a aproximação do Direito Penal à Ética da Libertação desenvolvida por Enrique Dussel. Ver: DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão*. 2. ed. Trad. Epharim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2002.

11 ZAFFARONI, Eugênio Raúl, et al. *Direito Penal Brasileiro[...]*, p. 40.

12 Segundo Canotilho, trata-se da exigência de origem norte-americana de o Estado estar sujeito a uma Constituição, onde o poder constituinte deriva do povo, ou seja, onde o povo tem o direito de fazer uma lei superior (constituição) da qual constem os esquemas essenciais do governo e os respectivos limites. In CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado de Direito[...]*, p. 24-25.





contendo e reduzindo o poder punitivo,¹³ conservando liberdades e progredindo na democracia (*democracia progressiva*).¹⁴

Não se ignora o fato de todo conceito constituir uma delimitação e, portanto, um ato de poder que separa e, ao procurar explicar o universo abarcado, condiciona ao mesmo tempo um infinito campo de ignorância. Mas, a inserção dessa perspectiva política de contenção e redução do poder punitivo no conceito de Direito Penal, visando impulsionar o Estado Constitucional de Direito, é necessária à missão de impedir a tendenciosa evolução do *estado de polícia*, entendido como força instável coexistente e em permanente luta com o *estado de direito* em qualquer poder político instituído na forma de Estado. Em todo Estado há sempre duas tendências: a) conservar e reforçar o poder vertical arbitrário, suprimindo conflitos e disciplinando hierarquicamente os seres humanos (*estado de polícia*); b) limitar e horizontalizar o poder, resolvendo conflitos mantendo a paz social, consoante soluções que satisfaçam as partes e atuem entre pessoas consideradas igualmente dignas (*estado de direito*).¹⁵ A seleção dos criminalizados

13 Paulo Queiroz irá definir o Direito Penal como “a parte do ordenamento jurídico que define as infrações penais (crimes e contravenções), comina as respectivas sanções (penas e medidas de segurança), estabelece os princípios-garantias que limitam o poder punitivo e prevê os pressupostos de punibilidade”, evidenciando a preocupação com a contenção das forças intrínsecas ao *estado de polícia*. In QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 3

14 A propósito: TOGLIATTI, Palmiro. *Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Muro, 1980.

15 São características do *estado de polícia*: a) regido pelas decisões do governante; b) um grupo, classe social ou segmento dirigente definem o que é bom ou possível; c) decisões transitórias; d) a consciência do bom pertence à classe hegemônica (justiça substancialista); e) direito transpersonalista (a serviço de algo meta-humano: divindade, casta, classe, estado, mercado, etc.); f) paternalista (ensina, castiga e tutela os seus súditos); g) suprime o conflito social. Em sentido contrário, o *estado de direito* tem as seguintes características: a) regido por regras anteriormente estabelecidas; b) definição do bom ou do possível pela maioria, com respeito às minorias; c) regras permanentes; d) a consciência do bom pertence à todo ser humano por igual (justiça





(vulneráveis), a imagem bélica do poder punitivo e a reprodução dos antagonismos sociais pela sociedade verticalizada disciplinante forma um capítulo do modelo de *estado de polícia* que sobrevive dentro do *estado de direito*.¹⁶

A admissão do *conflito de deveres* como *causa (supra)legal de exculpação* só é possível na perspectiva do Estado Social e Democrático de Direito. Afinal, ao Estado cumpre o papel decisivo na configuração do seu Direito Penal¹⁷, sendo que a formação do sistema jurídico-penal deve abandonar realidades ontológicas prévias, guiando-se pelas realidades do Estado Social e Democrático de Direito, constituindo um sistema *racional-final, teleológico* ou *funcional* de Direito Penal.¹⁸

As finalidades do Direito Penal devem ser coerentes com as funções do Estado Social e Democrático de Direito, sob pena de quebra da *estrutura escalonada da ordem jurídica*. Ainda que aparentemente paradoxal, essa afirmação tem origem na lógica formal de Kelsen: “a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma,

procedimental); e) direito personalista (a serviço dos seres humanos); f) fraterno (respeita os seres humanos por igual, e, quando articula decisões de conflitos, deve afetar o menos possível a existência de cada um); g) resolve conflitos sociais. ZAFFARONI, E. Raúl, *et al. Direito Penal Brasileiro*[...], p. 93-95. Baseando-se nos escritos de Gramsci, Coutinho afirma que um Estado será mais *ditatorial* ou mais *hegemônico*, conforme a correlação de forças entre as classes sociais que disputam a *supremacia*. In COUTINHO, Carlos Nelson. *A democracia como valor universal: notas sobre a questão democrática no Brasil*. São Paulo: Ciências Humanas, 1980. p. 53.

16 ZAFFARONI, E. Raúl, *et al. Direito Penal Brasileiro*[...], p. 96.

17 BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal: parte general*. 3. ed. Madrid: Akal, 1994. p. 29.

18 ROXIN, Claus. *Derecho Penal*[...], p. 203.





cuja produção por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até imbricar finalmente na norma fundamental – pressuposta.”¹⁹ Igualmente, Norberto Bobbio compreende o *sistema jurídico* como um ordenamento que não admite a coexistência de normas incompatíveis, podendo-se afirmar que “as normas de um ordenamento têm uma certa relação entre si, e essa relação é a relação de compatibilidade.”²⁰ E, ao tratar dos *princípios estruturantes dos esquemas relacionados entre as fontes de direito*, Canotilho destaca aquilo que chama de *princípio da hierarquia*, sustentando que a sua ideia básica consiste em estabelecer uma hierarquia entre os atos normativos, evidenciando que eles não se situam num plano de horizontalidade, mas sim num plano de verticalidade, à semelhança de uma pirâmide jurídica. Dessa forma, conclui que normas de hierarquia inferior não terão aplicabilidade quando contrárias a normas de hierarquia superior, as quais possuem *preferência de validade* (tornando nulas as normas anteriores contrárias e limitando as normas posteriores) e *preferência de aplicação*.²¹

Nieves Sanz Mulas assevera que cada sociedade faz o seu ordenamento penal e, para isso, deve partir da sua Constituição, por encontrar nela os elementos necessários para a sua elaboração conceitual. A Constituição é a *estrutura jurídico-política* de um Estado concreto, integrando-se à *estrutura total* do Estado e da sociedade, o que implica um sistema de conexão e relações recíprocas, condicionadoras e condicionantes, entre ela e os demais componentes do Estado e da sociedade em que está inserida. Essa Constituição não se limita a delinear o campo de ação do Direito Penal, senão também fundamenta e limita a ação dos poderes públicos. É uma entidade

19 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 247.

20 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 227.

21 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 700-701.





normativa que, definitivamente, contém o marco legal dentro do qual o legislador penal deve se basear na hora de legislar e o juiz criminal deve partir na interpretação da lei quando chegado o momento de aplicá-la.²² Portanto, o *programa penal* está atrelado à Constituição que, no caso brasileiro, traz *fundamentos* (democracia e dignidade humana), *objetivos fundamentais* (construção de uma sociedade livre, justa e solidária; erradicação da pobreza, da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; promoção do bem de todos), *direitos fundamentais e sociais* (vida, liberdade, igualdade, educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados), além de *garantias* de caráter social e democrático. Dessa forma, é preciso verificar quando a lei se transforma em ferramenta de dominação de massas miserabilizadas por grupos hegemônicos, deixando de ser garantia de igualdade para fundar um ardiloso processo de legitimação do poder, revestindo a autoridade estatal de falsa legitimidade. Se os princípios proclamados por uma Constituição não influem na legislação penal, o Estado passa a sofrer de uma grave enfermidade: a crença alucinada de que a simples declaração de regras legislativas produz por si mesma uma mudança na sociedade. Por isso, é preciso vivificar a Constituição, que é um instrumento de transformação social.²³ Atualmente, existe consenso que um poder do Estado como é o punitivo deve ser definido por meio de princípios constitucionais. Os princípios reitores do sistema penal não são meros limites do *ius puniendi*, mas constituintes do poder punitivo, de modo que o Direito Penal passa a ser Direito Penal Constitucional.²⁴

22 SANZ MULAS, Nieves. *Alternativas a la pena privativa de libertad: análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*. Madrid: Colex, 2000. p. 112.

23 SANZ MULAS, Nieves. *Alternativas a la pena privativa de libertad*[...], p. 120-122.

24 GÓMES DE LA TORRE, Ignacio Berdugo, *et al. Curso de Derecho Penal: parte general*. Barcelona: Experiencia, 2004. p. 44.





A Constituição contém preceitos que – direta ou indiretamente – afetam e conformam o sistema penal. É um sistema complexo de relações. Ela contém princípios gerais que vinculam o legislador e os tribunais na conformação do ordenamento e, logicamente, o sistema penal. São esses princípios gerais que permitem captar adequada e coerentemente o sentido dos preceitos concretos. Uma leitura atomística e fracionada dos preceitos constitucionais só pode servir à tendência sempre presente de neutralizar a carga inovadora que representa a Constituição e, portanto, a trair o “espírito constitucional”. Por isso, é necessário um exame detido do seu texto para se extrair dela o *programa penal constitucional*, ou seja, o conjunto de postulados político-jurídicos e político-criminais que constitui o marco normativo a ser seguido pelo legislador penal e pelo juiz no momento de interpretar as leis.²⁵

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, inovou o ordenamento jurídico em geral e o Direito Penal em particular, tanto por seu conteúdo normativo como pela ideia de homem e de sociedade que a inspira, devendo refletir essa inovação no Direito Penal. A novidade a respeito da ideia de homem e de sociedade – com suas consequências para a filosofia do delito e da pena – rompe com a concepção abstrata de homem e sociedade, como conjunto de sujeitos livres e iguais. Ao contrário, sustenta uma concepção realista dos homens, como sujeitos submetidos à desigualdade e à falta de liberdade material, para, dessa forma, reclamar uma ação política e jurídica destinada a superar essa desigualdade e as carências de liberdade. Isso fica evidente ao estipular os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º), dentre os quais, *a erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais*. Tudo isso deve refletir, inexoravelmente, no Direito Penal

25 GÓMES DE LA TORRE, Ignacio Berdugo, *et al. Curso de Derecho Penal*[...], p. 44-45.





brasileiro e nas correspondentes políticas criminais a serem adotadas por nosso Estado.

Para ser verificada a existência de coerência funcional e sistêmica entre o Direito Penal – nele inserido o conceito de culpabilidade/responsabilidade – e o Estado Social e Democrático de Direito, é necessário pesquisar as suas *fontes materiais*, extrapolando a lógica formal do estudo da lei (*fonte formal*), e, assim, desvelar as relações de poder existentes em cada sociedade (*perspectiva dialética*), a quem ele está servindo e quais são os seus *objetivos reais*, algo só possível com um diálogo interdisciplinar com a Política Criminal e a Criminologia Crítica.

2. INTERDISCIPLINARIDADE CONSTRUTIVA DO DIREITO PENAL

O saber jurídico-penal não pode prescindir da *interdisciplinaridade*, devendo ser buscadas hipóteses de trabalho com outras ciências, sem que sejam perdidos a sua função e o seu horizonte. O Direito Penal não pode juridicizar ou normatizar os dados dos demais saberes (filosofia, sociologia, história, psicologia etc.), promovendo um isolamento normatizante (apropriando-se dos dados de outros saberes) ou um reducionismo (entregando-se a esses saberes). Mas, para o desenvolvimento do Direito Penal em conformidade com os fundamentos do Estado Social e Democrático de Direito, é indispensável o diálogo entre saberes que se respeitam reciprocamente.²⁶

As normas penais refletem a Política Criminal de um Estado. E, no Estado Social e Democrático de Direito, a Criminologia Crítica, cujo objeto é a análise dos processos de construção social do desvio e da criminalidade (avessa ao paradigma etiológico ou positivista), deve ser levada em conta²⁷,

26 ZAFFARONI, E. Raúl, et al. *Direito Penal Brasileiro*[...], p. 271-273.

27 BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal: parte general*. Madrid: Trotta, 2006. p. 41-42.





pois o Direito Penal não pode ter como objeto apenas a norma jurídica (*ética normativa* vinculada a *juízos de valor*), uma vez que a verificação de validade dessa norma virá da Política Criminal, desde que vinculada à *produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito* em sociedade (*ética material* vinculada a *juízos de fato*).²⁸ Por isso, não deve ser alheia ao Direito Penal a informação proporcionada pelas ciências que se dedicam ao estudo dos fenômenos sociais, em especial a Criminologia Crítica. Deve haver uma permanente interação entre o Direito Penal, a Política Criminal e a Criminologia Crítica,²⁹ ou seja, *interdisciplinaridade*. Dessa forma, mantida a desintegração neokantiana dos saberes penal e criminológico, impossível será o reconhecimento e a implantação do *conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação*.³⁰

2.1. INTERDISCIPLINARIDADE DO DIREITO PENAL COM A POLÍTICA CRIMINAL

Por Política Criminal já se entendeu ser o saber destinado a legisladores para estabelecer a configuração da legislação e da jurisprudência em proveito da melhor proteção da sociedade (*perspectiva reacionária e legitimadora do poder*

28 Conforme Dussel, o *juízo de fato* admitido pela *ética da libertação* não é meramente instrumental ou formal, mas um enunciado de realidade, *material*, e, como tal, um enunciado sobre um sujeito vivente como humano. In DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*[...], p. 137.

29 BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZÁBAL MALARÉE. *Lecciones de Derecho Penal*[...], p. 42.

30 O espaço das disciplinas é sempre celular, ou seja, o isolamento das ciências penais facilita a disciplina e a submissão dos penalistas aos interesses do bloco dominante da sociedade capitalista. A propósito, FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*; nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhet. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 123. Nilo Batista classifica como “esquizofrênica” essa desintegração entre os saberes penais, que acaba criando “dois mundos epistemologicamente incommunicáveis”, com um “desprezo olímpico pela realidade”. In BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 28.





punitivo). Mas, não se trata de um saber destinado apenas a legisladores, é também um saber destinado aos intérpretes da lei e aos juízes, porque, atualmente, é considerado o resultado da interdisciplinaridade do Direito Penal com a *ciência política* e a *engenharia institucional*.³¹ De fato, definir Política Criminal é uma tarefa complexa e problemática. Baratta, a partir da análise das suas *finalidades* e dos seus *instrumentos*, irá sustentar que a Política Criminal pode ter como *finalidades* a *redução do número de infrações penais* (nível mais baixo da Criminologia Etiológica) e o *controle das consequências dessas infrações* (nível mais alto da Criminologia Etiológica). Mas, o conceito de Política Criminal acaba se tornando ideológico (*falsa consciência da realidade*), construindo-se um discurso enganador, onde surgem as metáforas ideológicas de *segurança nacional* (com o terrorismo de Estado), de *segurança pública* (com a tensão entre o Estado de Direito e o Estado de Polícia para defesa da “ordem pública”) e de *segurança cidadã* (altamente seletiva e omissa em relação às situações de risco e às limitações dos direitos econômicos e sociais dos quais são vítimas os sujeitos marginalizados das sociedades capitalistas neoliberais que não fazem parte dos seus cálculos).³² Em relação à *segurança cidadã*, a tendência é ela ampliar o controle estatal ao invés de substituir parcialmente o sistema repressivo. Ela mantém a seletividade ao proteger mais os ricos e controlar mais os pobres.³³ Em regra, a Política Criminal é vista como aspecto do controle penal que se relaciona com o poder de criminalizar condutas. Em um Estado autoritário, ela será diferente daquela de um Estado Social e Democrático de Direito: neste, o Estado não pode criminalizar condutas trazendo consequências contrárias à Constituição.

31 ZAFFARONI, E. Raúl, et al. *Direito Penal Brasileiro*[...], p. 274-275.

32 BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*: compilación in memoriam. Montivideo: B de F, 2004. p. 152-158.

33 BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*[...], p. 165.





Dessa forma, fica proibida a estigmatização ou discriminação de pessoas ou grupos de pessoas.³⁴

Em um Estado Social e Democrático de Direito, o Direito Penal deve ser um *sistema de garantias*, cuja missão política é impedir que arbitrariedades provenham do Sistema de Justiça Criminal, mantendo a coerência do corpo de leis e forçando as agências criminalizadoras a agirem em conformidade com os princípios político-criminais que as inspiram, originários do próprio Estado Social e Democrático de Direito.³⁵ Acompanhando essa lógica, Busato e Huapaya sustentam que “o momento histórico vivido agora na América Latina parece propício a uma reflexão a respeito de nossas propostas político-criminais. Parece necessária, mais que nunca, uma Política Criminal bem orientada para a garantia da manutenção do Estado Social e Democrático de Direito, o que compreende uma revisão do que se fez nesse sentido até hoje. Princípios como os de liberdade e igualdade têm que estar nesta revisão.”³⁶ Com isso fica evidente a inter-relação do Direito Penal, da Política Criminal e da Criminologia Crítica, sendo imprescindível um *modelo integrado de ciência criminal* para se ter uma visão mais ampla da realidade sobre a qual se dirige.³⁷

Claus Roxin defende que, independentemente das exigências do Estado de Direito, os problemas político-criminais configuram o conteúdo da teoria geral do delito, não

34 BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*[...], p. 40-41.

35 BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZÁBAL MALARÉE. *Lecciones de Derecho Penal*[...], p. 43-44.

36 BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 17.

37 A propósito: BARATTA, Alessandro. La política criminal y el Derecho Penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, a. 8, v. 29, p. 27-52, jan-mar/2000.





podendo ser limitada a questão penal ao “automatismo dos conceitos teóricos” (Jescheck), sendo necessária uma “correção valorativa”. Há coisas no Direito Penal que podem ser dogmaticamente certas, mas que, desde o ponto de vista político-criminal, são equivocadas, e vice-versa. Por isso, os interesses político-criminais não podem ser excluídos do Direito Penal, sob pena de serem caprichosamente fulminados, deixando-o sem força de convicção científica. Dessa forma, “o caminho acertado só pode consistir em deixar penetrar as decisões valorativas político-criminais no sistema de Direito Penal, em que sua fundamentação legal, sua clareza e legitimidade, sua combinação livre de contradições e seus efeitos não estejam debaixo dos aportes do sistema positivista formal proveniente de Liszt. A vinculação do Direito à utilidade político-criminal não pode se contradizer, senão que devem se compagnar, do mesmo modo que o Estado de Direito e o estado social não formam em verdade contrastes irreconciliáveis, senão uma unidade dialética. Uma ordem estatal sem uma justiça social, não forma um Estado material de Direito, como tampouco um Estado tutelar, que não consegue garantia da liberdade como com o Estado de Direito, não pode pretender a qualidade de constitucionalidade socioestatal.”³⁸

Até mesmo vertentes reacionárias de pensamento criminal, vinculadas à Defesa Social, compreenderam há muito tempo que o trabalho dos penalistas deve se prevenir contra o poder absorvente da lógica formal, pois, o crime é um fenômeno complexo e o seu estudo não deve perder de vista a realidade social, pondo-o em “contato com a vida, para que nela o Direito realize os seus fins, com a vida, que sugere novos problemas, quando a dogmática já tem encerrado os seus.”³⁹

38 ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2006. p. 43-49.

39 FIRMO, Aníbal Bruno de Oliveira. *Direito Penal*: parte geral. T. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 43-44.





Um sistema fechado obstrui o caminho para o desenvolvimento científico do Direito Penal em consonância com as disposições da Constituição da República, apartando a dogmática das decisões valorativas político-criminais e impedindo, assim, a comunicação com a realidade social.⁴⁰ Por outro lado, é preciso cuidar para que o Direito Penal não se abra para uma criminologia de matriz *etiológica* e um *relativismo hermenêutico*, que representam formas de corrupção de um sistema de garantias.

Para evitar os resultados desastrosos de uma Política Criminal fundada na Criminologia Etiológica, cujos programas consistem em indicações técnicas de mudanças na legislação penal para corrigir disfunções identificadas por critérios de eficiência ou de efetividade do controle do crime e da criminalidade, a Política Criminal do Estado Social e Democrático de Direito deve buscar seus fundamentos na Criminologia Crítica (saber dialético alternativo), cujo programa consiste em um *direito penal mínimo*, visando a abolição do sistema penal.⁴¹ Cumpre esclarecer que a Criminologia Crítica deve integrar a *teoria estrutural marxista* (momento de estudo dos processos objetivos estruturais e ideológicos das relações sociais de produção da vida material) com as *teorias interacionistas/labeling approach* (momento de estudo dos processos subjetivos de construção social do desvio e da criminalidade), permitindo conhecer a realidade da negatividade social como novo fundamento do conceito de crime.⁴²

Um *direito penal mínimo*, enquanto programa alternativo de Política Criminal, tem por objetivos *reduzir* o poder punitivo e *humanizar* o sistema penal, entendido como aparelho

40 ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho Penal...*, p. 51-52.

41 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC;Lumen Juris, 2006. p. 693.

42 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*[...], p. 696.





repressivo do moderno Estado capitalista, garantidor de relações sociais desiguais de produção/distribuição material, responsáveis pela *violência estrutural*, da marginalização, do desemprego, dos baixos salários, da falta de moradia, do ensino precário, da mortalidade precoce, do menor abandonado etc., que flagelam a pobreza social.⁴³ São propostas de *redução* radical do Sistema de Justiça Criminal a *descriminalização* de condutas sem maior ofensividade social e a *despenalização*, eliminando a cominação de pena mínima, reduzindo as penas máximas, ampliando as hipóteses de substitutivos penais e causas de extinção da punibilidade, e, finalmente, afastando desproporcionais majorantes da pena previstas na Lei de Crimes Hediondos.⁴⁴ Por outro lado, são propostas para *humanização* do sistema penal a *descarcerização*, (diminuindo as exigências legais para concessão do livramento condicional, da colocação do condenado em regime aberto, da remição penal), a garantia de *direitos* fundamentais ao condenado (educação, trabalho digno, assistência médico-odontológica e psicológica) e a *revogação* do execrável *regime disciplinar diferenciado*.⁴⁵

Concluindo, à Política Criminal (*saber estratégico*), aliada à Criminologia Crítica (*saber empírico*), cumpre a gestão política dos conflitos mais graves em sociedade, devendo ser instituído um *modelo integrado de ciências criminais*, guiado interdisciplinarmente para (re)construir um Direito Penal (*saber normativo*) que seja coerente com o Estado Social e Democrático de Direito, e, assim, atento às realidades sociais, que é uma exigência científica e ética a ser feita a qualquer saber jurídico.

43 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*[...], p. 698-699.

44 BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 jul. 1990.

45 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*[...], p. 701-706.





2.2. INTERDISCIPLINARIDADE DO DIREITO PENAL COM A CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Um projeto integrado para as ciências criminais foi inviabilizado a partir da autonomia dada à Criminologia, principalmente, em face do trabalho de Lombroso (1835-1909), Ferri (1856-1929) e Garofalo (1852-1934), quando houve o deslocamento do estudo abstrato das leis penais (Escola Clássica) para os processos causais que determinariam o delito (Escola Positivista).

As teorias positivistas construíram uma dogmática determinada e a Criminologia se tornou uma ciência autônoma. A investigação criminológica estava reduzida à intervenção punitiva e, a partir de trabalhos como o de Franz Von Liszt ou de Arturo Rocco, o saber dogmático e formal (*tecnicismo jurídico*) se tornou privilegiado, ficando a Criminologia na condição de “ciência auxiliar” do Direito Penal. O ensino da Criminologia ficou restringido à sua descrição histórica, deixando de ser um recurso interpretativo das questões contemporâneas das ciências criminais, ou seja, deixando de ser um instrumento de leitura da realidade. O Direito Penal ficou limitado à estrutura da *teoria da lei penal*, da *teoria do fato punível* e da *teoria da pena*. Nessa perspectiva dogmática, o estudo do fenômeno criminal está limitado a uma conduta, típica, anti-jurídica e culpável, cuja consequência é a imposição de uma sanção. Essa fragmentação das disciplinas impede a compreensão global dos saberes criminais, deixando os atores do Sistema de Justiça Criminal incapacitados para compreender as violências inerentes a ele. É preciso reconstruir os saberes criminais, afastando o modelo arquitetônico onde o Direito Penal está em posição privilegiada, principalmente, em relação à Criminologia Crítica, sob pena de ser inviável a interdisciplinaridade e o seu consequente desenvolvimento humanístico e científico.⁴⁶

⁴⁶ CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 10-22.





A Criminologia Crítica se converteu na sociologia dos processos de criminalização (*construção social do desvio e da criminalidade*), abarcando as formas de controle *formal* (Estado e Direito) e *informal* (meios de comunicação, economia, grupos sociais e todas as formas de disciplina e socialização). Implica uma crítica dos processos de expressão do poder em todas as suas formas, de constatação dele e, ao mesmo tempo, de estabelecimento de seus limites, revelando que a questão criminal é pura construção e, portanto, sem legitimidade alguma.⁴⁷ Essa crítica ao Direito Penal só pode ser desenvolvida desde fora da totalidade da dogmática jurídico-penal, com um enfoque interdisciplinar, dada a complexidade do processo de criminalização e dos sistemas de controle social em geral. Porém, não basta a crítica abstrata: é necessário que a crítica se faça a partir da análise de dados concretos da realidade, de modo que *só poderá ser considerado criminólogo quem trabalha com dados empíricos que tenha obtido de suas próprias investigações ou das de outros*.⁴⁸

O Direito Penal é o saber limitador do poder punitivo dentro de um *estado de direito (perspectiva garantista)* e, diante dos perigos do *estado de polícia*, deve se integrar interdisciplinarmente com a Criminologia Crítica, absorvendo elementos e dados acerca da operatividade real dos sistemas penais. As propostas *de lege ferenda* são privativas da Política Criminal, sendo que a Criminologia constitui uma disciplina de referência para esta.⁴⁹ Sem isso, o discurso jurídico-penal fica desorientado e, por não conhecer a realidade social do exercício do poder punitivo em cada Estado, não saberá como contê-lo e reduzi-lo, mantendo a sua vio-

47 BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZÁBAL MALARÉE. *Lecciones de Derecho Penal*[...], p. 35.

48 BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZÁBAL MALARÉE. *Lecciones de Derecho Penal*[...], p. 38.

49 BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZÁBAL MALARÉE. *Lecciones de Derecho Penal*[...], p. 35.





lência e seletividade, e os efeitos interativos deteriorantes e incrementadores de conflitividade.

Nessa perspectiva, a Criminologia passa a ser “o conjunto de conhecimentos, de diversas áreas do saber, aplicados à análise e crítica do exercício do poder punitivo, para explicar sua operatividade social e individual e viabilizar uma redução em seus níveis de produção e reprodução de violência social.”⁵⁰

Segundo Lola Aniyar de Castro, Criminologia “é a atividade intelectual que estuda os processos de criação das normas penais e das normas sociais que estão relacionadas com o comportamento desviante; os processos de infração e de desvio destas normas; e a reação social, formalizada ou não, que aquelas infrações ou desvios tenham provocado: o seu processo de criação, a sua forma e conteúdo e os seus efeitos”.⁵¹

Em síntese, o princípio interdisciplinário é uma exigência estrutural do saber científico, imposto pela natureza totalizadora deste, e não admite monopólios, prioridades nem exclusões entre as partes ou setores de seu tronco comum,⁵² de modo que o Direito Penal somente atenderá aos fundamentos, objetivos, direitos e garantias estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, e conhecerá as suas fontes materiais e seus objetivos reais, quando deixar o posto de ciência principal, relegando à Criminologia um papel coadjuvante.

50 ZAFFARONI, E. Raúl, et al. *Direito Penal Brasileiro*[...], p. 287-288.

51 CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Trad. E. Kosowski. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 52. Conforme Nilo Batista, ao contrário da Criminologia Crítica, a Criminologia Tradicional (positivista) não questiona a construção política do direito penal, a aparição social de comportamentos desviantes e a reação social, cumprindo um importante papel político, de legitimação da ordem estabelecida. In BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal*[...], p. 29-30.

52 GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos*. 6. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 37.





3. FONTES DO DIREITO PENAL

O Direito Penal possui uma *fonte formal* (a *lei*) e uma *fonte material* (o *modo de produção da vida material*), que fundamentam interesses, necessidades e valores das classes sociais dominantes das relações de produção e hegemônicas do poder político do Estado. A mudança do modo de pensar o *crime* e o *controle social* nas sociedades contemporâneas depende do afastamento da fonte tradicional (a *lei*) e da adoção de um *método dialético*,⁵³ típico da Criminologia Crítica. Só um método de análise fundado no *modo de produção da vida material* é capaz de explicar as formas jurídicas, a disciplina da vida e a organização jurídica do poder político das classes hegemônicas da formação social, sendo ele, a *fonte material* do Direito e do Estado.⁵⁴

3.1. CRÍTICA À FONTE FORMAL DO DIREITO PENAL E TRANSFORMAÇÃO ÉTICA

Apesar da importância do *princípio da legalidade* (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*), como *garantia* da liberdade individual e *limite* do poder punitivo estatal (perspectiva garantista), a *lógica formal* da dogmática penal representa forte obstáculo a ser superado em relação às formas de *exculpação* das condutas dos agentes que se encontram no contexto de marginalidade ou pobreza extremas. A crítica aqui desenvolvida, tem por objetivo ampliar liberdades e enfraquecer o legalismo rasteiro que se mostra indiferente à realidade social

53 Conforme Leandro Konder, a dialética permite pensar as contradições da realidade, compreendendo-a como realidade essencialmente contraditória e em permanente transformação. In KONDER, Leandro. *O que é dialética*. 21. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 8. Na contradição material existente entre o *formalismo jurídico* e a *produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito em sociedade*, pretende-se chegar a uma síntese que demonstre a necessidade de ser acolhido o *conflito de deveres* como uma forma de *exculpação* (*supra*)legal.

54 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*[...], p. 8-9.



de milhões de pessoas em nosso país. Isso jamais pode ser confundido como uma forma de menosprezo à lei, que é a *única fonte* do Direito Penal. A propósito, Juarez Cirino dos Santos, ao tratar da interpretação da lei penal, afirma categoricamente que “o Direito Penal, como sistema de normas constituídas de *preceito* e *sanção*, possui uma única e exclusiva fonte *formal*: a lei penal, nas dimensões características do *princípio da legalidade*, como *lex scripta* (proibição do costume), *lex praevia* (proibição de retroatividade), *lex stricta* (proibição de analogia) e *lex certa* (proibição de indeterminação).”⁵⁵

É forçoso reconhecer que limitar a *fonte* do Direito Penal à *lei* implica construir uma especulação metafísica, desprezando as relações de poder em cada sociedade. A *ideologia*, em *sentido negativo*, é falsa consciência das relações de domínio entre as classes, uma ilusão e oposição ao conhecimento verdadeiro.⁵⁶

Marx e Engels foram pródigos na crítica ao *idealismo* e convocaram os homens a se libertarem das ficções do cérebro, das ideias, dos dogmas e das entidades imaginárias. Para evidenciar o sentido da presente crítica à questão ideológica, é importante transcrever o pensamento desses filósofos *materialistas*:

55 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*[...], p. 67.

56 WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 91-95. Marilena Chauí define *ideologia* como “um conjunto lógico, sistemático e coerente de representações (ideias e valores) e de normas ou regras (de conduta) que indicam e prescrevem aos membros da sociedade o que devem pensar e como devem pensar, o que devem valorizar e como devem valorizar, o que devem sentir e como devem sentir, o que devem fazer e como devem fazer. Ela é, portanto, um corpo explicativo (representações) e prático (normas, regras, preceitos) de caráter prescritivo, normativo, regulador, cuja função é dar aos membros de uma sociedade dividida em classes uma explicação racional para as diferenças sociais, políticas e culturais, sem jamais atribuir tais diferenças à divisão da sociedade em classes a partir das divisões na esfera da produção. Pelo contrário, a função da ideologia é a de apagar as diferenças como de classes e fornecer aos membros da sociedade o sentimento da identidade social, encontrando certos referenciais identificadores de todos e para todos, como, por exemplo, a Humanidade, a Liberdade, a Igualdade, a Nação, ou o Estado”. CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2001. p. 108-109.



“A estrutura social e o Estado nascem continuamente do processo vital de indivíduos determinados, porém desses indivíduos não como podem parecer à imaginação própria ou dos outros, mas tal e qual são, isto é, tal como atuam e produzem materialmente e, portanto, tal como desenvolvem suas atividades sob determinadas limitações, pressupostos e condições materiais, independentemente de sua vontade.

A produção de ideias, de representações e da consciência está, no princípio, diretamente vinculada à atividade material e o intercâmbio material dos homens, como a linguagem da vida real. [...] A consciência nunca pode ser outra coisa que o ser consciente, e o ser dos homens é o seu processo de vida real. [...] Ao contrário do que sucede na filosofia alemã, que desce do céu para a terra, aqui se ascende da terra ao céu. Ou, dito de outro modo, não se parte daquilo que os homens dizem, imaginam ou representam, nem do que são nas palavras, no pensamento, imaginação e representação dos outros para, a partir daí, chegar aos homens de carne e osso; parte-se, sim, dos homens em sua atividade real, e, a partir de seu processo na vida real, expõe-se também o desenvolvimento dos reflexos ideológicos e dos ecos desse processo vital. E mesmo as formulações nebulosas do cérebro dos homens são sublimações necessárias do seu processo de vida material que se pode constatar empiricamente e que se encontram sobre bases materiais. [...] os homens, ao desenvolverem sua produção material e relações materiais, transformam, a partir da sua realidade, também o seu pensar e os produtos de seu pensar. Não é a consciência que determina a vida, mas a vida é que determina a consciência.”⁵⁷

57 MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*: elaboração crítica à recente filosofia alemã que tem como principais representantes Feuerbach, B. Bauer e Striner, e ao socialismo alemão representado por seus diferentes profetas. Vol. 1 – Feuerbach: a oposição entre as concepções materialista e idealista. Trad. Frank Müller. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 50-52.





A interpretação do Direito Penal exige uma *teoria do conhecimento* fundada no *modo de ser do real*, constituída por um pensamento dialético revelador da produção da história. Sem isso, há uma *penologia vulgar*: um saber dogmatizado e limitado a proclamar ideias superficiais a respeito da questão criminal. Pura apologia ao legalismo e aos interesses das classes dominantes, sem preocupação emancipatória, apenas publicitária (*ideologia da ocultação*). A partir do corte epistemológico promovido pela Criminologia Crítica não é possível pensar a questão criminal apenas sob a *lógica formal* da lei penal, exigindo-se interdisciplinaridade para o seu desenvolvimento científico. Com o desvelar dos graves conflitos sociais existentes nos Estados capitalistas, a maneira de pensar a questão criminal sob o prisma puramente legal não encontra sustentação científica, pois não faz da sociedade em suas condições materiais o seu ponto de partida. São esses conflitos (a clássica *luta de classes*) que permitem compreender o sucesso da estrutura fragmentada dos saberes criminais e a posição privilegiada do Direito Penal, cuja *fonte formal* é a lei – mitologicamente – igualitária, crença que decorre da neutralidade ideológica que oculta a *violência estrutural e institucional*. Só nesse horizonte dialético é possível conhecer a *fonte material* do Direito Penal. Entretanto, isso não implica verdade absoluta – jamais conhecida! – a respeito da questão criminal. Pensar o Direito Penal, desde esses conflitos sociais, é um processo de produção do conhecimento da verdade,⁵⁸ devendo-se ressaltar que

58 A respeito do que seja *conhecimento científico* e *conhecimento verdadeiro*, Michael Löwy irá afirmar: “O que define a ciência como tal é a tentativa de conhecimento da verdade. nesse sentido, há uma relação entre ciência e conhecimento da verdade. Porém, a verdade absoluta jamais será conhecida, todo o processo de conhecimento é um processo de acercamento, de aproximação à verdade. Dentro do conhecimento há níveis maiores ou menores de aproximação da verdade. Deste modo, quando eu digo ciência, eu não estou dizendo verdade, estou simplesmente dizendo processo: a ciência é um processo de produção do conhecimento da verdade. Também, para mim, existe uma relação entre conhecimento da verdade e luta de classes”. LÖWY,





não existe a ciência pura de um lado, e a ideologia de outro. “Numa sociedade fundada na luta de classes, não será possível haver ciência social imparcial.”⁵⁹ Há, portanto, uma relação inexorável entre ideologia e ciência, e a atividade jurídica é uma prática ideológica,⁶⁰ cuja estrutura reproduz o jogo de forças sociais e políticas, os valores morais e culturais de uma determinada sociedade (*concepção crítico-dialética*).⁶¹

A *dialética* é sistema de pensamento racional que reflete fidedignamente o movimento real das transformações que se passam no mundo exterior, físico e social.⁶² Ela vê os objetos do conhecimento do ponto de vista de sua dinamicidade, sem excluir e desvalorizar o pensamento metafísico tradicional, que é utilizado e integrado na dinâmica da vida. A *lógica dialética*, por exemplo, que corresponde à *razão dialética*, não exclui a *lógica formal*, correspondente à *razão analítica*, mas a absorve e completa, por ser ela insuficiente para a compreensão de certos fenômenos.⁶³ Desse modo, o *discurso crítico materialista dialético* das teorias criminológicas do Direito Penal (*razão dialética*) deve, por exemplo, completar a *lógica formal* (*razão analítica*) do *discurso jurídico oficial* a respeito da *teoria do fato punível*, inserindo elementos teóricos vinculados com a realidade dos *conflitos sociais* e dos processos de *criminalização primária e secundária* (flagrantemente seletivos). Fica assim estabelecida uma superação inclusiva do discurso oficial da *teo-*

Michael. *Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1985, p. 110.

59 LENIN, Vladimir Ilyitch Ulianov. *As três fontes e as três partes constitutivas do marxismo*. São Paulo: Global. p. 71-72.

60 BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 11.

61 WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*[...], p. 145.

62 PINTO, Álvaro Vieira. *Ciência e existência*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969. p. 68.

63 COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 44.





ria jurídica do fato punível, de cunho analítico. Essa perspectiva unificadora e ética do pensamento jurídico-penal é fundamental para a transformação das práticas punitivas do Sistema de Justiça Criminal. O desenvolvimento da teoria do fato punível exige a lógica formal (razão analítica) e a lógica dialética (razão dialética) para ser racional e científico. Por ser o Direito Penal um saber social, a lógica dialética é condição sem a qual a teoria do fato punível se limita a mera especulação metafísica ou, conforme exposto acima, mera ideologia (em sentido negativo).

Neste ponto, a presente pesquisa torna evidente o conjunto de ideias, valores, maneiras de pensar e sentir a questão criminal (ideologia), cuja finalidade é o desenvolvimento de uma práxis de libertação⁶⁴ do bloco social dos oprimidos (vítimas) pelo sistema penal dominante (perspectiva transformadora), fazendo do conflito de deveres uma causa (supra)legal de exculpação, capaz de afirmar a vida das vítimas do capitalismo neoliberal nas situações em que ela se encontra materialmente negada.

Importante frisar que a crítica à lógica formal da lei penal aqui delineada não quer fazer do Direito uma simples forma ideológica, reduzindo a teoria jurídica à superestrutura de base socioeconômica e destituindo-o de qualquer poder transformador ou caráter normativo. O que se quer, primeiramente, é demonstrar que o Direito Penal é um sistema de relações sociais, reflexo do modo de produção, determinado pelo interesse de classe, sendo sancionado e tutelado em face

64 A práxis de libertação decorre das ações possíveis que transformam a realidade a partir das vítimas. O critério de transformação ético-crítico é um critério de factibilidade, ou seja, trata-se das possibilidades de libertação das vítimas ante os sistemas dominantes. É obrigação da comunidade de vítimas realizar dita transformação. Os grilhões mais fracos do sistema formal opressor devem ser quebrados. O que indica uma ação da razão estratégica e instrumental calculante. A factibilidade da práxis de libertação é mostrada a partir da fragilidade de todo o sistema dominante quando ele se torna intolerável. Quando isso ocorre, em face da existência massiva das vítimas, sua impossibilidade intrínseca passa a ser consciente para a comunidade das vítimas. Ver DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão*[...], p. 558-561.





das violações pela organização da classe dominante, ou seja, o Estado (caráter burguês-capitalista do normativismo tradicional), sem estabelecer um maniqueísmo ideológico. Após dialeticamente conhecer a realidade do Direito Penal, é possível relacioná-lo com a emancipação social, modificando-se as políticas penais, ainda que – lamentavelmente! – não seja suprimido o modo de produção capitalista. Afinal, mesmo na perspectiva marxiana, o Estado e o Direito (elementos da *superestrutura*) são essenciais à reprodução do sistema capitalista, ou seja, do *modo de produção da vida material* (elemento da *infraestrutura*), entendido como *conjunto das relações econômicas, práticas culturais e poderes de uma dada sociedade*, e, pensar quando e como cada fato social deve ser criminalizado e quais as penas ligadas a ele, criando modelos institucionais alternativos, é tarefa para uma teoria crítica do crime e da pena,⁶⁵ principalmente, quando as condições materiais da vida trazem a consciência da necessária *transformação social* para afastar os flagelos da pobreza. Dessa forma, é possível afirmar: a) existe uma relação de recondicionamento dialético entre a *infraestrutura* e a *superestrutura* da formação social; b) a *infraestrutura* não se limita à esfera econômica; c) o Direito constitui e expressa um complexo articulado de práticas materiais e culturais bastante heterogêneas da sociedade, em determinado momento histórico.⁶⁶ Assim, a crítica ora proposta ao discurso oficial da *teoria jurídica do fato punível*, visa criar um aporte teórico fundado no *conflito de deveres* como forma de *exculpação*, não sendo uma ação *reformista*,⁶⁷ nem manifestação de um so-

65 MACHADO, Maíra Rocha; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Otto Kirchheimer: uma contribuição à crítica do direito penal (levando o direito penal a sério). In NOBRE, Marcos (Org.). *Curso livre de teoria crítica*. Campinas: Papirus, 2008. p. 117-136.

66 MEROLLI, Guilherme. *Fundamentos críticos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 3-4.

67 Ver LUXEMBURGO, Rosa. *Reforma ou revolução?* 4. ed. Trad. Lívio Xavier. São Paulo: Expressão Popular, 2005.





cialismo conservador, com objetivo de compensar injustiças sociais, assegurando a continuidade da sociedade burguesa.⁶⁸

Ao longo do trabalho ficará claro que tal crítica não é *reformista* porque está estrategicamente vinculada à *razão crítica* ou *ética da libertação*, criadora de uma práxis de *transformação*. A ação *reformista* cumpre com os critérios e princípios de um *sistema vigente formal*, porque é uma ação como *meio* dentro dos marcos dos *fins* da razão instrumental de um sistema dado. Um sistema formal produz efeitos não intencionados que tornam invisíveis os sujeitos vivos. Esses efeitos não intencionados são considerados por muitos como sendo “leis sociais” necessárias. Mas, conforme esclarece Dussel, esses efeitos não intencionados não são leis naturais, nem necessárias, mas tendências sócio-históricas inconscientes, como resultado do cumprimento das regras fixas conscientes definidas. Quando os efeitos perversos não intencionados do sistema vigente se tornam insuportáveis, evidentes, e colocam em perigo a reprodução da vida da maioria dos sujeitos humanos, torna-se necessária a intervenção conscientemente crítica, orientada pelos princípios *discursivo-formais* e *ético-materiais* universais, capazes de promover a necessária correção ético-consciente. Somente quando compatível o sistema formal não intencional com a *produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana de cada sujeito ético*, com direito à participação discursiva, é que se terá ética. Quando não ocorre essa compatibilidade a intervenção ético-crítica se torna necessária. O *reformista* não acrescenta nada de novo ao processo possível (*factível*). *Reformista* é, portanto, aquele que atua segundo os critérios do sistema formal hegemônico ou dominante, sendo que a sua argumentação consiste em mostrar que o diagnóstico crítico foi superado pelas circunstâncias, e começa assim uma redefinição em todos os seus detalhes, resultando que o sistema formal vigente pode ser reformado a partir de dentro. São *reformistas* os que, parecendo

68 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *O manifesto comunista*. 16. ed. Trad. Maria L. Como. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998. p. 56.





críticos, adotaram os critérios do sistema formal que pretendem criticar, mantendo a opressão das vítimas.⁶⁹

Ao contrário, o pensamento crítico deve ser claro em sua ética e demonstrar cientificamente a impossibilidade do sistema dominador vigente, uma vez que seus efeitos perversos não intencionados se tornaram insustentáveis e intoleráveis. Para a Ética da Libertação a ação ética contrária ao sistema formal vigente não é a *revolução*, mas a *transformação*. Isso porque a *revolução* é o momento extremo de um nível de complexidade, além de ser excepcional. Admitir a *revolução* como a única forma de agir ético implicaria na destruição da possibilidade de uma ética crítica (ou de libertação) da vida cotidiana.

“Transformar é mudar o rumo de uma intenção, o conteúdo de uma norma: modificar uma ação ou instituição possíveis, até um sistema de eticidade completo, em vista dos critérios e princípios éticos enunciados, no próprio processo estratégico e tático.”⁷⁰ A ação transformativa julga e modifica o sistema formal a partir da vida e da discursividade responsável de todo sujeito humano. Portanto, ainda que não revolucionária, a ação transformativa é ética, ao contrário do que defendia Rosa Luxemburgo, que só via um agir ético na *revolução*.

Segundo Gramsci, a conquista do Estado não se dá somente com a sua destruição, mas, por meio de uma paulatina transformação, com novas formas de organização estatal até se chegar à conquista do poder (*guerra de posições*). A *revolução* é um processo, não podendo ocorrer em um ato que se produz de repente num dado momento.⁷¹ Enfim, a *libertação se constitui de pequenas ou grandes transformações contrárias à lógica do sistema formal vigente, responsável pela negação da vida de todo sujeito humano, representando condições objeti-*

69 DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*[...], p. 534-537.

70 DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*[...], p. 539.

71 Ver COUTINHO, Carlos Nelson. *A democracia como valor universal*[...], p. 55.



vas para se chegar à última fase desse processo: o fim da luta de classes⁷² ou dos conflitos sociais.

3.2. A FONTE MATERIAL DO DIREITO PENAL:

MATERIALISMO DIALÉTICO E SELETIVIDADE

Ao se buscar a *fonte material* do Direito Penal, deve ser perquirida a relação interdependente entre *poder*, *violência* e *conflito*. *Poder*, *violência* e *conflito* são as três realidades pré-jurídicas de onde o estudo do Direito Penal deve se desenvolver. Uma visão tecnocrática e ideológica esconde a realidade da violência, denegrindo aqueles que negam a “legitimidade” do Direito Penal e a “pureza” do seu método.

Sendo ignorada a realidade das práticas punitivas, as suas finalidades ficam sem ligação com a realidade social e política, de modo a esconder o fenômeno da violência. A dogmática penal necessita de uma *base empírica*, ainda que limitada à tarefa de sistematizar soluções normativas. Essa base é o funcionamento real das normas penais, de modo que uma

72 Conforme Ricardo Antunes, a *classe trabalhadora* está fragmentada, heterogênea e mais complexa. Com o neoliberalismo, houve desqualificação e precarização do trabalho em diversos ramos. O capital reestruturou as suas estratégias e passou a utilizar o emprego temporário, parcial e o desemprego estrutural como ferramentas de adaptação às crises (estruturais) econômicas. Assim, é importante esclarecer que a *classe trabalhadora* compreende todas as pessoas que vendem a sua força de trabalho, ou seja, a totalidade do trabalho coletivo assalariado (proletariado industrial, assalariados do setor de serviços, proletariado rural, proletariado precarizado, subproletariado moderno, *part time*, o novo proletariado dos McDonalds, trabalhadores terceirizados, assalariados da economia informal, desempregados, expulsos do processo produtivo e do mercado de trabalho pela reestruturação do capital, responsáveis pela hipertrofia do exército industrial de reserva). Enfim, trata-se da *classe-que-vive-do-trabalho*. Excluem-se dessa classe os *gestores do capital e seus altos funcionários*, cujo papel é controlar o processo de trabalho, de valorização e reprodução do capital no interior das empresas, recebendo rendimentos elevados. Também ficam de fora *aqueles que possuem capital acumulado e vivem da especulação e dos juros*. In ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 1999.



fenomenologia do poder, do conflito e da violência em suas mútuas relações é necessária. Uma teoria do Direito Penal que não veja a fenomenologia do poder ficará limitada ao nível de mera ideologia, apresentando uma falsa neutralidade valorativa. Um projeto interdisciplinar é, portanto, indispensável para que ele desenvolva as suas bases dialogando com as disciplinas que se preocupam com os processos sociais e políticos.⁷³ Nesse contexto de *poder, violência e conflito*, as tensões do capitalismo neoliberal, transformam-se na *fonte material* do Direito Penal, substituindo a *lógica formal* pela *lógica dialética*, permitindo o estudo do crime e do controle social de modo científico, malgrado a insistência da dogmática jurídico-penal em se ligar à lógica meramente formal.⁷⁴ Somente assim será possível compreender o fenômeno da *seletividade* vinculado à atuação do Sistema de Justiça Criminal.

A seleção penalizante decorre do processo de criminalização de algumas condutas e de alguns indivíduos da sociedade – em regra vulneráveis – para serem responsabilizados por essas condutas. Portanto, essa criminalização tem duas etapas: a) *criminalização primária*: ato e efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas; b) *criminalização secundária*: ação punitiva exercida sobre pessoas concretas. A *criminalização primária* é fruto do trabalho das agências políticas, cuja competência exclusiva, no Brasil, é do Poder Legislativo da União. Por outro lado, a *criminalização secundária* é concretizada por policiais, promotores, advogados, juízes e agentes penitenciários. Assim, quando esses agentes responsáveis pela criminalização secundária detectam uma pessoa agindo de modo criminoso, tratam de investigar, julgar e, finalmente, punir.⁷⁵

73 BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Penal*. Buenos Aires: Ah-Doc, 2004. p. 23-30.

74 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*[...], p. 8.

75 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *et al. Direito Penal Brasileiro*[...], p. 43.



Em nosso país, por exemplo, embora o Poder Legislativo edite inúmeras leis penais, elas não são respeitadas, permitindo que a corrupção reine entre os funcionários públicos e governantes.⁷⁶

Há uma *seletividade* na criminalização desenvolvida pelo Sistema de Justiça Criminal. Inúmeras práticas antissociais não são punidas pelo aparelho repressivo do Estado. Trata-se de condutas vinculadas ao poder político e econômico (delitos dos poderosos)⁷⁷ que prejudicam a coletividade, em benefício das oligarquias econômico-financeiras. Esses fatos não atacados pelo Sistema de Justiça Criminal compõem a *cifra dourada da criminalidade*.⁷⁸ Evidentemente que as diversas formas de

76 ZIEGLER, Jean. *A fome explicada ao meu filho*. Trad. Lúcia M. Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 75.

77 Ver RUGGIERO, Vincenzo. *Delitos de los débiles y de los poderosos; ejercicios de anticriminología*. Trad. Carlos Gradín y Juan L. F. Nappi. Buenos Aires: Ad Hoc, 2005.

78 Conforme salienta Carlos Versele Séverin “além da cifra negra de delinquentes que escapa a toda investigação oficial, existe uma cifra dourada de criminosos que têm o poder político e o exercem impunemente, abandonando aos cidadãos e a coletividade a exploração da oligarquia, ou que dispõem de um poder econômico que se desenvolve em detrimento da sociedade”. In SÉVERIN, Carlos Versele. *A cifra dourada da delinquência*. Trad. Nilo Batista e Francisco de Assis Leite Campos, *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro, n. 27, p. 5-20, jan-jun/1979. p. 10 e ss. A respeito desse tema, Hassemmer e Muñoz Conde dizem que “*la criminalidad real es mucho mayor que la registrada oficialmente; en el ámbito de la criminalidad menos grave la cifra oscura es mayor que en el ámbito de la criminalidad más grave; la magnitud de la cifra oscura varía considerablemente según el tipo de delito; en la delincuencia juvenil es donde se da un mayor porcentaje de delincuencia con una relativamente menor cuota sancionatoria; la cuota sancionatoria es responsable también del fortalecimiento de carreras criminales; las posibilidades de quedar en la cifra oscura dependen de la clase social a que pertenezca el delincente*”. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 47. Tradução livre: “a criminalidade real é muito maior que a registrada oficialmente; no âmbito da criminalidade menos grave a cifra oculta é maior que no âmbito da criminalidade mais grave; a magnitude da cifra oculta varia consideravelmente segundo o tipo de delito; na delinquência juvenil é onde se dá uma maior porcentagem de delinquência com uma relativamente menor cota sancionadora; a cota sancionadora é responsável



desvios praticadas pelos mais ricos e a corrupção devem ser inseridas nesse contexto. Os dados estatísticos apresentados pelo Governo Federal comprovam tal situação. O Ministério da Justiça, por intermédio do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), publicou os dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen), *atualizados até dezembro de 2011*. Do total da população carcerária brasileira (514.582 presos), poucas são as pessoas presas por atos envolvendo alguma forma de corrupção, atingindo, principalmente, os sujeitos mais débeis economicamente da nossa sociedade.

Em relação aos crimes contra a Administração Pública, os dados são os seguintes: a) *corrupção passiva*: 57 presos; b) *concussão*: 40 presos; c) *peculato*: 1047 presos; d) *corrupção ativa*: 575 presos. Cumpre frisar que muitos desses presos estão nessa condição em caráter provisório. Logo, nada impede que venham integrar a *cifra dourada da criminalidade*. A corrupção é praticada em nosso país em índice muito maior. Porém, os casos sequer são objeto de investigação policial, de modo que a *criminalização secundária* é definitivamente a mais seletiva.

Os dados do InfoPen tornam nítido o rigor e a eficiência do Sistema de Justiça Criminal no aprisionamento dos sujeitos mais débeis da nossa estrutura social, em regra, pessoas com pouca instrução e envolvidos em condutas de violação patrimonial ou narcotraficância de varejo, responsáveis pela chamada “obra tosca da criminalidade.”⁷⁹

Ao discorrer sobre a seleção da população carcerária, Baratta irá dizer:

“se partirmos de um ponto de vista mais geral, e observarmos a seleção da população criminoso dentro da perspectiva macrossociológica da interação e das relações de

também pelo fortalecimento de carreiras criminais; as possibilidades de ficar na cifra oculta dependem da classe social a que pertença o delinquente”.

79 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *et al. Direito Penal Brasileiro*[...], p. 46.





CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

poder entre os grupos sociais, reencontramos, por detrás do fenômeno, os mesmos mecanismos de interação, de antagonismo e de poder que dão conta, em uma dada estrutura social, da desigual distribuição de bens e de oportunidades entre os indivíduos.”⁸⁰

As agências responsáveis pela *criminalização secundária*, notadamente as polícias, não têm a menor condição material de cumprir integralmente o imenso programa que lhes é imposto pelas agências responsáveis pela *criminalização primária*. Então, para não ficarem inertes e assim impedir o seu desaparecimento, irão selecionar aqueles comportamentos mais grosseiros, cuja detecção é mais fácil, bem como as pessoas que causem menos problemas, por incapacidade de acesso positivo ao poder político e econômico ou à comunicação massiva. Isso ocorre sempre sob a influência das agências de comunicação social (pressão midiática) e políticas. Sendo assim, a mídia pressiona em busca de audiência; o político pressiona em busca de eleitores; um grupo religioso pressiona para ter notoriedade; um chefe de polícia pressiona para ter poder; uma organização que defende direitos de minorias o faz pelo mesmo motivo.⁸¹

Dessa forma, o foco da seletividade do Sistema de Justiça Criminal será as pessoas mais débeis da teia social, ou seja, aquelas sem poder econômico, político ou midiático. Sujeitos estereotipados e desvalorados comporão a imagem pública do delinqüente e, dentre tantas conseqüências, haverá o esquecimento das condutas corruptas (menos toscas, embora mais danosas), gerando flagrante impunidade e reprodução das desigualdades sociais. Essa seletividade do sistema de justiça criminal é, sem dúvida, uma das condições necessárias para a manutenção de todo esse sistema de corrupção que

80 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*[...], p. 106.

81 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, et al. *Direito Penal Brasileiro*[...], p. 44-46.





existe em nosso país e das conseqüências a ele inerentes: exclusão e aprisionamento da miséria.

4. OBJETIVOS DO DIREITO PENAL E ÉTICA DA LIBERTAÇÃO

O Direito Penal – enquanto saber jurídico ético – está condicionado à afirmação total da *vida humana*, ou seja, ao “*modo de realidade* do sujeito ético (que não é o de uma pedra, de um animal irracional ou da alma angélica de Descartes), que dá o conteúdo a todas as suas ações, pulsões e desejos, que constitui o marco dentro do qual se fixam fins. Os fins são colocados a partir das exigências da vida humana.”⁸² Ele não pode se constituir por uma *ética normativa*, sem validade empírica (fundada em *juízos de valor*), devendo incorporar uma *ética utilitarista*, que prime pelo aspecto material das pulsões de felicidade, com um universalismo de conteúdo capaz de levar “felicidade para as maiorias”. Deve estar vinculado à vida humana e atento à negatividade material dessa vida, causada não intencionalmente por suas próprias normas ou instituições, que seguem uma *ética formal* (discursiva ou procedimental).⁸³

Ainda que os objetivos do Direito Penal sejam, discursiva ou formalmente, para o “bem”, materialmente causam o “mal”, havendo uma inversão dialética por vitimarem várias pessoas, principalmente, no capitalismo, cuja interdependência com o Sistema de Justiça Criminal é inexorável.⁸⁴

82 DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*[...], p. 131.

83 DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*[...], p. 11-13.

84 A propósito, ver: BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do Direito Penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002; DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006; FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005; MELOSSI, Dario;





Surge assim a necessidade de perquirir sobre os *objetivos* do Direito Penal que são construídos por discursos jurídicos: a) o *discurso jurídico oficial* estabelece como objetivo do Direito Penal a *proteção de bens jurídicos* (valores relevantes para a vida humana individual ou coletiva); b) o *discurso jurídico crítico* permite compreender o significado político do Direito Penal, cujo objetivo é promover o *controle das pessoas* nas sociedades contemporâneas, marcadas pelo capitalismo e antagonismo entre classes sociais diferenciadas (*proprietários do capital/capitalistas* e *possuidores de força de trabalho/assalariados*).⁸⁵

Nessa ordem, deve ser perquirido qual dos discursos está atrelado à Ética da Libertação e, assim, qual deles é mais capaz de afirmar a vida humana, ou, ainda, se ambos são insuficientes para o cumprimento de tal missão ética.

4.1. OBJETIVOS DECLARADOS DO DISCURSO JURÍDICO OFICIAL

Malgrado residam no plano formal ou discursivo, os objetivos do Direito Penal, declarados pelo *discurso jurídico oficial*, não podem ser dispensados, devendo ser aproveitados pelo *discurso crítico* para a construção da *práxis de libertação*. Só um Direito Penal reconduzido unicamente às funções de tutela de bens e direitos fundamentais pode conjugar garantismo, eficiência e certeza jurídica.⁸⁶ Como bem adverte Juarez Tavares, “pode-se contestar que o Direito Penal proteja bens jurídicos

PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário* (séculos XVI – XIX). Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006; RUSCHE, Georg; KIRKHEIMER, Otto. *Punishment and social structure*. New York: Russel and Russel, 1968. WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; *As raízes do crime: um estudo sobre as estrutura e instituições da violência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

85 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*[...], p. 5-6.

86 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, p. 10.





ou que seja capaz de proporcionar a reinserção social do autor, mas esses objetivos que constam do projeto como uma proposta programática.”⁸⁷ Com efeito, esses objetivos estão expressamente previstos na nossa legislação⁸⁸ e possuem ligação direta com a questão da *culpabilidade* e, conseqüentemente, com as *causas de exculpação*, dentre elas o *conflito de deveres*.

Dessa forma, no plano da *dogmática jurídico-penal* é necessário apurar se o modo de desenvolvimento da *teoria do fato punível* e da *teoria da pena* efetivado até o momento está satisfazendo os objetivos declarados pelo discurso jurídico oficial, ou seja, se está efetivamente protegendo bens jurídicos, por meio da reprovação e da prevenção advindas da aplicação das penas criminais (CP, art. 59), e se está promovendo a harmônica integração social do preso, por meio da execução delas (LEP, art. 1º). Devendo ser lembrado que, em um Estado Social e Democrático de Direito, a pena não pode ter uma natureza puramente repressiva, sem qualquer utilidade.

Segundo lição de Juarez Tavares: “se o Direito Penal tem como tarefa a proteção dos bens jurídicos e a recuperação do autor, conforme se destaca na doutrina, não pode invocar um sentido repressivo empreendido em suas normas criminalizadoras; só pode atuar preventivamente.”⁸⁹

87 TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Orgs.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 122.

88 BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Institui o Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jul. 1984: “Art. 59. O juiz, atento à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime[...]”; BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13. jul. 1984: “Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

89 TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena[...], p. 133.





Portanto, ficando comprovado o fracasso da *dogmática jurídico-penal*, especialmente em relação à *teoria do fato punível*, bem como o fracasso da pena criminal,⁹⁰ na tarefa de prevenir a ocorrência de fatos puníveis, necessariamente, novos caminhos devem ser trilhados no âmbito do Direito Penal. E nesse rumo, uma nova causa de exculpação deve ser inserida na teoria da culpabilidade. Trata-se do *conflito de deveres* em situações de anormal motivação (*marginalidade e pobreza extremas*), otimizadas recentemente pelo desastre das políticas econômicas do capitalismo neoliberal.

Entretanto, para a compreensão desse fracasso são indispensáveis as mediações da Economia Política e da Criminologia Crítica (Capítulo 2), entendida esta como setor da sociologia jurídico-penal capaz de desvelar a desigualdade social e a seletividade do Sistema de Justiça Criminal.

4.2. OBJETIVOS *REAIS* DO DISCURSO JURÍDICO CRÍTICO

Somente com a verificação dos objetivos *reais* do Direito Penal é possível entender o caráter político desse setor do ordenamento jurídico que é o epicentro do controle social nas sociedades atuais. O aparelho repressivo garante as condições materiais fundamentais da vida social, conforme os interesses dos membros das classes dominantes, ou do capital, nas sociedades contemporâneas, em detrimento dos interesses dos membros das classes dominadas.⁹¹

90 “[...] ‘fracassou’ sempre entre aspas, porque o tratamento incidiu apenas sobre o homem. Não sobre as estruturas, não sobre os interesses, não sobre a reação social, não sobre o exercício do poder”. CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 48-49.

91 Segundo Juarez Cirino dos Santos, “as classes, ou bloco de classes dominantes nas relações de produção detêm e exercem a hegemonia nos quadros do poder político da sociedade, garantindo os fundamentos das relações de produção capitalistas (separação trabalhador-meios de produção), pelos aparelhos de coação do Estado (política, forças armadas, burocracia, etc.), e





O Direito Penal como garantidor de uma ordem social desigual, acaba sendo, inexoravelmente, garantidor da desigualdade social, apesar de o discurso jurídico oficial proclamar uma fantasiosa igualdade de tratamento, o que é ilusório.⁹²

Conforme Binder, se o Direito Penal e os seus objetivos não forem analisados sob o prisma da *violência (estrutural e institucional)*, poderá aumentar a elegância dos seus argumentos, o brilho e o rebuscamento da teoria do fato punível, porém, também, aumentarão: a) as suas funções ideológicas; b) a ocultação das formas oficiais de violência; c) a seletividade do Sistema de Justiça Criminal; e, d) a sua artificialidade tranqüilizadora.⁹³

Na perspectiva crítica do presente trabalho é indispensável a análise da *violência estrutural* e da *violência institucional*. A *violência estrutural* está ligada às relações de produção no processo de trabalho, em todos os setores da atividade humana, enquanto que a *violência institucional* se liga ao conteúdo e à atuação ou funcionamento diferencial das superestruturas do poder político e jurídico do Estado, implementadas pelos vários aparelhos ou órgãos incumbidos da aplicação da política social, como a burocracia do Executivo e seus órgãos de repressão (forças armadas, polícia e prisão), o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, as formas superestruturais de existência do poder do Estado burguês.⁹⁴

Por isso, a questão será tratada de modo aprofundado, quando será demonstrada a realidade dos caminhos da

reproduzindo essas relações pelas formas jurídicas do sistema legal, cujas diretrizes básicas, enunciadas em normas gerais e obrigatórias, disciplina e controla as relações sociais nos limites e conforme as exigências das relações de produção, funcionando, simultaneamente, como técnica de controle e de organização social e como lei do modo de produção capitalista". In CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *As raízes do crime*[...], p. 61.

92 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*[...], p. 6-7.

93 BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Penal*..., p. 18.

94 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *As raízes do crime*[...], p. 85.





CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

construção social do desvio e da criminalidade, e, as indispensáveis mediações para a construção de um novo fundamento material ao conceito de culpabilidade, segundo os princípios de um Estado Social e Democrático de Direito.





CAPÍTULO 2

CRIMINOLOGIA CRÍTICA E CULPABILIDADE:

MEDIAÇÕES NECESSÁRIAS A UM NOVO FUNDAMENTO MATERIAL DA CULPABILIDADE

Verificados os fundamentos axiológicos do Direito Penal em um Estado Social e Democrático de Direito, necessário agora analisar, pela via da Criminologia Crítica, as mediações necessárias à desconstrução maniqueísta para a proposição de um *novo fundamento material* para a *culpabilidade*, entendida como *juízo de responsabilidade/necessidade*, através de um método vinculado à realidade social e as tensões concretas dela decorrentes, tornando possível, assim, a inserção do *conflito de deveres* como causa (supra)legal de exculpação no contexto de *condições sociais adversas* – inerentes ao desastre das políticas econômicas neoliberais.

1. INTRODUÇÃO

A criminalidade é tema central de discussões políticas, jurídicas e midiáticas, ganhando força por causa da difusão do medo entre as pessoas em todas as partes do mundo. Os veículos de comunicação servem para promoção pessoal – econômica e política, por exemplo –, havendo discursos carregados pela ideologia positivista (conservadora) a respeito do desvio e da criminalidade. Nesses discursos, impera o maniqueísmo, havendo distinção entre pessoas “normais”





CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

(boas) e “criminosas” (inimigos), sendo a causa do crime definida por “sinais” antropológicos ou sociológicos de determinados indivíduos pertencentes a determinado universo social. Os etiquetados como criminosos são colocados em um alhures social, sendo associados a tudo que é contaminado, sujo, ofensivo à moralidade e ao olfato¹. Essa ação estratégica é coberta pelo véu das boas intenções. A ideologia reinante tem como escopo a defesa social, enxergando no delinquente uma figura necessitada de correção ou tratamento, sem haver qualquer questionamento a respeito dos pressupostos dos *processos de criminalização* (primária ou secundária), e acredita no crime como fato natural (*perspectiva positivista*). Assim, justifica-se – retoricamente – o aprisionamento de milhares de pessoas miserabilizadas, malgrado as “impurezas” estarem em todos os estratos sociais, sendo flagrante a seletividade do Sistema de Justiça Criminal.

A constatação do caráter seletivo da atuação do Sistema de Justiça Criminal não consegue ser feita pela dogmática penal ou pela sociologia jurídica em geral, de caráter microsociológico. Para ser detectado esse caráter seletivo do aparelho repressivo do Estado são necessárias as mediações da sociologia jurídico-penal, ou seja, a Criminologia Crítica. Em termos de evolução teórica, a Criminologia possui as seguintes fases: a) *criminologia tradicional*: fundada no autor do delito, caracterizada pelo paradigma etiológico; b) *criminologia crítica*: fundada nas condições objetivas estruturais e superestruturais da vida social.

A *criminologia tradicional* estuda os desvios e a criminalidade perquirindo as causas dos comportamentos desviantes ou criminosos, violadores das normas comumente aceitas dentro de um estilo de vida normal. Há generalizações ao

1 RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e mercados: ensaios em anticriminologia*. Trad. Davi Tangerino, Luciana Boiteux e Luiz Guilherme Mendes de Paiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 1.





invés de se adotar variações e diferenças de forma particular, malgrado se saiba que não há “a” causa do crime, devendo o estudo estar atento às variações, diferenças e exceções. Nesse paradigma, nega-se o livre arbítrio mediante um rígido determinismo patológico ou sociológico, com a criação do “homem delinqüente” (Lombroso) e a estigmatização de sujeitos pertencentes às classes econômicas mais baixas da sociedade. Pode-se afirmar que a *criminologia tradicional* se limita ao estudo das causas do fenômeno desviante. A *criminologia tradicional* (positivista, etiológica e conservadora) gira em torno do infrator da lei penal ou do ambiente social, sem atentar para os problemas do *controle social* (*conjunto de instituições, estratégias e sanções sociais que pretendem garantir a submissão dos indivíduos aos modelos e normas comunitárias*). Desse modo, ela parte de uma visão consensual e harmônica da ordem social, sem questionar as definições legais e o funcionamento do Sistema de Justiça Criminal.² O enfoque técnico jurídico do paradigma etiológico não aponta um diagnóstico sério sobre a questão criminal, e não está em condições de sugerir programas ou estratégias para diminuí-la, até porque a reação ao delito não pode ser exclusivamente jurídica. Desde Durkheim, sabe-se que o crime é um fenômeno social normal, não havendo sociedade sem ele, inclusive, apresentando fatores positivos, como por exemplo, a reafirmação e evolução dos padrões morais.³ Porém, a questão criminal ainda é tratada sem os cuidados devidos, e os equívocos no desenvolvimento das políticas criminais crescem quando não se promove a interdisciplinaridade com a Criminologia Crítica.

Embora seja do conhecimento de muitos que o desvio não representa uma qualidade intrínseca dos desviantes, a questão criminal permanece legitimando programas

2 GARCIA-PÁBLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología*[...], p. 186.

3 DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 83.





violentos por parte do Estado. O senso comum recepciona o discurso etiológico e, ao assim fazê-lo, nega a *alteridade*. Nas palavras de Salo de Carvalho, “a desconsideração do individual, de suas diferenças e das desigualdades de suas condutas e de suas reações, bem como dos motivos que as potencializam, sempre estiveram em prol de fórmulas universalizantes, característica do pensamento metafísico ocidental dominante até o século passado.”⁴

Com isso é possível afirmar que a *criminologia tradicional* permanece criminalizando a *alteridade* por não compreender a temporalidade do outro, sendo fundamental o rompimento com a totalidade das agências responsáveis pela criminalização que impõem a outrem o estigma delitivo.⁵ A *criminologia tradicional*, portanto, por estar fundada na lógica da totalidade, nega a *alteridade* e, conseqüentemente, não constitui um saber ético. Ela parte de um plano metafísico para deduzir tudo a partir de uma unidade, ou seja, a sua teoria tem como alvo o *uno* na condição de origem e fundamento do *todo*. A unidade figura como fundamento, em detrimento da multiplicidade. Entretanto, essa ideologia, por ser fruto da totalidade que a possibilitou paradigmaticamente, encobre o mundo que se situa além da sua lógica, negando e ocultando o mundo da *alteridade*.⁶

4 CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*[...], p. 155.

5 CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*[...], p. 156.

6 Apoiando-se no pensamento de Enrique Dussel, Celso Luiz Ludwig afirma que “o sentido ético da totalidade se explica tendo como fundamento parâmetro e limite, concepção onde o múltiplo é admitido apenas como diferenciação do Uno na mesma Totalidade (seja no paradigma do ser, como *fysis* entre os gregos, seja na moldura paradigmática da subjetividade do sujeito, entre os modernos, seja no paradigma da comunicação, como participante da argumentação, na pós-modernidade). Essa concepção ética, no entanto, é ideológica, dado que fruto da lógica da totalidade que a possibilita paradigmaticamente, e que, por sua vez, também é ideológica, enquanto encobridora do mundo que se situa além da lógica da totalidade, negando e ocultando de tudo ao “mesmo”, nega a possibilidade real da outra lógica, a lógica da alteridade”. In LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação*[...], p. 144.





A Criminologia Crítica tem mostrado os danos do discurso conservador, de modo que o desvio e a criminalidade precisam ser conhecidos cientificamente – sem pretensões totalitárias – para, assim, afastar o maniqueísmo da ideologia da Defesa Social. Recrudescer o sistema punitivo, só servirá para o incremento da população reclusa, não implicando diminuição da criminalidade; ao contrário, com as políticas criminais tradicionais a criminalidade tende a aumentar (caráter criminógeno).

Por essas razões, embora insuficiente para a compreensão da questão criminal, desde as suas raízes, o *labeling approach* (ou teoria do etiquetamento e da reação social) representou uma revolução paradigmática. Nele, o controle social passou a ser o objeto de estudo, assim como o homem e a sociedade foram para a *criminologia tradicional*. Seus teóricos demonstraram que a criminalidade não tem natureza ontológica, devendo-se verificar como operam os mecanismos sociais que atribuem a condição criminal a determinados comportamentos e indivíduos, analisando a seletividade do Sistema de Justiça Criminal e a desigualdade social que dela decorre.

2. A CRIMINOLOGIA TRADICIONAL: POSITIVISMO E DEFESA SOCIAL

2.1. POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO

A *Scuola Positiva* italiana tem no pensamento de Lombroso (1835-1909), Ferri (1856-1929) e Garofalo (1852-1934) os seus maiores expoentes. Ela inaugura a “etapa científica” da criminologia, contrapondo-se à Escola Clássica, principalmente em relação aos métodos de pesquisa. Seguindo a Lei de Comte sobre as fases e estágios do conhecimento humano, a *Scuola Positiva* entendia ter superado o pensamento antigo (mágico/teológico) e o racionalismo ilustrado (abstrato/metafísico), representando uma transformação radical na análise





do delito. Enquanto a Escola Clássica lutava contra o castigo e a irracionalidade do sistema penal do Antigo Regime, a Escola Positiva teria como missão lutar contra o delito, por intermédio do conhecimento científico das suas causas (*vere scire este per causas scire*), visando proteger a ordem social nascida com a sociedade burguesa industrial. Assim, a “cosmologia da ordem e progresso” e a fé cega na onipotência do método científico, definem a sua metodologia.⁷ Trata-se de uma escola criminológica que surgiu condicionada pelos fatores históricos e teóricos do seu tempo. O positivismo criminológico contribuiu para a consolidação da defesa na nova ordem social que adveio com a ascensão da burguesia. A teoria do contrato social e a função preventiva da pena criminal eram insuficientes para sustentar essa nova ordem burguesa. Aliás, as teorias críticas racionalistas e metafísicas dos iluministas poderiam colocá-la em perigo, de modo que o positivismo foi utilizado como apoio para a sua legitimação e proteção. Assim, o rigor positivista colocou ênfase nas colônias do além-mar e na pena de morte, evocando, inclusive, a odiosa Lei da Seleção Natural das Espécies, para justificá-la. Além disso, explicou a diversidade do homem delinqüente apontando uma qualidade patológica, algo totalmente contrário aos ideais iluministas.⁸ A Escola Positiva: a) deixou de dar ênfase ao indivíduo como sujeito de direitos, para defender a sociedade contra os criminosos; b) abandonou o racionalismo clássico para se apoiar nos dados da realidade (empirismo); c) adotou um método científico experimental ou empírico-dedutivo de análise do seu objeto, cujas premissas são a quantificação, a neutralidade e a causalidade (determinismo).

Para o positivismo criminológico, o crime deixa de ser um *ente jurídico* (Carrara) para ser um *fato natural e social*,

7 GARCIA-PÁBLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología*[...], p. 252-253.

8 GARCIA-PÁBLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología*[...], p. 253-254.





praticado pelo homem e causalmente determinado (determinismo), eliminando-se o livre-arbítrio.⁹

Dentro da antropologia, Lombroso marca o nascimento da criminologia como ciência causal-explicativa, centrando suas pesquisas na investigação do homem delinqüente. A tese de Lombroso partia da idéia da existência do “criminoso nato”, estando as causas do crime no próprio criminoso, ou seja, um pensamento determinista orgânico (anatômico-fisiológico) e psíquico. Sua pesquisa utilizou um método investigativo próprio das ciências naturais (observação e experimentação) e concentrou-se em grupos não-criminosos e criminosos dos hospitais psiquiátricos e das prisões do sul da Itália. Atavismo, epilepsia e loucura moral constituem o “tríptico lombrosiano.”¹⁰

Num viés sociológico, Ferri ampliou a tipificação lombrosiana da delinqüência, admitindo três causas etiológicas do crime: a) individuais (orgânicas e psíquicas); b) físicas (ambiente telúrico); e, c) sociais (ambiente social), constituindo as bases da criminologia etiológica (positivista).¹¹ Para ele, o crime era o resultado da ação de fatores diversos: individuais, físicos e sociais. Além disso, também rechaçava o livre-arbítrio, afirmando se tratar de uma ficção. Entretanto, cabe destacar que Ferri sugeriu um ambicioso programa político-criminal de luta e prevenção do crime. Segundo ele, o crime era um fenômeno social, com uma dinâmica própria e etiologia específica, onde predominam os fatores sociais. Dessa forma, a luta e prevenção do crime deveria se dar através de uma ação realista e científica dos poderes públicos, que deveriam se antecipar àquele, incidindo com eficácia nos fato-

9 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica*: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 60-64.

10 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica*[...], p. 64.

11 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica*[...], p. 64-65.





res criminógenos que o produziam, nas mais diversas esferas (econômica, política, científica, legislativa, religiosa, familiar, educativa, administrativa, etc.), neutralizando tais fatores, pois, a pena era ineficaz se não precedida e acompanhada das oportunas reformas econômicas e sociais.¹² Garofalo irá falar de “inimigos naturais da sociedade” (perspectiva ôntica), ou seja, os criminosos graves e os indesejáveis (pequenos ladrões, prostitutas, homossexuais, bêbados, vagabundos, jogadores etc.). Cumpre ressaltar que Garofalo era seguidor de Spencer, considerando-o o maior dos filósofos da sua época e, portanto, tinha uma definição de inimigo etnocentrista e racista¹³. A característica fundamental da teoria garofaliana está no fato de ver o comportamento criminal como uma anomalia psíquica ou moral, ou seja, um déficit na esfera moral da personalidade dos indivíduos, de base orgânica, endógena, de uma mutação psíquica (porém, não se trata de uma enfermidade mental), transmissível hereditariamente e com conotações atávicas e degenerativas. Para ele, assim como a natureza elimina a espécie que não se adapta ao meio, também o Estado deve eliminar o delinquente que não se adapta à sociedade e às exigências de convivência, ficando evidente a sua defesa da pena de morte em certas hipóteses.¹⁴

Em linhas gerais, é possível afirmar que o pensamento positivista é determinista, não sendo a conduta delituosa fruto do livre arbítrio humano, mas o resultado previsível determinado por múltiplos fatores que conformam a personalidade de uma minoria de indivíduos socialmente perigosos. Em outras palavras: o crime é sintoma revelador da personalidade perigosa de seu autor, que é um homem

12 GARCÍA-PÁBLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología*[...], p. 262-264.

13 ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 93-94.

14 GARCÍA-PÁBLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología*[...], p. 265-268.





causalmente determinado e erigido à categoria de principal objeto de estudo criminológico.¹⁵

No Brasil, é forte a influência do positivismo criminológico e do seu correlato “darwinismo social”. Uma prova dessa afirmação é extraída do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (Infopen), desenvolvido pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Segundo o *relatório de dezembro de 2011*, a população carcerária do Brasil é de 514.582 presos e internados (uma média de 269,79 pessoas para cada 100.000 habitantes). Curiosamente, apenas 2.062 presos possuem ensino superior completo ou acima desse nível escolar. O cometimento de crimes patrimoniais e o tráfico ilícito de entorpecentes são a maior causa de encarceramento, correspondendo a 366.386 do total de presos. Os mais jovens compõem a maior parte da população carcerária: presos com idade entre 18 e 45 anos são 413.700. Deve ser destacado que negros e pardos correspondem a 274.253 do total de presos do país,¹⁶ evidenciando o caráter racista e classista da seletividade do sistema penal.

Esses dados oficiais demonstram que a *criminologia tradicional* ainda influencia as políticas criminais e o controle social no país, comprovando o caráter seletivo do aprisionamento de pessoas. O perfil do criminoso, segundo a visão dos agentes públicos, notadamente policiais e magistrados, está vinculado à idade e a fatores étnicos e sociais (perspectiva etiológica), esquecendo de perquirir as razões histórico-materiais para 366.386 pessoas estarem presas pelo cometimento de crimes patrimoniais ou tráfico ilícito de entorpecentes. Dito de outro modo, tais agentes se preocupam apenas com estratégias situacionais de prevenção do delito, sem qualquer interesse pelas causas profundas (as raízes) da construção social do desvio e da criminalidade.

15 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica*[...], p. 65-67.

16 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – Infopen. Brasília, jun/2011. Fonte: www.infopen.gov.br.





CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

Uma leitura positivista dessas informações penitenciárias pode fazer os incautos concluir que os mais jovens, os pobres, os negros e os pardos, têm maior propensão a desvios. Equívocos na leitura dessas informações acabam influenciando a tomada de decisões na “guerra contra o crime”, pois, em regra, as ações policiais se concentram em regiões povoadas por pessoas com os indicadores acima mencionados, (jovens, pobres, com baixa instrução escolar). Ademais, as condenações a uma pena privativa de liberdade se proliferam contra as pessoas das camadas mais débeis da sociedade, ficando evidente a influência da *criminologia tradicional* no cotidiano das agências responsáveis pela criminalização da pobreza. Para ilustrar, a operação coordenada pelo Governo do Rio de Janeiro, com apoio das Forças Armadas e do Departamento de Polícia Federal, no Complexo do Alemão, em 21 de novembro de 2010, mostrou informações distorcidas, enquanto a imprensa ovacionava a violência estatal contra as mais variadas pessoas, com invasão e pilhagem de residências praticadas por policiais desonestos, violando o Estado Democrático de Direito.¹⁷

Tudo isso ocorreu para atender aos interesses do capital, pois a cidade do Rio de Janeiro, em breve, será sede da Copa do Mundo (2014) e das Olimpíadas (2016), além de as favelas conterem um enorme contingente de consumidores¹⁸,

17 Após a ocupação do Complexo do Alemão, várias denúncias de abusos contra moradores das favelas começaram a surgir. Até o dia 02/12/2010, 27 denúncias, que incluíam invasões de residências sem mandado judicial, agressões e roubos, foram recebidas pela Corregedoria Geral da Polícia do Rio de Janeiro. Fonte: <http://oglobo.globo.com/rio/ancelmo/reporterdecrime/posts/2010/12/02/corregedoria-ja-recebeu-27-denuncias-de-abusos-346070.asp>, página visitada em 13 de janeiro de 2011.

18 Há no Rio de Janeiro 1.020 favelas e morros, que abrigam 1,3 milhão de consumidores. Nas 17 favelas onde há UPPs (Unidades de Polícia Pacificadora) os imóveis valorizaram 400%. Esse mercado é visado por grandes capitalistas, dentre os quais merece destaque os proprietários de empresas de energia elétrica, telefonia e TV a cabo. Fica evidente a relação “fraterna” entre o Sistema de Justiça Criminal e o capitalismo neoliberal. Ver reportagem de Rosenildo





devendo ser propagada a ideia de que os problemas de segurança pública estão resolvidos, nada podendo atrapalhar o sucesso econômico dos capitalistas.

A chamada *criminologia positivista* legitima a ordem social constituída no Brasil, porque não questiona os fundamentos axiológicos e o funcionamento do Sistema de Justiça Criminal, notadamente os processos de criminalização primária e secundária. Tudo é assumido como dogma, onde haveria uma neutralidade, típica do empirismo das cifras e das estatísticas. O crime e a reação social não são problematizados, porque se parte da bondade suprema da ordem social e do efeito terapêutico e benfeitor da pena. Portanto, o empirismo criminológico reforça, legitima, revitaliza as definições legais e os dogmas do sistema, tornando-o ao mesmo tempo mais sólido e racional.¹⁹

Em suma, essa criminologia de matriz positivista, por se relacionar a um modelo idealista de sociedade, nega o modo de pensar e as condições materiais de vida da América Latina como possibilidade de uma nova criminologia. A superação dessa totalidade positivista é um objetivo da Criminologia Crítica. Somente na exterioridade, com a negação da negação do outro, desde um lugar que está além do sistema vigente, é que haverá a concretização dos objetivos da República Federativa do Brasil.

2.2. A IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL

A ideologia da Defesa Social é elemento comum às escolas Clássica e Positiva. Em ambas as escolas a ciência jurídica, a concepção geral do homem e a sociedade estão estreitamente ligadas pela ideologia da Defesa Social,

Gomes Ferreira. In: *Revista Isto É*. São Paulo. n. 695, 28 jan. 2011 (http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/47955_AS+EMPRESAS+SOBEM+O+MORRO), página visitada em 09 de janeiro de 2012.

19 GARCÍA-PÁBLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología*[...], p. 205.





representando o elo entre teoria e política fundamental do sistema criminológico científico.

O nascimento dessa ideologia é contemporâneo à revolução burguesa e as suas premissas são as seguintes:

a) *legitimidade*: as agências estatais possuem legitimidade para reprimir a criminalidade, a partir da reação social que reprova e condena o comportamento desviante, reafirmando os valores e as normas sociais; b) *maniqueísmo*: o desvio representa o mal, enquanto a sociedade é o bem; c) *culpabilidade*: o desvio decorre de uma atitude reprovável por ser avessa aos valores e normas sociais; d) *prevenção*: a pena tem por função, além da retribuição, a prevenção de novos desvios, servindo como contramotivação ao comportamento delituoso; e) *igualdade*: a reação do sistema penal é igualitária; f) *interesse social e delicto natural*: as leis penais protegem os interesses fundamentais de todos os membros da sociedade.²⁰

Os principais representantes da ideologia da Defesa Social são Filippo Gramatica e Marc Ancel,²¹ não constituindo ela uma escola sociológica ou uma teoria da criminalidade, mas, tão-somente, uma forma de política criminal ou filosofia penal,²² surgida de modo sistematizado após a II Guerra Mundial, precisamente, em 1947, durante o V Congresso Internacional de Direito Penal (Genebra), organizado com o objetivo de discutir como o Estado pode, no âmbito da legislação interna, contribuir para assegurar a paz de outro Estado, e, o princípio da legalidade e a persecução criminal. A preocupação principal do evento era a paz e a colaboração

20 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*[...], p. 41-43.

21 Entretanto, conforme destaca Marc Ancel, Adolphe Prins construiu a primeira sistematização da Defesa Social. In ANCEL, Marc. *A nova defesa social: um movimento de política criminal humanística*. Trad. Osvaldo Melo. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 29.

22 GARCÍA-PÁBLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia*[...], p. 205. Marc Ancel afirmava que a ideologia de Defesa Social era “uma doutrina humanista de proteção social contra o crime”. In ANCEL, Marc. *A nova defesa social*[...], p. 446.





entre os diferentes Estados democráticos, algo que será decisivo para a transnacionalização do controle social. Nesse evento, Gramatica (então Diretor do Centro para Estudo da Defesa Social), defende o uso de medidas educativo-curativas em substituição à pena criminal. Segundo ele, o Direito Penal deveria dar lugar a um “direito de defesa social”, cujo objetivo era adaptar “o indivíduo à ordem social vigente.”²³ A partir daí o movimento foi sistematizado, reconhecido internacionalmente e a ideologia da necessidade de uma sentença indeterminada e das medidas de segurança ganhou força na promoção da ideia de prevenção do delito e tratamento dos delinquentes. Gramatica afirmava que, ao invés de se ter uma pena para cada delito, deve ser aplicada uma medida para cada pessoa.²⁴

No âmbito da Nova Defesa Social, Ancel, constrói uma teoria reformista moderada, mantendo as propostas do movimento em linhas legais. Ele sustentou que a Defesa Social era totalmente diferente do positivismo, pois: a) não é determinista; b) desaprova a classificação dos delinquentes em tipos criminosos; c) desaprova a negação da individualidade da personalidade humana; d) crê na importância dos valores morais; e) enfatiza os deveres da sociedade em relação ao delinqüente; f) utiliza recursos das ciências modernas; g) substituiu o cientificismo positivista por uma moderna política criminal.²⁵ Ancel procurou articular a Defesa Social por meio de uma ação coordenada do Direito Penal, da Criminologia e da ciência penitenciária (sobre bases científicas e humanitárias ao seu tempo), e a nova imagem do homem delinqüente. Para

23 GRAMATICA, Filippo. *Principio de Derecho Penal subjetivo*. Madrid: Reus, 1941. p. 124.

24 Ver DEL OLMO, Rosa. *América Latina y su criminología*. México: Siglo XXI, 1999. p. 87-91.

25 ANCEL, Marc. *Social defense: a modern approach to criminal problems*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1965. p. 102-106, *apud* DEL OLMO, Rosa. *América Latina y su criminología*[...], p. 89.





ele, a meta não deve ser o castigo, mas a proteção eficaz da sociedade através de estratégias não necessariamente penais, que partam do conhecimento científico da personalidade do delinquente e sejam capazes de neutralizar sua eventual periculosidade de modo humanitário e individualizado. Com isso é possível concluir que a Nova Defesa Social de Ancel procura potencializar a função ressocializadora da pena, compatível com a proteção social, principalmente porque procura reintegrar o delinquente à sociedade, o que implica respeito à sua identidade e dignidade.²⁶

É característica desse movimento criminológico a concepção abstrata e a-histórica de sociedade, compreendida como uma totalidade de valores e interesses.²⁷ Lyra Filho afirma que “a invocação, em abstrato, da defesa social dissimula a existência de ‘crimes’ que resguardam privilégios, bem como o afeiçoamento de todo o sistema normativo aos interesses fundamentais dos melhor aquinhoados.”²⁸ A propósito:

“Uma política criminal de ‘proteção da sociedade contra o crime’, com o foco dirigido para o indivíduo criminoso submetido à remoção, segregação, cura e educação, sob o fundamento do estado ‘perigoso’, mesmo que acene com um Direito Penal ‘humanizado’ pela ‘ciência do crime e do criminoso’, não deixa de constituir a forma mais exacerbada de violência repressiva, como ‘defesa social’ da ordem capitalista. Dourar a pílula, como faz M. Ancel, ao caracterizar a política criminal preventiva (elementos central do ‘defensivismo’) como ‘humanismo científico’, porque subordinado à lei e à justiça e enraizado na criminologia antropológica e sociológica, não altera o significado repressivo de uma política criminal definida como ‘profilaxia do crime’, orientada pelo estado de ‘perigosidade’

26 GARCÍA-PÁBLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología*[...], p. 275-276.

27 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*[...], p. 47.

28 LYRA FILHO, Roberto. *Criminologia dialética*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 23.





do indivíduo, mas que, na verdade, protege e reproduz uma ordem social criminoso contra medidas estruturais efetivamente ‘profiláticas’, capazes de erradicar as injustiças e desigualdades sociais, bases permanentes (e intocadas) de produção e reprodução do crime, a resposta dos ‘resistentes’, irracional e inadequada (mas inevitável), em face de condições sociais adversas, que só podem ser transformadas pela ação coletiva organizada do conjunto das classes trabalhadoras. [...] Esse modelo de política criminal supõe unidade onde existe divisão, e harmonia onde atua a contradição: não coloca a questão real da existência e da luta de classes (nem pode fazê-lo, por seus compromissos ideológicos e objetivos políticos manifestos) e, assim, é incapaz de captar sua significação ideológica como sistema (teórico) legitimador da dominação e opressão, tão mais eficiente quanto mais sutil a mistificação sob os signos da ciência.”²⁹

Tal ideologia conjuga elaborações técnicas do positivismo jurídico com propostas essenciais do positivismo criminológico, situadas no plano de um “idealismo moral” ou de uma “filosofia humanista”. Entretanto, um novo Direito Penal deve trabalhar em um horizonte macrosociológico, vinculado a conceitos concretos de sociedade, sendo, inviável o seu desenvolvimento sobre um conceito ideal.³⁰ A vanguarda filosófica da Ética da Libertação segue um rumo anti-formalista, cujas repercussões na doutrina penal não podem ser fragmentárias, lentas ou inconscientes das implicações teóricas de suas postulações. Embora Dussel não trate diretamente da questão jurídica, é possível concluir que a Ética da Libertação busca garantir a passagem da igualdade jurídica de indivíduos “livres” e nações “soberanas”, para a busca de um conteúdo real sócio-econômico dessa igualdade formal,

29 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *As raízes do crime*[...], p. 51-52.

30 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*[...], p. 47-48.





em todos os planos. Assim, um novo Direito Penal, capaz de afastar a mitologia da igualdade e incorporar o *conflito de deveres* como causa de exculpação, a partir da negatividade material das vítimas do capitalismo, não pode seguir a tradição exegética, apologética ou conformista da *criminologia tradicional*. Seu desenvolvimento deve estar atrelado igualmente a uma sociologia atualizada, retemperando-se na práxis e na crítica, pois, somente assim, será possível evitar a alienação e o “dogmatismo bruto da ação cega.”³¹

3. A REVOLUÇÃO PARADIGMÁTICA:

O LABELING APPROACH E A CRISE MANIQUEÍSTA

A partir do *labeling approach* (teoria do *etiquetamento*), o desvio não é uma qualidade que reside no próprio comportamento; é simplesmente a *interação* entre a pessoa que comete um ato e aquelas que reagem a ele:³² os *empreendedores morais*.

Segundo Pereira de Andrade, “a realidade social é constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, aos quais um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem. O comportamento do homem é assim inseparável da ‘interação social’ e sua interpretação não pode prescindir desta mediação simbólica.”³³

Um ato humano somente adquire a qualidade de desvio a partir das reações oficiais e sociais (teoria da *rotulação* ou da *reação social*). Não é a natureza intrínseca do ato que leva à sua identificação como desviante ou criminal. É o processo

31 LYRA FILHO, Roberto. *Criminologia dialética*[...], p. 85.

32 BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 27.

33 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica*[...], p. 204.





retórico, as reações sociais, as cerimônias institucionais e as tipificações que constroem o desvio e a criminalidade.³⁴

Adorno e Horkheimer afirmam que “a comunidade da reação social é, essencialmente, a da opressão social.”³⁵ Por isso, é possível afirmar que os grupos dominantes de uma determinada sociedade impõem uma definição de criminalidade a todos que desafiem o seu poder político ou econômico.

Outsider é a pessoa que infringe regras impostas, sejam elas formalmente promulgadas ou simples acordos informais. Vale destacar que, a partir de um giro lingüístico, o rotulado poderá dar uma segunda significação ao critério, concluindo que o *outsider* é aquele que o julga como infrator das regras. Afinal, algumas pessoas ficam envolvidas em uma subcultura (religiosa, jurídico, política ou étnica, por exemplo) e perdem a consciência de que nem todos agem da maneira que elas entendem correta, cometendo, desse modo, uma impropriedade. Conforme Zaffaroni, ser um inimigo social nada mais é que receber um rótulo distribuído com a mais vasta arbitrariedade, não havendo pessoa no mundo livre de ser eventualmente rotulada.³⁶ O desvio é simplesmente qualquer coisa que *difere do que é mais comum* (concepção estatística), uma *patologia* (concepção médica adotada pela *criminologia tradicional*) ou, finalmente, uma *falha em obedecer as regras de um grupo* (concepção sociológica).³⁷ Não há qualquer dado ôntico nessa concepção. Tudo decorre da seletividade do sistema.

Os grupos sociais criam o comportamento desviante ao fazer as regras cuja infração constitui desvio ou crime. A partir da aplicação dessas regras, toda pessoa que não as cumprir

34 RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e mercados*[...], p. 3.

35 ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Sociologica*. Trad. V. S. de Zavala. Madrid: Taurus, 1966. p. 285.

36 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*[...], p. 102.

37 BECKER, Howard S. *Outsiders*[...] p. 15-20.





passará a ser rotulada como *outsider* ou criminoso. Como destacado por Becker, “o desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal.”³⁸ A partir dessa premissa, não há nada de patológico no comportamento desviante, sendo elemento comum às pessoas rotuladas de desviantes, simplesmente, o rótulo e a experiência de serem rotuladas. Assim, o maniqueísmo entra em crise e não encontra sustentação. É importante destacar que as regras formais impostas pelo processo de *criminalização primária* podem diferir daquelas de fato consideradas apropriadas pela maioria das pessoas. No Brasil, por exemplo, é evidente a aceitação social das chamadas casas de prostituição, malgrado a sua previsão como conduta criminoso.³⁹

Fruto da tensão social, a imposição de regras por um grupo de pessoas a outras parece ser prática inevitável no processo político da sociedade. Não raro, a classe média impõe regras à classe baixa em diversos ramos de convivência. Logicamente, cumpre a qualquer ator jurídico o estudo crítico dessas regras para conservação da democracia. Afinal, ao contrário do que é defendido pela *criminologia tradicional*, o comportamento apropriado é simplesmente aquele que obedece à regra e que assim é percebido por grande parte da sociedade. Desviante será simplesmente o comportamento daquele que desobedece à regra e é percebido como tal, lembrando que muitos comportamentos desviantes acontecem na alcova ou no mercado de capitais, onde a figura do burguês renascentista, considerada exemplar, pela classe média, dá lugar ao bárbaro que nega o convívio amistoso, rompe

38 BECKER, Howard S. *Outsiders*[...] p. 22.

39 BRASIL. Decreto n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Institui o Código Penal*: “Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa” (Redação dada pela Lei n. 12.015, de 2009).





com as regras e os limites impostos pela civilização, não chegando tal conduta a ser percebida como deveria.⁴⁰ Trata-se do *desvio secreto*: um ato impróprio cometido, mas que ninguém o percebe ou reage a ele como uma violação das regras.⁴¹ Pode-se incluir nesse contexto o *desvio secreto* ou a *cifra oculta da criminalidade*, ou seja, fatos criminosos não identificados, não denunciados ou não investigados pelos agentes públicos responsáveis pela *criminalização*.

A rotulação dos comportamentos traz diversas consequências práticas nas relações de poder existentes dentro de cada sociedade. Como visto, a rotulação é um exercício de poder funcional às expectativas de um determinado grupo. Becker demonstra isso quando afirma que “o jovem de classe média não deve abandonar a escola porque seu futuro profissional depende do grau de instrução. A pessoa convencional não deve satisfazer seus interesses por narcóticos, por exemplo, porque está em jogo muito mais que a busca de prazer imediato; talvez julgue que o emprego, a família e a reputação na vizinhança dependem de que continue a evitar a tentação.”⁴²

Partindo-se dessas constatações, é possível ver que o desenvolvimento normal das pessoas passa a ser uma série de compromissos progressivamente crescentes com normas e instituições convencionais, e, quando uma pessoa “normal” sente algum impulso desviante, castra-o em face das consequências do processo de rotulação. Dessa forma, ponderando o investimento que fez para manter o progresso social, abre mão de seus impulsos não-convencionais e passa a agir da forma esperada pelo poder hegemônico. Talvez por essa razão muitos estejam agindo de modo desviante na hipermodernidade ou na posmodernidade, uma vez que não conseguiram sequer fazer algum investimento social, não tendo nada a

40 CARVALHO, Salo de. Antimanual de criminologia[...], p. 183-189.

41 BECKER, Howard S. *Outsiders*[...] p. 32.

42 BECKER, Howard S. *Outsiders*[...] p. 38.





perder. Assim, no contexto de marginalidade e pobreza extremas, nem mesmo a liberdade passa a ter valor.

Essa rotulação também traz conseqüências à participação social e à auto-imagem do indivíduo selecionado. Sua identidade pública é afetada, principalmente quando submetido à privação de liberdade. Esse tipo de pena criminal é altamente estigmatizante. A partir da sua execução o indivíduo é encarado como desviante ou indesejável e sua vida em sociedade fica prejudicada, mesmo após o seu integral cumprimento. A pessoa passa a ser tratada como um desviante em geral, produzindo uma profecia autorrealizadora (*self fullfilling prophecy*). Seu comportamento passa a ser conseqüência da reação pública ao desvio, pois, quando apanhado, o desviante é tratado de acordo com o diagnóstico popular que descreve equivocadamente a sua maneira de ser, produzindo-se uma *carreira desviante*. Ele encontra dificuldades maiores a partir da rotulação, sentindo-se incitado a praticar condutas proibidas, ficando predisposto a ingressar em atividades ilegais.⁴³

A reação social ou a punição de um primeiro comportamento desviante (*desvio primário*) tem a função de um *commitment to desviance*, gerando, através de uma mudança da identidade social do indivíduo assim estigmatizado, uma tendência de permanecer no papel social no qual a estigmatização o introduziu (*desvios sucessivos*).

Desse modo, a intervenção penal, principalmente com privação de liberdade, ao invés de reeducar o delinqüente, determina a consolidação dessa identidade e o seu ingresso em uma carreira criminoso.⁴⁴ Enfim, o controle social promovido pela rotulação afeta o comportamento do indivíduo pelo uso do poder, havendo uma valoração dos comportamentos

43 Embora o Governo Federal não informe oficialmente qual é o índice de *reincidência* dos condenados às penas privativas de liberdade, comenta-se que o índice é superior a cinquenta por cento, evidenciando o fracasso da perspectiva de *prevenção especial positiva* ("harmônica integração social do condenado").

44 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*[...], p. 89-90.





considerados adequados, os quais acabam recompensados, enquanto que os comportamentos inadequados são punidos.

Portanto, são características do *controle social penal*:

- a) *seletividade*: a condição social prevalece sobre os critérios objetivos da conduta;
- b) *geração de criminalidade*: os agentes do *controle social* não detectam o infrator, apenas criam a infração e etiquetam o indivíduo como criminoso;
- c) *estigmatização*: o indivíduo fica marcado, desencadeando-se o chamado *desvio secundário* e as *carreiras criminais*.⁴⁵

Logo, o controle penal é altamente *criminógeno*. Apesar de ser antiga a constatação a respeito da ineficácia corretiva e dos efeitos deletérios da privação de liberdade, permanece sendo reproduzida a farsa simplista de que “ainda não temos nada melhor do que a prisão”, conforme critica Mayrink da Costa.⁴⁶

Toda essa trama tem como base a cruzada moral dos “reformadores”. Trata-se dos empreendedores morais: pessoas que acreditam estar concretizando uma missão sagrada. Algo típico de uma estrutura de poder inquisitorial. Quando a cruzada moral é bem-sucedida, uma nova regra ou conjunto de regras fica estabelecido, bem como o seu mecanismo de imposição. Normalmente, essas pessoas possuem uma visão pessimista da natureza humana e, por isso, conseguem legitimar, perante os incautos, suas propostas moralizantes. Afinal, fosse a natureza humana perfeita, seu trabalho deixaria de existir.⁴⁷

Indubitavelmente, as descobertas da *criminologia interacionista* representaram um salto qualitativo na missão de

45 GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia*[...], p. 189.

46 COSTA, Álvaro Mayrink da. *Raízes da sociedade criminógena*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 329-330.

47 BECKER, Howard S. *Outsiders*[...] p. 153-162.





compreender a questão criminal, afastando da perspectiva maniqueísta da criminologia tradicional, mormente da ideologia da Defesa Social. A esse respeito, Alessandro Baratta resalta a contribuição de Becker, ao esclarecer que ele se deteve, principalmente, sobre os efeitos da estigmatização na formação do *statu* social de desviante, onde a aplicação de sanções consiste em uma decisiva mudança da identidade social do indivíduo tão logo ele é introduzido no *statu* de desviante.⁴⁸ Malgrado as contribuições dadas pelo *labeling approach* e a sua teoria do etiquetamento, responsáveis pelo desvelamento da seletividade dos processos de criminalização, na segunda metade do século XX, percebeu-se que ainda há muito que construir em matéria criminológica, porque essa teoria criminológica não investiga a questão criminal em suas raízes, não perquirindo as *fontes materiais* do poder punitivo.

Indubitavelmente, a *criminologia interacionista*, por intermédio da Escola de Chicago (Becker e Lemert), promoveu uma ruptura epistemológica e metodológica com a criminologia tradicional, de cunho positivista, constituída pelo paradigma etiológico-determinista (mormente na perspectiva individual). Ao invés de se falar em criminalidade e criminoso, a partir do novo paradigma, importa verificar os pressupostos dos processos de criminalização (primária e secundária), construindo assim a realidade social.

Representando um “salto qualitativo” ou uma “revolução paradigmática,”⁴⁹ o *labeling approach* destaca a função co-constitutiva do controle na construção social do crime, de modo que as agências controladoras não detectam ou declaram a natureza criminal de uma conduta, mas, tão-somente, geram-na ao etiquetá-la assim, de modo altamente seletivo e, portanto, desigual.⁵⁰ Segundo Baratta, “a consideração do crime como um

48 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*[...], p. 89.

49 KHUN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1991. p. 219-224.

50 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica*[...], p. 206.





comportamento definido pelo direito, e o repúdio do determinismo e da consideração do delinqüente como um indivíduo diferente, são aspectos essenciais da nova criminologia.”⁵¹

Porém, malgrado as teorias do *labeling* tenham reduzido a criminalidade à definição legal e ao efetivo etiquetamento, exaltando o momento da criminalização e deixando de fora a realidade de comportamentos socialmente negativos (lesivos), não se pode olvidar que a análise das relações sociais e econômicas são desenvolvidas em um nível insuficiente, podendo tais teorias serem definidas como de *médio alcance* (fazem do setor da realidade social examinada não só o ponto de chegada, mas, também, o ponto de partida da análise). Elas deixam de apreender as raízes dos seus elementos descritivos, não chegando ao nível da lógica material das relações sociais, sendo necessário um deslocamento do ponto de partida para a interpretação do fenômeno criminal, do próprio fenômeno para a estrutura social, historicamente determinada, em que aquele se insere (*materialismo histórico*).⁵² Tudo isso fica claro nas pesquisas de Ruggiero, principalmente, em relação ao mercado das drogas, onde a força de trabalho se desenvolve e é explorada de modo semelhante àquela dos mercados lícitos, em bazares urbanos que concentram vendedores e compradores regionalmente e socialmente dispersos, porém, sem deixar de reproduzir preconceitos raciais e étnicos que caracterizam a economia oficial⁵³. Em síntese, as economias ilícitas espelham as características da economia legal, onde as posições comerciais menos favoráveis são ocupadas por estrangeiros e negros.⁵⁴

Em outras palavras, embora o *labeling approach* seja uma condição necessária, porque mostra o crime e o comportamento

51 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*[...], p. 30.

52 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*[...], p. 98-99.

53 RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e mercados*[...], p. 24-26; 30; 44.

54 RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e mercados*[...], p. 45.





criminoso como consequência da aplicação de regras e sanções pelo Sistema de Justiça Criminal – sem a conotação etiológica positivista –, ainda é insuficiente por não mostrar os mecanismos de distribuição social da criminalidade, identificáveis pela inserção do processo de criminalização no contexto das instituições fundamentais das sociedades modernas produtoras das desigualdades sociais. Por isso, é necessária uma integração científica e metodológica entre o *labeling approach* e a teoria marxista, esta última capaz de desvelar os processos objetivos estruturais e ideológicos das relações sociais de produção da vida material, e, assim, formar-se a nova criminologia: a Criminologia Crítica. Essa integração permite unificar a pesquisa dos processos subjetivos de representação da realidade com a pesquisa da base objetiva da negatividade social como novo fundamento do conceito de crime.⁵⁵

4. CRIMINOLOGIA CRÍTICA E MATERIALISMO HISTÓRICO

4.1. A NOVA CRIMINOLOGIA:

A CRÍTICA RADICAL, DIALÉTICA E DA LIBERTAÇÃO

O *labeling approach* foi condição necessária para a demonstração de que o crime e o comportamento criminoso não possuem conotação etiológica, sendo consequência da aplicação de regras e sanções pelo seletivo Sistema de Justiça Criminal. Porém, as teorias interacionistas são insuficientes para retratar os mecanismos de construção social do desvio e da criminalidade, que são identificáveis no processo de criminalização desenvolvido pelas instituições fundamentais das sociedades modernas que reproduzem as desigualdades sociais. Pode-se afirmar que elas não vêem as questões do

55 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 695-696.





crime e do controle social numa perspectiva histórica. Daí a necessidade de conhecer as *raízes do crime*, e, por isso, construir uma Criminologia Radical.⁵⁶

O pragmatismo reformista das ideologias correcionistas da criminologia tradicional se funda em técnicas de comportamentalismo e de engenharia social, reprimindo as classes miserabilizadas, sem ver as necessidades das massas marginalizadas, desconsiderando a perspectiva histórica de eliminar a exploração do trabalho, a opressão política de classes, de etnias e de outras minorias, evidenciando o seu oportunismo. Há um paternalismo despótico, onde o povo ignorante fica reduzido à condição de massa de manobra, sem poder nem consciência.⁵⁷

A transformação social é uma exigência da Ética da Libertação, importando ser um agir que não tenha adotado os critérios e princípios do sistema formal dominador, ou seja, afastando-se da perspectiva reformista. Tal transformação depende da *práxis de libertação*: ação libertadora, cuja referência é a exterioridade da realidade da vida das vítimas do sistema formal dominador. Um novo sistema social e jurídico deve estar orientado pelo critério de justiça (*inclusão social*), negando a negação material das vítimas (perspectiva dialética). Onde a vida está negada, deve surgir a *práxis de libertação* transformando o sistema vigente e promovendo a inclusão dos excluídos (sujeitos sócio-históricos).

Nesse mister é fundamental que se desenvolva um estudo das categorias capazes de captar as transformações históricas e as lutas sociais, políticas e ideológicas que produzem e

56 A Criminologia Radical é uma crítica à criminologia tradicional (etiológica), fundada em categorias capazes de captar as transformações históricas e as lutas sociais, políticas e ideológicas nas sociedades capitalistas. Ela foi edificada com base no método e nas categorias científicas do marxismo, criticando a ideologia dominante na área do crime e do controle social. Ver CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 1-2.

57 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*[...], p. 16.





explicam a Criminologia Radical, surgida como crítica da teoria criminológica tradicional (positivista, etiológica e conservadora). Dentre as contribuições mais relevantes está o trabalho de Taylor, Walton e Young (*The New Criminology*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1973), num texto que apresentou uma crítica interna das teorias tradicionais do crime, desvio e controle social, destacando as origens do comportamento desviante (estruturais e imediatas), o comportamento desviante concreto e as origens da reação social (imediatas e estruturais), de modo a acelerar a expansão da Criminologia Radical.⁵⁸

A Criminologia Radical tem como *objeto* de pesquisa a base econômica e as relações de poder da sociedade, o que não faz parte dos estudos da criminologia tradicional, assim como da *criminologia interacionista* ou *labeling approach*. “Se os interacionistas se interessavam pela administração da justiça e pela sociologia do direito penal, os teóricos radicais se concentram na sociologia do conhecimento e na práxis.”⁵⁹ O criminólogo radical é um defensor dos Direitos Humanos, não da ordem. Assim é possível descobrir o Sistema de Justiça Criminal como prática organizada de classe, desvelando a desigualdade material e a opressão existentes na ordem social real.⁶⁰ Por outro lado, seu *compromisso primário* é a abolição das desigualdades sociais em riqueza e poder, afirmando que a solução para o problema do crime depende da eliminação da exploração econômica e da opressão política de classe, tendo como condição a transformação socialista. Para tanto, é fundamental uma análise materialista do crime e do controle social, lutando contra o imperialismo dos países centrais, a exploração de classe, o racismo, e explicando a lei penal e o crime nas condições criminógenas do capitalismo

58 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*[...], p. 1-5

59 BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 52.

60 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*[...], p. 15.





contemporâneo, ou seja, a partir da exclusão social, da disciplina da força de trabalho, da miséria, da estigmatização, da subcidadania.⁶¹ A Criminologia Radical representa mais um salto qualitativo, superando a etiologia positivista e o interacionismo despretensioso, negando desse modo a mitológica igualdade do Direito Penal.

Com os instrumentos teóricos das Criminologias Radical, Dialética e da Libertação, fundados no materialismo histórico,⁶² é possível constatar que o caráter fragmentário do Direito Penal é uma máscara útil para ocultar a proteção dos interesses das classes e grupos sociais favorecidos pelo capitalismo. A falácia da igualdade fica evidente quando se percebe que os comportamentos característicos das massas excluídas do mercado de trabalho e de consumo são criminalizados em um nível muito mais elevado em comparação aos comportamentos característicos das elites do poder econômico e político. O princípio da legalidade ou reserva legal distribui de modo diferenciado os desvios: os *desvios dos débeis* economicamente e politicamente são inseridos em leis penais; os *desvios dos poderosos*, em sua maioria, ficam na seara administrativa, civil ou mercantil, ou, na pior das hipóteses, são inseridos nas leis penais, cujos tipos cominam penas diminutas se comparadas àquelas cominadas aos desvios dos débeis. Há uma indelével seletividade no agir do Sistema de Justiça Criminal típico de países capitalistas. A aparência de ordem e harmonia dos legalismos e do positivismo criminológico quando desmascarada representa um espetáculo de miséria e corrupção.

61 CIRINO DOS SANTOS, Juares. *A Criminologia Radical*[...], p. 36-41.

62 "Esta nova dimensão do método (entendendo-o em oposição a metodologias ou técnicas positivistas de pesquisa) estabelece que para alcançar-se um conhecimento científico coerente dos fatos sociais é necessário estudar, primeiro, a *história constituinte* (como devenir e desenvolvimento da superação da luta entre contrários) e o *histórico constituído* (como corte transversal da história, o contexto, o momento conjuntural). É aí que se podem encontrar as contradições esclarecedoras, a *essência* do fenômeno, e sua *aparência*". In CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*[...], p. 58-59.





A seletividade ou *gestão diferencial da criminalidade* inerente ao Sistema de Justiça Criminal é escamoteada pelo discurso da criminologia tradicional, cujos fundamentos não podem servir de base para a transformação social necessária a qualquer país da periferia (ou semiperiferia) do capitalismo neoliberal, como, por exemplo o Brasil. Por isso os aportes teóricos da Nova Criminologia ou da Criminologia Crítica⁶³, são indispensáveis para uma percepção materialista e dialética da questão criminal, avessa à metafísica idealista, pois está inserida no contexto geral da sociedade, enxergando as desigualdades sociais, a seletividade do Sistema de Justiça Criminal e os efeitos nocivos das políticas criminais impostas pelo poder hegemônico e referendadas por *intelectuais orgânicos do statu quo*.

Entretanto, com apoio na crítica dialética de Lyra Filho, cabe frisar que a *criminologia radical* não se confunde com um “marxismo preguiçoso”, havendo preocupação em evitar o mecanismo grosseiro da pura determinação econômica. “A leitura marxista ‘oficial’ ainda apresenta, por outro lado, muita fecundidade, enquanto impõe a consideração, como aspecto relevante e até fundamental, das condições sociais com que o direito se relaciona e que ele pretende modelar. Cumpre tomá-la a sério – ‘o que, infelizmente, não sucede muitas vezes, no que tange a certas abordagens filosóficas, tirantes ao idealismo. Podemos, até, considerá-la modelar, se a encarmos como uma crítica infraestrutural das distorções na formalização dos chamados direitos positivos. O que não se pode admitir é a paralisação das investigações científicas, ao

63 Vera Malaguti Batista esclarece que “o conceito de criminologia crítica é utilizado a partir do livro *Criminologia Crítica*, de Taylor, Walter e Young. Esta obra é um marco na criminologia com diversos artigos de criminólogos ingleses e americanos que têm como base teórica comum as categorias do materialismo histórico. Os paradigmas funcionalistas são superados aqui pela perspectiva do conflito, para a extensão e ambigüidade dos conceitos de criminalização, dirigidos aos grupos mais vulneráveis de uma sociedade medida em classes”. BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis*[...], p. 53.





nível da informação científica do século XIX, quando trabalharam Marx e Engels”. Lyra Filho quer simplesmente dizer que a ortodoxia conduz a exageros e implica a constituição de um corpo fechado de dogmas-receitas.⁶⁴

Katie Silene Cáceres Arguello afirma que “as formações sociais não se apresentam como produto de uma dedução lógica de implicações encerradas em uma idéia. Ao contrário, criam um revezamento contínuo entre as várias formações sociais no contexto histórico e, conseqüentemente, propiciam, também, a mudança da posição predominante de um estilo de vida em relação a outros.”⁶⁵ Logo, considerando as conclusões da criminologia interacionista, os processos de criminalização, por serem fruto das transformações sociais, também não são um produto lógico-dedutivo de implicações encerradas em uma ideia, de modo que a questão criminal não pode ser estudada sob um prisma *puramente* economicista, apesar da inegável influência do modo de produção capitalista na constituição do Sistema de Justiça Criminal.

Embora a Criminologia Radical tenha como objeto a *violência estrutural* e a *violência institucional*, ela não é “determinista”. O seu método dialético permite reconhecer a multiplicidade de caminhos que conduzem ao seu objetivo fundamental: a eliminação da injustiça social, explicitamente gerida de forma diferencial pela superestrutura estatal e ideologicamente sustentada pelas *everyday theories*.⁶⁶

64 LYRA FILHO, Roberto. *Criminologia dialética*[...], p. 86-102.

65 ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. *O Ícaro da modernidade: direito e política em Max Weber*. São Paulo: Acadêmica, 1997. p. 74.

66 “Uma discussão sobre libertação é uma discussão sobre dominação. E a dominação requer o que se chama ‘controle social’. Esse controle social, e a dominação, podem ser evidenciados como força explícita, mas o comum é que se dê à dominação a face serena da hegemonia (entendida em seu sentido gramsciano de dominação mais consenso), e ao controle social a face da ideologia”. In CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*[...], p. 93.





A dialética explica as contradições, de modo que é possível concluir que a exploração burguesa não é fruto de uma maldade inata daqueles que compõem essa classe social. Tal exploração é decorrente do antagonismo de classes inerente as relações de produção existentes no capitalismo (contradição insuperável entre o capital e a força de trabalho). O capitalismo, a exemplo do que ocorreu no feudalismo, é uma unidade de contrários em luta: burgueses e proletários em permanente relação de condicionamento social. Por essa razão, o direito e toda a ordem social de onde ele decorre podem ser explicados dessa maneira. “Assim, história, contradição, totalidade e dialética do real são os principais elementos metodológicos para descobrir a verdade e, portanto, para desmontar a ideologia que apresenta aos olhos do pesquisador uma aparência ocultadora da essência.”⁶⁷

O aspecto mais importante do Direito Penal em um Estado Social e Democrático de Direito é a sua dimensão axiológica (libertária). A exclusiva racionalidade formal⁶⁸ implica exercícios eruditos fundados em base filosófica idealista, inteiramente alienada, a qual despreza a dimensão histórica do direito. Por isso, a criminologia deve dialogar com a ética e com a dialética, escapando do mecanicismo e do relativismo, reorientando criticamente a própria conduta. Enquanto ciência, a criminologia deve ter como método a dialética, em formações mutidisciplinares. “Filosofia e sociologia, jurídica

67 CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*[...], p. 59.

68 “A maximização da racionalidade formal favorece os grupos dominantes economicamente, os quais detêm as condições necessárias para ditar as normas do mercado; logo a neutralidade pressuposta é desmentida pelos fatos. Desta forma, tanto na esfera econômica como na jurídica, a maximização da racionalidade formal interessa aos grupos economicamente dominantes, em detrimento dos grupos desfavorecidos, que reivindicam, com suas lutas libertárias, como veremos, a redução do âmbito da racionalidade formal, quando esta se torna um obstáculo à realização de seus interesses materiais”. In ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. *O Ícaro da modernidade*[...], p. 80.





e moral encontram-se, nos pólos dialéticos de fato e valor, donde brotará a centelha de síntese da necessidade e da liberdade, coligadas à práxis.”⁶⁹

Por tais razões, a Criminologia Crítica e o Direito Penal (*perspectiva interdisciplinar*), devem rumar pelo caminho da dialética, representando práticas teóricas transformadoras, evitando a alienação e o comprometimento cego das práxis acríticas, vendo o que ocorre na Filosofia e na Política Criminal,⁷⁰ contribuindo para a transformação do Sistema de Justiça Criminal a partir da *práxis de libertação*.

Somente assim será possível superar o nível do puro “denuncismo” e a construção de uma estrutura alternativa do controle social capaz de combater na teoria e na prática as formas ocultas da dominação. Como ressalta Lola Aniyar de Castro, ao tratar dos objetivos da Criminologia da Libertação, “o estudo crítico do direito penal em seus três momentos (produção, interpretação e aplicação de normas), com o apoio da sociologia e da ciência política, deverá ser objetivo de primeira linha, entendendo-se o direito penal, evidentemente, como integrado a todo o sistema jurídico, e articulado com a situação de dependência ou colonização dos países periféricos em relação aos centrais.”⁷¹ Dessa forma, como hegemonia exige obediência e consenso, a Criminologia da Libertação estudará o controle formal (sistema de dominação) e as ideologias construídas e manipuladas no interior do capitalismo.

69 LYRA FILHO, Roberto. *Criminologia dialética*[...], p. 120-123.

70 LYRA FILHO, Roberto. *Criminologia dialética*[...], p. 124.

71 CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*[...], p. 66.





4.2. CRIMINOLOGIA CRÍTICA: ESTEREOTIPIA, CAPITALISMO, SUBCIDADANIA E GLOBALIZAÇÃO NEOLIBERAL

4.2.1. Teorias sociológicas do desvio e da criminalidade: a estereotipia da pobreza

Como destacado, a presente pesquisa tem por objetivo inserir o *conflito deveres* como causa de exculpação (supra) legal, no contexto de condições sociais adversas, decorrentes da extrema desigualdade social existente no modelo capitalista, principalmente em sua versão neoliberal. Em uma leitura precipitada desse objetivo, pode-se chegar a duas conclusões preconceituosas: a) pobreza é sinônimo ou tendência de criminalidade; b) pobres ganhariam um “salvo-conduto” para cometerem crimes. Repita-se: *as duas conclusões são precipitadas e preconceituosas*. Sabe-se que as pessoas pobres, malgrado as duríssimas condições de vida, em sua maioria, mantêm-se em conformidade com as regras sociais impostas *ilegitimamente* pelo bloco hegemônico do modo de produção capitalista. A criminalidade não está na pobreza, mas em todos os níveis sociais, havendo apenas uma escolha seletiva dos sujeitos estereotipados pelas agências de controle do crime e da criminalidade, de modo que são necessárias mediações criminológicas para melhor compreensão do problema, evitando-se a estabilização de ideologias positivistas carregadas por preconceitos reprodutores da *violência estrutural* e da *violência institucional*.

A partir das construções de Durkheim,⁷² Merton, ao desenvolver a *teoria estrutural-funcionalista do desvio e da anomia*, promove uma mudança paradigmática na criminologia, constituindo uma alternativa à concepção clássica dos caracteres diferenciais biopsicológicos do delinqüente. Tal teoria possui como premissas: a) as causas do desvio não se vinculam a

72 Ver DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006.





fatores bioantropológicos, naturais ou em situações de patologia social; b) o desvio é inerente a qualquer sociedade; c) só em situações de completa desordem social, no qual o sistema de regras perde valor (*anomia*)⁷³ o desvio se torna negativo, pois, dentro de seus limites funcionais, ele é um fator necessário e útil para o equilíbrio e desenvolvimento sociocultural⁷⁴. Merton procurou superar o dualismo indivíduo-sociedade, analisando os *fins culturais*, o *acesso aos meios institucionais* e a *anomia*, como causas da criminalidade. Dessa forma, em 1938, ele desenvolve um ensaio⁷⁵ afastando a concepção patológica do desvio e afirma o caráter repressor da sociedade, que seria uma força impeditiva do livre desenvolvimento dos recursos vitais individuais, trazendo como reação a tendência à revolta individual contra essa ação repressora da sociedade. Essa reação é reprimida e criminalizada. Assim, o desvio é produto da estrutura social, sendo algo normal, a exemplo do comportamento em conformidade com as regras sociais. Isso representa um duro golpe no maniqueísmo do positivismo etiológico que via a criminalidade como patologia. Ademais, é possível afirmar que a estrutura social, ao mesmo tempo em que procura reprimir o desvio, tem um efeito estimulante sobre o comportamento individual. Dependendo do contexto da estrutura social em que esteja inserido o sujeito delinquente, seu comportamento será conformista ou desviante. Em síntese, dentro da perspectiva estrutural-funcionalista de Merton, o desvio é uma contradição entre a estrutura social e a cultura em determinado contexto sócio-histórico, havendo metas propostas por essa cultura (como, por exemplo, o su-

73 Para melhor compreensão do conceito de *anomia*, ver DURKHEIM, Émile. *O Suicídio: estudo de sociologia*. Trad. Mônica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

74 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*[...], p. 59-60.

75 MERTON, Roberto King. Social structure and anomie. *American Social Review*. III. p. 672 e ss., *apud* BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*[...], p. 62.



cesso econômico e o consumismo). Dessa forma, a desproporção entre os fins culturalmente reconhecidos como válidos e os meios legítimos à disposição do indivíduo para alcançá-los é a origem dos comportamentos desviantes.⁷⁶

Há uma tensão entre a estrutura social e os valores culturais, gerada pela desigualdade de condições entre as pessoas, cujos comportamentos não serão iguais, havendo maior ou menor possibilidade de comportamento conforme as regras e valores, segundo a posição ocupada na sociedade. Há indivíduos que se conduzem de maneira *conformista* ou *desviante* em relação às solicitações resultantes da combinação dos valores (*fins culturais*) e das normas sociais (*meios institucionais*). Esses comportamentos constituem cinco modelos de “adequação individual”: a) *Conformidade*: comportamento condizente com os *fins culturais* e os *meios institucionais*; b) *Inovação*: adesão aos *fins culturais*, sem submissão aos *meios institucionais*; c) *Ritualismo*: submissão meramente formal aos *meios institucionais*, sem investigação dos *fins culturais*; d) *Apatia*: negação dos *fins culturais* e dos *meios institucionais*; e) *Rebelião*: negação dos *fins culturais* e dos *meios institucionais*, com afirmação substitutiva de novos *fins culturais* e *meios institucionais*.⁷⁷ Merton afirma: “se se quer pesquisar como a estrutura social exerce uma pressão para uma ou para outra destas maneiras alternativas de comportamento, se deve observar, preliminarmente, que os indivíduos podem passar de uma a outra destas possibilidades em conformidade com o setor social em que se encontram.”⁷⁸ Haverá mudança de visão em relação aos *fins culturais* e aos *meios institucionais*, segundo o lugar social de cada sujeito. “Como diversas pesquisas demonstram, deter-

76 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*[...], p. 62-63.

77 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*[...], p. 63-64.

78 MERTON, Robert King. *Social Theory and Social Structure*. New York: Free Press of Glencoe, 1957. p. 140, *apud* BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*[...], p. 64.



minadas infrações e determinados delitos são uma reação inteiramente 'normal' a uma situação na qual existe uma acentuação cultural do sucesso econômico e que, contudo, oferece em escassa medida o acesso aos meios convencionais e legítimos de sucesso."⁷⁹ "O acesso aos canais legítimos para enriquecer-se tornou-se estreito por uma estrutura estratificada que não é inteiramente aberta, em todos os níveis, aos indivíduos capazes [...]. A cultura coloca, pois, aos membros dos estratos inferiores, exigências inconciliáveis entre si. Por um lado, aqueles são solicitados a orientar a sua conduta para a perspectiva de um alto bem-estar [...]; por outro, as possibilidade de fazê-lo, com meios institucionais legítimos, lhes são, em ampla medida, negadas."⁸⁰

Nota-se que não são fatores biopsicológicos individuais que causam a criminalidade, mas o pertencimento a esse ou aquele setor da sociedade. Entretanto, essas conclusões de Merton não explicam a *criminalidade de colarinho branco* (criminalidade de pessoas ocupantes de posições sociais de prestígio) e a *criminalidade oculta* a ela vinculada. Por isso, o sociólogo irá desenvolver suas pesquisas para concluir que a *criminalidade de colarinho branco* é um reforço da sua tese sobre o desvio inovador. Os "homens de negócio" adeririam e personificariam decididamente o fim social capitalista (o sucesso econômico) sem interiorizar as *normas institucionais*, as quais determinam as modalidades e os meios para a obtenção dos *fins culturais*.⁸¹

Baratta irá criticar a *teoria estrutural-funcionalista*, afirmando se tratar de uma explicação superficial do fenômeno criminal. Segundo Baratta, "Merton foi constrangido

79 MERTON, Robert King. *Social Theory and Social Structure*[...], p. 145, apud BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*[...], p. 64-65.

80 MERTON, Robert King. *Social Theory and Social Structure*[...], p. 145-146, apud BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*[...], p. 65.

81 MERTON, Robert King. *Social Theory and Social Structure*[...], p. 141, apud BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*[...], p. 66.





a acentuar a consideração de um elemento subjetivo-individual (a falta de interiorização das normas institucionais), em relação a de um elemento estrutural-objetivo (a limitada possibilidade de acesso aos meios legítimos para a obtenção do fim cultural, o sucesso econômico). Parece evidente que este último elemento, que constitui a variável principal do desvio inovador das classes mais desfavorecidas, na teoria de Merton, desde sua formulação originária, não pode ter a mesma função explicativa em relação à criminalidade de *colarinho branco*, especialmente quando se trata de indivíduos pertencentes aos grupos economicamente mais avantajados e poderosos.⁸² Merton não percebeu a relação funcional objetiva existente entre essa criminalidade e a estrutura do processo de produção e circulação do capital: “entre a circulação legal e a circulação ilegal, entre processos legais e processos ilegais de acumulação, existe, na sociedade capitalista, uma relação funcional objetiva. Assim, por exemplo, uma parte do sistema produtivo legal se alimenta de lucros de atividades delituosas em grande estilo. E, por isto, é fruto de uma visão superficial fazer da criminalidade das camadas privilegiadas mero problema de socialização e de interiorização de normas.”⁸³ Junto com a *teoria das subculturas criminais*, a *teoria estrutural-funcionalista* não é crítica. Ela estabiliza a imagem tradicional da criminalidade, ligando-a as camadas pobres da sociedade e, assim, contribui para a seleção da população criminosa dessas camadas.⁸⁴

Com essas constatações, é possível verificar que as teorias sociológicas do desvio e da criminalidade são superficiais e acabam legitimando e estabilizando a imagem tradicional da criminalidade vista a partir das classes mais débeis economicamente. A partir dessa premissa é possível compreender

82 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*[...], p. 66-67.

83 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*[...], p. 67.

84 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*[...], p. 67.





os dados apresentados pelo Departamento Penitenciário Nacional, onde se observa que a população carcerária é composta, principalmente, por homens jovens, sem educação ou qualificação, e sem qualquer influência política, econômica ou midiática. Ao se reproduzir a ideia de que pobreza é causa de criminalidade, passa-se a legitimar a atuação das agências responsáveis pela *criminalização secundária*, negando-se a flagrante seletividade existente nessa atuação e sedimentando-se a estigmatização da maior parcela da população brasileira. Definitivamente, esse não é o propósito da presente pesquisa. Porém, é imperioso reconhecer que a *violência estrutural* capitalista é fator criminógeno e, sendo assim, deve ser visto como a raiz da *violência institucional*, de modo que o estudo dos processos de acumulação primitiva do capital também é uma mediação necessária para a proposição de um *novo fundamento material* para a culpabilidade.

4.2.2. A acumulação primitiva do capital e a violência institucional do Direito

É preciso conhecer o “pecado original”⁸⁵ do capitalismo: a *acumulação primitiva do capital*. A *acumulação do capital* depende da *mais-valia*, e esta depende da *produção capitalista*, que, por sua vez, depende da *acumulação primitiva do capital*, ou seja, da acumulação de massas consideráveis de capital e de força de trabalho. Essa *acumulação primitiva* é o ponto de partida da *produção capitalista*. Ela tem origem histórica em atos violentos de conquista, dominação e rapinagem, negados pelos manuais beatos de economia política que, idilicamente, acreditam no trabalho e no direito como sendo as únicas formas de enriquecimento.⁸⁶

85 MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. Livro primeiro: o processo de produção do capital. V. II. 23 ed. Trad. Reginaldo Sant’Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. p. 827.

86 MARX, Karl. *A origem do capital; a acumulação primitiva*. Trad. Walter S. Maia. São Paulo: Fulgor, 1964. p. 11-13. Haddock Lobo, ao tratar da economia





CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

O direito, constituído a partir da força dos discursos capitalistas, parece desconhecer a separação insuperável existente entre o produtor (dono da *força de trabalho*) e os meios de produção (pertencentes aos capitalistas), legitimando a expropriação da *mais-valia*. Segundo Marx:

“A essência do sistema capitalista está, pois, na separação radical entre o produtor e os meios de produção. Esta separação torna-se cada vez mais acentuada e numa escala progressiva, desde que o sistema capitalista se estabeleceu; mas, como esta separação constituía a sua base, ele não se poderia estabelecer sem ela. Para que o sistema capitalista viesse ao mundo foi preciso que, ao menos em parte, os meios de produção já tivessem sido arrancados sem discussão aos produtores, que os empregavam para realizar o seu próprio trabalho; que esses meios de produção se encontrassem já nas mãos dos produtores comerciantes e que estes os empregassem para especular sobre o trabalho dos outros. O movimento histórico que separa o trabalho de suas condições exteriores indispensáveis, eia a causa da acumulação chamada ‘primitiva’, porque ele pertence à idade pré-histórica do mundo burguês. A ordem econômica capitalista saiu das entranhas da ordem econômica feudal. A dissolução de uma produziu os elementos constitutivos de outra.”⁸⁷

Essas formulações de Marx a respeito da *acumulação primitiva* são plenamente pertinentes à história da formação econômica do Brasil. A exploração econômica ibérica, a expropriação

medieval, irá afirmar que “as principais oportunidades de aumentar suas posses, para os nobres, se encontravam, portanto, na guerra, através da qual novas terras e novos tributos lhes podiam caber, por direito de conquista, sem falar dos saques e motins. A relativa euforia econômica, cidadina avivou, portanto, entre os nobres, a disposição para aventuras bélicas possivelmente rendosas”. In LOBO, R. Haddock. *A história econômica geral e do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1970. p. 95.

87 MARX, Karl. *A origem do capital*[...], p. 14-15.





de populações primitivas por meio da escravidão⁸⁸, a ocupação territorial são fatores que concorreram diretamente para a *acumulação primitiva de capital* nas mãos de oligarquias que utilizavam de meios violentos, construindo a subcidadania na vida da maior parte da população brasileira, reproduzindo-se essa forma de violência (estrutural) até os dias atuais.

A doutrina marxiana deixa evidente que o sucesso econômico burguês se deu com o implemento de formas violentas e é na servidão dos trabalhadores que a metamorfose da exploração feudal em exploração capitalista tem o seu ponto de partida. Com a criação de uma massa marginal, constituída por seres humanos expulsos ou retirados dos seus domínios, fica mais fácil o desenvolvimento capitalista. “O sistema de produção capitalista precisava, ao contrário, da condição servil das massas, sua transformação em mercadoria e a conversão de seus meios de trabalho em capital.”⁸⁹

A retirada violenta de seres humanos das suas ocupações habituais impediu a submissão deles ao novo sistema social, gerando indisciplina e subcidadania, surgindo excluídos sociais (mendigos, ladrões e vagabundos). Aparece a criminalização da vadiagem como forma de impor um comportamento dócil ao sujeito que se deseja ver como operário. Adverte Marx que “a legislação os tratou como criminosos voluntários, supondo que dependia de seu livre arbítrio o continuar trabalhando como no passado e como se não tivesse sobrevindo nenhuma mudança em sua condição de existência.”⁹⁰ Somente idosos e incapacitados para o traba-

88 Evidenciando a importância da dominação da força de trabalho escrava e nativa para o desenvolvimento econômico do Brasil, principalmente em relação à produção de açúcar, Celso Furtado irá afirmar que “a escravidão demonstrou ser, desde o primeiro momento, uma condição de sobrevivência para o colono europeu na nova terra”. In FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 96.

89 MARX, Karl. *A origem do capital*[...], p. 26.

90 MARX, Karl. *A origem do capital*[...], p. 57.





lho poderiam implorar a caridade. Os vagabundos robustos eram condenados e encarcerados, porém, antes eram fustigados até que o sangue jorrasse de seu corpo. Apesar desse rigor punitivo contra o ócio prejudicial aos interesses capitalistas, o parlamento do reinado de Henrique VIII, na Inglaterra, agravou as penas, impondo novo açoitamento em caso de reincidência, além de ser cortada meia orelha do vagabundo, e, em caso de segunda reincidência, ele seria considerado traidor e executado como inimigo do Estado.⁹¹ Esses apontamentos históricos feitos por Marx demonstram claramente a inter-relação do Direito Penal com o modo de produção da vida material de uma determinada sociedade. Sem a imposição dos duros castigos não haveria força de trabalho suficiente para atender os interesses econômicos dos capitalistas e, com isso, ficaria prejudicado o processo de acumulação de riqueza, que é o *fim cultural* do capitalismo. Tudo, portanto, legitimado pelo direito de cada época. Para não cair em um determinismo simplista é importante frisar que o direito é constituído a partir do modo de produção econômico, mas, também tem o poder de lhe dar ou retirar sustentação. Afinal, em uma relação dialética, o discurso jurídico tem poder constitutivo, não podendo reduzir o problema a determinismos econômicos simplistas. O importante é perceber a relação dialética existente entre Economia Política e Direito.

Ainda que sem consciência disso, Marx pode ter sido o primeiro criminólogo radical da história, uma vez que parte do seu objeto de estudo são os processos de criminalização e a sua relação direta com as mudanças na economia. Ele denuncia o uso de uma legislação sanguinária para a expropriação da força de trabalho de qualquer indivíduo refratário à disciplina laboral capitalista, subjogado a partir de então

91 MARX, Karl. *A origem do capital*[...], p. 58.





como escravo daquele que o denunciasse, sendo punido com a morte em caso de insurreição.⁹²

“Foi assim que a população dos campos, violentamente expropriada e reduzida à vagabundagem, ficou submetida à disciplina que exige sistema assalariado, por eleis de um terrorismo grotesco: pelo açoite, a marca com ferro em brasa, a tortura e a escravidão. Não é bastante que de um lado se apresentem as condições materiais do trabalho, sob a forma de capital, e de outro lado homens que nada mais têm para vender senão a sua força de trabalho. Não basta tampouco que os constanja pela força a vender-se voluntariamente. No desenvolvimento da produção capitalista forma-se uma classe cada dia mais numerosa de trabalhadores que, graças à educação, tradição e costumes, suportam as exigências do regime tão espontaneamente como a mudança das estações. Desde que o modo de produção capitalista adquiriu certo desenvolvimento, o seu mecanismo passou a quebrar toda resistência; a presença constante de um relativo excesso de população mantém a lei da oferta e da procura do trabalho, e, portanto, o salário, nos limites das necessidades do capital, ao mesmo tempo que a surda pressão das relações econômicas completa o despotismo capitalista sobre o trabalhador. De vez em quando recorre-se ainda à violência, ao emprego da força bruta, mas isso não é senão uma exceção. No curso ordinário das coisas, o trabalhador pode ser abandonado à ação das ‘leis naturais’ da sociedade, isto é, à dependência do capital, engendrada, garantida e perpetuada pelo mecanismo mesmo da produção. Não sucede o mesmo durante a gênese histórica da produção capitalista. A nascente burguesia nada poderia sem intervenção constante do Estado, do qual se serve para ‘regular’ o salário, isto é, para rebaixá-lo a um nível conveniente, para prolongar a jornada de trabalho e manter o

92 MARX, Karl. *A origem do capital*[...], p. 60-64.





trabalhador no grau desejado de dependência. É esse um momento essencial da acumulação primitiva.”⁹³

A acumulação primitiva do capital depende de ações violentas legitimadas pela ordem jurídica. Após a “naturalização” da dominação e da expropriação, surgem *aparelhos ideológicos*⁹⁴ que mantêm os corpos dos donos da força de trabalho “dóceis e úteis”, a partir do *poder disciplinar*. “A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos ‘dóceis’. A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência). Em uma palavra: ela dissocia o poder do corpo; faz dele por um lado uma ‘aptidão’, uma ‘capacidade’ que ela procura aumentar; e inverte por outro lado a energia, a potência que poderia resultar disso, e faz dela uma relação de sujeição estrita. Se a exploração econômica separa a força e o produto do trabalho, digamos que a coerção disciplinar estabelece no corpo o elo coercitivo entre uma aptidão aumentada e uma dominação acentuada.”⁹⁵

A base da acumulação primitiva do capital está ligada à expropriação do produtor imediato e à dissolução da propriedade estabelecida sobre o trabalho pessoal. “O modo de produção e de acumulação capitalista, e portanto, a propriedade privada capitalista, pressupõe o aniquilamento da propriedade privada fundada no trabalho pessoal; sua base é a

93 MARX, Karl. *A origem do capital*[...], p. 64-65.

94 “A reprodução da força de trabalho não exige somente uma reprodução de sua qualificação mas ao mesmo tempo uma reprodução de sua submissão às normas da ordem vigente, isto é, uma reprodução da submissão dos operários à ideologia dominante por parte dos operários e uma reprodução da capacidade de perfeito domínio da ideologia dominante por parte dos agentes da exploração e repressão, de modo a que eles assegurem também ‘pela palavra’ o predomínio da classe dominante”. ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos Ideológicos de Estado*. Trad. Walter J. Evangelista e Maria Laura V. de Castro. 10. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985. p. 58

95 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*[...], p. 119.





expropriação do trabalhador”.⁹⁶ Essa dolorosa expropriação do trabalhador é a origem do capital,⁹⁷ devendo ser considerada no momento de se apurar a culpabilidade de agentes delituosos pertencentes aos extratos mais débeis das sociedades capitalistas contemporâneas, principalmente, após o fenômeno neoliberal.

4.2.3. A construção social da subcidadania no Brasil: escravidão e cultura maniqueísta

Para a compreensão da questão criminal no Brasil é necessário um desmascaramento da ideologia da igualdade de oportunidades, a qual é pedra angular do processo de dominação simbólica existente nas sociedades avançadas do capitalismo tardio. Devem ser desconstruídas as ideologias que sustentam a dominação e a opressão social, e, assim, garantem a sua (pseudo)legitimidade e aceitação.

Toda sociedade constrói mecanismos mascaradores das relações de dominação que são operantes em todas as dimensões sociais⁹⁸. A ideologia meritocrática individualista vê o mundo a partir da possibilidade do indivíduo se classificar socialmente mediante seu próprio esforço pela incorporação do saber e do conhecimento. Saber e conhecimento passam a ser base de uma “ideologia espontânea” do capitalismo, criando e legitimando desigualdades permanentes ao esconder sistematicamente as pré-condições sociais e econômicas de seu funcionamento. A ideia inconsciente e irrefletida de pertencer a um mundo de perfeição, harmonia e beleza, confere solidariedade imediata e intuitiva, provocada pelas camadas mais profundas do *habitus*, forjando simpatias e aver-

96 MARX, Karl. *A origem do capital*[...], p. 140.

97 MARX, Karl. *A origem do capital*[...], p. 115-117.

98 SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ, 2003. p. 47.





sões, fantasias e fobias, apoios e reprovações. A luta social é a luta pelo poder de definir nos termos da classe ou fração hegemônica, os esquemas classificatórios, em grande parte inconscientes e irrefletidos, que irá servir como orientação de comportamento a todas as classes sociais sob seu jugo.⁹⁹

O *imaginário social* é o que as pessoas comuns percebem como sendo seu ambiente social. É ele que permite a pré-compreensão imediata de práticas cotidianas ordinárias permitindo um senso compartilhado de legitimidade da ordem social.¹⁰⁰ A partir dessas premissas sociológicas fica fácil compreender a facilidade de difusão da ideologia da Defesa Social ou do Direito Penal do Inimigo, porque, ainda que inconscientemente, o sujeito maniqueísta tende a se classificar como membro da classe dos “bons”.

Nessa balada, o Brasil, como membro da *nova periferia*, foi absorvido por uma cultura material e simbólica; uma forma autoritária de forçar os inadaptados da Revolução Industrial à adoção dos requisitos psicossociais da nova sociedade que se criava. Houve no Brasil um processo de modernização definível como “revolução burguesa encapuzada” (Florestan Fernandes) ou “revolução passiva” (Werneck Vianna).¹⁰¹

Dentro da dinâmica dos processos de construção das classes sociais, no Brasil, segundo Jessé Souza, a *escravidão* e o *patriarcado* são elementos que merecem destaque. Foram os interesses organicamente articulados à *escravidão* que permitiram a manutenção da unidade do território brasileiro e que determinaram o modo de vida peculiar do homem livre. Por outro lado, o *patriarcalismo* influenciou a família na organização social do Brasil colonial. A forma peculiar da *escravidão* trouxe a “semente” da forma específica que assumiu o poder pessoal familístico entre nós. Lidamos com um conceito de

99 SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania*[...], p. 51-61.

100 SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania*[...], p. 93-94.

101 SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania*[...], p. 93-101.





sociedade onde a ausência de instituições intermediárias faz com que o elemento familístico seja seu componente principal. O *patriarcalismo* decorre do fato de não haver limites à autoridade pessoal do senhor das terras e dos escravos.¹⁰²

A conseqüência política e social dessas tiranias privadas, quando transmitidas à esfera pública, se torna evidente na dialética do autoritarismo de um lado (o lado das elites) e no populismo e messianismo das massas, por outro. Em conseqüência, para haver a ascensão social dos mestiços no familismo patriarcal é necessário uma troca de identidade com os valores e interesses do opressor.¹⁰³

A escravidão também atingiu as outras relações sociais, afetando o *dependente* ou *agregado formalmente livre* de qualquer raça que ficava numa posição intermediária, cuja única chance de sobrevivência era ocupar funções subalternas. Houve a formação de uma “ralé” que durante quatro séculos de escravidão, por ser dispensável, perambulou desorientada pelo país. Em termos quantitativos, essas pessoas representavam dois terços da população brasileira, em meados do século XIX. Os efeitos da escravidão não serão sentidos apenas na evidente vida destinada a uma existência economicamente marginal, mas, também, irão definir um padrão de (não) reconhecimento social, a exemplo daquilo sentido pelo próprio escravo, embora oculto sob formas aparentemente voluntárias e consensuais que dispensam grilhões e algemas. Sem um código moral capaz de impor padrões de conduta, o comportamento prático é regulado pelo “código da virilidade”, envolvendo os contendores na sua integridade, cujo momento mais importante é o da defesa incondicional, sem uma noção de honra, ficando a violência como conduta aceita e legítima, sendo percebida como o modo de restabelecer a integridade

102 FREYRE, Gilberto. *Casa Grande e Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 51. ed. rev. São Paulo: Global, 2006.

103 SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania*[...], p. 101-121.





CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

do agravado. Diante disso, Jessé Souza conclui que a existência de uma relação pessoal de dependência objetiva que “aparece”, para ambos os lados, como se fosse o resultado de um acordo voluntário, é o que une todas essas formas concretas de vida. A subsistência material do *dependente* está atrelada à boa vontade do *senhor*, de modo que a igualdade é meramente formal. “A contraprestação de favores e proteção, e a ausência de um código moral objetivo, adquire a forma de sujeição absoluta”. Embora o *senhor* necessite politicamente dos *dependentes* econômicos, ele permanece no poder por causa da “gratidão” destes. Os *dependentes*, na busca por ascensão social, são desumanizados em decorrência da insegurança, precariedade e violência exigidas. A ascensão social implica transformar em virtude adaptativa a faculdade de não levar em conta qualquer forma de respeito à *alteridade*. O “fraco” é explorado e humilhado, para nunca esquecer “quem manda”, e o “forte”, se for um rival, deve ser “eliminado” antes que possa ter a mesma idéia. Em termos coletivos, uma revolução não encontra condições materiais para acontecer, pois a servidão voluntária está naturalizada, opaca e sem reflexão. O *dependente* segue a via da submissão, exceto pontuais insurgências violentas que confirmam a solidão, o isolamento e o desespero de poucos. *Escravo* e *dependente* fecham o próprio horizonte de percepção dos seus interesses, subordinando-se aos interesses e desejos do *senhor*.¹⁰⁴

Apoiado em Florestan Fernandes, Jesse Souza ressalta o “padrão de civilização dominante” a partir da transformação estrutural das formas econômicas, sociais e políticas fundamentais, sendo que no Brasil, após 1822, tal padrão passa a ser o do “mundo ocidental moderno”. O burguês surge entre nós como um produto circunscritamente econômico. O fator estrutural fundamental da implantação do capitalismo no Brasil é a independência política, a partir da quebra do pacto

104 SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania*[...], p. 121-129.





colonial e da concomitante estruturação de um Estado nacional. O liberalismo retrata o ideário adequado para expressar o mundo e os interesses da nova sociedade criada a partir das entranhas e da lenta decadência da anterior. Esse liberalismo antiescravista encobria o desejo de expansão da competitividade capitalista, dirigindo-se contra a instituição fundamental da antiga ordem (a escravidão) para fulminá-la e reorganizar em nível nacional os novos interesses da economia de mercado. Mas, o liberalismo capitalista não tem nada de libertário. É limitado pelos contornos amesquinçados do compromisso final entre as elites, ficando a abolição na condição de “revolução social de brancos para brancos”, ou seja, um compromisso intraelite, inaugurando, assim, um abandono secular da “ralé” despreparada para enfrentar as novas condições socioeconômicas. Por isso, é possível afirmar que, no Brasil, não houve uma revolução burguesa nos moldes dos EUA ou da Europa.¹⁰⁵ Nessas condições, o Brasil nasce e cresce, como um proletariado externo das sociedades européias.¹⁰⁶

O liberalismo se constituiu em legitimação, ainda que de curto prazo e reduzido às parcelas privilegiadas da população das demandas por respeito a contrato, instituição de uma ordem legal autônoma, uma estrutura representativa, ainda que extremamente restritiva. O corporativismo será o sistema ideal para um Estado que conjuga uma dimensão consensual para as frações das classes dominantes e dos setores médios urbanos ascendentes, com uma dimensão repressiva em relação às classes subalternas, mitigadas por concessões reais e por uma extremamente bem-sucedida ideologia que enfatiza organicidade, unidade e grandeza nacional. Aceitas suas pretensões hegemônicas, abre-se caminho para um compromisso a partir da aceitação da legislação social.¹⁰⁷

105 SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania*[...], p. 129-136.

106 RIBEIRO, Darcy. *Os brasileiros: 1. Teoria do Brasil: estudos de antropologia da civilização*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1980. p. 142.

107 SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania*[...], p. 145-149.





A partir de 1930, a modernização brasileira é comandada pela industrialização. Isso perdurará até 1980. Em cinquenta anos, o Brasil cresce sensivelmente no plano econômico e chega a ser a oitava economia do mundo. Mas, o processo de desagregação da ordem servil e senhorial culminou no abandono do escravo liberto à própria sorte (ou azar), sem que dispusesse dos meios materiais ou morais para sobreviver numa nascente economia competitiva do tipo capitalista e burguês, ficando prefigurado o destino da marginalidade social e da pobreza econômica. A sua recusa a certo tipo de serviço, a inconstância no trabalho, a indisciplina contra a supervisão, o fascínio por ocupações “nobilitantes”, foram causas da desgraça nas novas condições de vida, confirmando o preconceito difuso. A família negra não chega a se constituir como uma unidade capaz de exercer as suas virtualidades principais de modelação da personalidade básica e controle de comportamentos egoísticos. Conforme Jessé Souza, são as precondições sociais independentes da cor que condicionam a situação de marginalidade. É com base na ordem competitiva que negros e brancos, sem qualquer qualificação adequada, são desclassificados e marginalizados de forma permanente.¹⁰⁸ A aceitação da situação de precariedade como legítima e justa, fecha o círculo do referido sociólogo chama de “naturalização da desigualdade”. É a partir da reconstrução da lógica opaca dessa dominação simbólica subpolítica incrustada no cotidiano, que se compreende como em sociedades democraticamente abertas como a brasileira, sob o ponto de vista formal, é possível reprodução cotidiana de índices de desigualdade inéditos em todo o globo entre as sociedades complexas de algum tamanho.¹⁰⁹

108 SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania*[...], p. 153-163.

109 Como bem lembra Jean Ziegler, “no Brasil, uma oligarquia assassina monopoliza o essencial de seus bens. Este país é um dos grandes exportadores de cereais do mundo. E, não obstante, nos Estados do nordeste, a subalimentação provoca cada ano hecatombes”. In ZIEGLER, Jean. *A fome explicada ao meu filho*. Trad. Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 21-22.





Para melhor compreensão da subcidadania no Brasil, principalmente em relação aos afrodescendentes e pardos, e a sua ligação com o processo de *deculturação* ocorrido em nossa história, é fundamental uma mediação com Darcy Ribeiro. A *cultura espúria* do Brasil, construída sob o domínio exógeno da colonização portuguesa ou de outras metrópoles imperialistas, compele a adoção de ideias, valores e costumes estranhos. Isso é *deculturação*, cujos elementos marcantes são a compulsoriedade e o processo de incorporação de pessoas já integradas numa tradição em um novo corpo de compreensões comuns, tendente a cristalizar-se com uma nova cultura.¹¹⁰

As formações sociais desenvolvidas no Brasil foram e são vinculadas às *formações cêntricas*, seja na *formação colonial* (escravista) de origem portuguesa, ou na *formação neocolonial* (capitalista) dos centros capitalistas industriais.¹¹¹ Essas formações sociais seguem a lógica “branca”, ficando negros e pardos obstaculizados na ascensão social, salvo poucas exceções, mantendo-se a estrutura de poder flagrantemente racista. Tal lógica traz consequências ainda mais injustas a partir do processo de urbanização decorrente da industrialização da economia brasileira, havendo uma dupla *deculturação*: em primeiro lugar, negros e pardos foram desenraizados de suas tradições e aculturados na protocélula étnica brasileira, como um passo de sua incorporação à força de trabalho; em segundo lugar, eles perdem sua cultura rurícola arcaica e não são incorporados à sociedade urbana moderna, experimentando uma nova marginalização social e econômica que passa a ser também cultural.¹¹² Explicando esse fenômeno histórico e cultural Darcy Ribeiro expõe:

“crescendo mais intensamente do que a capacidade do sistema ocupacional para absorvê-las e, urbanizando-se

110 RIBEIRO, Darcy. *Os brasileiros*[...], p. 130-131.

111 RIBEIRO, Darcy. *Os brasileiros*[...], p. 148.

112 RIBEIRO, Darcy. *Os brasileiros*[...], p. 152.





CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

caoticamente, estas massas se vêm mergulhadas numa 'cultura da pobreza', em que seu singelo patrimônio cultural se degrada mais ainda. Nos conglomerados em que se amontoam, junto às vilas, cidades e metrópoles, aprendem a fazer casas com restos inservíveis; a cozinhar e a comer em vasilhames de lataria e a refazer sua visão tradicional do mundo, sua mitologia e seu folclore com base nas informações contraditórias dos programas 'populares' transmitidos pelo rádio e pela televisão. Perdem, assim, as técnicas de adaptação ecológica com que antes construíam suas casas, fabricavam sua cerâmica ou trançavam suas esteiras e cestos que, embora mais singelas que as dos indígenas que lhes as transmitiram, eram superiores às que têm agora. No mesmo passo, se degradam seus corpos de valores, suas formas arcaicas de dança e de música e suas explicações do mundo fundadas na tradição. Esta deteriorização de um patrimônio cultural já de si parco ou paupérrimo, cuja expressão se torna inviável nas cidades, faz esta massa descer mais alguns degraus na condição de tábula rasa cultural que caracteriza os Povos-Novos. Só resta a esperança de que, a partir desse patamar inferior – como gente desvinculada de qualquer tradição que a amarre ao passado e a faça respeitar o que quer que seja – não lhe sobrar nada mais que caminhar para o futuro. Obviamente, este não pode ser outro senão o de integrar-se na civilização moderna, cujo acesso lhe é vedado pela ordenação social vigente que a relega à marginalidade."¹¹³

Diante da incapacidade de absorção desses contingentes humanos pelas formas modernas de existência, esses marginais reinventam a vida urbana, a partir da miséria e ignorância, cujo modo de sobrevivência parece aberrante aos olhos dos privilegiados.

O aspecto aberrante do modo de sobrevivência encontrado pelas vítimas do capitalismo neoliberal, segundo o

113 RIBEIRO, Darcy. *Os brasileiros*[...], p. 152-153.





olhar reacionário do consenso alienante, faz o senso comum pensar em “higienizar” as cidades, erradicando as favelas e aprisionando a miséria, numa nítida demonstração de negação à *alteridade*. Nessa toada, o maniqueísmo e o punitivismo populista encontram esplendorosa recepção entre as pessoas, sejam elas de qual estrato social for, ainda mais em tempos de globalização neoliberal.

4.2.4. Criminologia Crítica e globalização neoliberal: efeitos deletérios no Direito Penal

A Criminologia Crítica, coerente com a perspectiva científica e dialética da questão criminal, não pode ficar alheia aos efeitos deletérios da globalização neoliberal, devendo perquirir, na linha teórica da Criminologia Radical, preocupada com a *violência estrutural* e a *violência institucional*, a sua relação com o sistema penal.

O neoliberalismo não se confunde com o liberalismo clássico. Ele nasce na Europa e na América do Norte, após o fim da II Guerra Mundial, como reação teórica e política avessa ao *welfare state*. Em 1944, Friedrich Hayek, disposto a atacar o Partido Trabalhista inglês, desenvolve o texto *O Caminho da Servidão*, que seria o primeiro marco teórico neoliberal.¹¹⁴ Nele, ataca a limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado, considerando-a uma ameaça letal à liberdade econômica e política. Hayek foi o corifeu neoliberal e responsável pela criação da Sociedade de Mont Pèlerin, reunindo, em 1947, os economistas contrários ao Estado de bem-estar social e ao New Deal norteamericano (Milton Friedman, Karl Popper, Lionel Robbins, Ludwig Von Mises, Walter Eucken, Walter Lipman, Michael Polanyi, Salvador de Madariaga), em Mont Pèlerin, na Suíça. O objetivo central desse grupo era

114 HAYEK, Friedrich August. *The Road to serfdom*. Londres: Georges Routledge, 1944.





CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

combater as ideias de Keynes e o solidarismo, preparando as bases de um novo capitalismo, duro e livre de regras.¹¹⁵

Esse grupo entendia que o *welfare state* destruía a liberdade dos cidadãos e a vitalidade da concorrência, considerada elemento vital para a prosperidade de todos. Argumentavam que a desigualdade era um valor positivo. Inicialmente, houve resistência. Mas, em 1973, com a crise econômica que atingiu o mundo capitalista avançado, as políticas neoliberais passaram a ganhar espaço.

Como raízes da crise, Hayek e seus asseclas apontavam os sindicatos e o movimento operário, que haviam corroído as bases de acumulação capitalista com suas pressões reivindicativas sobre os salários, além de pressionar para o aumento dos gastos sociais por parte do Estado.¹¹⁶

Dessa forma, a estabilidade monetária passou a ser a meta suprema de qualquer governo. Para isso era necessário: a) disciplina orçamentária (corte de gastos em áreas sociais); b) restauração da “taxa natural de desemprego” ou criação de um “exército de reserva de trabalho” (diminuição salarial e perda de poder político dos sindicatos); c) incentivos fiscais para os agentes econômicos (redução de impostos sobre rendas). Isso, na visão neoliberal, provocaria a almejada desigualdade necessária para dinamizar as economias avançadas. Tal estratégia ganhou espaço, em 1979, com o governo Thatcher (Inglaterra), que se empenhou publicamente em executar o programa neoliberal, seguido, em 1980, pelo governo Reagan (Estados Unidos), em 1982, pelo governo de Kohl (Alemanha) e em todos os países do norte da Europa ocidental. Esses governos contraíram a emissão monetária, elevaram a taxa de juros, baixaram drasticamente os impostos sobre os rendimentos altos, aboliram controles sobre os fluxos financeiros,

115 ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In SADER, Emir; GENTILI, Pablo [Org.]. *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p. 9-10.

116 ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo[...], p. 10.





provocaram desemprego em massa, aplastaram greves, impuseram leis antissindicais, cortaram gastos sociais e lançaram um amplo programa de privatização. Como consequência, houve a queda da taxa de inflação, aumento do lucro das indústrias dos países centrais do capitalismo contemporâneo, derrota do movimento sindical, contenção dos salários, crescimento das taxas de desemprego e aumento da desigualdade social.¹¹⁷ Porém, a desregulamentação financeira criou condições adequadas para a inversão especulativa em detrimento da produtividade. A especulação financeira diminuiu o comércio mundial de mercadorias reais.¹¹⁸ Avelãs Nunes afirma que “cerca de dois bilhões de dólares circulam diariamente no ‘mercado cambial único’ em busca de lucro fácil e imediato, sem qualquer relação com a actividade produtiva ou o comércio. [...] Os factos dão razão ao velho Keynes que, há mais de cinquenta anos, advertia para os perigos de paralisação da actividade produtiva em consequência do aumento da importância dos mercados financeiros e da finança especulativa.”¹¹⁹

Sintetizando o que é o neoliberalismo, Perry Anderson afirma que, *economicamente*, ele é um fracasso, uma vez que não conseguiu revitalizar o capitalismo avançado; *socialmente*, obteve êxito em seu nefasto projeto de criar sociedades marcadamente desiguais, embora não tão desestatizadas como queria; *política e ideologicamente* alcançou êxito em grau inimaginável aos seus criadores, disseminando a simples ideia de que não há alternativas para os seus princípios, sendo dever de todos se adaptarem a ele. “Provavelmente, nenhuma sabedoria convencional conseguiu um domínio tão abrangente desde o início do século como o neoliberal hoje.”¹²⁰ O

117 ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo[...], p. 11-15.

118 ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo[...], p. 16.

119 AVELÂS NUNES, António José. Neoliberalismo e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 75-76.

120 ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo[...], p. 23. O neoliberalismo acabou se tornando hegemônico ideologicamente, fazendo com que





verdadeiro êxito do neoliberalismo não está em seus lucros econômicos – que não enxergamos no estômago de setenta por cento da população do planeta que passa fome –, senão em seu aporte em um mundo suficientemente estupefato para aceitar os seus motivos mais maçantes. Afinal, em uma sociedade educada na falta de solidariedade, na mentira e na morte, parece ser um bom lugar para o desenvolvimento do capital, muito embora seja fruto de uma ideologia medíocre, em que a miséria dos conceitos é acreditada por muitos seguidores, ainda que vítimas dessa trama de poder.¹²¹

A globalização é um grande campo de conflitos entre grupos sociais, Estados e interesses hegemônicos. Ela anuncia o fim do sistema nacional como núcleo central das atividades e estratégias humanas organizadas, aumentando drasticamente as desigualdades sociais entre países ricos e países pobres e, no interior deles, entre ricos e pobres.¹²²

A injusta distribuição da riqueza mundial se agravou após a globalização neoliberal: houve queda do produto interno bruto de 54 dos 80 países menos desenvolvidos, havendo, segundo dados das Nações Unidas, cerca de um quarto da população mundial vivendo na pobreza absoluta, ou seja, com menos de um dólar por dia e outros dois bilhões de seres humanos com apenas dois dólares por dia.¹²³ Importantes são as palavras de Boaventura de Souza Santos:

governos ao redor do mundo que se proclamavam de esquerda tivessem o mesmo zelo neoliberal. No Brasil, isso fica muito claro a partir dos governos de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) e Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010). Trata-se de um movimento ideológico em escala realmente mundial, nunca visto desde o início do sistema capitalista. Em suma, a globalização econômica é sustentada pelo consenso neoliberal.

121 CORREAS, Óscar. El neoliberalismo en el imaginario jurídico. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996. p. 3.

122 SANTOS, Boaventura de Souza [Org.]. Os processos da globalização. *A globalização e as ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 26-27.

123 SANTOS, Boaventura de Souza. Os processos da globalização[...], p. 33-34.





“A economia é, assim, dessocializada, o conceito de consumidor substituído o de cidadão e o critério de inclusão deixa de ser o direito para passar a ser a solvência. Os pobres são os insolventes (o que inclui os consumidores que ultrapassam os limites do sobreendividamento). Em relação a eles devem adotar-se medidas de luta contra a pobreza, de preferência medidas compensatórias que minorem, mas não eliminem, a exclusão, já que esta é um efeito inevitável (e, por isso, justificado) do desenvolvimento assente no crescimento econômico e na competitividade a nível global. Este consenso neoliberal entre países centrais é imposto aos países periféricos e semiperiféricos através do controlo da dívida externa efectuado pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Mundial. Daí que estas duas instituições sejam consideradas responsáveis pela ‘globalização da pobreza’ (Chossudovsky, 1997). A nova pobreza globalizada não resulta de falta de recursos humanos ou materiais, mas tão só do desemprego, da destruição das economias de subsistência e da minimização dos custos salariais à escala mundial.”¹²⁴

Celso Furtado, ao comentar o processo de globalização neoliberal, irá dizer que “o tripé que sustentou o sistema de poder dos Estados nacionais está evidentemente abalado, em prejuízo das massas trabalhadoras organizadas e em proveito das empresas que controlam as inovações tecnológicas. Já não existe o equilíbrio garantido no passado pela ação reguladora do poder público. disso resulta a baixa da participação dos assalariados na renda nacional de todos os países, independentemente das taxas de crescimento.”¹²⁵ Reconhecendo também que “a globalização em escala planetária das atividades produtiva leva necessariamente a grande concen-

124 SANTOS, Boaventura de Souza. Os processos da globalização[...], p. 35.

125 FURTADO, Celso. *O capitalismo global*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999. p. 29.





tração de renda, contrapartida do processo de exclusão social a que fizemos referência.”¹²⁶

Na economia neoliberal prevalece a reprodução da clivagem desenvolvimento/subdesenvolvimento¹²⁷ e a exclusão social é endêmica, pertencendo a sua lógica interna. A dialética da integração *versus* diferenciação/exclusão constitui um eixo fundamental da globalização. Esse malestar é demonstrado pelas estatísticas mundiais que indicam o aumento na desigualdade da distribuição de riqueza, malgrado a intensificação dos fluxos mundiais de capital e de trabalho, da extensão dos mercados, da globalização das políticas e dos progressos nas comunicações. A possibilidade de melhorar o padrão de vida é cada vez mais inacessível à maior parte da população, fazendo com que a incerteza, o paradoxo e o risco marquem o futuro das nossas sociedades. O desemprego estrutural funciona como o principal mecanismo disciplinador da força de trabalho.¹²⁸

Isso demonstra que as projeções otimistas de Hayek e Friedman, construídas a partir da tese do “desemprego voluntário” e da aversão às políticas econômicas intervencionistas, estavam equivocadas¹²⁹ e deixaram o mundo ao avesso.

126 FURTADO, Celso. *O capitalismo global*[...], p. 33.

127 FURTADO, Celso. *O capitalismo global*[...], p. 38.

128 HESPANHA, Pedro. Mal-estar e risco social num mundo globalizado: novos problemas e novos desafios para a teoria social. In SANTOS, Boaventura de Souza [Org.]. *A globalização e as ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 163-166. Bauman irá enfatizar que “a ameaça do desemprego desloca o ônus da prova para a parte adversa, ou seja, para os dominados. Cabe agora aos subordinados adotar um comportamento que tenha boas chances de agradar aos chefes e de estimulá-los a ‘adquirir’ seus serviços e seus ‘produtos’ particulares – exatamente como os outros produtores e revendedores estimulam em seus potenciais consumidores o desejo de comprar as mercadorias que vendem. ‘Seguir as rotinas’ não basta para atingir esse objetivo”. In BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo parasitário e outros temas contemporâneos*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010. p. 52

129 Uma crítica aprofundada a respeito do tema pode ser lida em AVELÃS NUNES, António José. *Uma introdução à economia política*[...], p. 586-620.





“O mundo ao avesso gratifica o avesso: despreza a honestidade, castiga o trabalho, recompensa a falta de escrúpulos e alimenta o canibalismo. Seus mestres caluniam a natureza: a injustiça, dizem, é lei natural. Milton Friedman, um dos membros mais conceituados do corpo docente, fala da ‘taxa natural de desemprego.’”¹³⁰ A negação de investimentos sociais aumenta a distância entre os países ricos e pobres, e, no âmbito dos Estados, aumenta a distância entre pessoas ricas e pobres. Há deteriorização das estradas e das instalações públicas, a educação é benefício exclusivo dos ricos, não se investe em pesquisa tecnológica, pessoas morrem nas filas dos hospitais, o espectro da fome se espalha entre a população, cujas precárias forças são usadas para sobreviver de modo afastado dos benefícios da cultura em sentido antropológico amplo.¹³¹ A privação imposta aos excluídos pode os conduzir à criminalidade e, concomitantemente, o medo pode levar aqueles que têm boa vida à intolerância e à perseguição.¹³² Essa desigualdade prova explosões de violência, fazendo emergir um “apartheid social”, com a proliferação de condomínios fechados, milícias e sistemas de vigilância para proteção dos poderosos.¹³³ No “mundo ao avesso”, “uns não dormem por causa da ânsia de ter o que não têm, outros não dormem por causa do pânico de perder o que têm. O mundo ao avesso nos adentra para ver o próximo como uma ameaça e não como uma promessa, nos reduz à solidão e nos consola com drogas químicas e amigos cibernéticos.”¹³⁴

130 GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso*. Trad. Sergio Faraco. 8. ed. Porto Alegre: L&PM, 1999. p. 5.

131 AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 109.

132 YOUNG, Jock. *The exclusive society*. London: Sage, 1999. p. 8.

133 HESPANHA, Pedro. Mal-estar e risco social num mundo globalizado[...], p. 162.

134 GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar*[...], p. 7-8.





CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

“A classe média continua vivendo num estado de impos-tura, fingindo que cumpre as leis e acredita nelas e simu-lando ter mais do que tem, mas nunca lhe foi tão difícil cumprir esta abnegada tradição. Está asfíxiada pelas dívi-das e paralisada pelo pânico, e no pânico cria seus filhos. Pânico de viver, pânico de empobrecer; pânico de perder o emprego, o carro, a casa, as coisas, pânico de não chegar a ter o que se deve ter para chegar a ser. No clamor cole-tivo pela segurança pública, ameaçada pelos monstros do delito que espream, é a classe média que grita mais alto. Defende a ordem como se fosse sua proprietária, embora seja apenas uma inquilina atropelada pelo preço do alu-guel e pela ameaça de despejo.”¹³⁵

Esse medo tem raízes na globalização neoliberal e pro-duz fragmentação social e, conseqüentemente, isolamento, diminuindo o poder de reação e aumentando o controle so-cial. Nos dizeres de Bauman, o confinamento espacial e o en-carceramento sempre foram usados como técnica principal para lidar com setores inassimiláveis e problemáticos da po-pulação, difíceis de controlar. Assim foi com os escravos, os leprosos, os loucos e os de etnia ou religião diversas das pre-dominantes. O isolamento é uma forma quase visceral e ins-tintiva de reagir à qualquer diferença, em especial, àquela que não pode ser acomodada ou que não se deseja acomodar na rede habitual das relações sociais. Com isso, a visão do outro é reduzida e comprimida. A prisão é a forma mais radical de confinamento e ocupa o lugar de principal preocupação go-vernamental da elite política na era neoliberal. “Se não fosse pelo fato de que os prisioneiros ainda comem e defecam, as celas poderiam ser tidas como caixões”. No mundo neolibe-ral o isolamento é uma alternativa ao emprego, uma forma de neutralizar uma parcela considerável da população que não é útil ao mercado e para a qual não há trabalho para se

135 GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar*[...], p. 20.





reintegrar. Um exemplo disso é a prisão de Pelican Bay, projetada apenas para promover o máximo isolamento, desprovida de qualquer ambição disciplinar laboral. Trata-se de uma “fábrica de exclusão” ou de “imobilidade.”¹³⁶ Nessa esteira econômica, o Estado e o Direito não ficam incólumes, sendo arrebatados pelo neoliberalismo que os despreza,¹³⁷ ainda que parcialmente. O sistema jurídico – notadamente os Direitos Humanos – é considerado um obstáculo ao crescimento econômico, e ao mesmo tempo o principal aliado: é obstáculo em matéria de política econômica e social e aliado em matéria de controle social (Direito Penal).

Com o seu enfraquecimento econômico e político, o Estado acaba refém da globalização altamente competitiva e governada por concentrações maciças de capitais, ficando politicamente relegado a um plano secundário. O bloco dominante impõe a sua vontade avassaladora e irresistível em detrimento da justiça social. A metamorfose capitalista advinda com a globalização neoliberal revogou o constitucionalismo social, prejudicando o programa de emancipação do Brasil. Ao invés de vermos nações, na prática, o que se vê são colônias. Trata-se do “neocolonialismo.”¹³⁸

O neoliberalismo procura abolir a política para impor a soberania do mercado, entendido como espaço natural de articulação da convivência entre os homens. Por isso, refuta o papel medidor das relações jurídicas e políticas, imputando a essas relações um caráter artificial, uma vez que essa contenção dos indivíduos constrangeria a seleção “darwinista”

136 BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 114-126.

137 MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996. p. 67-69.

138 BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 56-57.





dos mais aptos a sobreviver dentro dos padrões do mercado capitalista. Enfim, a liberdade de mercado deve preponderar diante da liberdade política ou individual, contrariando as reflexões universalistas de Kant, que via o direito como forma de limitação do arbítrio individual, sem a qual não haveria um Estado ético. A política e o direito, entendidos na modernidade como anteparos a desigualdade social, malgrado o seu caráter meramente ideológico, estão prostrados diante do mercado e circunscritos às determinações econômicas.¹³⁹

As teorias econômicas serão mais ou menos eficazes na medida em que forem mais ou menos políticas. Nesse contexto, o Direito Penal e o Direito Processual Penal, em especial, ganham força na implementação das políticas neoliberais, como substituto dos direitos sociais. *Na esfera penal, o neoliberalismo usa uma mão que não é invisível: a “mão de ferro”: ferro das grades e das armas.* Ao Estado Mínimo no campo social e econômico corresponde o Estado Máximo na esfera das políticas de segurança pública, havendo máximo controle social e criminalização dos problemas sociais. Há um “genocídio social” praticado por ações truculentas do aparelho repressivo do Estado. Apesar da exclusão social e da fome, as agências de controle social permanecem matando. Na lógica neoliberal, isso é considerado um “custo social” do progresso.¹⁴⁰

“Em muitos países do mundo, a justiça social foi reduzida à justiça penal. O Estado vela pela segurança pública: de outros serviços já se encarrega o mercado, e da pobreza, gente pobre, regiões pobres, cuidará Deus, se a polícia não puder.”¹⁴¹

139 ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. Neoliberalismo e desconstrução da razão democrática no Estado periférico brasileiro. In MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto [Orgs.]. *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 391-392.

140 DORNELLES, João Ricardo. Ofensiva neoliberal, globalização da violência e controle social. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 12. p. 119-137, 2002, p. 121.

141 GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar*[...], p. 31.





No Brasil neoliberal, a simbologia do discurso jurídico-penal, como “forma refinada de dominação”, se repete: na fase imperial, a preocupação era a “insurreição” dos escravos, evidenciando que as inovações liberais eram um “lustru jurídico”, aplicável apenas aos homens livres e não a todos os membros da sociedade civil; durante a ditadura militar (1964-1985), a repressão visava cuidar da “segurança nacional”, colocada em risco pela ação subversiva dos comunistas; finalmente, nos dias atuais, a expansão penal visa concretizar a “segurança pública” de modo eficiente. Em todas essas fases históricas há um elemento comum aos discursos jurídicos: o Estado a serviço da dominação exercida por grupos detentores de riqueza e de poder (nacionais ou internacionais), legitimada, no decorrer da evolução política, pelas disposições legais que fundamentam e disciplinam suas relações de hegemonia. Assim ocorreu com os donatários, depois com os proprietários de escravos, os latifundiários, os usineiros, os cafeicultores, os grandes pecuaristas, os industriais, os banqueiros e, neste momento, o capital globalizado, mormente o capital dos países centrais. O Estado é a exteriorização e expressão das forças dominantes, seja no campo econômico, jurídico ou político. Nessa toada, direitos fundamentais passam a representar uma (in)conveniência política e satisfação econômica. “Se, por um lado, o Estado atendeu a necessidade de se assegurarem, por via forma, os direitos fundamentais, para fazer crer que o poder é de todos e não apenas de um grupo ou bloco hegemônico, de outro lado, o processo de reprodução dessa hegemonia sempre esteve garantido, ou por meio da intensificação da luta política, ou por meio da intervenção coativa, ancorada na suposta proteção da cidadania. Isto se deu no passado imperial, temperou-se com a república, internacionalizou-se com a aventura da segurança nacional e se fortalece no presente com os propósitos da chamada segurança pública”. A *criminalidade de rua*, aquela explorada midiaticamente todos os dias, é a primeira a receber o





CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

tratamento rigoroso, aumentando-se as penas e mitigando-se garantias processuais. No âmbito da execução penal, fala-se em privatização dos estabelecimentos prisionais. Tudo isso tem como fim último a demonstração da *eficiência* do Estado na ação repressiva; eficiência que é um princípio tão caro ao neoliberalismo. Nesse *estado penal* a eficiência é comprovada com ampliação das forças de segurança e produção legislativa intensificada, evidenciado o seu valor político simbólico, para conquistar a adesão de todos e legitimar o modelo arbitrário. E antes que se pense que o Estado atua de forma igualitária, em face da ampliação da criminalização dos desvios econômicos e fiscais, deve ser destacado que a ampliação da persecução penal não apenas à criminalidade violenta serve aos grandes conglomerados econômicos. Afinal, diante da sua estabilidade econômica e financeira, não praticarão desvios econômicos ou fiscais.¹⁴²

Por outro lado, a *criminalidade de colarinho branco* somente é tratada pelo Sistema de Justiça Criminal como forma de *judicialização da política*. A exemplo do que ocorreu na *judicialização da economia*, os atos de corrupção somente chegarão ao crivo judiciário e midiático quando forem necessários ou úteis para a promoção política de alguns, ou seja, quando seguirem a lógica da competitividade do mercado político/econômico. Conforme Zaffaroni,

“el debilitamiento, descapitalización y desapoderamiento de los estados deja a los operadores políticos con pocas posibilidades de ofrecer algo diferente a una actividad gerencial local. Sin embargo, el clientelismo político les exige mostrar otra imagen. La comunicación debe presentar un producto con caracteres atractivos, sin que importe que sean reales. Lo que aparece es lo principal,

142 Considerações feitas a partir de TAVARES, Juarez. A globalização e os problemas de segurança pública. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, p. 127-142, jan.2004.





sin importar lo que en realidad sucede. Los políticos actúan y deciden en función de la comunicación masiva. Se convierten en un espectáculo; los actores definen cuidadosamente sus roles y estudian sus papeles. El estado deviene un espectáculo ante el escaso ejercicio de poder efectivo de sus operadores: no importa que se haga, sino dar la impresión de que se hace. No se actúa sabiendo que alguien observa, sino que se actúa para ser observado: se trata de un cuadro de dramaturgia estatal. [...]. Las leyes penales son uno de los medios preferidos del estado espectáculo y de sus operadores 'showmen', en razón de que son baratas, de propaganda fácil y la opinión se engaña con suficiente frecuencia sobre su eficacia. Se trata de un recurso que otorga alto crédito político con bajo costo. De allí la reproducción de leyes penales, la descodificación, la irracionalidad legislativa y, sobre todo, la condena a todo el que dude de su eficacia."¹⁴³

A organização do Sistema de Justiça Criminal, emba-
sado na lei, é, na realidade, um instrumento para eliminar e

143 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalización y sistema penal en América Latina: de la seguridad nacional a la urbana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 5, V. 20, p. 13-23, out.1997. Tradução livre: "o enfraquecimento, descapitalização e desapoderamento dos estados deixa os operadores políticos com poucas possibilidades de oferecer algo diferente à atividade gerencial local. Sem embargo, o clientelismo político lhes exige mostrar outra imagem. A comunicação deve apresentar um produto com caracteres atrativos, sem se importar se são reais. O que aparece é o principal, sem importar o que na realidade acontece. Os políticos atuam e decidem em função da comunicação massiva. Se convertem num espetáculo; os atores definem cuidadosamente suas roles e estudam seus papéis. O estado se converte em espetáculo diante do escasso exercício de poder efetivo de seus operadores: não importa o que se faça, senão dar a impressão de que se faz. Não o se atua sabendo que alguém observa, senão que se atua para ser observado: se trata de um quadro de dramaturgia estatal. [...]. As leis penais são um dos meios preferidos do estado espetáculo e de seus operadores 'showmen', em razão de que são baratas, de propaganda fácil ela opinião se engana com frequentemente sobre sua eficácia. Se trata de um recurso que outorga alto crédito político com baixo custo. Daí a reprodução de leis penais, a descodificação, a irracionalidade legislativa e, sobretudo, a condenação a tudo que duvide de sua eficácia".





dissimular a responsabilidade de todos os seus agentes pelo resultado de suas ações que atendem apenas aos interesses da globalização neoliberal, malgrado tal circunstância ser desconhecida pela maioria desses agentes que são altamente alienados do ponto de vista político. Essa dissimulação permite que as ações cruéis contra a massa miserabilizada continuem sendo facilmente praticadas sem que seja atribuída alguma responsabilidade individual aos agentes do sistema, somente à lei ou ao próprio sistema, enquanto ente metafísico.¹⁴⁴

Como bem denunciado por Katie Silene Cáceres Argüello, não chegamos a um *estado social*, vigorando apenas um *estado penal*, com o recrudescimento das políticas penais, repetindo o discurso e a prática existentes nos EUA e na Inglaterra, onde imperam técnicas antigas e o desejo de vingança. Não são propostos meios eficazes para solucionar os conflitos e tensões sociais, sendo sempre invocada a *razão de estado* para justificar a violação de Direitos Humanos e da democracia:

“Atacam os criminosos em vez de atacarem a violência estrutural (a desigualdade social e a pobreza), razão da definição e seleção de determinados indivíduos como tais, simultaneamente à imunização de outros”.

Segundo Katie Silene Cáceres Argüello, o acirramento das tensões sociais resulta das contradições inerentes à estrutura social, política e econômica das sociedades contemporâneas ao enfrentarem as crises socioeconômicas, política e existencial. Nota-se que a crise socioeconômica, decorre da globalização e seus efeitos de acumulação do capital e desigualdades sociais. Ainda, na busca de condições favoráveis à confiança dos investidores o sistema de trabalho fica fragilizado e o Estado assiste a tudo de braços cruzados. O capital entra e sai

144 Ver GORNICKI NUNES, Leandro. O Estado Penal no Brasil neoliberal: reproduzindo o holocausto. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, a. 19, v. 91, p. 201-226, jul-ago/2011. p. 221-222.





dos países subdesenvolvidos e a política perde prestígio frente a tal poder econômico, ficando a população cética em relação a uma mudança por essa via. As elites políticas não conseguem mais prometer uma existência estável e, aproveitando-se do desejo de vingança e do medo da população, ganham votos por intermédio de discursos punitivistas, preconizando a construção de um aparato policial e punitivo maior. Há uma tendência em se arranjar bodes expiatórios. Assim, as tensões da esfera pública param no Direito Penal, cuja solução (repressora e simbólica) induz o mal que pretende curar.

Nesse contexto, a criminologia positivista (etiológica) continua sustentando o uso dessas estratégias de contenção das massas miserabilizadas. Por isso, é importante que se procurem as finalidades subjacentes ao cárcere, pois, segundo Rusche e Kirchheimer, há uma ligação direta entre o recrudescimento do sistema penal e a carência ou abundância da força de trabalho, sendo o panóptico utilizado como nova tecnologia de poder sobre o trabalhador assalariado ou informal. Afinal, a formação da sociedade disciplinar e a consolidação da prisão como aparelho de controle estão ligadas diretamente à ascensão da burguesia como classe dominante.

“O direito de punir transforma-se em uma vingança do soberano para a defesa da sociedade, que se constitui em nova economia e tecnologia do poder de punir”.

Embora nenhuma das funções da pena criminal declaradas pelo discurso oficial seja atingida, a privação de liberdade continua sendo utilizada porque “o sistema punitivo opera uma *gestão diferencial das ilegalidades*, cujo efeito indireto é golpear uma ilegalidade visível (e útil) para encobrir uma oculta; e diretamente, alimenta uma zona de marginalizados criminais (produz uma ‘ilegalidade fechada’, separada e útil’), inseridos em um próprio mecanismo econômico (‘indústria do crime’) e político (utiliza-se dos criminosos com fins subversivos e





repressivos)”. A prisão, ainda, tem o seu papel disciplinar na transformação do sujeito condenado em um trabalhador disciplinado na fábrica. Não havendo emprego para todos, a prisão passa a ser alternativa para a contenção dessas pessoas não absorvidas pelo mercado de trabalho. Indubitavelmente, a saída para este problema atroz depende da educação política.¹⁴⁵

Essa criminalização da pobreza no Brasil não pode ser entendida fora do contexto social, onde sua função é administrar os efeitos das políticas neoliberais nos escalões mais baixos da sociedade. É evidente que “o capital transnacional e as frações ‘modernizadoras’ da burguesia e dos altos escalões do Estado, aliados sob a bandeira do neoliberalismo, ganharam poder e empreenderam uma vasta campanha visando à reconstrução da autoridade pública.”¹⁴⁶

Com isso, a classe operária foi submetida a uma regulação neoliberal, onde sistemas públicos de educação, saúde, seguridade e habitação foram substituídos por instituições típicas do *estado de polícia* cada vez mais ativas e intrusivas nas zonas inferiores do espaço social. Constituiu-se um regime *liberal-paternalista*: *liberal* para o capital e classes privilegiadas, aumentando a desigualdade social e a marginalidade; *paternalista* e punitivo para com as pessoas desestabilizadas pela reestruturação do emprego (precário) e pelo enfraquecimento do Estado de bem-estar social.¹⁴⁷ Conforme destaca Wacquant, “em todos os países onde a ideologia neoliberal de submissão ao ‘livre mercado’ se implantou, observamos um espetacular crescimento do número de pessoas colocadas atrás das grades, enquanto o Estado depende cada vez mais

145 Considerações feitas a partir de ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. Do Estado Social ao Estado Penal: invertendo o discurso da ordem. In BITTAR, W.B. (Org.). *A Criminologia no Século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris/IBCCrim, 2007. p. 119-144.

146 WACQUANT, Loïc. *As duas faces do gueto*. Trad. Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 93.

147 WACQUANT, Loïc. *As duas faces do gueto*[...], p. 94.





da polícia e das instituições penais para conter a desordem produzida pelo desemprego em massa, a imposição do trabalho precário e o encolhimento da proteção social.”¹⁴⁸

Foi exatamente isso que aconteceu no Brasil. Segundo o Depen, em vinte anos (1990-2010) de neoliberalismo, a população carcerária aumentou 450% (quatrocentos e cinquenta por cento). O Brasil é o país com o maior crescimento da população carcerária no mundo, ficando na frente dos Estados Unidos (77%), da China (31%) e da Rússia (17%). É inarredável concluir que a ideologia neoliberal causou a remoção do Estado econômico, desmantelou o Estado social e fortaleceu o Estado penal.

Na era do desemprego em massa e do emprego precário, a “mão invisível” do mercado e o “punho de ferro” do Estado, atuam conjuntamente para fazerem as classes subalternas aceitarem o trabalho assalariado dessocializado e a instabilidade social, compondo a prisão o pelotão de frente das instituições responsáveis pela manutenção da ordem social burguesa. Essa criminalização exacerbada que ocorre no Brasil não visa impedir o crime, mas apenas estabelecer uma guerra sem tréguas contra os pobres e contra todos os marginalizados pela ordem neoliberal, que tem ganhado espaço em todos os lugares sob a bandeira da “liberdade”. Podemos ver que as crianças das classes média e alta têm a perspectiva de cursar universidades e ter empregos de gerência; por outro lado, as crianças das classes operárias e excluídas devem ficar confinadas em áreas decadentes, e se contentarem com a perspectiva de terem um emprego precário no setor de serviços ou cargos de auxiliares de segurança para vigiar os náufragos e refugados do novo mercado de trabalho, sob a ameaça de serem encarcerados.¹⁴⁹

Para ilustrar, no Estado do Rio de Janeiro, um membro do midiático BOPE (Batalhão de Operações Especiais) da Polícia

148 WACQUANT, Loïc. *As duas faces do gueto*[...], p. 96.

149 WACQUANT, Loïc. *As duas faces do gueto*[...], p. 102-104.





CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

Militar, recrutado nas classes mais frágeis economicamente para lutar contra ou matar pessoas do mesmo extrato social, recebe uma remuneração líquida que gira em torno de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), para viver numa cidade com elevado custo de vida. Isso caracteriza a chamada *seleção policizante*, denunciada por Zaffaroni, Batista, Slokar e Alagia. Segundo esses criminólogos, “as agências policiais latino-americanas, nos setores aos quais incumbe a pior parte do controle a seus cuidados, recrutam seus operadores nas mesmas camadas sociais com maior incidência das seleções criminalizante e vitimizante. Tornou-se uma tradição serem vultuosos os orçamentos dessas agências, embora se descuidem elas da parte referente a salários e a custos operacionais de nível mais modesto, como corolário de suas organizações corporativas, verticalizadas e autoritárias, dentro das quais se impõem as decisões de cúpula e se proíbe qualquer discussão interna razoável sobre a distribuição de recursos”. Sem dúvida, essa *seletividade policizante* é funcional ao modo de produção capitalista quando impede que esses policiais: a) sindicalizem-se; b) adquiram consciência de classe; c) tenham estabilidade no trabalho; d) tenham treinamento adequado para agir contra a criminalidade de “colarinho branco”; e, e) principalmente, vejam que o discurso interno desvaloriza as vítimas do sistema de justiça criminal a partir de sua etnia, classe social e mesmo de preconceitos quanto aos próprios grupos sociais dos quais eles provêm.¹⁵⁰

É importante lembrar que a chegada do neoliberalismo impôs uma mudança na política criminal brasileira, a exemplo do que ocorreu nos EUA e na Inglaterra. O correccionalismo e o tratamento individualizado expressos na Lei de Execução Penal¹⁵¹ passaram a ser alvo das críticas. As políticas de bem-es-

150 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*[...], p. 56.

151 BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 jul. 1984.





tar e o penalismo progressista formavam a base programática da legislação penal brasileira no início dos anos oitenta do século XX. Mas, surpreendentemente, essa base programática de caráter liberal e progressista foi abandonada a partir de 1990, cujo símbolo histórico é a Lei de Crimes Hediondos.¹⁵²

Chegou-se a conclusão de que o “tratamento” carcerário não funciona(va), coisa que afetou todo o Sistema de Justiça Criminal. A Criminologia Crítica caiu em desprestígio por não ter conseguido produzir um discurso útil aos interesses hegemônicos e identificar meios para a redução da ocorrência de crimes. Dessa forma, a capacidade do Estado controlar o crime e o papel do Sistema de Justiça Criminal foram questionados, o que contribuiu para o surgimento de novas agendas de controle social penal.

Essa forma reacionária de controle social implantada a partir da Lei de Crimes Hediondos é fruto da mudança fundamental de interesses da classe hegemônica no Brasil neoliberal. A política de bem-estar penal estabelecida a partir da legislação de 1984 começou a ser vista como indulgente e contraproducente em relação aos indivíduos selecionados pelo Sistema de Justiça Criminal. Os fundamentos políticos, econômicos e culturais que a sustentaram foram corroídos por tendências sociais da modernidade tardia, com as mudanças intelectuais e políticas que as acompanharam. Com isso se quer dizer que a raiz de todas as transformações importantes da segunda metade do século XX pode ser rastreada no processo de acumulação de capital e o impulso incessante na busca de novos mercados. Esse afã de lucro acima de tudo ativou a rápida transformação tecnológica, construindo uma “sociedade da informação”, dividindo as pessoas entre as que têm acesso ao mundo da tecnologia e aquelas que ficam excluídas dele. Tudo isso construiu desigualdades sociais drásticas,

152 BRASIL, Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 jul. 1990.





CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

bem como exclusão de grupos inúteis para o mercado. A incessante busca por novos mercados e ganhos mais elevados, dividiu o trabalho mais eficiente, criando os mercados internacionais, os fluxos imediatos de informação e dinheiro ao redor do planeta e uma economia globalizada na qual os estados nacionais são cada vez menos capazes de controlar os destinos econômicos e sociais de seus cidadãos.

Quando as crises econômicas se instalam em nações industrializadas como o Brasil, instaurando um período de recessão, impõe-se uma reestruturação do mercado de trabalho, com o desaparecimento de milhares de postos de trabalho e a exigência de forças laborais cada vez mais qualificadas. Isso é fruto da exigência de aumento da produtividade e redução das despesas com pessoal, acompanhada por uma queda salarial (*eficientismo*). Quem não obedece a esses princípios básicos do neoliberalismo está fadado à quebra. Com isso, muitas empresas “desavisadas” acabaram sofrendo as conseqüências da globalização neoliberal, e os sindicatos perderam qualquer poder de proteção dos seus filiados. Isso levou um grande setor da população (especialmente famílias com crianças) a viver em condições materiais abaixo da linha da pobreza. Assim, inúmeros jovens pertencentes a comunidades pobres foram sistematicamente excluídos do mercado de trabalho, tal como aconteceu com seus pais. Como conseqüência, a desigualdade social, os contrastes das condições de trabalho e estilo de vida cresceram, fragilizando os laços de solidariedade entre as classes sociais. E isso ficou pior com a introdução da mulher no mercado de trabalho. Antes de ser uma conquista do movimento feminista, a colocação da mulher no mercado de trabalho foi interessante para o capitalismo neoliberal, pois, gerou grande oferta de força de trabalho e, conseqüentemente, aumentou a competitividade, contribuindo para a queda salarial e aumento da miséria. Nesse contexto, é evidente a escassez de trabalho para ex-delinquentes, ficando prejudicado qualquer projeto correccionalista ou liberal.





Tudo isso contribui para a construção social do desvio e da criminalidade, principalmente quando se vê o capitalismo de consumo produzir uma cultura que não se preocupa em fortalecer os indivíduos e os seus direitos sociais de cidadania.

É importante frisar que não está sendo feita uma defesa do Estado de bem-estar. Afinal, ele foi construído numa perspectiva reformista, para ocultar as contradições insuperáveis do capitalismo de que Marx falava já no século XIX. Mas, devem ser percebidos os motivos reais da mudança de pensamento nas políticas criminais brasileiras, que estão atrelados à globalização neoliberal. Igualmente, deve ser constatado que o conservadorismo social das classes médias serve de base para os políticos da “nova direita” culpar o *subproletariado urbano* (ou *lumpenproletariado*) de vitimar a sociedade “decente”, por meio da *criminalidade de rua*, notadamente os casos de crimes patrimoniais e o narcotráfico.

O governo brasileiro, submetido às políticas financeiras dos organismos internacionais, absteve-se de intervir e permitiu que as forças do mercado operassem sem controle, impondo ao mesmo tempo um grande corte nos investimentos públicos nas áreas de educação, saúde e infraestrutura. O resultado foi o colapso da produção industrial e o reaparecimento do desemprego estrutural em massa. As leis são criadas para reduzir custos laborais, desregular as finanças, privatizar o setor público, reduzir os benefícios do Estado de bem-estar e possibilitar o pagamento de menos impostos pelos mais ricos, gerando aumento das desigualdades sociais. Esse quadro é explorado política e economicamente a partir do enfraquecimento dos sindicatos, possibilitando o exercício desenfreado do poder pelos detentores do capital e causando um retrocesso no Estado de bem-estar, fortalecendo o autoritarismo estatal na seara criminal. Instalou-se na cultura política do nosso país um neoconservadorismo avesso às tendências liberais da modernidade. Essa atitude cultural defensiva difundida pelas classes alta e média está conectada aos





CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

imensos benefícios que tiveram com a globalização neoliberal, responsável pelo fim da política solidária e a ampliação das distâncias entre as classes.

Essa situação que afeta a todos, principalmente, nas áreas onde se concentram as diferenças econômicas e sociais, gerando aumento da violência, da *criminalidade de rua* e do abuso de drogas. Nessa balada, o crime começa a servir como justificativa retórica das políticas sociais e econômicas e do desenvolvimento de um *estado de polícia*. A imagem do delinqüente passa a ser muito mais ameaçadora e racista, fazendo parte do cotidiano das pessoas. A retórica política se concentra na vítima e na sociedade amedrontada. As discussões a respeito da política criminal deixam de falar de humanitarismo para invocar o discurso da “tolerância zero”. Os políticos se movem no contexto das eleições e as decisões políticas estão vinculadas à necessidade de encontrar medidas efetivas e populares que não sejam vistas pelo público como sinais de fraqueza ou abandono das responsabilidades estatais. As iniciativas políticas tendem a ser passionais e improvisadas, construídas em torno de casos impactantes, porém atípicos, e a estar mais preocupadas com a opinião pública que com o conhecimento técnico ou às limitações das instituições estatais. Os representantes políticos do *estado de polícia* estão interessados em comercializar imagens, arquétipos e ansiedades, ao invés de agirem fundados em uma análise meticulosa da investigação científica. Há um uso político do perigo e uma demonização dos etiquetados: as vítimas reais da globalização neoliberal. Nos cálculos governamentais, o neoliberalismo vê o custo público com o encarceramento dos pobres como desperdício ineficaz de recursos escassos. De outra banda, o neoconservadorismo considera positivo o uso da força contra os inimigos na missão de proteger a todos, expressando, assim o sentimento popular. Em síntese, o neoliberalismo e o neoconservadorismo constituem o ambiente ideológico em que





se tomam as decisões em matéria de política criminal, muito embora sejam correntes políticas desgarradas da realidade e dos dilemas do mundo da modernidade tardia.¹⁵³

Essas observações criminológicas não são novidade e encontraram inspiração no trabalho de Garland desenvolvido no contexto norteamericano e britânico, e se limitaram às mediações pertinentes, sem qualquer pretensão de equiparar realidades sociais distintas, porém muito semelhantes no plano da Política Criminal.

O materialismo histórico, entendido como método de estudo da sociedade, da economia e da história da política criminal recentemente implantada no Brasil para atender aos interesses da classe hegemônica e do capital, demonstra a influência da globalização neoliberal em nosso país, semelhante àquelas políticas criminais implantadas nos Estados Unidos e na Inglaterra, que são baluartes do neoliberalismo.

Enfim, um sistema social como o vigente em nosso país produz, por intermédio de suas estruturas econômicas e instituições jurídicas e políticas, as condições necessárias e suficientes para a existência do comportamento criminoso, sendo vergonhosamente *criminoso* e *criminógeno*¹⁵⁴.

Sem essa perspectiva histórico-material inerente à Criminologia Crítica jamais se chegará à democracia radical e o Sistema de Justiça Criminal continuará garantindo a permanência do capitalismo e das injustiças sociais que dele decorrem, principalmente, na sua versão neoliberal, construindo, assim, o desvio e a criminalidade por meio de técnicas arbitrárias e funcionais.

153 Considerações formuladas a partir de GARLAND, David. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Trad. Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005.

154 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*[...], p. 51.





5. CRIMINOLOGIA CRÍTICA E DIREITOS HUMANOS: ENTRE A VIOLÊNCIA ESTRUTURAL E A VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL

Para a concretização da justiça é indispensável garantir liberdades e recursos às pessoas, para a satisfação das suas *necessidades reais*. O Direito deve estar ligado à realidade concreta das pessoas, dos grupos humanos e dos povos. Na história dos Direitos Humanos há um excedente de normas. Apesar disso, os fatos demonstram que tais normas são descumpridas. Independentemente dessa realidade, é importante destacar o “valor contrafático das normas” que são válidas e às quais se pode recorrer. De qualquer modo, é preciso reconhecer o “contínuo excedente da realidade do homem”, malgrado a presença das normas jurídicas internas ou supranacionais. As *necessidades reais* compreendem, nas palavras de Baratta, “as potencialidades de existência e de qualidade de vida das pessoas, grupos e povos, que correspondem a um determinado grau de desenvolvimento da capacidade de produção material e cultural em uma formação econômico-social.”¹⁵⁵

Apesar das *necessidades reais* das pessoas e dos grupos humanos, e da sua proteção no âmbito dos Direitos Humanos, a dignidade humana é historicamente violada, demonstrando a sua permanente repressão, não raramente por intermédio do Sistema de Justiça Criminal.

Apoiando-se em Galtung, Marx e Engels, Baratta irá tratar dessa contradição entre a repressão das *necessidades reais* das pessoas e grupos humanos e as normas de Direitos Humanos. Segundo ele, as *condições potenciais* de vida (possibilidades concretas de satisfação das *necessidades reais* das pessoas e grupos humanos a partir do desenvolvimento da capacidade social de produção) acabam impedidas de se realizar em face das *condições atuais* que as reprimem. A *maneira*

155 BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*[...], p. 334-337.





humana de satisfação das necessidades é obstaculizada pela imposição de uma *maneira não humana* de ser, ou seja, aquela onde a satisfação das necessidades de alguns se produz em detrimento da satisfação das necessidades de outros. É clara a crítica ao modo de produção capitalista. Afinal, referidos marcos teóricos acabam coincidindo no seguinte ponto: a discrepância entre as *condições potenciais* e as *condições atuais* de vida está relacionada à contradição existente entre o grau de desenvolvimento alcançado pelas forças produtivas e as relações de propriedade e de poder dominantes nas sociedades, ou seja, “as relações injustas de propriedade e de poder impedem a ‘maneira humana’ de satisfazer as necessidades.”¹⁵⁶

A injustiça social, que traz como consequência essa discrepância entre as *condições potenciais* de satisfação das *necessidades reais* e as *condições atuais* de vida, é, precisamente, sinônima de *violência estrutural*. A *violência estrutural* é a repressão das *necessidades reais* e dos Direitos Humanos, em seu conteúdo histórico-social, principalmente em relação a dois grupos fundamentais: a) *primeiro grupo*: direito à vida, à integridade física, à liberdade individual, à liberdade de opinião, de expressão, de religião, e direitos políticos; b) *segundo grupo*: direitos econômicos e sociais (trabalho, educação, moradia etc.). Apesar disso, a *violência estrutural* (no nível nacional e internacional) e as ações (in)voluntárias do sistema capitalista não são inseridas no conceito de crime, de modo que as condutas incriminadas representam apenas uma singela parte de toda a violência que existe nas sociedades contemporâneas, principalmente, naquelas que aderiram ao capitalismo neoliberal, a exemplo do Brasil. Essa atuação “microscópica” dos Sistemas de Justiça Criminal demonstra a flagrante *seletividade* na escolha das condutas (*criminalização primária*) e dos indivíduos (*criminalização secundária*) a serem

156 BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*[...], p. 337-338.





afetados pelos aparelhos repressivos do Estado, fazendo da *imunidade* a regra do seu funcionamento.¹⁵⁷

Nas palavras de Alessandro Baratta:

“A sociologia jurídico-penal e a experiência cotidiana demonstram que o sistema punitivo dirige sua ação, principalmente, contra as infrações da parte mais débil e marginal da população; que grupos na sociedade estão em capacidade de impor ao sistema a quase completa impunidade de suas próprias ações criminais; a impunidade dos crimes mais graves é cada vez mais elevada, na medida em que crescem a violência estrutural e a prepotência de minorias privilegiadas, que pretendem satisfazer suas próprias necessidades em detrimento das necessidades dos outros e reprimir com violência física as demandas de progresso e de justiça, assim como as pessoas, os grupos sociais e os movimentos, que são seus intérpretes.”¹⁵⁸

Nesse contexto, o Sistema de Justiça Criminal se torna a expressão de outra forma de violência: a *violência institucional*. A pena criminal é instrumento de reprodução da *violência estrutural*, sendo, portanto, uma forma de violência perpetrada pelas instituições do Estado. A pena criminal reprime as *necessidades reais* e suspende os Direitos Humanos daquelas pessoas consideradas responsáveis criminalmente, apesar de todas as justificativas apresentadas pelo discurso jurídico oficial inerente as teorias da pena (retribuição e prevenção). Entretanto, as funções da pena criminal declaradas pelo discurso jurídico oficial não são atingidas e, no caso das penas privativas de liberdade, a reincidência é uma constante, fazendo das pessoas pertencentes aos grupos mais frágeis da população “clientes fixos” do Sistema de Justiça Criminal. O cárcere é, na maior parte dos lugares, uma “zona franca de

157 BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*[...], p. 338-341.

158 BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*[...], p. 341.





arbitrio”, cuja arbitrariedade aumenta na medida em que aumenta a *violência estrutural* na sociedade externa, onde há a suspensão das regras democráticas. Por isso, o cárcere é um “lugar privilegiado de violação dos Direitos Humanos.”¹⁵⁹

O estereótipo do criminoso vinculado aos sujeitos das camadas mais baixas da estrutura social capitalista é otimizado pelo cárcere e faz dessas pessoas, por meio de uma construção ideológica e midiática, uma ameaça para a sociedade, enquanto que os conflitos sociais decorrentes da *violência estrutural* e da *violência institucional* fogem da atenção do público. Assim, ao invés do Sistema de Justiça Criminal ser um protetor dos Direitos Humanos é, acima de tudo, um violador deles, sendo graves as ilegalidades cometidas por setores dos aparelhos repressivos do Estado nos momentos de prisão, acusação e execução penal.¹⁶⁰

A proteção dos Direitos Humanos depende de uma completa revisão das práticas do Sistema de Justiça Criminal que, além de impor a *violência institucional*, sustenta a *violência estrutural* típica das sociedades capitalistas neoliberais. O Direito Penal Mínimo passa a ser indispensável, porque “é um programa de contenção da violência punitiva através do direito, baseado na mais rigorosa afirmação das garantias jurídicas próprias do estado de direito, no sistema de justiça penal e dos direitos humanos de todas as pessoas, e em particular dos sindicatos e condenados frente a dito sistema”. Enfim, é necessária uma ampla e rigorosa política de descriminalização.¹⁶¹

Uma proposta alternativa de *controle social* e defesa dos Direitos Humanos deverá ter características opostas às do Sistema de Justiça Criminal, a fim de evitar a injustiça e a ineficácia que caracterizam as intervenções deste sistema. A fenomenologia da violência deve servir de plataforma para a adoção

159 BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*[...], p. 343-345.

160 BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*[...], p. 346-347.

161 BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*[...], p. 348.





de uma estratégia global no desenvolvimento do *controle social* e defesa dos Direitos Humanos, ou seja, um controle que compreenda a questão criminal macroscopicamente, enxergando a *violência estrutural* e a *violência institucional*, deixando de ter uma visão microscópica capaz de ver apenas as formas de violência individual, largamente exploradas pela mídia e pelos discursos de “lei e ordem”, típicos da política populista. “Tal controle deve basear-se nos princípios da igualdade e da legalidade, é dizer, deve evitar estrategicamente a criminalização dos mais débeis e a impunidade dos mais fortes e funcionar segundo regras gerais como garantia das pessoas que podem virar objeto dele para evitar arbitrariedades e a formação de posições de poder conectadas com uma excessiva discricionariedade da intervenção. Deve ser um controle eficaz, dirigindo-se às causas e não só às manifestações dos conflitos e da violência; deve ter por objeto as situações e não só os comportamentos dos atores implicados nele; sem negar formas de compensação e de restituição frente às vítimas, quando sejam possíveis e necessárias, o controle social alternativa da violência deve ser, sobretudo, um controle social ativo ou contextual à agressão. Isso corresponde a um *princípio geral de prevenção*.”¹⁶²

O positivismo criminológico e o dogmatismo penal contribuem para a construção dos conflitos a partir de um olhar despolitizado, invocando uma suposta cientificidade dos seus métodos no momento de analisar o comportamento individual e de propor as respostas a ele. Mas, essa máscara científica é retirada pelo trabalho da Criminologia Crítica, que é a crítica da criminologia por excelência. A criminologia, a penologia e a política criminal estão, na maior parte do mundo, atreladas a discursos inadequados para o desenvolvimento de uma política de controle eficaz dos conflitos e da violência, porque não observam a sua dimensão política desde a

162 BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*[...], p. 351-352.





realidade dos conflitos sociais. “Problemas criminológicos de grandes dimensões como a corrupção, a criminalidade organizada, a criminalidade econômica, os grandes desvios de verbas públicas, a atividade de grupos paramilitares e o terrorismo são acima de tudo problemas políticos que não podem ser enfrentados confiando-os a técnicos ou, pelo menos, não podem ser confiados somente a eles. Se trata de problemas que têm relação com a atividade dos órgãos de representação política e com todos os cidadãos, partidos políticos, sindicatos, movimentos sociais, em função de participação política; problemas que fazem parte do objeto de luta das classes subalternas para se libertarem da opressão das classes dominantes, da luta pela justiça social e pela democracia.”¹⁶³

A superação da violência depende, portanto, da afirmação dos Direitos Humanos em bases democráticas e por meio de uma ação intelectual, civil e política, avessa ao *relativismo* e *dogmatismo*. A superação do *relativismo* depende da observância do *princípio da universalização dos interesses*, que consiste no reconhecimento de interesses potencialmente gerais vinculados ao avanço das relações sociais que permitem uma forma humana de satisfação das *necessidades reais*. Em relação ao *dogmatismo*, é necessário se separar da ideia de que os interesses gerais são expressados numa determinada fase da vida de uma sociedade, por um determinado grupo social ou por um determinado sujeito histórico. A libertação deve dar espaço a uma pluralidade de sujeitos, com convergências parciais de interesses e de projetos entre grupos imbricados em frentes políticas diversas, convergências essas baseadas na necessidade de paz e ordem civilizada, que é compartilhada pela maioria dos membros de uma sociedade. Ainda que se trate de portadores de interesses diversos é possível a união de todos em prol do interesse geral na frente da paz e do respeito pela vida, colocando fim à violação dos mais elementares Direitos Humanos

163 BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*[...], p. 352-353.





e impondo respeito às regras democráticas, tornando humana e civilizada toda forma de conflito. Conforme sentença Barata, “a luta pelos direitos humanos coincide com a luta pelo interesse geral de uma nação.”¹⁶⁴

Em síntese, a teoria científica do Direito Penal deve definir claramente os recursos capazes de enfrentar as políticas criminais do neoliberalismo, com a finalidade de ver respeitados os direitos fundamentais inerentes ao Estado Democrático e Social de Direito, propondo às agências jurídicas formas de contenção e redução do poder punitivo e do poder não jurídico. Nesse horizonte teórico, o *conflito de deveres* é uma ferramenta técnica e científica capaz de concretizar a edificação de um Direito Penal condizente com os fundamentos e objetivos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil e com os Direitos Humanos reconhecidos nos mais diversos tratados internacionais.

164 BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*[...], p. 354-356.





SEGUNDA PARTE

CULPABILIDADE E CONFLITO DE DEVERES







CAPÍTULO 3

CULPABILIDADE

E UM NOVO FUNDAMENTO MATERIAL

A *culpabilidade* é o problema mais complicado da filosofia do Direito Penal.¹ Nela, a complexidade humana é objeto de grandes enfrentamentos, sendo considerada por alguns o extrato mais apaixonante da *teoria do fato punível*.²

Sob o enfoque *analítico*,³ as categorias mais amplas que compõem o *fato punível* são: a) *tipo de injusto*; b) *culpabilidade*. Em relação ao *tipo de injusto (objeto de valoração)*, a conduta é investigada em sua conformidade com as normas de conduta da ordem jurídica (*antijuridicidade*). Por outro lado, dentro do conceito *normativo de culpabilidade (juízo de valoração)*, procura-se verificar se o fato antijurídico (*tipo de injusto*) deve ser censurado pessoalmente ao autor e, assim, justificar a aplicação de uma pena criminal, pois, esta pressupõe também culpabilidade (*nulla poena sine culpa*).

1 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*[...], p. 489.

2 Ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal: parte general*. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1998. p. 511.

3 Conforme Juarez Cirino dos Santos, as definições de *fato punível* podem ser: a) *reais*: explicam a *gênese* da criminalidade; b) *materiais*: mostram o fato punível como *ofensa ao bem jurídico* protegido no tipo legal; c) *formais*: mostram o fato punível como *violação da norma legal*; d) *operacionais*: mostram o fato punível como *conceito analítico* estruturado pelos componentes do *tipo de injusto* e da *culpabilidade*. Esse estudo analítico do fato punível é fundamental para manter a racionalidade da jurisprudência criminal, trazendo maior segurança jurídica para as pessoas no Estado Democrático de Direito. In CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*[...], p. 71-72.





A presente pesquisa está vinculada à hipótese de *exculpação* denominada *conflito de deveres* (*die pflichtenkollision*), no contexto de *condições sociais adversas* – inerentes ao desastre das políticas econômicas neoliberais – que, permanentemente, tornam anormal a vida humana das massas marginalizadas do mercado de trabalho⁴, afastando, assim, o *juízo de exigibilidade* inerente ao conceito *normativo* de culpabilidade. O desenvolvimento dessa exculpante depende da adoção do *método materialista dialético* e da *fenomenologia do poder* como caminhos para apurar a *construção social do desvio e da criminalidade* e as suas implicações na *teoria do fato punível* e no Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito, afastando-se, da visão tecnocrática e ideológica que oculta a *violência estrutural e institucional* inerentes ao capitalismo e ao Sistema de Justiça Criminal, desvelando, assim, a *conflituosidade social* existente em nosso país e os seus reflexos no cotidiano penal.

1. CONCEITO DE CULPABILIDADE

A *culpabilidade* apresentou variações ao longo da evolução dogmática da moderna *teoria do fato punível*. Desde Liszt, a doutrina absolutamente dominante acolheu o termo *culpabilidade* para exigir a possibilidade de imputação do *injusto* ao seu autor. No modelo *clássico* de fato punível, vinculado ao naturalismo positivista do fim do século XIX e idealizado por Liszt, Beling e Radbruch, entre outros, ela era limitada a um *conceito psicológico*, sob a forma de dolo e imprudência (*relação psicológica* entre a conduta e o resultado). Posteriormente, em face da metodologia neokantiana, surge o modelo *neoclássico* de fato punível, com o trabalho teórico de Frank⁵,

4 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*[...], p. 333.

5 FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Trad. Gustavo E. Aboso y Tea Löw. Montevideo: B de F, 2000.





Freudenthal,⁶ Goldschmidt,⁷ Mezger,⁸ entre outros, e a culpabilidade incorpora uma carga *normativa*, podendo ser atribuída apenas quando – ao lado da *relação psíquica* entre o autor da conduta e o resultado – há *reprovabilidade* no comportamento proibido (*conceito psicológico-normativo*). Por último, no modelo *final* de fato punível, desenvolvido por Welzel, na primeira metade do século XX, o significado psicológico da *culpabilidade* (dolo e imprudência) migra para a categoria conceitual da *tipicidade*, ou seja, para o *tipo de injusto*, passando ela a ter significado exclusivamente *normativo*,⁹ estabelecendo-se o *conceito normativo* de culpabilidade.¹⁰

Recentemente, alguns autores propõem a substituição do termo culpabilidade por *imputação pessoal*, porque entendem que esta expressão deixa mais claro que na segunda parte da teoria do delito se trata apenas de atribuir (*imputar*) o desvalor do fato penalmente antijurídico a seu autor, não se castigando uma *culpabilidade* do sujeito, mas, apenas o fato penalmente antijurídico – o único que o Direito deseja prevenir – quando seja imputável penalmente ao seu autor.¹¹

1.1. CONCEITO PSICOLÓGICO E POSITIVISMO

O ambiente positivista do fim do século XIX refletiu a construção da teoria do fato punível dividindo-o em duas

- 6 FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal*. Trad. José Luis G. Dalbora. Montevideo: B de F, 2003.
- 7 GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Trad. Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez. Montevideo: B de F, 2002.
- 8 MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. José A. Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949.
- 9 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*[...], p. 76-78.
- 10 Segundo Zaffaroni, Hellmuth Von Weber e Alexander Graf zu Donna também trabalharam para expurgar os componentes psicológicos da culpabilidade. In ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*[...], p. 515.
- 11 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: parte general*. 7. ed. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 522.





partes que se manifestavam separadas conforme a percepção dos sentidos: *parte externa* e *parte interna*. Além disso, seu elemento definidor fundamental era a ideia de *causalidade*. A *parte externa* do fato se identificava com o objeto da antijuridicidade, enquanto que a *parte interna* se atribuía à culpabilidade. A culpabilidade se apresentava como o conjunto de elementos subjetivos do fato, ou seja, o dolo e a imprudência. Por outra parte, assim como o *injusto* se definia a partir do conceito de *causalidade*, como causação de um estado lesivo, a culpabilidade se concebia como uma relação de *causalidade psíquica*, como o nexo que explicava o resultado como produto da mente do sujeito. O fato punível aparece, pois, como o resultado de uma *dupla vinculação causal*: a relação de *causalidade material*, que dá lugar à antijuridicidade, e a conexão de *causalidade psíquica*, que consiste na culpabilidade.¹² Portanto, a primeira formulação técnica da culpabilidade identificava no aspecto subjetivo da conduta delituosa (dolo ou imprudência) a força moral ou o elemento subjetivo do crime. Culpabilidade era o nexo psicológico existente entre o autor da conduta e o evento. Trata-se da teoria psicológica da culpabilidade, cujo conceito via nela um elemento puramente naturalístico, desprovido de qualquer valor e se esgotando no dolo ou na imprudência.¹³ Nessa perspectiva, dolo e imprudência são as classes ou espécies de culpabilidade.

Arduamente defendido pelo positivismo sociológico de Liszt, o *conceito psicológico* tratava a culpabilidade como simples *relação psíquica* existente entre o autor da conduta e o resultado, desprovida de qualquer normatividade ou valoração, sendo pura descrição de uma relação que não abre espaço para a questão da autodeterminação do sujeito, ou seja, avessa à concepção antropológica de que o homem é

12 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*[...], p. 523.

13 FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal: a nova parte geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 201.





um ente capaz de autodeterminação, de modo que estava constituído numa base determinista.¹⁴ A essência da culpabilidade estava na relação mental-subjetiva do autor para com o fato (relação de fato psíquica), vendo o dolo e a imprudência como formas de culpabilidade.

Beling propôs a construção de um conceito analítico de fato punível estruturado como sendo uma conduta, típica, antijurídica e culpável, sedimentando a *culpabilidade* numa base empírico-causal, expressada pela imputabilidade, pelo dolo e pela imprudência. Segundo ele, “a culpabilidade é a relação psíquica do autor para com o fato, como ação típica e antijurídica”, ficando o julgador impossibilitado de criar uma *culpabilidade*.¹⁵

Radbruch fracassou ao tentar desenvolver uma culpabilidade puramente psicológica e Kohlrausch afirmava que a imprudência não é em absoluto uma forma de culpabilidade, uma vez que falta nela a relação psíquica do autor com o resultado. Entretanto, ambas conclusões estão erradas.¹⁶

Em suma, trata-se de um conceito próprio do modelo *causal* de fato punível, dominante até a primeira metade do século XX, indicando o conceito de fato punível sob as bases do *injusto* (dimensão objetiva) e da *culpabilidade* (dimensão subjetiva). Desse modo, a culpabilidade seria formada por dois elementos: a) a *capacidade de culpabilidade (imputabilidade)*, como capacidade geral ou abstrata de compreender o valor do fato e de querer conforme a compreensão do valor do fato, ficando excluída ou reduzida em situações de imperfeição (imaturidade) ou de defecção (doença mental) do aparelho psíquico; b) a *relação psicológica* do autor com o fato, existente como consciência e vontade de realizar o fato (*dolo*) ou como

14 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*[...], p. 513.

15 BELING, Ernst. *Die Lehre vom Verbrechen*. Tübingen, 1906, p. 180. *apud* TAVARES, Juarez. *Culpabilidade e individualização da pena...*, p. 125.

16 WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Carlos F. Balestra, Buenos Aires: Depalma. 1956, p. 151.





causação de um resultado típico por *imprudência*, *imperícia* ou *negligência*.¹⁷ Esse conceito apresentava sérios problemas metodológicos e desatendia a elementos essenciais da culpabilidade, uma vez que não conseguia explicar: a) a *imprudência inconsciente* (onde não há relação psicológica entre o autor do fato e a lesão); b) o desaparecimento da culpabilidade em situações de *estado de necessidade exculpante*; c) a (im)possibilidade de punir como criminosa a conduta dos doentes mentais (onde há relação psicológica).¹⁸ Assim, as críticas efetuadas conduziram à substituição da concepção psicológica da culpabilidade por sua concepção normativa, graças a Frank, Goldschmidt, Freudenthal e Mezger.

1.2. CONCEITO PSICOLÓGICO-NORMATIVO:

NEOKANTISMO E VIRAGEM NORMATIVISTA

Diante da insuficiência teórica do *conceito psicológico* de culpabilidade para explicar os fenômenos da realidade humana, Frank, no ano de 1907, estudaria a estrutura do conceito de culpabilidade e perceberia a presença daquilo que denominou *circunstâncias concomitantes*,¹⁹ ou seja, circunstâncias capazes de influenciar a tomada de decisões pelos tribunais no momento de resolverem um caso penal, concluindo

17 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*[...], p. 274-275.

18 A propósito: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*[...], p. 512-513; WESSELS, Johannes. *Direito Penal: aspectos fundamentais*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 86; FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal*[...], p. 201.

19 Conforme esclarece Goldschmidt, em um segundo momento (1911), ao tratar da culpabilidade, Frank passou a falar de “circunstâncias normais concomitantes” e “motivação normal”. Em 1914, a expressão “motivação normal” foi abandonada por ele, que começa, nos anos de 1924 a 1926, sob a influência de Hegler, a considerar a “liberdade” ou o “domínio sobre o fato” um elemento positivo da culpabilidade. Por fim, em 1929, Frank falaria expressamente da culpabilidade como “reprovabilidade de uma conduta antijurídica segundo a liberdade, fim e significado conhecido ou cognoscível”. In GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad...*, p. 84-86.





que elas poderiam atenuar a culpabilidade e até mesmo excluí-la.²⁰ Frank foi o primeiro autor a caracterizar a culpabilidade como *reprovabilidade*, ou seja, iniciou a moderna doutrina normativa da culpabilidade,²¹ conhecida como “viragem normativista.”²² Era ele um crítico das ideias de Liszt ao afirmar que o conceito de culpabilidade não poderia ser meramente formal, ou seja, referir-se apenas à responsabilidade. Em seu trabalho, a culpabilidade passaria a ter como elementos constitutivos a *imputabilidade* (atitude espiritual normal do autor), o *dolo* ou a *imprudência* (concreta *relação psíquica* do autor com o fato em questão ou a possibilidade desta) e as *circunstâncias concomitantes* (normalidade das circunstâncias sob as quais o autor atua), concluindo que, apesar de não ser uma palavra linda, foi por ele considerada a melhor: “culpabilidade é reprovabilidade” (*vorwerfbarkeit*).²³

Apesar dessa mudança paradigmática, as chamadas *circunstâncias concomitantes* careciam de melhor definição conceitual e, por isso, eram imprestáveis para referenciar modulações subjetiváveis na teoria do fato punível, ou seja, não eram uma base referencial para reprovação. Ainda, elas ocultavam um senso comum moral, não favorecendo a compreensão das relações entre liberdade e necessidade.²⁴

Seguindo o significado normativo a respeito do conceito de culpabilidade inaugurado por Frank, mas ainda sem se desprender do seu significado psicológico, dizia Freudenthal, em 1922, que a opinião pública considera insuportável a condenação de um inocente e que em nenhum outro ponto ela era

20 FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad...*, p. 29-30.

21 GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad...*, p. 88.

22 BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In _; NASCIMENTO, André (Orgs.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 161.

23 FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad...*, p. 37-41.

24 BATISTA, Nilo. *Cem anos de reprovação[...]*, p. 163-165.





tão suscetível como na culpabilidade, criticando a conversão do Direito Penal alemão em uma ciência oculta, onde preponderava apenas a opinião dos penalistas, sem qualquer tipo de consideração às concepções dos profanos.²⁵ Se Frank colocou o conceito normativo de culpabilidade no campo científico, Freudenthal foi quem deu ao princípio da culpabilidade o suporte material que precisava.²⁶ Em síntese, sua crítica era direcionada ao tecnicismo positivista que imperava na teoria do fato punível na época, refratário às realidades dos seres humanos. Segundo ele, o mérito perdurável do trabalho de Frank radica em ter chamado a atenção sobre a importância das *circunstâncias concomitantes* do fato. Essas *circunstâncias concomitantes* são aptas para atenuar e ainda excluir a culpabilidade. Afinal, a conduta culpável, isto é, reprovável, pressupõe a disposição normal das circunstâncias sob as quais o autor obrou (*culpabilidade adequada*).²⁷ Em determinada passagem do seu trabalho, expressou: “as circunstâncias concomitantes podem ser mais que meros fatores na individualização da pena. Podem ser decisivas para a questão de se o autor obrou de modo culpável ou não, e se deve ser condenado ou absolvido.”²⁸ Dessa forma, sem o *poder do autor*, falta a sua culpabilidade. A reprovação da culpabilidade repousa, precisamente, em que as representações e os juízos (do autor) tenham sido suficientes para produzir “freios anímicos” eficazes contra a execução do fato. Em sua concepção, o Direito reclama daqueles a quem subordina o ajustamento de suas decisões às regras valorativas estabelecidas por ele, enquanto isto lhes é possível: mas se esta possibilidade está ausente, também estará a reprovabilidade

25 FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal*[...], p. 63.

26 GUZMÁN DALBORA, José Luis. En el centenario de la concepción normativa de la culpabilidad. In BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Orgs.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 107.

27 FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal*[...], p. 66.

28 FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal*[...], p. 69.





jurídica e, conseqüentemente, a culpabilidade.²⁹ Apoiado em Reinhard Von Hippel, afirmava que o dever de evitar pressupõe poder evitar, de modo que não podem ser ignoradas as circunstâncias sob as quais obrou o autor.³⁰

Assim, existe um momento ético que encerra a reprovação da conduta. Neste ponto as *circunstâncias concomitantes* do fato fazem justiça. Se elas existirem em concreto, de sorte que, a não execução do fato punível exige uma medida de resistência que a ninguém se pode exigir normalmente, então estarão ausentes, junto ao poder, a reprovação, e com a reprovação, a culpabilidade. Concluindo: não se pode formular uma reprovação contra a conduta daquele que agiu em uma situação de necessidade.³¹ Para Frank, essa situação de necessidade se apresentará quando estiverem reunidos dois elementos: a) quando não exista *outra via* além da ação punível para sair do perigo, o que deve ser iminente, podendo se referir a qualquer bem, seja do autor ou de um terceiro; b) quando, segundo as *circunstâncias concomitantes*, não possa se exigir do autor que renuncie a esse bem. É, portanto, uma situação de *inexigibilidade de conduta conforme o direito*,³² porque há um perigo iminente e não evitável de outro modo.

Discorrendo sobre o conceito de estado de necessidade e demonstrando sensibilidade para os condicionamentos sociais, econômicos ou de outra natureza, Freudenthal afirma que o perigo para a subsistência econômica ou social, a coerção iminente e as mais urgentes considerações de ter que violentar a natureza humana em geral, não pesam menos no interesse do autor que o risco à saúde ou à vida. Assim, *não deve ser punido quem atua em obediência a um impulso de autoconservação*.³³

29 FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal*[...], p. 71.

30 FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal*[...], p. 77.

31 FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal*[...], p. 71-73.

32 FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal*[...], p. 95.

33 FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal*[...], p. 95-97.





A sua teoria não é mais que a realização do princípio *impossibilium nulla est obligatio*, no âmbito da doutrina jurídico-penal, e que o Direito é o *mínimo ético*, não sendo possível infligir graves ingerências de índole criminal contra aquele que, segundo as circunstâncias do fato, não podemos formular eticamente reprovação alguma por sua execução, devendo-se questionar se, em concreto, existe inevitabilidade do fato ou exigibilidade de sua não realização.³⁴

Esse componente normativo produziu, ao lado da relação psíquica do autor da conduta com o resultado, o *conceito psicológico-normativo*, definido como *imputabilidade/capacidade de culpabilidade, relação psicológica concreta do autor com o fato (dolo ou imprudência) e exigibilidade de comportamento diverso, fundada na normalidade das circunstâncias do fato*³⁵.

No Brasil, penalistas de destaque, como Costa e Silva e Galdino Siqueira, foram refratários ao normativismo frankiano. Somente com a tradução da obra de Mezger, feita por Rodríguez Muñoz para o espanhol,³⁶ é que o *conceito psicológico-normativo* de culpabilidade começou a ser difundido em nosso país. Nelson Hungria, preocupado com o avanço do Estado totalitário jamais aceitou a culpabilidade como um juízo de reprovação da personalidade do agente. Porém, a partir do trabalho de Aníbal Bruno, a concepção psicológico-normativa de culpabilidade se tornaria predominante no pensamento penalístico brasileiro e passaria a ser considerada um *juízo de reprovação*, mesmo entre autores pós-finalistas.³⁷

34 FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal*[...], p. 98-100.

35 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*[...], p. 275-276.

36 MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. José A. Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949.

37 BATISTA, Nilo. *Cem anos de reprovação*[...], p. 166-169.





1.3. CONCEITO NORMATIVO E FINALISMO

Foi Graf zu Dohna quem deu o passo decisivo para a separação entre *valorização* (reprovabilidade) e *objeto de valorização* (dolo), limitando o conceito de culpabilidade à valorização do injusto/antijuridicidade.³⁸ Dito de outro modo: “o objeto da reprovabilidade é a vontade de ação dolosa ou não diligente.”³⁹ Seguindo Graf zu Dohna, Welzel, na segunda metade do século XX, desenvolve o modelo *final* de fato punível, fundado a partir da teoria finalista da ação, revolucionando a *teoria do tipo* e a *teoria da culpabilidade*, deslocando a relação psicológica do agente com o resultado (dolo ou imprudência) para a tipicidade, ou seja, para o *tipo de injusto*, deixando a *culpabilidade* desprovida de qualquer significado psicológico, passando a ser puramente normativa, ou seja, um *juízo de reprovação* e de *exculpação*. Na denominada *teoria normativa pura da culpabilidade*, esta fica definida como reprovação de um sujeito imputável (*pode saber e controlar o que faz*) que realiza, com consciência da antijuridicidade (*o sujeito conhece a ilicitude do que faz*) e em condições de normalidade de circunstâncias (*o sujeito tem o poder de não fazer o que faz*).⁴⁰ Surge, assim, um embate de concepções e metodologias entre *juízos de constatação* e *juízos de valor*.

Nesta via, ações proibidas não podem ser imputadas a ninguém quando não há a possibilidade de prever o resultado de sua conduta, nem quando não lhe tiver sido possível conhecer a ilicitude dessa conduta e adequá-la ao direito nas circunstâncias concretas, sendo irracional apenas alguém por um resultado desejado ou previsto, quando o agente não pode conhecer a proibição ou não pode evitar a conduta.⁴¹

38 WELZEL, Hans. *Derecho Penal*[...], p. 151.

39 WELZEL, Hans. *Derecho Penal*[...], p. 168.

40 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*[...], p. 277.

41 ZAFFARONI, Eugênio Raúl, et al. *Direito Penal Brasileiro*[...], p. 245-246.





Welzel afirmava que “culpabilidade é a reprovabilidade da formação da vontade” e que “somente aquilo que o homem faz com vontade pode ser reprovado como culpabilidade”. Ele entendia por reprovabilidade a qualidade da ação antijurídica que possibilita fazer uma reprovação pessoal ao autor, porque não se omitiu. Dessa forma, os seus dons e predisposições podem ser mais ou menos valiosos, porém, só aquilo que ele fez com eles ou como os empregou, em comparação com aquilo que poderia ter feito ou como os poderia ter empregado, é que será computado como “mérito” ou “reprovado” como culpabilidade.⁴²

O tipo de injusto é constituído por *desvalor de conduta* e *desvalor de resultado*. Já a *culpabilidade* é constituída por *desvalor de ânimo*,⁴³ que deixará de existir quando defeitos psíquico-mentais ou pressionamentos anormais de motivação tornem impossível atender aos mandamentos jurídicos. Trata-se de um “poder concreto-individual” que pressupõe a inevitabilidade subjetiva da lesão ao dever jurídico.⁴⁴ Existirá reprovação quando for exigível um agir diverso, ou seja, um agir em conformidade com as normas jurídicas, nas circunstâncias concretas.

Atualmente, questiona-se a possibilidade de comprovação da *liberdade de vontade* na ação desviante. Cury Urzúa entende ser impossível a concretização do *juízo de reprovabilidade*, pois, para satisfação de uma exigência como essa, é preciso analisar uma diversidade infinita de fatores, de modo que esse juízo sempre seria inseguro, conduzindo a decisões incertas e contraditórias em relação a situações semelhantes. A decisão judicial deveria verificar se realmente o autor

42 WELZEL, Hans. *Derecho Penal*[...], p. 152-153.

43 Conforme citado por Goldschmidt, Merkel e Sauer definem a culpabilidade como um “juízo de desvalor” pronunciado sobre o estado anímico. In GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad...*, p. 88.

44 WESSELS, Johannes. *Direito Penal*[...], p. 83-84.





poderia agir em conformidade com o direito, algo indemonstrável na sua visão.⁴⁵

Apesar da opinião comum entorno da não demonstrabilidade da *liberdade de vontade*, a culpabilidade não perde a possibilidade de ter um *fundamento material* capaz de excluir ou limitar a pena.

Em termos estruturais, pode-se sintetizar a questão afirmando que a culpabilidade, dentro do modelo *final* de fato punível, é constituída por a) *imputabilidade/capacidade de culpabilidade*, b) *conhecimento da antijuridicidade* e c) *exigibilidade de conduta conforme o direito*. Enfim, para o finalismo a culpabilidade se limita a reunir aquelas circunstâncias que condicionam a reprovabilidade do fato antijurídico. Todo o objeto de reprovação se encontra no injusto; na culpabilidade ficam apenas as condições que permitem atribuí-la ao seu autor.⁴⁶

1.4. CONCEITO DIALÉTICO E CONTEXTO SÓCIO-HISTÓRICO

O conceito *normativo* de culpabilidade, embora represente um avanço jurídico, é fruto de uma concepção ideológica individualista cujo fundamento material (a reprovabilidade) é indemonstrável, além de insuficiente para compreender o *conflito de deveres* no contexto de *condições sociais adversas* (marginalidade e pobreza extremas). Isso não implica abandono dessa categoria que compõe o conceito analítico de fato punível. Persiste a possibilidade de entender essa exigência de agir de outro modo conforme uma análise fenomenológica.

Na realidade, não há culpabilidade em si, mas sim uma culpabilidade com referência aos demais membros da sociedade. A culpabilidade é uma *construção social*, um rótulo. Não

45 CURY URZÚA, Enrique. *De la normativización de la culpabilidad a la normativización de la teoría del delito*. In BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Orgs.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 70-71.

46 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal...*, p. 526-527.





é uma qualidade da ação, é uma característica atribuída para poder imputá-la ao seu autor e, assim, responsabilizá-lo. É a sociedade, por intermédio do Estado erguido a partir da correlação de forças sociais, que define os limites do (in)culpável ou da liberdade e não-liberdade.

O conceito de culpabilidade tem, portanto, um *fundamento social*, não sendo uma categoria abstrata, contrária às finalidades preventivas do Direito Penal, mas a culminação de um processo destinado a explicar as razões do uso e da medida da pena em um determinado momento para a defesa dos interesses do poder hegemônico de uma sociedade em um determinado momento histórico.⁴⁷

Em um Estado Social e Democrático de Direito é necessário demonstrar as razões do uso da pena criminal contra determinadas pessoas. Afinal, o seu uso sempre é retoricamente justificado para proteger de modo eficaz e racional a sociedade, embora não se trate de um lugar justo, fraterno e solidário. A configuração jurídica de uma sociedade instituída a partir de um Estado Social e Democrático de Direito está atrelada à justiça social. Se esse pressuposto não ocorre no seio da sociedade, não se pode falar de culpabilidade e exigência de cumprimento dos mandados normativos.⁴⁸ Dessa forma, o *juízo de valor* inerente à perspectiva normativa de culpabilidade depende da aferição das condições sociais materialmente instituídas em um determinado contexto social.

1.5. CONCEITO DE CULPABILIDADE E A LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Em face do *princípio da culpabilidade (nulla poena sine culpa)*, nenhum ente estatal está autorizado a descarregar a sua

47 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre: Safe, 1988. p. 128.

48 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*[...], p. 129.



violência punitiva sobre uma pessoa que não atuou com um determinado grau de *liberdade* que lhe tenha permitido optar pela ação ilícita.⁴⁹ O *princípio da culpabilidade*, ao lado do *princípio da legalidade*, é o mais importante do moderno Estado de Direito e a sua violação implica desconhecimento da essência do conceito de pessoa.⁵⁰ Trata-se de princípio indispensável à proteção individual, porque impede a punição de pessoas que não tiveram uma conduta reprovável. A culpabilidade será afastada quando o agente: a) for absolutamente incapaz de entender a norma ou de se determinar conforme esse entendimento (*inimputabilidade*); b) desconhecer de modo inevitável a proibição do fato (*erro de proibição*); c) não puder agir em conformidade com o direito (*inexigibilidade de conduta conforme o direito*).⁵¹ Tal princípio jurídico-penal se desenvolve em dois níveis teóricos: a) no nível da *teoria do tipo*; b) no nível da *teoria da culpabilidade*. No nível da *teoria do tipo*, a exigência de *responsabilidade penal subjetiva* determina que a punição de alguém só ocorra quando tenha agido ao menos com imprudência.⁵²

Assim, segundo a legislação brasileira, jamais haverá *responsabilidade penal objetiva*, inerente a resquícios medievais como o *versari in re illicita*. Isso demonstra que o Direito Penal no Brasil não pode ser tratado de modo determinista ou mecanicista, uma vez que a lei trata a culpabilidade desde o ponto de vista ou conceito *normativo*. É, portanto, uma questão vinculada, inicialmente, à *teoria do tipo*.

No nível da *teoria da culpabilidade*, o *princípio da culpabilidade* opera a condição de *reprovabilidade* ou *censurabilidade* para

49 BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Penal...*, p. 240.

50 ZAFFARONI, Eugênio Raúl, et al. *Direito Penal Brasileiro[...]*, p. 245.

51 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal[...]*, p. 24-25.

52 BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (parte geral com redação dada pela Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984). Institui o Código Penal. *Diário Oficial da União*. Brasília. 12 de julho de 1984: "Art. 19. Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente".



a existência de um delito. Nesse nível, a culpabilidade está fundada na aceitação de que o homem é um ente capaz de se autodeterminar (*fundamento antropológico*).⁵³ A negação desse pressuposto (*capacidade de decisão conforme valores e regras*) implica esvaziamento do *estado de direito* e da própria democracia, pois, esta somente existirá onde existir seres humanos capazes de decidir. Do contrário, não haveria sentido convocar eleições.⁵⁴

Em termos de *teoria da culpabilidade* deve ser esclarecido que o Código Penal brasileiro não estabelece expressamente o conceito de *culpabilidade*, apenas mencionando-a de modo muito ligeiro em algumas disposições relacionadas à autoria e participação (art. 29), à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44, III), à fixação da pena-base (primeira fase do sistema trifásico de dosimetria da pena criminal) (art. 59), à pluralidade continuada de fatos puníveis violentos contra vítimas diferentes (art. 71, parágrafo único) e à suspensão condicional da pena (*sursis*) (art. 77). Mas, a partir da redação de outras disposições que tratam do conhecimento da antijuridicidade (art. 21), da coação irresistível e obediência hierárquica à ordem não manifestamente ilegal (art. 22), e da (in)imputabilidade/(in)capacidade de culpabilidade (arts. 26 a 28), é perfeitamente verificável a positivação de um Direito Penal de culpabilidade nitidamente *normativa*.

2. FUNDAMENTO MATERIAL DA CULPABILIDADE NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Há séria divergência no que tange ao *fundamento material* ou *elemento empírico* que sustenta o *juízo de responsabilidade* inerente à concepção *normativa* de culpabilidade.

53 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*[...], p. 517.

54 ZAFFARONI, Eugênio Raúl, et al. *Direito Penal Brasileiro*[...], p. 248.





Classicamente, a culpabilidade é entendida como a *reprovação* ao autor de uma conduta antijurídica que poderia ser omitida.⁵⁵ Wessels irá afirmar que “culpabilidade é *censurabilidade* da formação e da manifestação da vontade.”⁵⁶ Ocorre que a ontologia da *liberdade de vontade* ou *livre arbítrio* não encontra mais sustentação no cenário doutrinário após as importantes descobertas da psicologia e da sociologia.⁵⁷ Por outro vértice, a *lógica determinista* advinda do positivismo criminológico é igualmente indemonstrável.⁵⁸ De qualquer modo, deve ser

55 WELZEL, Hans. *Derecho Penal*[...], p. 147.

56 WESSELS, Johannes. *Direito Penal*[...], p. 82-83.

57 Ver: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*[...], p. 283; STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: parte general I – el hecho punible*. 4. ed. Trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2008. p. 274.

58 Apesar disso, a neurociência traz afirmações perturbadoras. Segundo Gerhard Roth, “o homem é livre no sentido de que pode atuar em função de sua vontade consciente e inconsciente. Apesar disso, esta vontade está completamente determinada por fatores neurobiológicos, genéticos e do entorno, assim como pelas experiências psicológicas e sociais positivas e negativas, em particular as que são produzidas em etapas iniciais da vida, que dão lugar a mudanças estruturais e fisiológicas no cérebro. Isso significa que todas as influências psicológicas e sociais devem produzir mudanças estruturais e funcionais. Do contrário, não poderiam atuar sobre nosso sistema motor. Por último, isso supõe que não existe livre arbítrio, em sentido firme, mas somente em sentido débil e compatibilista. E também significa que ninguém, nem os filósofos, nem os psicólogos, nem os neurobiólogos pode explicar como funciona o livre arbítrio em sentido forte”. ROTH, Gerhard. La relación entre razón y la emoción y su impacto sobre el concepto de libre albedrío. *El cerebro: avances recientes en neurociencia*. Madrid: Editorial Complutense, 2009. p. 114. Independentemente das conclusões formuladas pela neurociência, deve ser ressaltado que a responsabilidade é uma construção social, um rótulo, que só existe no contexto da interação humana. Conforme crítica de Michel S. Gazzaniga: “nenhum pixel de uma imagem cerebral poderá manifestar culpabilidade ou inculpabilidade. [...]. Os neurocientistas não podem falar sobre a culpabilidade do cérebro, como tampouco pode culpar o relojoeiro o relógio. Não se nega a responsabilidade: só está ausente a descrição neurocientífica da conduta humana. [...]. A neurociência nunca encontrará o correlato cerebral da responsabilidade, porque é algo que atribuímos aos humanos – as pessoas – e não aos cérebros”. GAZZANIGA, Michel S. *El cerebro ético*. Barcelona: Paidós, 2006. p. 110-111.





definido um *fundamento material* condizente com a Constituição da República Federativa do Brasil.

A moderna teoria do fato punível coloca lado a lado a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade, como elementos constitutivos do conceito analítico de fato punível. A distinção entre *tipo de injusto* e *culpabilidade* foi uma das descobertas técnico-jurídicas mais importantes do Direito Penal no século XX. Não se trata de pura lucubração teórica, tendo grandes conseqüências práticas.⁵⁹ Apesar dessa importância prática do conceito de culpabilidade, segundo Naucke, algumas pessoas adorariam excluí-la das discussões jurídico-penais, em face da incerteza das suas associações.⁶⁰

Essa incerteza é fruto do *fundamento material* tradicionalmente atribuído a ela pela maior parte da doutrina, ou seja, à *reprovabilidade*, enquanto *liberdade de vontade* (poder agir de outro modo).

A *teoria do poder agir diferente* funda a culpabilidade a partir do *poder agir de outro modo*, havendo *reprovabilidade* porque a pessoa formou antijuridicamente a sua vontade. A reprovação existe porque o agente decidiu pelo injusto, quando poderia ter decidido agir em conformidade com o direito. Ocorre que essa concepção, apesar da sua plausibilidade cotidiana, não pode ser mantida, pois, ainda que admitida a *liberdade de vontade*, no momento da conduta, essa seria insuscetível de constatação científica.⁶¹

Binder entende que a culpabilidade somente existirá quando a pessoa a ser responsabilizada tiver realizado sua ação como parte do exercício de sua *liberdade pessoal*, sem que essa liberdade seja o fundamento para a responsabilidade

59 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*[...], p. 125.

60 NAUCKE, Wolfgang. *Derecho Penal: una introducción*. 10. ed. Trad. Leonardo G. Brond. Buenos Aires: Astrea, 2006. p. 116.

61 Ver ROXIN, Claus. *Derecho Penal*[...], p. 799. No mesmo sentido: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Tiene un futuro la dogmática penal?. *Estudios de Derecho Penal*. 3. ed. Madrid: 1990, p. 61-62.





penal, pois não pode ser comprovada. Segundo ele, a liberdade absoluta não existe e não dizemos que uma pessoa é livre apenas quando não tenha agido de algum modo condicionada, mas também quando teve uma possibilidade real (e não abstrata) de suportar os eventuais condicionamentos.

Dessa forma, *a liberdade aqui tratada significa a existência de opção de superar os condicionamentos que provêm das esferas naturais, sociais, psicológicas, históricas e biográficas, não sendo um atributo abstrato, mas uma especial posição do sujeito diante do conjunto de condicionamentos, ou seja, uma verificação que deve ser feita de modo concreto e não abstratamente.*⁶²

Dentro de uma perspectiva funcionalista, porém libertária, Roxin sustenta que a *reprovabilidade* é uma condição necessária, apesar de ser insuficiente para a *responsabilidade* penal do autor da conduta. Afinal, além da *reprovabilidade* da conduta, cabe às agências criminalizadoras demonstrar a *necessidade preventiva da pena* (prevenção geral e especial) em relação aos sujeitos concretos. Portanto, conclui ele, o conceito normativo de *culpabilidade* deve ir em direção a um conceito normativo de *responsabilidade*,⁶³ formado pela *reprovabilidade* da conduta e a *necessidade preventiva* da pena. Vislumbra-se assim uma preocupação com a administração racional e ética do poder punitivo estatal.

Nilo Batista anuncia a possibilidade de renunciar ao conceito de culpabilidade, malgrado ser algo central na civilização judaico-cristã ocidental, para tentar salvar, de toda contaminação moral, o conceito moderno de *responsabilidade*. Segundo ele, não é possível operar uma culpabilidade essencialmente concebida como *reprovabilidade* sem que se suponha uma referência ética, uma censura moral ao autor pelo fato realizado. No estado de direito, o *princípio da autonomia moral da pessoa* permite ao juiz constatar a culpabilidade do acusado, e nos limites dessa

62 BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Penal*[...], p. 244.

63 ROXIN, Claus. *Derecho Penal*[...], p. 797.





constatação aplicar-lhe a pena, não tendo o direito de censurar, de repreender o condenado, sob pena de atuar com abuso de poder. A culpabilidade não pode ser concebida no sentido de reprovação, algo que representa um moralismo vulgar inadmissível no estado de direito erigido a partir da dignidade humana e cuja pedra angular reside em sua *autonomia moral*. Considerando que o Sistema de Justiça Criminal somente pode ter uma relação de respeito com a pessoa, em “cem anos de reprovação” já se produziu muito desrespeito e execração moral de acusados, devendo a culpabilidade ser considerada apenas como *responsabilidade*, nunca como *reprovabilidade*.⁶⁴ Zaffaroni argumenta que a culpabilidade é o ponto da teoria do delito mais desequilibrado, pois, a doutrina acredita ter feito grandes descobertas e acaba resolvendo antigos argumentos de modo eticamente e antropológicamente desorientado. Nas suas palavras, “a culpabilidade como reprovabilidade está em crise, tornando-se insustentável devido à deslegitimação da reprovação, dado que a seletividade e a reprodução da violência subtraem-lhe todo sentido ético. Por outro lado, não resulta possível construir a culpabilidade sem uma base ética, sob pena de se reduzi-la a um instrumento proveitoso ao poder, que deslegitimaria a intervenção judicial que a utilizasse, mas, ao mesmo tempo, a conservação desta base na forma tradicional não é mais que uma racionalização.”⁶⁵

Apesar de usar outros fundamentos para evidenciar a crise da culpabilidade, Paulo Queiroz afirma que, “culpabilidade é exigibilidade, e inculpabilidade é inexigibilidade”; assim, “entendida como possibilidade de exigir-se a realização ou a abstenção de um dado comportamento, é, na realidade, o pressuposto lógico da existência do direito mesmo e, pois, pressuposto de aplicabilidade das normas jurídico-penais, as

64 BATISTA, Nilo. *Cem anos de reprovação*[...], p. 178-180.

65 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 1998. p. 268-270.





quais se destinam à prevenção – geral e especial – de condutas socialmente lesivas, não constituindo, por isso, uma categoria autônoma da teoria do delito”.

E complementa: “a ideia de exigibilidade atravessa todo o ordenamento jurídico, e não apenas o ordenamento jurídico-penal, constituindo um princípio regulador e informador de todo o direito.”⁶⁶ Na sua visão, a *exigibilidade de conduta diversa* está em todas as categorias do conceito analítico de fato punível, de modo que não existem fenômenos típicos nem culpáveis, mas apenas uma interpretação tipificante e culpabilizante dos fenômenos.⁶⁷

Apesar da crise que envolve o conceito *normativo* de culpabilidade, essas constatações são úteis para que ela deixe a condição de *fundamento* da pena e passe a figurar como *limite* da pena, trocando-se uma *função metafísica de legitimação* da punição por uma *função política de garantia* da liberdade individual.⁶⁸

Também compreendendo a culpabilidade como um fator limitador da pena criminal, Juarez Tavares sustenta que ela “não será apenas um elemento de composição do delito, para afirmar sua completude, mas também o meio idôneo a impor limites às finalidades preventivas conferidas à pena.”⁶⁹

De fato, a culpabilidade não pode ser tratada no plano puramente formal, devendo existir um *fundamento material* ou *elemento empírico* que sirva de garantia aos indivíduos em sociedade, limitando-se, assim, o poder punitivo estatal. Esse *fundamento material* é etapa de proteção do autor em face do poder punitivo do Estado, de modo que ele deve ser composto por elementos que possam ser suscetíveis de refutação, sob pena de violação ao princípio do contraditório, mesclando-se

66 QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*[...], p. 162-163.

67 QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*[...], p. 164-165.

68 Nesse sentido: ROXIN, Claus. *Derecho Penal*[...], p. 798; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*[...], p. 278.

69 TAVARES, Juarez. *Culpabilidade e individualização da pena*[...], p. 122.





CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

*características objetivas e referências normativas, “capazes de revestir o empírico de uma roupagem adequada a uma ordem jurídica assentada na defesa da pessoa e de seus direitos.”*⁷⁰

A *responsabilidade pessoal* depende da posição do sujeito diante da ordem jurídica, levando-se em consideração a (in) existência de *autonomia* suficiente para incorporar as proibições, mandados ou permissões normativos em condições igualitárias de participação e como sujeito livre no processo de construção das leis penais, ou seja, é necessário que materialmente se esteja em um Estado Social e Democrático de Direito.

Em relação à *autonomia* do sujeito, vale reiterar que o pressuposto da absoluta liberdade de vontade ou livrearbítrio é irreal. A vontade perde a sua liberdade diante de algum fator condicionante que, dependendo da natureza, pode excluí-la, reforçá-la ou mantê-la, não havendo vontade autônoma no sentido defendido por Kant. As relações pessoais e familiares, o (des)emprego, a riqueza ou a miséria, a (de)formação educacional ou o despreparo, o poder e a submissão, representam fatores concretos da vida e influem diretamente na autonomia do sujeito. Logo, esses fatores devem ser sopesados no momento de acertar o caso penal dentro do *juízo de responsabilidade* presente no conceito de culpabilidade. Dessa forma, a avaliação sobre a *autonomia* deve ser efetuada a partir do contexto individual e social do autor do injusto e da sua capacidade de evitá-lo, apesar dos apelos normativos da legislação penal.⁷¹

2.1. DEMOCRACIA E INCONGRUÊNCIA DOS MÉTODOS DE DEFINIÇÃO DA CULPABILIDADE

Em um Estado Social e Democrático de Direito é insuficiente a concessão de participação política a todos ou a capacidade de deliberar acerca da produção legislativa. É necessário

⁷⁰ TAVARES, Juarez. *Culpabilidade e individualização da pena* [...], p. 134.

⁷¹ TAVARES, Juarez. *Culpabilidade e individualização da pena* [...], p. 138-144.





também eliminar todas as formas de discriminação pessoal, excluindo a *violência estrutural* e a *violência institucional*. Numa perspectiva democrática, a construção de um *novo fundamento material* para a culpabilidade exige a adoção de um método que tenha a vida concreta de cada sujeito como princípio unificador. Recentemente, foram desenvolvidos dois modelos metodológicos, situados no mesmo nível, que procuram legitimar um *juízo normativo* de culpabilidade:

a) *Funcionalismo*: a partir da *teoria dos sistemas* de Luhmann, o direito é visto como um sistema altamente complexo, destinado a resolver conflitos associados à questão dos contatos sociais. A resolução dos conflitos pode ser *cognitiva* (garante o aprendizado acerca dos processos adequados a evitar as decepções quanto às expectativas de condutas sociais) ou *normativa* (garante a segurança e a estabilidade das expectativas de condutas sociais por meio da imposição de sanções, dentro da codificação de justo e injusto). A lei penal representa contra o fato punível uma expectativa estabilizada de conduta, cuja frustração implica a imposição de pena aos agentes capazes de culpabilidade (solução normativa) ou a imposição de uma medida de segurança para os incapazes de culpabilidade (solução cognitiva). Em qualquer caso, há uma função de estabilização da norma, assegurando as expectativas sociais. O sistema acaba se autolegitimando por meio de um processo de aprendizagem e estabilidade, apenas para assegurar o seu funcionamento. Assim, a culpabilidade é entendida como *falta de fidelidade ao direito*. A exculpação ocorrerá quando não se possa exigir do agente obediência à lei penal. A culpabilidade tem função puramente instrumental, justificando-se para afirmar a deslealdade do autor diante do direito, autorizando, assim, o apenamento. Novamente o *juízo de reprovação* acaba sendo o fundamento da culpabilidade, pois ao declarar a deslealdade ao direito por parte do agente, emite um *juízo de adequação/atribuição* acerca de sua conduta e de sua capacidade de motivação para com as leis penais.



b) *Teoria do Discurso*: a partir das fundamentações de Habermas, o *juízo normativo* de culpabilidade será correto quando decorrente de um processo configurado como *discurso racional*, onde seja possível identificar a força do melhor argumento, que não depende de um conteúdo material alheio à argumentação (exterior), mas que seja constituído formalmente na relação discursiva. É preciso que exista uma *comunicação ideal* (igualdade de participação no discurso, liberdade de expressão, veracidade e ausência de privilégios). Assim, a culpabilidade é legítima quando a norma for produto de um discurso público e de procedimentos decisórios, onde todas as pessoas tiveram o direito de participar, exercendo o seu juízo crítico. Cada uma delas será a *pessoa deliberativa*, ou seja, aquele sujeito com poder de participação nas argumentações que se formam acerca da validade de suas pretensões, relativamente às manifestações e ações. Novamente o fundamento da culpabilidade é um *juízo de adequação/atribuição* acerca do *tipo de injusto*. Porém, a culpabilidade passa a ser um juízo de cognição, existente naqueles com condições de agir criticamente, denominados de *pessoa performativa*.

Considerando as teorias apresentadas, é possível formular a seguinte síntese: 1. Em relação à *teoria psicológica*, vinculada ao *causalismo* de Liszt, a culpabilidade é um *juízo de constatação*; 2. Em relação às *teorias normativas*: a) o *finalismo* de Welzel entende a culpabilidade como um *juízo de reprovação*, a partir da possibilidade de *agir de outro modo*; b) o *funcionalismo* de Jakobs, fundado na teoria dos sistemas de Luhmann, entende a culpabilidade como um *juízo de regulação da pena*, a partir do dever de lealdade jurídica; e c) a *teoria do discurso* de Habermas entende a culpabilidade como um *juízo de cognição*, existente quando há participação discursiva da *pessoa deliberativa*.

Porém, tais teorias retratam o fato punível como algo separado da pessoa. Em todas elas, o *juízo de responsabilidade* permanece atrelado a um *juízo de atribuição* ou de *valor*. A *concepção psicológica* de culpabilidade centraliza o *juízo de responsabilidade*



na *relação psicológica* entre agente e fato, através do dolo e da imprudência, para depois considerar a possibilidade de atribuição do fato (*juízo de constatação*). O fato punível passa a ter um significado atemporal, sociologicamente neutro e psicologicamente estéril, cuja consequência é uma responsabilidade exclusivamente a partir dos elementos que constituem o fato que se configuram na realidade fenomênica e são retratados *de fora* do agente. Por outro lado, a *concepção normativa* de culpabilidade, apesar de haver identificado outros elementos além daqueles inerentes ao próprio fato, continuou a retratar a imputação *de fora* do agente, através de um *juízo de reprovabilidade/censura*. Com exceção da teoria psicológica da culpabilidade, nas concepções apontadas, a culpabilidade é vista como puro juízo jurídico de sustentação normativa, alheio à realidade antropológica e sensorial humana, afastando-se do dever científico de ajustar a formulação legal à fenomenologia. O fato punível só pode ser racionalmente entendido a partir da natureza das coisas, pois os fenômenos possuem existência real e ganham sentido por meio do processo de seu conhecimento. O método aplicado na construção do conceito de culpabilidade permite a imputação a partir de condições ou fundamentos desvinculados da pessoa concreta do autor. Todos eles se alienam da realidade social. A pessoa passa a ser simples instrumento funcional. Não se procura conhecer os conflitos sociais concretos. A imputação passa a ser ato político de conveniência, carente de legitimidade. Como consequência dessa afirmação, é possível concluir que o poder punitivo estatal não pode se confundir com os interesses individuais e de classe, sob pena de ser autoritário e sem legitimidade.

A sociedade brasileira configura um cenário de exclusão e desajustes, não sendo possível utilizar a referência a direitos subjetivos de participação democrática como forma de fundamentar a responsabilidade penal. Isso é mera formalidade, além de motivo para a manutenção da estabilidade da norma. Nesse tipo de sociedade real, a culpabilidade, como





CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

juízo normativo de cognição, alheia à condição do agente delituoso, é eminentemente ilegítima.⁷² Conforme conclusão crítica de Juarez Tavares:

“A questão não está na identidade da pessoa, mas sim na consideração do contexto social no qual se realiza o fato injusto e se insere a pessoa do autor. A consideração acerca do contexto social do conflito conduz a que o processo democrático de participação/elaboração normativa deva ter um objeto substancial, que é a pessoa humana situada no seu mundo de relações reais e historicamente configuradas, que por sua vez deve orientar os fundamentos do juízo de imputação, como também de seus elementos normativos. Nesse sentido, já fez ver Kaufmann que o objeto da ordem jurídica não pode ser encontrado no próprio processo de produção jurídica, nem fora dele, mas sim na pessoa humana, tomada com um conjunto de relações, que deve necessariamente figurar como o seu objeto de proteção, atendendo-se, ainda ao fato de que numa sociedade pluralista e de risco, dada a variedade de normas, nem sempre é possível ao autor tomar conhecimento do dever jurídico, concretizando sua compreensão através da reiteração de condutas arriscadas e por isso mesmo induzindo à edificação do princípio da tolerância, ao lado da responsabilidade. Por outro lado, atendendo a esse mesmo contexto, e a carência de legitimidade dos processos de imputação, a democratização do processo de participação pressupõe antes de tudo uma reorientação de rumos no que toca à solução dos conflitos, principalmente do conflito resultante do delito. Essa reorientação de rumos sugere duas ordens de preposições: a primeira, no sentido de que o processo de imputação como culpabilidade deva ser delimitado não apenas pelo princípio

72 Todos os comentários deste tópico foram retirados do seguinte texto: TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 6, v. 24, p. 145-156, out.1998.





da necessidade da pena, como propugna Roxin, ou pelo princípio da tolerância, senão também pela demonstração de que a pessoa imputada, tendo em vista sua capacidade e o papel social que desempenha na situação concreta, possa preencher efetivamente os elementos positivos do processo de imputação, de cuja formulação normativa pudesse concretamente participar, apesar de seu desajuste. A segunda, no sentido de que a imputação como culpabilidade se torna desnecessária na medida em que os conflitos tenham sido solucionados por outro modo, com a participação da comunidade. Essas proposições não resolvem a questão da legitimidade da imputação como culpabilidade, e nem têm a finalidade de legitimá-la, apenas constituem formas menos dolorosas e mais democráticas de solução de conflitos.”⁷³

Eis a importância de um *conceito dialético* de culpabilidade, cujo *novo fundamento material* seja a tríade *vulnerabilidade-alteridade-tolerância*, compreendida a partir da história, da economia política e do direito, ou seja, a partir da *violência estrutural* e da *violência institucional* existente no ambiente capitalista neoliberal.

2.2. CULPABILIDADE

E VULNERABILIDADE/RISCO DE SELEÇÃO

Preocupado em limitar racionalmente a violência seletiva do sistema penal, Zaffaroni fala da ausência de legitimação das penas criminais, a partir da constatação de que elas não resolvem o conflito instaurado a partir da lesão do bem jurídico.⁷⁴

Segundo o professor argentino, acaso exista uma culpa (“dívida”), ela não poderia ser avaliada pelo sistema penal,

73 TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos[...], p. 154-155.

74 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas...*, p. 274. Ver também ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La palabra de los muertos*: conferencias de criminología cautelar. Buenos Aires: Ediar, 2011.





mas, apenas, pelo titular do bem jurídico afetado, cuja pessoa seria a verdadeira credora desse “pagamento”. Dessa forma, a agência judicial acaba não apurando racionalmente a culpabilidade pelo injusto, perdendo a legitimidade. Entretanto, a agência judicial é estruturalmente obrigada a reprovar o comportamento desviante, de modo que deve encontrar um *critério racional e eticamente qualificado* para orientar as suas decisões.

Embora a agência judicial não tenha poder político para eliminar/abolir o sistema penal (objetivo da Criminologia Radical), cumpre a ela reduzir a sua própria violência seletiva e arbitrária, ou seja, contendo e reduzindo o poder punitivo estatal e, conseqüentemente, a sua *responsabilidade criminalizante*. Quanto maior for a limitação a esse poder, menor será a *responsabilidade criminalizante* da agência judicial. Esse limite ao poder punitivo dependerá da *vulnerabilidade* de cada pessoa, atrelada à *seletividade* do próprio sistema penal, que utiliza as pessoas como instrumento de justificação do seu próprio poder.⁷⁵ Segundo Zaffaroni, “*es el grado de vulnerabilidad al sistema penal lo que decide la selección y no la comisión de un injusto, porque hay muchísimos más injustos penales iguales y peores que dejan indiferente al sistema penal.*”⁷⁶

Em suma, se a pessoa se esforça para estar em uma situação de *vulnerabilidade*, mais facilmente o sistema penal se fortalece e se justifica. Além disso, quanto maior for a *vulnerabilidade*, menos espaço de exercício de poder terá a agência judicial, que, nesse caso, terá que dar uma *resposta criminalizante* ao desvio, cujo rigor maior ou menor dependerá do maior ou menor *esforço pessoal para a vulnerabilidade*.⁷⁷ Dessa forma,

75 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas...*, p. 274-275.

76 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas...*, p. 275. Tradução livre: “é o grau de vulnerabilidade ao sistema penal o que decide a seleção e não o cometimento do injusto, porque há muitíssimos outros injustos penais iguais e piores que ficam indiferentes ao sistema penal”.

77 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas...*, p. 275. Essa debilidade do Poder Judiciário, diante da força do poder punitivo altamente





“cuando el esfuerzo y el aporte son grandes, el poder decisorio de la agencia judicial queda muy reducido.”⁷⁸

Como dito, a *vulnerabilidade* pode ser maior ou menor. Os *níveis de vulnerabilidade* (ou *risco de seleção*) dependem da situação em que está a pessoa. A *situação de vulnerabilidade* decorre dos *fatores de vulnerabilidade*, classificados em dois grupos: a) *estado de vulnerabilidade*; b) *esforço pessoal para a vulnerabilidade*.

O *estado de vulnerabilidade* é uma *condição social* e torna o sujeito mais vulnerável pelo simples fato de pertencer a uma classe, grupo, estrato social, minoria, ou por possuir aparência física condizente com algum estereótipo. Aqui, não haveria culpabilidade. A eventual “culpa” seria “incobrável”, não podendo a agência judicial fornecer qualquer resposta punitiva. Já o *esforço pessoal para a vulnerabilidade* é fruto de uma *atitude individual*, ou seja, a prática do injusto é um esforço pessoal do agente para se colocar na condição de vulnerável. Neste caso, haveria autonomia na decisão. Logo, conclui Zaffaroni, isso dependerá da *condição social* de cada sujeito: quem estiver numa posição ou estado de menor vulnerabilidade, mais *esforço pessoal* terá que fazer para se colocar em posição ou estado de maior vulnerabilidade e, desse modo, facilitar a imposição de uma resposta punitiva por parte da agência judicial. Os agentes que se encontram em um nível muito baixo de vulnerabilidade, como, por exemplo, os genocidas e os delinquentes econômicos, acabam contribuindo significativamente para reforçar a falsa ilusão de igualdade perante a lei e de utilidade do sistema penal. Importante frisar

seletivo existente nas sociedades em geral, pode ser interpretada como uma justificativa para a *violência institucional*. Assim, não teria o Poder Judiciário condições de obstaculizar a *resposta criminalizante* ao desvio, ou ainda, diminuí-la, dependendo do grau de *vulnerabilidade* de cada agente delituoso concretamente analisado.

78 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas...*, p. 276. Tradução livre: “quando o esforço e o aporte são grandes, o poder decisório da agência judicial fica muito reduzido”.





CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

também que, quando uma pessoa em posição ou estado de menor vulnerabilidade, que não tenha incrementado por esforço próprio o risco de seleção, a sua culpabilidade acabará sendo considerada menor, fazendo com o a resposta da agência judicial seja reduzida ou até mesmo não ocorra.⁷⁹

Zaffaroni irá tratar dos estereótipos e dos papéis de cada pessoa em sociedade, para chegar a conclusões equivalentes àquelas da *criminologia interacionista*, a partir de Becker:

“cuanto más limitada se encuentre una persona por su posición vulnerable, particularmente por las asignaciones de roles que correspondan al estereotipo en que se la encasilla, menor autonomía tendrá para la realización del ‘injusto’ que correspondan a esos roles y mayor será el esfuerzo que deberá hacer su ‘yo’ para superar su ‘mi’.”⁸⁰

Concluindo, então, que a *posição ou estado de maior vulnerabilidade* implica um baixo grau de *culpabilidade*, pois o *esforço pessoal para a vulnerabilidade* também é baixo. Quanto maior for o contato da pessoa com o sistema penal, maior será a assunção do papel de vulnerável e menor será o esforço para se alcançar a situação de vulnerabilidade, de modo que a *resposta criminalizante* também deverá ser menor.⁸¹

Apesar do viés eminentemente crítico, a *culpabilidade pela vulnerabilidade* não deixa de trabalhar com a ideia de autonomia da vontade, destacando que a proposta tem por objetivo limitar o poder punitivo estatal, nunca ultrapassando o limite

79 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas...*, p. 277-279.

80 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas...*, p. 280. Tradução livre: “quanto mais limitada se encontra a pessoa por sua posição vulnerável, particularmente pelas atribuições de papéis que correspondam ao estereótipo em que se enquadra, menor autonomia terá para a realização do injusto que correspondam a esses papéis e maior será o esforço que deverá fazer seu ‘eu’ para superar seu ‘mim’”.

81 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas...*, p. 280-281.





estabelecido para a autonomia da vontade na *culpabilidade pelo injusto*, que representa a visão tradicional a respeito do fundamento material da culpabilidade.⁸² Zaffaroni sintetiza a *culpabilidade pela vulnerabilidade* e a sua relação com a *responsabilidade*, deixando a porta aberta para outras formas de redução do poder punitivo estatal:

“En síntesis: la necesidad (límite de su ejercicio de poder decisorio) obliga a la agencia judicial a pautar el máximo de intensidad que puede tolerar en ejercicio de su responsabilidad criminalizante conforme a un orden prioritario que atienda al nivel de culpabilidad por la vulnerabilidad de cada persona seleccionada por el poder de las restantes agencias del sistema penal, lo que confiere eticidad a su decisión sin que implique reconocérsela a la violencia reproductora que no tiene poder para eliminar.

La cuantificación penal no se agota con la culpabilidad por la vulnerabilidad, que sólo le señala su límite máximo -siempre que no sea inferior el de la culpabilidad por el injusto-, como correctivo racional, abarcativo y reductor de la culpabilidad por el injusto.

Es posible que consideraciones que emerjan del propio discurso jurídico de la pena y de los principios limitativos generales que imponen otra clase de límites a la responsabilidad criminalizante de la agencia judicial, impongan a la misma la reducción de la cuantía de la pena y aún su eliminación. Pueden mediar causas personales de exclusión y de cancelación de la punibilidad y también puede suceder que los llamados principios de humanidad y de personalidad (o intrascendencia) señalen en el caso límites más bajos que los indicados por la culpabilidad por la vulnerabilidad, lo que no presenta ningún inconveniente lógico ni ético a la agencia judicial, en la medida en que no se trate de beneficios ad hoc, que pretendan

82 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas...*, p. 283.





CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

*consagrar una selectividad aún mayor que la corriente y estructural del ejercicio de poder del sistema penal”.*⁸³

De qualquer modo, não há incompatibilidade entre a *culpabilidade pela vulnerabilidade* e o *conflito de deveres*, devendo ela ser parte constitutiva do *novo fundamento material* da culpabilidade.

A proposta de Zaffaroni desvela a *seletividade* do sistema penal, que acarreta na sua falta de legitimidade e de racionalidade na tomada de decisões pela agência judicial. Trata-se de uma denúncia da lógica irracional das tradicionais teorias do fato punível e, especialmente, da culpabilidade pelo injusto. Há uma transferência de responsabilidade ética do sujeito criminalizado para a agência judicial criminalizante, que não pode deixar de constatar a seletividade e ilegitimidade do poder punitivo estatal, passando a ser obrigada a limitar e reduzir essa forma grotesca de violência. A *culpabilidade pela vulnerabilidade* está afinada com a *produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito em sociedade*, rompe com o dogmatismo penal e é útil para o reconhecimento do *conflito de deveres como causa de exculpação*.

2.3. COCULPABILIDADE DA SOCIEDADE ORGANIZADA E CORRESPONSABILIDADE SOCIAL

Frank buscou definir as *circunstâncias concomitantes* atento ao complexo de relações e determinações sociais que concretamente condicionam a conduta, algo significativo para a sua imputação jurídica, de modo que é possível ver um esboço inconsciente da ideia de *coculpabilidade*.⁸⁴ Em diversas ocasiões, o autor do fato punível está pressionado por vários fatores, não tendo amparo da ordem jurídica para realizar uma determinada ação ou omissão de ação. Mas, apesar das disposições le-

⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas...*, p. 284.

⁸⁴ BATISTA, Nilo. *Cem anos de reprovação[...]*, p. 163-164.





gais, agir em conformidade com o direito lhe é muito custoso, embora possível. Essas são condições ou circunstâncias externas que, se não excluïrem a culpabilidade, devem atenuá-la, por influïrem diretamente na autonomia do sujeito.⁸⁵

Fundado nas disposições do art. 41, do Código Penal argentino,⁸⁶ Zaffaroni tratará daquilo que chama “*coculpabilidad*”.

Considerando que os sujeitos atuam em uma circunstância dada e com um âmbito de autodeterminação também dado, e que, por melhor que seja organizada, a sociedade não brinda a todos os homens com as mesmas oportunidades, haverá sujeitos com menor autodeterminação, em face dos *condicionamientos sociales*. Por isso, a sociedade organizada é corresponsável por determinados fatos puníveis. Essa *coculpabilidad* seria uma herança ideológica do direito penal socialista.⁸⁷

Apesar de não utilizar a expressão *coculpabilidad*, o Código Penal da Colômbia prevê uma *causa especial de diminuição da pena* (em face da redução da reprovabilidade da conduta) quando o autor do injusto tiver atuado sob a influência de profundas situações de *marginalidade*, *ignorância* ou *pobreza extrema* que tenham influenciado na prática delituosa, salvo

85 TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena[...], p. 144.

86 ARGENTINA. Ley n. 11.179. Código Penal de la Nación Argentina. Promulgado el 29 de octubre de 1921: “Artículo 40.- En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente”. “Artículo 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: 1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados; 2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso”.

87 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*[...], p. 520-521.





CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

quando sejam tais situações suficientes para excluir a própria responsabilidade criminal, ou seja, a culpabilidade.⁸⁸

Nilo Batista diz que, em face da *coculpabilidade* social, o juízo de reprovabilidade deve ser feito considerando a concreta experiência social dos acusados, as oportunidades que se lhes depararam e a assistência que lhes foi ministrada, correlacionando sua própria responsabilidade a uma responsabilidade geral do Estado que vai impor-lhes a pena. Em certa medida, por ter contribuído para a construção do desvio e da criminalidade, a *coculpabilidade* coloca a sociedade no “banco dos réus.”⁸⁹

Queiroz afirma se tratar de um conceito muito próximo do *estado de necessidade* e da *inexigibilidade de conduta diversa*, servindo como circunstância atenuante da pena, quando não for possível reconhecê-la como causa de *justificação* da conduta ou como *exculpante supralegal* com as quais guarda semelhança. O juiz não poderá deixar de considerar a *coculpabilidade* no momento de realizar a dosimetria da pena criminal, devendo, no mínimo, atenuar a pena, desde que exista relação causal entre as condições sociais adversas e o fato punível perpetrado. O referido penalista não deixa de criticar a terminologia, entendendo que a *coculpabilidade* nada mais é que um nome novo para designar algo velho: a própria culpabilidade.⁹⁰

No entanto, essa valoração compensatória da responsabilidade de indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas ainda é insuficiente para afastar a injustiça de uma condenação criminal a partir do conceito *normativo* de

88 COLÔMBIA. Ley n. 599, de 24 de julio de 2000. Código Penal. *Diario Oficial*. Bogotá. 24 de julio de 2000: “Artículo 56.- El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición”.

89 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal*[...], p. 105.

90 QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*[...], p. 314-315.





culpabilidade, pois há situações de marginalidade e pobreza extremas que tornam inexigível uma conduta conforme o direito, de modo que a culpabilidade deve ser *afastada* e não apenas *compensada* por meio de uma punição mais branda.

Mais próximo dessa perspectiva está o pensamento de Alberto M. Binder ao tratar do *princípio de corresponsabilidade social*. Binder trata das *condições sociais da responsabilidade pessoal* afirmando que cada pessoa tem limitadas possibilidades de construir com liberdade o cotidiano da sua vida. Nasce-mos em um lugar determinado, em uma determinada família, na cidade ou no campo, e teremos determinado nível escolar. Tudo isso condiciona a criação de outros âmbitos da vida e assim sucessivamente ela se organiza sobre a superposição de âmbitos de atuação e interação que se condicionam reciprocamente. Ressalta Binder que isso não implica determinação absoluta, havendo possibilidades de modificação do entorno. Mas, essa modificação dependerá das condições de mobilidade social, dos valores imperantes em determinada época que estimularam ou castigaram sua criação, da conduta de quem viva com o sujeito e também da sorte ou azar individuais. Dessa forma, *o conceito de liberdade está exclusivamente relacionado com a capacidade de superar os condicionamentos.*⁹¹

Em face desses condicionamentos, “não pode existir responsabilidade pessoal quando a sociedade ou o Estado construíram condições gerais de vida que se convertem em condicionamentos tão fortes a uma determinada pessoa que seu exercício de liberdade, ou seja, a sua capacidade de superar esses condicionamentos, fica praticamente abolida ou submetida a esforços que essa pessoa em concreto dificilmente possa realizar. Se trata de condições gerais ou estruturais geradas pelo Estado ou pela sociedade em seu conjunto, através de suas atividades econômicas, culturais, etcétera.”⁹²

91 BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Penal...*, p. 277.

92 BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Penal...*, p. 277-278.





Por certo, em condições tais de miséria, fome, ausência de assistência médica e educacional, fica evidente a responsabilidade social e governamental. Em que pese caber ao juiz (dentro do caso concreto) determinar o alcance do princípio da *corresponsabilidade social*, é necessário que a dogmática penal interaja com a Criminologia Crítica e a Política Criminal, desenvolvendo critérios e parâmetros mais claros para o afastamento de condenações em situação de *inexigibilidade de conduta conforme o direito* por causa de condições sociais tão adversas como as vistas em muitos lugares de países vitimados pela globalização neoliberal, com a conivência do Estado e dos respectivos governantes.

Outra situação onde fica claramente visível a *corresponsabilidade social* é nos casos em que a vida das pessoas transcorreu por canais altamente institucionalizados. Quando uma pessoa tenha passado grande parte ou a totalidade da sua vida em estabelecimentos estatais responsáveis pela execução de penas privativas de liberdade (*prisões*), medidas de segurança (*hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico*) ou medidas socioeducativas (*reformatórios*), essa situação terá reflexos no *juízo de valor* inerente à culpabilidade, devendo ser verificada para fins penais.

O modo como o Estado e as suas instituições tratam os sujeitos submetidos ao seu controle, interfere diretamente na construção das suas vidas, havendo relação direta com os atos ilícitos posteriores ao exercício desse controle. Em casos de reincidência, por exemplo, fica claro que o Estado foi gravemente negligente no trato do sujeito ou o submeteu a condições particulares de vida que reduziram de um modo evidente sua capacidade de superar os condicionamentos normais, devendo ser levado em conta esses condicionamentos no momento de definição da (ir)responsabilidade pessoal do agente delituoso. Jovens que passaram grande parte de suas vidas em reformatórios, submetidos a abusos, violência,





arbitrariedade e precariedade material, acabam sendo obrigados a serem violentos para sobreviver.⁹³

Se a sociedade, por meio do Estado, permitiu que essas instituições ficassem sob o cuidado de pessoas incapacitadas, geralmente indicadas para ocuparem cargos de confiança por razões meramente políticas e não técnicas, instalando-se redes de corrupção, atuando com indiferença diante das denúncias de maus-tratos e abusos, não resta dúvida que existe *corresponsabilidade*.⁹⁴ No Brasil, inúmeras são as situações onde presos, colocando em risco as suas vidas ou integridades físicas, relatam os abusos praticados no interior de estabelecimentos prisionais (torturas e crueldades), mas o Ministério Público e o Poder Judiciário nada ou pouco fazem.⁹⁵

Diante desse descaso do próprio Estado não é admissível que a sua desídia, negligência e cumplicidade não tenham qualquer relevância para a formação do *juízo de responsabilidade* do autor do injusto. Uma vez demonstrado que o Estado implementa algum tipo de política logo descoberta como errada, a pessoa que se encontra em uma situação de extrema vulnerabilidade, sendo-lhe muito gravosa a superação dos condicionamentos sociais, não poderá ser responsabilizada criminalmente, ficando o Estado proibido de exercer a violência do poder punitivo. Dessa forma, o *princípio da corresponsabilidade social* é uma forma de *exculpação* ou de *diminuição da pena*.⁹⁶

Nesses termos, a *corresponsabilidade social* é um princípio limitador do poder punitivo estatal e afasta ou reduz a culpabilidade dos agentes que estão em situação de extrema miséria por conta da irresponsabilidade política de setores da sociedade civil e do Estado em particular.

93 BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Penal...*, p. 280.

94 BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Penal...*, p. 280-281.

95 Ver JESUS, Maria Gorete Marques de. *O crime de tortura e a justiça criminal: um estudo dos processos de tortura na cidade de São Paulo*. 257p. Tese. Universidade de São Paulo. 2009.

96 BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Penal...*, p. 281.





É preciso ressaltar que todas essas considerações doutrinárias só fazem sentido fora da racionalidade econômica, onde a dignidade humana não está atrelada à figura neoclássica do *homo oeconomicus*, ou seja, ao sujeito com poder aquisitivo, consumidor soberano, que sempre tem razão se tiver poder de compra. Afinal, no contexto da racionalidade econômica não há dignidade humana concreta, porque não há ser humano com necessidades.⁹⁷ Esse paradigma produzido pela lógica do mercado é um dos bloqueios básicos à solidariedade humana e à *tolerância* que deve ser superado para internalização do discurso ético libertador.

2.4. CULPABILIDADE, ALTERIDADE E TOLERÂNCIA

A *alteridade* tem muito a acrescentar ao conceito de culpabilidade, constituindo uma parte do seu *novo fundamento material* e contribuindo para a *práxis de libertação* que deve nortear a ética do Direito Penal. Ao tratar do *princípio da alteridade* como base da *responsabilidade social*, Juarez Cirino dos Santos sustenta que

“o homem é responsável por suas ações porque vive em sociedade, um lugar marcado pela existência do *outro*, em que o sujeito é, ao mesmo tempo, *ego* e *alter*, de modo que a sobrevivência do *ego* só é possível pelo respeito ao *alter* e não por causa do atributo da liberdade de vontade: o *princípio da alteridade* – e não a *presunção de liberdade* – deve ser o fundamento material da responsabilidade social e, portanto, de qualquer juízo de *reprovação* pessoal pelo comportamento social.”⁹⁸

97 ASSMANN, Hugo. Exterioridade e Dignidade Humana: notas sobre os bloqueios da solidariedade no mundo de hoje. In STEIN, Ernildo; BONI, Luís A. de (Orgs.). *Dialética e liberdade*: Festschrift em homenagem a Carlos Roberto Cime Lima. Porto Alegre/Petrópolis: EDUFRGS/Vozes, 1993. p. 240-241.

98 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*[...], p. 283.





Assim, a dogmática penal e, em especial, a culpabilidade não podem ser construídas sob os auspícios de um juízo de reprovação fundado na mitológica ideia do livre arbítrio, cujo indeterminismo se mostra absoluto. Na faticidade da vida, a liberdade de vontade ou o livre arbítrio são indemonstráveis. É na materialidade da vida humana, com toda a complexidade inerente às sociedades contemporâneas que a atribuição de *responsabilidade* deve ser perquirida, refutando-se o livre arbítrio diante das demandas da realidade social. Será a *alteridade* que possibilitará a *produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito em sociedade*, jamais um princípio metafísico e indemonstrável como a ideia de vontade livre, que representa um mito derrubado pela psicanálise freudiana, a partir da descoberta do inconsciente, e pela neurociência. Importante frisar, aqui, que não somos adeptos do determinismo positivista. Mas, igualmente, não aceitamos a tese do livre arbítrio, por ser indemonstrável.

A perspectiva de culpabilidade de Juarez Cirino dos Santos rompe com o totalitarismo das teorias tradicionais e positivistas, representando um novo caminho para a construção do *novo fundamento material* para a culpabilidade em um Estado Social e Democrático de Direito, onde a materialidade e a alteridade da vida humana ficam totalmente expostas, possibilitando uma releitura das categorias teóricas do *tipo de culpabilidade*, cujo discurso denuncia as posições tradicionais do poder econômico e político, ou seja, da *violência estrutural* e da *violência institucional*. Conforme Luana de Carvalho Silva, “trata-se de uma leitura do ponto de vista do sujeito entendido como fruto da alteridade e não dos princípios racionais da consciência. Um sujeito formado diante das demandas e desafios materiais de sua sobrevivência sem os rompantes soberanos.”⁹⁹

99 SILVA, Luana de Carvalho. *O princípio da culpabilidade e a produção de sujeitos*. Dissertação. 197p. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2008. p. 172-173.





CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

Muito embora teóricos e atores jurídicos não saibam muito bem o que seja a culpabilidade, em um Estado Social e Democrático de Direito não podemos prescindir dela, porque, o exercício da cidadania depende da compreensão do injusto pelos indivíduos, bem como da sua capacidade de agir conforme essa compreensão. Logo, trata-se de um conceito fundamental para a perspectiva libertária do Direito Penal.

A atual precariedade do conceito normativo de culpabilidade deve servir de estímulo para a busca de um *novo fundamental material*, sendo a *alteridade* um princípio ético-material essencial nesse sentido, apesar de não ser o único.

Ao lado da *vulnerabilidade* e da *alteridade*, a *tolerância* é outro fator a constituir o *novo fundamento material* da culpabilidade. A tendência à intolerância percebida nas sociedades capitalistas neoliberais é fator que, ao invés de resolver os problemas de (in)segurança pública, acaba sendo um agente catalisador da violência, da crueldade e do sadismo.

Dirk Fabricius, em importante contribuição publicada no Brasil, enfatiza que “a maior parte das instituições sociais pretende produzir o comportamento adequado a partir da disciplina. Sabe-se, no entanto, que esses métodos de incremento da predisposição para a obediência estimulam antes a agressão, a crueldade e o sadismo.”¹⁰⁰ O professor da Johann Wolfgang Goethe-Universität ao tratar dos *sistemas normativos* (ordem de superior hierárquico, lealdade/confiança, exigências de adequação ao grupo, honra, lei e o Direito) explica que eles provocam sentimentos diferenciados, estimulando e conduzindo comportamentos distintos (*procedimentos de regulação social*). A função dos *procedimentos de regulação social* é inibir uma necessidade, um desejo ou um impulso do indivíduo, pois, eles antecipam o receio da vergonha, da culpa ou da perseguição. Cada pessoa atuará (ou não) em conformidade com as expectativas sociais

100 FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*. Trad. Juarez Tavares e Frederico Figueiredo. Curitiba: Juruá, 2009. p. 16.





decorrentes desses *procedimentos de regulação social*, sendo que o processo de socialização pode criá-las, fortalecê-las, inibi-las ou destruí-las. Assim, quando o indivíduo verifica que o comando jurídico é mais débil em face de outros comandos não-jurídicos, acaba violando a lei penal.¹⁰¹

Com um diálogo interdisciplinar entre a dogmática penal e a psicanálise, Dirk Fabricius chama atenção para as duas espécies de *sistema normativo interno* de cada pessoa: a) o *heterônomo*; b) o *autônomo*. E, isso está atrelado à questão da *tolerância*, demonstrando a sua importância para o estudo da culpabilidade e o desenvolvimento de seu *novo fundamento material*. Explicamos:

O *sistema normativo interno* é responsável pelo senso crítico das condutas humanas, sendo ele capaz de castrar um impulso violador das regras jurídicas, ou seja, é ele que influenciará na disposição, motivação ou inibição de cada conduta.

Na constituição do *sistema normativo interno* os “sentimentos de culpa” são essenciais para a compreensão do caráter antiético ou antijurídico da conduta de cada indivíduo. Neles, medo da perda do relacionamento com o outro, preocupação com ele, afeição e boa vontade se misturam. É a partir dessa compreensão que o causador de uma dor, dano ou mal a outrem terá condições de avaliar o desequilíbrio gerado em sua relação com o ofendido e buscará a *reconciliação* com essa pessoa ou a *compensação*, algo só existente em um ambiente de interação social, ou seja, onde exista respeito à *alteridade*. Sem esse vínculo pessoal entre agressor e ofendido, não há compensação da culpabilidade. Por isso, “uma simples compensação do dano impessoal não é bastante”. Afinal, uma compensação impessoal não tem o condão de gerar qualquer “sentimento de culpa” ou vergonha.¹⁰² Nesse sentido, Fabricius defende que

101 FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*[...], p. 16-18.

102 FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*[...], p. 19-21.





CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

“A consciência de culpa pode contribuir para a coesão social através da integração do culpado na comunidade. Sem sentimentos de culpa, não se pode enxergar o mal causado. Se os seres humanos não tivessem sentimentos de culpa, não haveria freio para a escalada de violência e agressão. E caso a culpabilidade permaneça não trabalhada, a ferida se cicatriza mal. Desejos de vingança, ressentimento e rancor no lesado, medo e agressão preventiva no autor levam facilmente a um ciclo entre autor, vítima e perseguido, de consequências destrutivas. [...] A apreensão da culpa, sua ponderação realística, o desenvolvimento de um programa de ação apropriado podem ser obstados também por defesa (negação, projeção etc.). onde esses mecanismos de defesa são fomentados social e institucionalmente, eles são especialmente eficazes e suas consequências são gritantes, como mostram a condecoração de soldados bem sucedidos em execuções a homenagem a promotores com muitas condenações – especialmente condenações à morte –, a grupos de extermínio etc.”¹⁰³

Desse modo, é possível concluir que os “sentimentos de culpa” são um instrumento de medição da culpabilidade, entendida como relação interpessoal cujo equilíbrio se perdeu em face de uma conduta ofensiva e que passa a necessitar de um contrabalanço.¹⁰⁴

Apoiado na literatura psicanalítica mais recente, na psicologia cognitiva e nas teorias behavioristas do aprendizado, Dirk Fabricius trata do desenvolvimento da capacidade de culpabilidade do indivíduo, ou seja, da sua capacidade de compreensão do injusto e de determinação. Algo que se inicia com o convívio social.

A constituição da capacidade de culpabilidade depende do desenvolvimento do superego, que, em face do

103 FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*[...], p. 22.

104 FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*[...], p. 20.





“aprendizado pelo exemplo”, faz cada pessoa incorporar as normas vividas e pregadas por seus pais, sendo que os “sentimentos de culpa ou vergonha” exercem forte influência nesse complexo processo. Isso trará consequências para o *sistema normativo interno* de cada pessoa, que também podem ser chamados de *sistemas de autorregulação*. Porém, o que realmente merece ser destacado é o fato de isso deve ser construído pela via da *alteridade* e da interação social, ou seja, em uma linguagem onde não exista um sistema de mera obediência:

“na medida em que a regulação através de obediência se torna dominante, o verdadeiro ‘si mesmo’ (*Selbst*) é empurrado à ‘clandestinidade’ e a consciência é narcotizada e silenciada. Tanto o desenvolvimento e cultivo da própria identidade, quanto o estímulo da capacidade de não se culpar ou reparar o injusto cometido podem ser prejudicados significativamente. Nesse caso, as normas e expectativas externas se tornam a medida dominante de toda a ação.”¹⁰⁵

Em síntese, a educação para a obediência legítima agressões e impede o desenvolvimento dos *sistemas normativos internos* (heterônomo e autônomo), pois retira do indivíduo a capacidade crítica de perceber os malefícios das suas condutas dentro de uma perspectiva ética libertária. A indiferença de Eichmann, por exemplo, para com as vítimas do Holocausto é um sintoma de estruturas educacionais meramente voltadas para a obediência.¹⁰⁶ Nessa perspectiva autoritária e intolerante, aquilo que é permitido ou determinado deve ser realizado sem qualquer “sentimento de culpa”, independentemente dos resultados de cada conduta. Há uma total sub-

105 FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*[...], p. 25.

106 Ver: ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.





CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

missão à autoridade, seja ela a lei, os governantes, o superior hierárquico, o professor etc.¹⁰⁷

Se a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos – ainda que isso seja negado pela Criminologia Crítica –, não deve ocorrer a “hipertrofia” do *sistema normativo interno heterônomo*, pois ele se constitui de modo artificial, ou melhor dizendo, por meio de regras externas ao sujeito, anulando a própria vontade, sendo mais suscetível o desenvolvimento de um *superego tirânico*. Afinal, a opressão e a violência podem gerar – e normalmente geram – sentimentos de ódio contra o “si mesmo” e/ou contra o próximo. Explica Dirk Fabricius:

“O superego cruel e tirânico precisa ser repellido, mas, para tanto, não se dispõe de uma instância de consciência aconselhadora. Diante das agressões traumáticas dos pais, também o ‘si mesmo’ é sacrificado na medida em que ele é desterrado para uma região imune tanto aos ataques quanto à alocação e um falso ‘si mesmo’ entra em seu lugar. A identificação com o agressor condiciona até mesmo a imitação da agressão e das ações agressivas. O que não pode esquecer é que também há uma identificação com modelos não agressivos e, por exemplo, considerações, compaixão, atenção, tratamento justo também são imitados. Acrescente-se que a própria identificação já é um fenômeno complexo e a capacidade para tanto já é prejudicada quando sob condições traumáticas: para que se possa identificar é necessário que se tenha construído um modelo anímico do outro – esse modelo também é a base para o relacionamento e para a regulação do relacionamento com o outro.”¹⁰⁸

Por óbvio, limitações necessitam ser impostas, sob pena de prejudicar o processo de constituição do sujeito e surgir

107 Ver: MILGRAM, Stanley. *Obedience to authority: an experimental view*. Londres: Tavistock, 1974.

108 FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*[...], p. 27.





aquilo que Lebrun denomina de “perversão comum.”¹⁰⁹ Mas, não devem ser passadas ao sujeito limitações ou ordens capazes de aniquilar o seu “si mesmo”, privilegiando o surgimento de um superego que persegue primordialmente o bom comportamento exterior, a conformidade e a adequação. É por tal razão que, antes de ser forjado o sujeito a partir de uma estrutura de poder voltada para a mera obediência, devem ser propiciadas condições para o desenvolvimento do *sistema normativo interno autônomo*, que consiste nos “indícios ubíquos de um sentimento de culpa que se desenvolve espontaneamente, que reage à lesão ao próximo e que motiva a reconciliação, incluindo-se a chamada *diferenciação cognitiva* entre as normas morais e convencionais. Trata-se de uma “consciência autônoma”, pouco voltada para a agressividade, onde é mais permitido um comportamento conciliatório, dispensando-se rituais cruéis.¹¹⁰ Se a regulação de culpa oriunda do *sistema normativo interno autônomo* ficar subdesenvolvida, as normas terão que advir por fora, ou seja, do *sistema normativo interno heterônomo*, momento em que a *alteridade* fica desprestigiada, pois “os sentimentos normativos só podem ser ajustados na experiência conflituosa, seja ela com os educadores, com os irmãos ou com os colegas de recreação”, no caso das crianças. Qualquer tentativa de suprimir a agressão, a ira, o aborrecimento e a inveja não os elimina, apenas promove uma contenção episódica e a curto prazo, ocasionando o seu *recalcamento*, trazendo como consequência a sua manifestação num momento inadequado e mal regulado.¹¹¹

Em síntese, para o desenvolvimento do *sistema normativo interno autônomo* e a conseqüente diminuição de sujeitos submissos cegamente à autoridade (seja ela qual for) ou voltados

109 LEBRUN, Jean-Pierre. *A perversão comum: viver juntos sem o outro*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008.

110 FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*[...], p. 28-29.

111 FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*[...], p. 29-32.





CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

à intolerância, é necessário respeito para com o outro, sem que ninguém possa dizer o que é correto aqui:

“Preconizar consciências morais, exigir confissões de arrependimento e encher o próximo com conselho – tudo isso não estimula o desenvolvimento autônomo da consciência, tampouco do ‘verdadeiro si mesmo’. De outro modo, aparecer como interlocutor que expõe suas objeções, articula seus interesses, necessidades e sentimentos, e com isso confronta sem se sobrepor, demonstra respeito e fomenta a disposição para responsabilidade – e, por conseguinte, cresce a chance de encontrar a solução adequada ao ‘si mesmo’ e ao próximo.”¹¹²

Portanto, o desenvolvimento da culpabilidade e das ferramentas de autorregulação dos comportamentos dependem do respeito ao outro, ou seja, da *alteridade*. Essa aproximação psicanalítica incrementa a liberdade de decisão e permite o aumento da autonomia do *sistema normativo interno* de cada sujeito em sociedade. Condutas em conformidade com o Direito decorrentes de uma força ou coação permanecem externas e, por isso, estéreis. “A insistência de muitos subsistemas sociais nas estratégias de conformidade, de lealdade convencional e de obediência é um – se não o principal – obstáculo rumo a um sistema normativo interno de melhor funcionamento nos indivíduos para a situação normal.”¹¹³

É importante frisar as consequências negativas da “imposição de estímulos aversivos”: a) opressão de comportamentos não desejados sob condições limitadas, de quase impossível implemento na vida normal; b) o comportamento punitivo é imitado, de modo que a educação violenta estimula o comportamento violento posterior; c) a punição é humilhante e degradante, desencadeando o “ciclo vergonha-ira”,

112 FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*[...], p. 32-33.

113 FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*[...], p. 34.





aumentando o risco de novos delitos; d) prejuízo à educação e à saúde. Neste ponto, deve ser lembrado que, “ainda que em algumas áreas da criminalidade possa haver efeitos de dissuasão por terror, isso não pode legitimar a pena como fenômeno em um Estado democrático de direito – se ele, como pretende, pressupõe um cidadão emancipado. A difusão do terror caminha em sentido contrário ao do amadurecimento e aumenta a disposição para a obediência.”¹¹⁴

Como conclusão, dentro dessa perspectiva psicanalítica, é possível afirmar que a pena é inútil para o desenvolvimento dos cidadãos, além de ser destrutiva, devendo ser paulatinamente excluída da nossa vida social, ainda que setores reacionários debochem dessas premissas, fundando-se em uma visão metafísica das funções da pena criminal (retribuição e prevenção), desprovida de qualquer base epistemológica.

2.5. CULPABILIDADE E RESPONSABILIDADE

Em suma, a culpabilidade deve ser estabelecida em uma base sólida, principalmente, porque é um elemento indeclinável do fato punível. Do contrário, não será possível imputar determinado fato a alguém. Por tal razão não é possível sustentá-la em elementos impossíveis de serem comprovados sob o crivo do contraditório (*princípio da refutação*).

Geralmente, os juristas procuram justificar o sistema punitivo por meio de argumentos morais ou extrajurídicos. Ao defenderem as teorias do discurso jurídico oficial, tais juristas acabam sendo subservientes ao Estado opressor e ocultam as funções reais (latentes) do Sistema de Justiça Criminal. Entretanto, há outros juristas que estão preocupados em desenvolver o elemento material da culpabilidade com base em fundamentos científicos¹¹⁵ ou racionais de imposição da *responsabilidade*.

114 FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*[...], p. 38.

115 Porém, cumpre lembrar, com apoio no anarquismo epistemológico de Feyerabend que “a ciência não é sacrossanta. As restrições que impõe (e são muitas essas restrições, embora não seja fácil relacioná-las) não são necessárias





O princípio da responsabilidade é um sintoma do caos normativo instalado nas sociedades contemporâneas. Ele é uma reação que procura legitimar o poder, não sendo uma consequência da produção de efeitos indesejáveis de comportamentos humanos. Conseqüentemente, a atribuição de *responsabilidade* depende da avaliação do contexto em que cada ser humano está inserido dentro de um Estado que lhe assegure um *mínimo de subsistência* e de *simetria nos processos de comunicação*, ou seja, igualdade de condições entre os sujeitos dentro dos processos de construção das leis penais que impõem limites as suas próprias condutas.¹¹⁶

Porém, tocante a essa *simetria nos processos de comunicação (ética do discurso)* é necessário um esclarecimento: embora a *verdade prática* e os *conteúdos ontológicos éticos* (momento material) estejam diretamente ligados à *validade moral*, tal momento formal é insuficiente para o alcance de uma *validade crítica*. Como exemplo dessa insuficiência, Dussel critica a moral transcendental de Kant, a qual enxerga como fonte de encorajamento dos “não-felizes”, mantendo-os resignados e funcionando em favor do capital, em um mundo operário explorado e, portanto, “não-feliz”. Afinal, essa moral transcendental

para que venhamos a alcançar gerais, coerentes e frutíferas concepções do mundo. Há mitos, há dogmas de teologia, há metafísica e há muitas outras maneiras de elaborar uma cosmovisão. Faz-se claro que uma conveniente interação entre a ciência e essas cosmovisões ‘não científicas’ necessitará do anarquismo ainda mais que a própria ciência. E, assim, o anarquismo não é apenas possível, porém necessário, tanto para o progresso interno da ciência, quanto para o desenvolvimento de nossa cultura como um todo. E a razão, por fim, reúne-se a todos aqueles outros monstros abstratos, como Obrigação, Dever, Moralidade, Verdade e seus antecessores mais concretos, os Deuses, que já foram usados para intimidar o homem e restringir-lhe o livre e feliz desenvolvimento — e se vai desvanecendo[...]”. In FEYERABEND, Paul Karl. *Contra o método: esboço de uma teoria anárquica da teoria do conhecimento*. Trad. Octanny S. da Mata e Leonidas Hegenberg. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977. p. 279-280.

116 TAVARES, Juarez. O princípio da responsabilidade. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 19, v. 229, p. 2, dez.2011.





exige dos explorados a resignação como virtude necessária à conquista de um lugar no Reino de Deus.¹¹⁷

Contrariando essa perspectiva, a Ética da Libertação tem como critério ético crítico a *negação da negação da felicidade no dominado*, sem olvidar da *validade moral*, uma vez que se trata de uma proibição generalizável.

Esse formalismo é um dos problemas que também acomete, segundo Dussel, a *ética do discurso*, típica da chamada “segunda Escola de Frankfurt”, por ele classificada como “pragmática, pouco crítica e socialdemocrata”. Mas, é importante frisar que Dussel não deixa de reconhecer o valor do trabalho filosófico de Karl-Otto Apel, destacando a transformação da filosofia com o afastamento do sujeito solipsista kantiano e o reconhecimento de uma comunidade sempre existente, capaz de abrir a discussão entorno da questão da intersubjetividade.¹¹⁸

É claro que a ontologia faz parte do horizonte que a vida humana mostra ao se defrontar com a realidade e ao constituir a totalidade das mediações para a vida. Porém, a partir da Ética da Libertação, a dimensão deontica e formal (regras formais intersubjetivas da argumentação prática) só possuem sentido como procedimento para a aplicação das normas, mediações, fins e valores culturais, gerados a partir do *princípio material universal*, cuja natureza é pré-ontológica e propriamente ética.¹¹⁹

117 DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*[...], p. 220.

118 DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*[...], p. 182-183.

119 DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*[...], p. 185.







CAPÍTULO 4

INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA CONFORME O DIREITO: O CONFLITO DE DEVERES COMO CAUSA (SUPRA)LEGAL DE EXCULPAÇÃO

1. INTRODUÇÃO

Numa definição *analítico-operacional* (desenvolvida como *critério de racionalidade* das decisões a serem tomadas pelos juízes criminais, contribuindo para a *segurança jurídica das pessoas* no Estado Social e Democrático de Direito), o fato punível é constituído pelas categorias elementares do *tipo de injusto* e da *culpabilidade*. No modelo *final* de fato punível, desenvolvido a partir de Welzel, o *tipo de injusto* é constituído por: a) *conduta* (ação ou omissão de ação): realidade psicossomática do conceito de fato punível; b) *tipicidade*: descrição do comportamento proibido, formado pela *dimensão objetiva* (*tipo objetivo*: causação do resultado e imputação do resultado) e pela *dimensão subjetiva* (*tipo subjetivo*: dolo, imprudência e elementos subjetivos especiais); c) *antijuridicidade*: contrariedade do comportamento às *proibições*, excluída nas *permissões*, como categoria dogmática compreensiva das *justificações*. Por outro lado, a *culpabilidade* é compreendida como juízo de reprovação pela realização não justificada do *tipo de injusto*, e se constitui por: a) *imputabilidade/capacidade de culpabilidade* (excluída ou reduzida por *menoridade e doenças mentais*); b) *conhecimento da antijuridicidade* (excluído ou reduzido em casos





CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

de erro de proibição); e c) *exigibilidade de conduta conforme o direito* (excluída ou reduzida em situações de *exculpação* legais e supraleais).¹ Em síntese, o *tipo de injusto* é o objeto de reprovção, cuja integração com a *culpabilidade*, que representa o fundamento da reprovção da conduta típica não justificada, constitui o conceito de fato punível.²

O principal objeto desta pesquisa é a *culpabilidade* e o *conflito de deveres*, entendido como *causa de exculpação* de condutas típicas não justificadas, praticadas no contexto de *condições sociais adversas* (marginalidade e pobreza extremas), inerentes ao desastre histórico das políticas econômicas capitalistas, prejudiciais à normal motivação da vontade em situações da vida, de modo a afastar a *exigibilidade de conduta conforme o direito* e qualquer *juízo de responsabilidade pessoal*.

Ao desenvolver o estudo da estrutura do conceito de *culpabilidade*, introduzindo um *sentido normativo* a essa categoria constitutiva do conceito analítico de fato punível, Frank afirmava que a presença de *circunstâncias concomitantes* anormais, representantes de um perigo para o autor da conduta ou para uma terceira pessoa, afastava a reprovabilidade dessa conduta se ela pudesse salva-los. Em síntese, “ao autor não se pode reprovvar por algumas ações realizadas sob *circunstâncias de certa anormalidade*”. Ciente dos problemas advindos da sua teoria jurídica, Frank reconhecia a grande dificuldade de se estabelecer com clareza o *grau de anormalidade* das *circunstâncias concomitantes* capaz de reduzir ou afastar a culpabilidade do desvio, outorgando à doutrina especializada e ao legislador a definição de contornos claros para a questão. Dizia ele: “o futuro legislador deverá também formular esta questão como objeto de sua consciência.”³ Eis o grande desafio da presente pesquisa.

1 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*[...], p. 71-79.

2 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*[...], p. 4.

3 FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad...*, p. 41-42.





No atual grau de desenvolvimento do conceito *normativo* de culpabilidade, as *circunstâncias concomitantes* a que se referia Frank são as *causas de exclusão da culpabilidade* (*inimputabilidade* e *erro de proibição inevitável*) e as *causas de exculpação* (legais e supraleais).⁴ As *causas de exculpação* reduzem o conteúdo de injusto e de culpabilidade do fato de tal forma que o legislador é indulgente e renuncia impor uma censura. É o que ocorre em situações onde o autor do fato se vê exposto a uma *pressão anormal de motivação* que lhe torna impossível a obediência às normas de dever da ordem jurídica ou lhe dificulta bastante esta tarefa, não lhe sendo exigível uma conduta conforme o direito. A culpabilidade, portanto, tem como núcleo a *normalidade das condições motivadoras da vontade*. Havendo *pressão anormal de motivação*, não será exigível do agente, enquanto ser humano condicionado a determinadas reações, uma conduta em conformidade com os *mandados, proibições* ou *permissões* legais, cuja destinação é reger situações no plano da normalidade. Preocupado com a cientificidade desse elemento constitutivo da culpabilidade, adverte Juarez Tavares: “ainda que se reconheça ao homem a possibilidade de influir e atuar sobre as condições que o determinaram a certa conduta, não se o pode censurar, quando esta possibilidade de reatuação seja somente preenchível hipoteticamente.”⁵

No campo doutrinário e jurisprudencial é perceptível uma grande resistência em reconhecer a *inexigibilidade de conduta conforme o direito* como *causa supraleal de exculpação*, sob o argumento de que não possui pressupostos e limites claros

4 Segundo Roxin: a) as *causas de exclusão da culpabilidade* são a inimputabilidade e o erro de proibição invencível, onde não há qualquer culpabilidade; b) as *causas de exculpação* não afastam a culpabilidade, apenas a diminuem; mas, o legislador, por indulgência, renuncia ao poder punitivo, principalmente, porque faltaria *necessidade preventiva* de punição. In ROXIN, Claus. *Derecho Penal*[...], p. 814-815.

5 Nota de Juarez Tavares. In WESSELS, Johannes. *Direito Penal*[...], p. 96.



e determinados, gerando grande insegurança jurídica.⁶ É forçoso concordar que o elenco de causas supralegais de exculpação não pode ser estendido de modo indiscriminado, ainda que com pretensões de humanizar as leis penais e, consequentemente, o Sistema de Justiça Criminal, sob pena de serem concedidos privilégios intoleráveis.⁷ Mas, não se pode olvidar que a adoção da “segurança jurídica” como valor inerente à justiça, sem qualquer questionamento crítico, pode tornar a lei irremediavelmente injusta e terminar por gerar “uma pugna da justiça consigo mesma.”⁸ Dessa forma, a segurança jurídica se torna uma “armadilha da pura formalização, transformada em critério de legitimidade, e, portanto, leva à aceitação de todo direito formalizado como *eo ipso* legítimo, desde que convenientemente legislado.”⁹ A humanização do Sistema de Justiça Criminal pela via do *conflito de deveres*, estabelecido no contexto de *condições sociais adversas* (marginalidade e pobreza extremas), inerentes ao neoliberalismo, prejudiciais à normal motivação da vontade em situações da vida, necessita do estabelecimento de *condições objetivas* e *pressupostos*. A partir do

6 Ver: WESSELS, Johannes. *Direito Penal*[...], p. 96-97; ROXIN, Claus. *Derecho Penal*[...], p. 959-961.

7 Colhe-se de outra nota feita por Juarez Tavares a seguinte advertência: “quando está em jogo uma vida humana e onde se ofendem direitos elementares da humanidade, parece-nos muito débil a simples exigência de que o agente tenha atuado segundo a sua consciência. Deve-se exigir também que, pelo menos, sejam atendidas certas condições objetivas, como: a iminência do dano (e não mera hipótese), a inexistência de outra forma de oposição ao perigo, o preenchimento do dever que cause o menor mal possível à vítima, a não ofensa aos princípios do Direito das Gentes, etc. do contrário acabaríamos acobertando certas atitudes flagrantemente contrárias aos interesses da humanidade e autorizando o homicídio de inocentes, para salvaguardar um determinado emprego ou “status”, ou homenagear os governantes. Em razão disso, deve-se investigar ainda, em qualquer caso, a motivação real da conduta”. In WESSELS, Johannes. *Direito Penal*[...], p. 97-98.

8 RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Mexico: Fondo de Cultura, 1948. p. 44. *apud* LYRA FILHO, Roberto. *Criminologia dialética...*, p. 77.

9 LYRA FILHO, Roberto. *Criminologia dialética*[...], p. 77-78.



estabelecimento em lei dessas *condições objetivas e pressupostos* capazes de afastar o *juízo de responsabilidade* inerente à culpabilidade, o *conflito de deveres* pode, perfeitamente, se tornar uma *exculpante legal*, em face da *inexigibilidade de conduta conforme o direito*. Porém, enquanto isso não ocorre – e será difícil ocorrer em um país dominado pelo capitalismo neoliberal –, nada impede, a partir do texto constitucional, a aplicação *análoga* dos pressupostos do *estado de necessidade (justificação)* e da *coação irresistível (exculpante)* em favor do agente, ficando o *conflito de deveres* na condição de *exculpante supralegal*.

Teleologicamente, em atenção à situação dos interesses no caso concreto e que põe em prática as estimativas valorativas, procura-se deduzir do conceito *normativo* de culpabilidade, ainda que sem apoio da positiva regulação legal, uma possibilidade de exculpação sensível à realidade econômica, social e política de grande parte das pessoas que vivem no Brasil, desvinculando-se (parcialmente) das teorias eurocêntricas que, normalmente, servem de apoio para o desenvolvimento do nosso Direito Penal.

2. (IN)EXIGIBILIDADE DE CONDUTA CONFORME O DIREITO

A culpabilidade é a parte do sistema de fato punível mais difícil de definir. Sua função geral é desviar a atenção jurídica desde o fato (lesão de uma vítima) para o seu autor (situação subjetiva e motivação). Dentro dessa perspectiva, deverá ser perquirido se o autor da conduta deve ser punido e o grau de culpabilidade/responsabilidade. Portanto, *o conceito de culpabilidade maneja a extensão e a intensidade da administração da justiça penal*.¹⁰

¹⁰ NAUCKE, Wolfgang. *Derecho Penal*[...], p. 288.





A culpabilidade não se esgota na relação psicológica do autor da conduta com o resultado (saber ou não saber; querer ou não querer). Desde Frank, sua essência é representada por um fenômeno normativo; um *juízo de valor*, cujo conteúdo é designado como *contrariedade ao dever* ou *reprovabilidade* (momento normativo da culpabilidade). Desse modo, a *(in)exigibilidade de conduta conforme o direito* ganha uma posição firme na discussão dogmática como um elemento conceitual da *teoria da culpabilidade*. Com o triunfo do conceito *normativo* de culpabilidade – em que pese às críticas contundentes apresentadas ao longo dos tempos –, a *exigibilidade* é um elemento da culpabilidade, enquanto que a *inexigibilidade* é uma causa de exculpação.¹¹

Como exposto, trata-se do terceiro elemento constitutivo do juízo de culpabilidade informado pela tríade *vulnerabilidade-alteridade-tolerância*. Embora imputável o sujeito e conhecedor da ilicitude do seu comportamento, o comportamento ilícito é analisado em face das circunstâncias próprias do caso concreto, que podem ser normais ou anormais. Nesse sentido, é necessária a apreensão de todos os elementos circunstanciais (objetivos e subjetivos) do fato para se poder chegar à conclusão a respeito da *(in)exigibilidade de conduta conforme o direito*.

Se Frank concebeu um princípio de vantagem científica, o de que culpabilidade é reprovabilidade, foi Freudenthal quem o ergueu ao nível material adequado. A *exigibilidade de conduta conforme o direito* foi fecundamente desenvolvida por ele em um tecido econômico e social destroçado pela Grande Guerra e do não menos desolador panorama subsequente, especialmente nos países vencidos nesse confronto bélico. Freudenthal apontou a necessidade de adequar os juízos *jurídico* e *popular*, evitando condenações embasadas em juízos

11 HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Trad. José Luis G. Dalbora. Montevideo: B de F, 2008. p. 45-48.





pronunciados pela arrogância daqueles que pressupõem possuir uma superioridade moral.¹²

Na perspectiva normativa, para existir culpabilidade é necessário que o agente compreenda a antijuridicidade da sua conduta e que atue com certo âmbito de autodeterminação mais ou menos amplo. Por isso, a culpabilidade admite graus de reprovação, conforme essa autodeterminação do autor da conduta antijurídica. Quando a autodeterminação é reduzida ao ponto de não lhe ser exigível uma conduta diversa, haverá exculpação. Assim, a *inexigibilidade de conduta conforme o direito* é a essência de todas as *causas de exculpação*. Sempre que não há culpabilidade é porque não há exigibilidade, qualquer que seja a causa que a exclua.¹³ Dito de outro modo: embora não seja aferível a sua existência, somente quando exista liberdade de decisão é que terá sentido se impor uma censura de culpabilidade contra o agente.¹⁴

A observância dos *mandados, proibições e permissões* legais é um dever de todas as pessoas em sociedade. Não obstante, os níveis de exigência desta observância variam segundo o comportamento exigido, as circunstâncias em que ele se realize, os interesses em jogo, etc. Quando o agente se encontra em uma situação tão extrema, onde não lhe é exigível uma conduta conforme o direito, não será aconselhável, desde o ponto de vista dos fins da pena, a imposição de uma sanção penal.¹⁵ Em todo caso, é possível afirmar que a ideia de *inexigibilidade de conduta conforme o direito* não é exclusiva da culpa-

12 GUZMÁN DALBORA, José Luis. En el centenario de la concepción normativa de la culpabilidad. In BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Orgs.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 107-108.

13 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*[...], p. 516-517.

14 WESSELS, Johannes. *Direito Penal*[...], p. 83.

15 *A responsabilidade criminal* depende da existência de *culpabilidade do sujeito* e da *necessidade preventiva* de sanção penal. Cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal*[...], p. 729, 797 e 897.



bilidade, mas um princípio regulador e informador de todo o ordenamento jurídico.¹⁶

A *(in)exigibilidade de conduta conforme o direito* sempre foi causa de intenso debate na doutrina penal, apesar de ser um princípio presente em todos os ramos do Direito. Inúmeros foram os autores que criticavam o uso de uma exculpante supralegal tão ampla e imprecisa, geradora de “insegurança jurídica”. Conforme relato de Henkel, publicado em 1956, muitos penalistas criticavam as ideias de Frank e, principalmente, de Freudenthal, pois entendiam que a *(in)exigibilidade de conduta conforme o direito* tendia a destruição do Direito, em face da sua *demasiada indeterminação*. É o caso de Liepmann, Oetker, Gerland, Schumacher, Finger, Mezger e Schaffstein¹⁷. Ainda hoje há quem continue criticando a *exigibilidade de conduta conforme o direito* como elemento constitutivo do *conceito normativo* de culpabilidade e *inexigibilidade* como causa de *exculpação supralegal*, havendo grande resistência também na jurisprudência criminal. Porém, com o devido respeito a esse tipo de crítica – que é relativamente difundida entre os penalistas adeptos à corrente linguístico-epistemológica do *(neo) positivismo lógico* ou *empirismo contemporâneo* –, a indeterminação ou insegurança jurídica é inerente ao Direito, sendo objeto de grandes investigações no âmbito da Teoria Geral do Direito e da Hermenêutica Constitucional.¹⁸

16 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: parte general*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p. 437. No mesmo sentido, QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal...*, p. 163.

17 HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo...*, p. 56-62.

18 A propósito: MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na praxis jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004; WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Safe, 1995.



Por mais “cientificamente” aprimorada pretenda ser a linguagem utilizada pelo legislador penal, sempre haverá campo para o processo hermenêutico ou ideológico e, conseqüentemente, haverá dúvida, debate ou discussão, exceto para os sujeitos submissos, alienados, solipsistas ou totalitários. Há várias disposições no campo da legislação penal que inexoravelmente geram insegurança jurídica.¹⁹ Um exemplo dessa insegurança jurídica pode ser extraído do artigo 25, do Código Penal brasileiro, que trata da *legítima defesa*: “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Cabe frisar que isso não implica *niilismo jurídico* ou *relativismo extremo*.

Nos casos concretos, nenhum jurista sério ou consciente sabe qual é o limite *semântico* ou *pragmático*²⁰ das expressões

19 Tocante a essa controvérsia, o saudoso Warat, com a clareza peculiar dos seus textos, irá dizer que “os critérios de organização positivista das linguagens científicas desqualificam os âmbitos ideológicos de significação. Pretendem, assim, reduzir a significação ao campo referencial e constroem, dessa maneira, o *mito do referente puro*. Pretendem a construção de uma linguagem ideal, com aparência de realidade, que reforça a visão do mundo cristalizadora do *status quo*”. In WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*[...], p. 42.

20 “Existe uma relação discurso científico-usuário que recoloca como importante a dimensão pragmática do saber científico. Tal dimensão, no entanto, não foi tematizada pelo Positivismo Lógico. Os discursos científicos alienados dos processos de sua comunicação criam uma ilusão de univocidade que a análise pragmática permite desmistificar. A análise pragmática, vinculada à temática da ideologia, impõe a necessidade de realizar leituras ideológicas dos discursos da ciência. A pragmática, projetada ao direito, permite compreender que a ideologia é um fator indissociável da estrutura conceitual nas normas gerais. A partir da análise pragmática pode ser levantada a tese no sentido de que em um discurso normativo, para que exista o efeito de uma univocidade significativa, deve haver uma prévia coincidência ideológica. Por esta razão, a análise pragmática é um bom instrumento para a formação de juristas críticos, que não realizem leituras ingênuas e epidérmicas das normas, mas que tentem descobrir as conexões entre as palavras da lei e os fatores políticos e ideológicos que produzem e determinam suas funções na sociedade. Desta forma, realizar estudos jurídicos à





CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

“moderadamente”, “meios necessários” e “imminente”, utilizadas pelo legislador brasileiro para definir o tipo permissivo da *legítima defesa*. Não raro situações de fato idênticas recebem tratamento diferenciado na solução de casos penais. Nem por isso se cogita retirar a *legítima defesa* do cenário jurídico-penal como uma causa de *justificação* de comportamentos penalmente típicos, mesmo diante da insegurança jurídica decorrente do texto legal. E o mesmo pode ser dito das situações de *estado de necessidade* (“considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”).

Feita essa breve e necessária digressão, cabe frisar que, enquanto princípio jurídico inerente à totalidade do ordenamento jurídico, a *exigibilidade de conduta conforme o direito* nunca desaparecerá. Embora difícil a sua delimitação no

margem da análise pragmática constitui uma atitude ‘cientificista’. Assim, tais correntes constituem uma filosofia analítica e crítica do discurso científico, mas, no entanto, acrítica com relação à realidade social, que se dilui em um jogo proposicional. Não se pode fazer ciência social ou jurídica sem sentido histórico, sem nenhum compromisso direto com as condições materiais da sociedade e com os processos mediante os quais os sujeitos sociais são dominados e coisificados. Em suma, a análise com base pragmática (que extrapola o Positivismo Lógico) permite articular certas características do funcionamento significativo (persuasão, legitimação, antecipação), explicitando em grande parte as funções dos discursos na sociedade e mostrando como a identificação empirista do discurso científico, que cria um efeito de inquestionabilidade e realidade sobre o saber. A tentativa de identificar a reconstrução teórica da realidade com ela mesma obscurece a dimensão legitimadora de tal processo (que implica na substancialização das noções teóricas) de tal forma que se acaba por confundir a ideologia do emissor com o real. A realidade adquire um valor que não admite nenhuma suspeita e, portanto, rejeita no plano do saber as necessidades de mudança. Desta maneira, o discurso científico das ciências sociais e jurídicas perde toda a possibilidade de converter-se em um discurso de denúncia, de diagnóstico das desigualdades e dos mecanismos de dominação. Este tipo de discurso científico, obviamente, é uma linguagem adormecedora”. In WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*[...], p. 47-48.





campo legislativo, nada obsta a aplicação de uma *exculpante (supra)legal* em casos especiais, ou seja, em situações concretas, a cargo do julgador, conforme o nível de excepcionalidade das circunstâncias, sendo o *conflito de deveres* um desses casos.

3. CONFLITO DE DEVERES E EXCULPAÇÃO

Hellmuth Von Weber ao tratar do *conflito de deveres* no Direito Penal, afirmava a sua dupla importância valorativa: a) o *conflito de deveres* como causa de exclusão do injusto no âmbito da *antijuridicidade material*; b) o *conflito de deveres* como causa de exculpação no âmbito da *responsabilidade pessoal* do autor.²¹ Aqui, o que se buscará tratar é do *conflito de deveres* como causa de *exculpação (supra)legal*.

O *conflito de deveres* ou *colisão exculpante de deveres* existirá quando a ordem jurídica não ofereça uma medida para a solução deste conflito e o agente decida segundo o *princípio universal* de toda ética: *produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito em sociedade*. Onde exista uma *colisão de deveres* insolúvel, desta ou de espécie semelhante, e o agir do autor, determinado pela finalidade de salvamento, esteja necessariamente ligado a uma agressão de bens jurídicos protegidos, deve incidir uma *exculpação (supra)legal*, se o autor, tendo em vista a irremediabilidade da *colisão de deveres*, orientar-se segundo o *princípio universal* da Ética da Libertação.

No âmbito da culpabilidade, portanto, o *conflito de deveres* está atrelado às situações de *inexigibilidade de conduta conforme o direito*, o que é fundamental no contexto de países historicamente achacados pelo imperialismo europeu e norteamericano, e, atualmente, pela globalização neoliberal, onde situações de negação da dignidade humana são produzidas pela estrutura socioeconômica.

21 WEBER, Hellmuth Von. Die Pflichtenkollision im Strafrecht. *Festschrift für Wilhelm Kiesselbach*, Hamburg: 1947. p. 233-250, *apud* HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo[...]*, p. 83.





Nessa perspectiva, o método de desenvolvimento do *juízo de responsabilidade* terá como norte as *circunstâncias anormais reais* (e não meramente normativas), originárias de um perigo não criado pelo sujeito autor de uma conduta típica e antijurídica. Tais *circunstâncias anormais reais* são criadas por políticas públicas que estruturalmente criam riscos para Direitos Humanos (fundamentais), vinculados às *necessidades reais* de todos os sujeitos em sociedade.

A marginalidade e a pobreza extremas (penúria financeira), além de sintomas da *violência estrutural* do capitalismo neoliberal, são formas de negação da *produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito em sociedade*, sendo, portanto, formas de violação dos Direitos Humanos. Elas são produtoras de inúmeras situações de *conflito de deveres* e, por isso, podem e devem exculpar determinadas condutas injustas.

3.1. O CONFLITO DE DEVERES

COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCULPAÇÃO

A doutrina penal, em regra, ao falar da *inexigibilidade de conduta conforme o direito* como forma *supralegal de exculpação*, reporta-se ao *estado de necessidade exculpante*, sem previsão na legislação brasileira, filiada à *teoria unitária do estado de necessidade*.²² Welzel fala que, nos casos de *estado de necessidade*

22 Juarez Cirino dos Santos expõe que “atualmente, duas teorias definem a natureza jurídica do estado de necessidade: a) a teoria *diferenciadora* disciplina o estado de necessidade segundo um *sistema duplo*: como *justificação* (para hipóteses de proteção de bem jurídico superior ao sacrificado) e como *exculpação* (para hipóteses de proteção de bem jurídico equivalente ao sacrificado) – teoria adotada pela legislação penal alemã, por exemplo, que define expressamente o estado de necessidade *justificante* (§34, CP) e o estado de necessidade *exculpante* (§35, CP); b) a teoria *unitária* disciplina o estado de necessidade segundo um *sistema único*: ou como *justificação*, ou como *exculpação* – independentemente de superioridade ou equivalência do bem jurídico protegido em relação ao bem jurídico sacrificado – teoria adotada pela lei penal brasileira, que define o estado de necessidade exclusivamente





exculpante, haverá uma “contradição de deveres” (conflito de consciência) quando a obediência ao direito supõe um sacrifício muito grande para o autor, não se podendo exigir um comportamento adequado ao direito, considerando o seu instinto de conservação. Assim, em situações onde o autor ou até mesmo os seus parentes próximos se encontrem em situação de necessidade com risco corporal ou vital, haverá a exclusão da culpabilidade, ainda que o comportamento seja imoral.²³ Fazendo uma distinção entre *culpabilidade moral* e *culpabilidade jurídica*²⁴, Welzel sustenta que, nos casos de *conflito de deveres* ou *estado de necessidade exculpante* há *injusto e culpabilidade moral*; mas, falta *culpabilidade jurídica* como *reprovabilidade social* do fato, porque qualquer pessoa, se colocada na mesma situação, teria agido do mesmo modo, razão pela qual a ordem jurídica não pode fazer qualquer juízo de reprovação, pois o agente tomou uma decisão cujo resultado injusto é menor que o outro mais grave decorrente da sua inércia.²⁵ Para ele, os pressupostos dessa exculpante são: a) *inevitabilidade do mal maior por meio de outra conduta*; b) *escolha do mal menor*; c) *vontade de salvação*.²⁶

Entretanto, tais pressupostos, além de não serem suscetíveis à comprovação no âmbito do processo penal, não

como *justificação*, no art. 23, I, CP”. In CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*[...], p. 235-236.

23 WELZEL, Hans. *Derecho Penal*[...], p. 185-186.

24 A *culpabilidade jurídica* é mais ampla que a *culpabilidade moral*. Segundo Welzel, “a reprovabilidade da formação de vontade deve alcançar um determinado grau socialmente relevante antes de se converter em culpabilidade jurídica, em culpabilidade ante à comunidade jurídica. Deve estar lesionado ao menos aquele grau de consideração frente aos deveres sociais que, em princípio, todo outro membro da comunidade, no lugar do autor, deve aportar e está em condições de aportar. Porém, onde até o juiz não pode atuar de outra forma, falta a culpabilidade jurídica como reprovabilidade social do fato”. WELZEL, Hans. *Derecho Penal*[...], p. 187.

25 WELZEL, Hans. *Derecho Penal*[...], p. 186-187.

26 WELZEL, Hans. *Derecho Penal*[...], p. 187.





permitem ver as situações concretas de marginalidade e pobreza extremas que fundamentam o *conflito de deveres*, de modo que não se deve confundi-lo com as situações de *estado de necessidade exculpante* desenhadas pela doutrina penal alemã. É que o rigor desses pressupostos inviabiliza o reconhecimento do *conflito de deveres* como exculpante. Afinal, sempre se pode deixar de praticar a conduta injusta – apesar das penosas consequências de se conduzir em conformidade com o direito – e, muitas vezes, o “mal escolhido” será qualificado como “maior” por aqueles que fazem o *juízo de reprovação*, em regra fundados numa ideologia moralista, desgarrada do contexto de marginalidade e pobreza extremas. Dito de outra forma: na prática de um Sistema de Justiça Criminal, cuja ideologia seja reacionária (a exemplo do que se vê no Brasil contemporâneo), os pressupostos teóricos do *estado de necessidade exculpante* impedem o reconhecimento da *inexigibilidade de conduta conforme o direito*, razão pela qual é preciso ir além deles para que o *conflito de deveres* ou *circunstâncias sociais exculpantes* sejam reconhecidas como causa (supra)legal de afastamento da *responsabilidade*. É que a hipótese de incidência ficaria muito restrita.

Ficou demonstrado que o capitalismo não possui condições e interesse de inserir as massas miserabilizadas em condições de vida condizentes com os ditames constitucionais. De fato, não vivemos em um Estado Social e Democrático de Direito, ficando tudo no plano da retórica política. O Sistema de Justiça Criminal, ao lado do medo de desemprego, funciona como ferramenta de controle das massas miserabilizadas e da pobreza em geral. Essa estrutura econômica não consegue e não deseja promover a democracia material em nosso país, reduzindo-a a simples instrumento de manutenção do *statu quo* ou simulacro. Ela usa como grande instrumento de controle social o Sistema de Justiça Criminal, e, dessa forma, reafirma a segregação e os abismos sociais.

As leis penais vigentes em nosso país e o tecnicismo positivista (senso comum teórico dos juristas) são responsáveis



diretos por esse quadro de injustiça social, muito embora grande parte dos seus atores não tenha consciência dos reflexos das suas ações. Tal consciência e a construção de um novo Direito Penal – *enquanto ele não é abolido* – devem ser buscadas com a intervenção da Criminologia Crítica ou Sociologia Jurídico-Penal (perspectiva interdisciplinar), tornando visível a relação interdependente da Economia Política e do Sistema de Justiça Criminal. Somente por essa via de revisão (anti) dogmática é possível concluir que o *conflito de deveres* é causa idônea para exculpar condutas decorrentes do contexto de marginalidade e pobreza extremas.

Conforme exposto acima (Capítulo 2), a globalização neoliberal trouxe duríssimas consequências para o povo dos países periféricos da economia capitalista, sendo o Brasil um desses casos. Como sintoma estrutural do capitalismo neoliberal, o contexto de marginalidade e pobreza extremas atinge um número significativo de pessoas,²⁷ as quais, surpreenden-

27 O Ministério de Desenvolvimento e Combate à Fome, em 03/05/2011, anunciou que o Brasil tem 16,27 milhões de pessoas em situação de *extrema pobreza* (8,5% da população). De acordo com o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), do contingente de brasileiros que vivem em condições de *extrema pobreza*, 4,8 milhões têm *renda nominal mensal domiciliar* igual a zero, e 11,43 milhões possuem renda de R\$ 1 a R\$ 70. *A grande maioria dos brasileiros em situação de miséria é parda ou negra, tanto na área rural quanto na área urbana.* Segundo o IBGE, 46,7% das pessoas na linha de *extrema pobreza* residem em *área rural*, apesar de apenas 15,6% da população brasileira morarem no campo. O restante das pessoas em condição de miséria, 53,3% mora em *áreas urbanas*, onde reside a maioria da população - 84,4%. No Nordeste do país está a maior concentração daqueles que vivem em extrema pobreza - 9,61 milhões de pessoas ou 59,1%. Destes, a maior parcela (56,4%) vive no campo, enquanto 43,6% estão em áreas urbanas. A região Sudeste tem 2,72 milhões de brasileiros em situação de miséria, seguido pelo Norte, com 2,65 milhões, pelo Sul (715,96 mil), e o Centro Oeste (557,44 mil). Para tal levantamento, o governo usou dados do Censo Demográfico de 2010. A linha de pobreza foi estabelecida em R\$ 70 *per capita* considerando o rendimento nominal mensal domiciliar. O IBGE realizou um recorte considerando: *residência sem banheiro ou com uso exclusivo; sem ligação de rede geral de esgoto ou pluvial e sem fossa séptica; em área urbana sem ligação à rede geral de distribuição de água; em área rural sem ligação à rede geral de distribuição de água e sem poço ou nascente na propriedade; sem energia elétrica; com pelo menos um morador de 15 anos ou mais*



CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

temente, permanecem resignadas diante de indisfarçável desigualdade social e obedientes à ordem instituída.²⁸ Mesmo assim, é principalmente nesse grupo social que o Sistema de Justiça Criminal exerce a sua força simbólica, selecionando aqueles indivíduos que irão compor a maior parte da população carcerária. Por tal razão, o estudo do Direito Penal e, em especial, da culpabilidade, não pode seguir a lógica formal dos fundamentos tecnicistas do senso comum teórico dos juristas, devendo-se buscar uma forma de exculpar o injusto praticado por sujeitos influenciados diretamente por esse contexto de marginalidade e pobreza extremas, aqui tratada como *conflito de deveres* ou *circunstâncias sociais exculpantes*. Essa nova forma de exculpação pode evitar ou diminuir o encarceramento dos excluídos e tornar a *violência estrutural* e a *violência institucional* mais visível à população, possibilitando uma transformação social rumo à democracia material (valor universal).

Segundo o Estado Social e Democrático de Direito projetado pela Constituição da República Federativa do Brasil (1988), não é possível utilizar o Direito Penal como ferramenta de controle da marginalidade e da miséria do modo feito em nosso país nas últimas décadas, quando houve um

de idade analfabeto; com pelo menos três moradores de até 14 anos de idade; com pelo menos um morador de 65 anos ou mais de idade. Fonte: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/05/brasil-tem-1627-milhoes-de-pessoas-em-situacao-de-extrema-pobreza.html>, acesso em 02/01/2012. Porém, é necessário também levar em conta aquelas pessoas que estão em situação de pobreza, ainda que a renda nominal mensal seja superior a R\$ 70, desde que presentes os outros indicadores sociais usados pelo IBGE para concretização do levantamento. Porque, mesmo nessa hipótese, ainda há grande aviltamento da dignidade humana e flagrante injustiça social. Ademais, não se pode olvidar que as estatísticas oficiais são precárias e insuficientes, quando não distorcidas. Sobre esse último aspecto ver: ANDRADE, Lédio Rosa de. *Introdução ao Direito Alternativo brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 15-16.

- 28 É fundamental ressaltar que a maior parte da população, embora viva em condições de pobreza, permanece leal à legislação penal e aos princípios da tradição judaico-cristã ocidental, configurando um *erro grotesco* estigmatizar essas pessoas ao supor que elas são propensas à criminalidade.





incremento de 450% da população carcerária, composta em sua maioria por indivíduos pobres, sem instrução ou qualquer influência política, econômica e midiática.

A Constituição da República deixa claro que formamos um Estado Democrático de Direito, tendo como *fundamento* a dignidade humana (art. 1º), e *objetivos* a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º). Há *direitos e garantias fundamentais* de cunho individual, coletivo e social (arts. 5º e 6º) que, ao lado dos *fundamentos e objetivos* da República Federativa do Brasil, jamais serão concretizados enquanto o Direito Penal for utilizado como *principal* ferramenta de Política Criminal. Aliás, conforme destaca Juarez Cirino dos Santos, o que há em nosso país é, exclusivamente, “política penal”.²⁹

Para evitar essa incongruência entre a Constituição da República e as práticas do Sistema de Justiça Criminal do nosso país, é necessário que outros fundamentos axiológicos norteiem o estudo da culpabilidade e o desenvolvimento da Política Criminal. Tais fundamentos devem ser coerentes com a democracia e com os Direitos Humanos, não havendo plausibilidade na imputação de culpa àqueles indivíduos que cometem uma conduta injusta no contexto de marginalidade e

29 “No Brasil e nos países periféricos, a *política criminal* do Estado não inclui políticas públicas de emprego, salário digno, escolarização, moradia, saúde e outras medidas complementares, como programas oficiais capazes de alterar ou de reduzir as condições sociais adversas da população marginalizada do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania, definíveis como determinações estruturais do crime e da criminalidade; por isso, o que deveria ser uma *política criminal* positiva do Estado existe, de fato, como mera *política penal* negativa instituída pelo Código Penal e leis complementares: a definição de crime, a aplicação de penas e a execução penal, como níveis sucessivos da política penal do Estado, representam a única resposta oficial para a questão criminal”. In CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*[...], p. 419.





pobreza extremas, desde que não firam a *vida* e a *integridade física* de qualquer pessoa, que é uma das condições éticas do reconhecimento do *conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação*. Afinal, sendo a *produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito em sociedade* o fundamento da Ética da Libertação, seria incoerente admitir essa exculpante quando existir violação desses bens jurídicos.

Para o desenvolvimento teórico do *conflito de deveres* ou das *circunstâncias sociais exculpantes* é indispensável a adoção de um *método materialista histórico-dialético* agregado à *fenomenologia do poder*. Sem isso, a *violência estrutural* e a *violência institucional* veladamente interferirão no desenvolvimento da teoria do fato punível, mantendo o Sistema de Justiça Criminal como grande instrumento de controle social das massas miserabilizadas, principalmente após a globalização neoliberal.

Apesar da elevada complexidade do tema e das críticas construídas em face da teoria normativa da culpabilidade, é preciso reconhecer que ela (culpabilidade) faz parte do conceito analítico de fato punível e, sendo assim, necessita ser desenvolvida a partir de um fundamento material condizente com a *produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito em sociedade*. Não é possível imputar *responsabilidade* contra qualquer sujeito que tenha praticado um injusto penal influenciado diretamente pelo contexto de marginalidade e pobreza extremas, exceto nos casos em que há violação à vida ou à integridade física da vítima. A *responsabilidade* exige normalidade das circunstâncias em torno do agente. Havendo *anormalidade* de circunstâncias em um nível profundo de marginalidade e pobreza extremas, não haverá *responsabilidade*, desde que exista liame material entre essas circunstâncias e o injusto praticado, bem como se não for violada a vida ou a integridade física de outro sujeito humano.

Quando o agir em conformidade com o direito exigir um grau de abnegação por parte do autor do injusto inexistente de outra pessoa, em face de uma *necessidade* iminente





não evitável por outro modo,³⁰ caberá ao Estado reconhecer a ausência de qualquer responsabilidade criminal. Isso se aproxima do *estado de exceção*, visto como *direito de resistência* das massas miserabilizadas. Entretanto, cabe frisar que o *conflito de deveres* ou *circunstâncias sociais exculpantes* busca a democracia material e a implementação das políticas sociais definidas na Constituição da República, ou seja, busca ampliar liberdades com igualdade social. Essa busca é inconfundível com as propostas totalitárias de Schmitt, que via no soberano um sujeito sem limites políticos.³¹

O *conflito de deveres* como *exculpante supralegal* exige uma *visão institucional* do direito (como algo que excede a norma), contrariando a *visão positivista* que não o reconhece nesses termos. Para os positivistas o *conflito de deveres*, enquanto não previsto em lei, é um elemento extrajurídico e, assim sendo, inviável é a sua aplicação nos casos penais concretos. Por outro lado, para os juristas que reconhecem o direito como *instituição*, o *conflito de deveres*, ainda que tratado como *exculpante supralegal*, equivale a um *estado de exceção*, fazendo parte do direito positivo, uma vez que a *necessidade* que o funda é fonte autônoma de direito.³²

30 *Necessitas legem non habet* (a necessidade não tem lei). Por isso: a) a necessidade não reconhece nenhuma lei; b) a necessidade cria sua própria lei. Será o juízo sobre a subsistência do *estado de necessidade* que esgotará o problema da legitimidade do *estado de exceção*. A *necessidade* tem o poder de tornar o *estado de exceção* lícito ou ilícito (*si propter necessitatem aliquid fit, illud licite fit: quia quod non este licitum in gege, necessitas facit licitum. Item necessitas legem non habet – Decretum de Graciano, pars I, dist. 48*). Ver: AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Trad. Iraci D. Poletti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 40.

31 SCHMITT, Carl. *O Conceito de Político*. Trad. Álvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992. Ver a crítica aguçada de Zaffaroni a respeito do pensamento político de Schmitt e a definição de “inimigo”. In ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*[...], p. 134-144.

32 São autores que excluem o *estado de exceção* do ordenamento jurídico: Biscaretti, Balladore-Pallieri, Carré de Malberg (o estado de exceção e a necessidade que o funda são elementos extrajurídicos). Por outro lado, são autores que incluem o *estado de exceção* ao ordenamento jurídico: Santi Romano,





A *necessidade* é uma justificativa para uma transgressão em um caso específico por meio de uma *exceção*. A teoria da necessidade é uma teoria da exceção onde um caso particular escapa da observância da lei³³. Expõe Agambem: “em caso de necessidade, a *vis obligandi* da lei desaparece porque a finalidade da *salum hominum* vem, no caso, a faltar. É evidente que não se trata aqui de um *status*, de uma situação da ordem jurídica enquanto tal (o estado de exceção ou de necessidade), mas sim, sempre, de um caso particular em que *vis* e *ratio* da lei não se aplicam”.³⁴

Apoiando-se em Santi Romano, Agamben ainda afirma que “o estado de exceção, enquanto figura da necessidade, apresenta-se pois – ao lado da revolução e da instauração de fato de um ordenamento constitucional – como uma medida ‘ilegal’, mas perfeitamente jurídica e constitucional, que se concretiza na criação de novas normas (ou de uma nova ordem jurídica)”.³⁵

Portanto, é possível compreender que o *conflito de deveres*, ainda que não previsto na legislação penal brasileira como causa de exculpação, representa um *direito de resistência* e uma forma de forçar a efetivação das normas constitucionais por parte dos agentes políticos. A inovação que ele representa, ainda que a sua positivação não ocorra no contexto da legislação penal brasileira, deve ser levada a cabo pela jurisprudência dos Tribunais pátrios, desde que presente na vida do autor do injusto o contexto de marginalidade e pobreza extremas.

Realmente, o *conflito de deveres*, enquanto representação de um *estado de necessidade*, torna-se uma zona ambígua e

Haurou, Mortati (o estado de exceção é parte integrante do direito positivo, pois a necessidade que o funda é fonte autônoma de direito); Hoerni, Ranelletti, Rossiter (o estado de exceção é um direito subjetivo do Estado à sua própria conservação. In AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*[...], p. 38.

33 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*[...], p. 40-41.

34 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*[...], p. 42.

35 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*[...], p. 44.





incerta onde procedimentos de fato, em si extra ou antijurídicos, transformam-se em direito e onde as normas jurídicas se indeterminam em mero fato. É um limiar onde fato e direito tendem a ficar indiscerníveis: o fato vira direito e o direito é suspenso e eliminado de fato.³⁶

Mas, ao tratar das aporias da teoria do estado de necessidade, Agamben não deixa de reconhecer que a *necessidade*, longe de ser um dado objetivo, é um *juízo subjetivo* (avaliação moral ou política; enfim, extrajurídica) que torna necessária e excepcional toda situação assim declarada. Por isso, *é ingênuo pensar a teoria do estado de necessidade como uma situação objetiva*. Além disso, o *estado de exceção* é uma lacuna fictícia criada artificialmente para salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal. Nas suas palavras: “a lacuna não é interna à lei, mas diz respeito à sua relação com a realidade, à possibilidade mesma de sua aplicação. É como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchida pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde essa aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor”.³⁷

Tocante ao *direito de resistência*, inexoravelmente representado no *conflito de deveres* ou *circunstâncias sociais exculpantes*, apoiando-se nas palavras de Roberto Gargarella, é importante lembrar que a pobreza constitui uma violação de Direitos Humanos, e, historicamente, constata-se que o direito foi um instrumento decisivo para a opressão de milhões de pessoas, não havendo sentido em respeitar a ordem legal nos casos de marginalidade e pobreza extremas.³⁸

36 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*[...], p. 45-46.

37 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*[...], p. 46-49.

38 GARGARELLA, Roberto. El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema. *Astrolabio Revista Internacional de Filosofia*. Barcelona, a. 3, n. 4, p. 1-29, maio/2007.





. Nessas circunstância sociais adversas de marginalidade e pobreza extremas ocorre uma *alienação legal*, ou seja, o direito começa a servir a propósitos contrários àqueles que, no final, justificam a sua existência. Ao invés da normas legais garantirem a liberdade e o bem-estar das pessoas, elas passaram a prejudicar esses interesses fundamentais. Atualmente, a ideia de *resistência* está enfraquecida no discurso político e jurídico, porque as fontes de dominação se multiplicaram e estão dispersas, dificultando-a em termos práticos.³⁹

Nesse sentido, Gargarella questiona:

“A quem culpar, então, de tais misérias e opressões? Aos empregadores que se negam a oferecer mais postos de trabalho ou a aumentar os salários dos trabalhadores? À polícia, que com selvagerismo executa as ordens do poder político? Aos parlamentos que não aprovam as leis que deveriam aprovar para melhorar o bem-estar coletivo? Aos juízes, que se mostram dóceis diante do poder? Ao presidente?”⁴⁰

A dispersão do poder e a fragmentação social tornam cada vez mais difícil o exercício do *direito de resistência* por parte das grandes massas miserabilizadas. A fragmentação social existente nas sociedades contemporâneas faz com que alguns grupos tenham boa vida, enquanto outros permaneçam na miséria. Dessa forma, aqueles acabam se omitindo na luta por igualdade social, já que a situação lhes é aparentemente cômoda. Por outro lado, estes não possuem consciência ou força política para transformarem a sociedade, ficando a democracia na condição de procedimento para manutenção

39 GARGARELLA, Roberto. El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema..., p. 7-13.

40 GARGARELLA, Roberto. El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema..., p. 13.





do *statu quo*.⁴¹ Dessa forma, todos que se encontram privados de certos bens humanos básicos enfrentam, atualmente, situações de *alienação legal*.⁴² O sistema judicial é incapaz de albergar ou dar satisfação às demandas daquelas pessoas que estão no contexto de marginalidade e pobreza extremas, desprovidas da almejada proteção de seus direitos fundamentais. Pode-se concluir, juntamente com Gargarella, que “a ordem legal se mostra cega diante das privações dos marginalizados, surda em face dos seus reclames ou carente de vontade para remediar as humilhações que padecem”.⁴³

É difícil deixar de reconhecer que a morte de milhões de pessoas por causa da miséria é um fato criminoso e que a ordem legal não esteja diretamente vinculada a esse fato. Nesse ponto, cumpre transcrever o pensamento de John Drèze e Amartya Sem:

“O sistema econômico que produz a fome pode ser mal e o sistema político que a tolera pode ser perfeitamente repulsivo, porém, é possível que, nesta situação em que amplos setores da nossa população carecem da possibilidade de adquirir comida suficiente para sobreviver, não se esteja produzindo nenhuma violação de direitos legalmente reconhecida. A questão não é tanto que não existam normas jurídicas contra o morrer de fome. Isso é tão verdadeiro como óbvio. A questão é que os direitos de apropriação, intercâmbio e transação, legalmente garantidos, delineiam sistemas econômicos que podem ir na mão de

41 MIGLINO, A. *Democracia não é apenas procedimento*. Trad. Érica Hartmann. Curitiba: Juruá, 2006.

42 GARGARELLA, Roberto. *El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema...*, p. 18.

43 GARGARELLA, Roberto. *El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema...*, p. 19.





CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

situações em que a população careça da possibilidade de adquirir comida suficiente para sobreviver”.⁴⁴

Dessa forma, a atuação do Sistema de Justiça Criminal, dentro de um Estado Social e Democrático de Direito, não pode ser abusiva, influenciada por moralismos vulgares, mormente após o desvelamento da sua seletividade e reprodução da violência promovido pela Criminologia Crítica. No processo de construção social da culpabilidade, somente uma ética materialista, como a Ética da Libertação, preocupada com a *produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito em sociedade*, pode servir de base para a criminalização dos indivíduos. Ou seja, é inadmissível uma ética formal-discursiva, que não resolve os problemas e conflitos sociais gerados a partir da pauperização da população pelo capitalismo neoliberal, como base para a construção do fundamento material da culpabilidade ou responsabilidade. Esse fundamento material da culpabilidade representa uma garantia a cada sujeito em sociedade em face do poder punitivo estatal, servindo como proteção aos sujeitos mais vulneráveis e suscetíveis de serem criminalizados pelo Sistema de Justiça Criminal.

Somente os fatores concretos da vida, o contexto individual e social do autor do injusto penal e a sua capacidade de evitá-lo diante da vedação legal, é que podem servir de fundamento para o *juízo de responsabilidade*, afastando-se completamente da ideia de *vontade livre* ou *livre-arbítrio*, que há muito tempo é vista como irreal. Serão os relacionamentos interpessoais, o (des)emprego, a condição financeira e a (de)formação educacional os fatores a serem sopesados no processo de avaliação da autonomia do sujeito quando da prática do injusto penal.

O reconhecimento da realidade antropológica e sensorial humana e a aproximação da formulação legal à fenomenologia

44 DRÈZE, John; SEN, Amartya. *Hunger and Public Action*. Oxford: Clarendon, 1989. p. 20.





do poder são condições para o reconhecimento científico do fundamento material da culpabilidade. Assim, sem o reconhecimento dos conflitos sociais concretos, a responsabilidade criminal se torna um simples ato político de conveniência e, por isso, carece de legitimidade constitucional (perspectiva histórico-dialética). Lamentavelmente, no Brasil, as *situações sociais adversas* são comuns a grande parte da população brasileira, gerando “a máxima negação da *normalidade da situação de fato* pressuposta no *juízo de exigibilidade*”, levando um número excessivo de trabalhadores à marginalidade e pobreza extremas, especialmente em decorrência de políticas econômicas recessivas, “impostas pelos interesses hegemônicos da globalização do capital”.⁴⁵

Juarez Cirino dos Santos é um dos poucos penalistas que trabalha o *conflito de deveres* no contexto de *condições sociais adversas* como forma de *exculpação supralegal* de condutas antijurídicas. O penalista pátrio visualiza o constrangimento impingido às pessoas que rompem os *vínculos normativos comunitários* para preservação de *valores concretamente superiores*: vida, saúde, moradia, alimentação e escolarização dos filhos. Isso é muito visível em delitos patrimoniais cometidos por ex-empregados da indústria, do comércio e da agricultura. Essas pessoas, para evitar a desintegração da família, a prostituição das filhas e a “pivetização” dos filhos, depois de anos sem conseguir reingressar ao mercado formal de trabalho, ameaçadas, angustiadas e desesperadas, diante da fome, da doença e da insegurança, reagem de modo ilegal, pois as condições de existência social adversas passaram a ser uma constante em suas vidas, tornando o crime uma *resposta normal* de sujeitos em *situação social anormal*.⁴⁶

45 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*[...], p. 333.

46 Entendemos que a pequena narcotraficância, o pequeno descaminho e outros desvios cometidos por grande parte das pessoas que compõem a população carcerária do país também fazem parte desse contexto, devendo sofrer





Inspirado na Criminologia Crítica e na teoria marxiana, Juarez Cirino dos Santos sustenta:

“Quando condições de existência social adversas deixam de ser a exceção transitória para ser a regra constante da vida das massas miserabilizadas das sociedades fundadas na relação *capital/trabalho assalariado*, então o crime pode constituir *resposta normal* de sujeitos em *situação social anormal*. Nessas condições, os critérios normais de valoração do comportamento individual devem mudar, utilizando pautas excepcionais de *inexigibilidade* para fundamentar hipóteses *supralegais* de exculpação por *conflito de deveres*, porque, afinal, o direito é regra da vida. O ser humano concreto, expressão ‘bio-psíquico-emocional’ deformada de relações sociais desumanas, reage contra a violência da estrutura econômica da sociedade, instituída pelo Direito e garantida pelo poder do Estado, utilizando a única alternativa real de sobrevivência animal disponível, a violência individual. A abertura do conceito de *inexigibilidade* para as condições reais de vida do povo parece alternativa capaz de contribuir para democratizar o Direito Penal, reduzindo a injusta criminalização de sujeitos penalizados pelas condições de vida social. Nesse ponto, direito *justo* é direito *desigual*, porque considera *desigualmente* sujeitos concretamente *desiguais*”.⁴⁷

Os sujeitos que estão no contexto de marginalidade e pobreza extremas não tem o dever de obedecer totalmente ao direito, pois a lei não lhes assegurou a proteção que necessitam, sendo responsável direta por essa condição de vida (ou morte[...]).⁴⁸

forte descriminalização a partir do reconhecimento do *conflito de deveres* como causa de *exculpação (supra)legal*.

47 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*[...], p. 334.

48 GARGARELLA, Roberto. *El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema...*, p. 20-23.





Em face do embate de interesses juridicamente relevantes, a lógica formal do sistema de criminalizações se revela insuficiente, cabendo o aprimoramento da dogmática penal em bases éticas condizentes com os conflitos sociais reais da vida de grande parcela da população brasileira. Isso não torna o *conflito de deveres* um elemento puramente ético; trata-se de um elemento de caráter *jurídico*, pois representa uma *necessidade* – embora não se confunda com o *estado de necessidade* – e traz à tona o *estado de exceção*.

Sintetizando, o Estado perde completamente a legitimidade de punir aqueles sujeitos que não têm garantido aquilo que Erich Fromm denomina de “consumo ótimo”, incluído aí o direito à alimentação, à educação e à cidadania em geral, que é um dever seu essencial.⁴⁹

Entretanto, a influência da criminologia positivista na práxis do Sistema de Justiça Criminal e a despolitização de grande parte dos atores jurídicos, representa uma grande

49 Fromm diferencia *consumo ótimo*, vinculado às *necessidades genuínas* (alimentação, educação, saúde, transporte, cidadania), do *consumo máximo*, vinculado às *necessidades sintéticas* (fetiches mercadológicos inerentes ao consumo fútil). Importante ressaltar que, embora os Estados capitalistas não atendam às *necessidades genuínas* de grande parte da população, estimulam o *consumo máximo*, difundindo individualismo e fetichismo, pressionando a todos para se tornarem consumistas. Esse caráter social acaba sendo reproduzido pela totalidade da população, inclusive, por aqueles sujeitos que serão selecionados pelo Sistema de Justiça Criminal. Eles também sofrem da chamada “falta sintética”, gerando uma nova negação. Ver: FROMM, Erich. *Sobre la desobediencia y otros ensayos*. Barcelona: Paidós, 2004. p. 33-34. Nota-se que o sofrimento das massas miserabilizadas é otimizado pelas campanhas publicitárias e pelos valores dessas sociedades de consumo. Esse fator social também deve ser sopesado pelo julgador no momento de formar o *juízo de responsabilidade* do agente delituoso. Com efeito, Maurício Stegemann Dieter afirma: “o furto de um objeto de luxo, cujo fetiche transborda nos meios de comunicação, poderia ser exculpado por inexigibilidade dado o conflito de deveres entre o que é juridicamente proibido e estruturalmente imposto, faltando ao Estado a legitimidade para punir, neste caso”. In DIETER, Maurício Stegemann. *A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal e as situações supraleais de exculpação*. Dissertação. 191p. Curitiba: Universidade Federal do Paraná. 2008. p. 167.





barreira para o reconhecimento do *conflito de deveres* em *situações sociais adversas* de marginalidade e pobreza extremas como forma de *exculpação supralegal* de condutas injustas. Na melhor das hipóteses, o que se tem visto – no plano doutrinário – é o reconhecimento da *coculpabilidade* da sociedade organizada como uma circunstância *atenuante* da pena, jamais como forma de exculpação. E, no plano da jurisprudência, nem isso é visto, de modo que, no plano político e legislativo, um trabalho exaustivo deve ser iniciado pela academia e pelos órgãos da sociedade civil, cujas ações estão vinculadas a princípios libertários. Conforme critica Andrade, nossos atores jurídicos ainda estão preocupados com o argumento da “segurança jurídica”.⁵⁰

3.2. O CONFLITO DE DEVERES

COMO CAUSA LEGAL DE EXCULPAÇÃO

No âmbito do direito comparado, não é encontrada qualquer disposição legal que trate do *conflito de deveres* na perspectiva aqui projetada.⁵¹ Entretanto, percebe-se que algumas legislações levam em consideração a situação econômica do agente delituoso, seja em relação à *teoria do fato punível*, no

50 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*[...], p. 138-142.

51 Embora o Código Penal português preveja o “conflito de deveres”, é importante frisar que o seu artigo 36 traz uma situação completamente distinta da tese sustentada no presente trabalho. Conforme comentário de Jorge de Figueiredo Dias, esse dispositivo da legislação portuguesa é uma causa de justificação da conduta, equiparada a uma “colisão de interesses”, cuja solução deve seguir as diretrizes do *estado de necessidade justificante*. In FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*[...], p. 466-469. A propósito, ver: PORTUGAL. Decreto-lei n. 400, de 23 de setembro de 1982 (com redação dada pela Lei n. 59, de 4 de setembro de 2007). Código Penal da República Portuguesa. *Diário da República*, 1.^a série, n. 170, de 4 set. 2007. “Artigo 36º. Conflito de deveres. 1 - Não é ilícito o facto de quem, em caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas de autoridade, satisfizer dever ou ordem de valor igual ou superior ao do dever ou ordem que sacrificar”.





campo da *culpabilidade*, seja em relação à *teoria da pena*, no campo da sua *dosimetria*.

O Código Penal alemão, por exemplo, ao tratar dos *princípios da fixação da pena*, afirma que caberá aos tribunais sopesar as circunstâncias favoráveis e desfavoráveis ao sujeito delinquente, devendo ser consideradas *as suas condições pessoais e econômicas*.⁵² Igual disposição há no Código Penal paraguaio.⁵³

52 ALEMANHA. Código Penal da República da Alemanha. Strafgesetzbuch (StGB) Ausfertigungsdatum: 15 de maio de 1871. “§ 46 Grundsätze der Strafzumessung. (1) Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe. Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen. (2) Bei der Zumessung wägt das Gericht die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen, gegeneinander ab. Dabei kommen namentlich in Betracht: - die Beweggründe und die Ziele des Täters; - die Gesinnung, die aus der Tat spricht, und der bei der Tat aufgewendete Wille; - das Maß der Pflichtwidrigkeit; - die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat; - das Vorleben des Täters, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie; - sein Verhalten nach der Tat, besonders sein Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen, sowie das Bemühen des Täters, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen. (3) Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, dürfen nicht berücksichtigt werden.

Tradução livre: § 46. *Princípios da fixação da pena*. (1) A culpabilidade do autor constitui o fundamento para a fixação da pena. Devem ser consideradas as consequências que são de esperar da pena para a vida futura do autor em sociedade. (2) Na fixação o tribunal avaliará as circunstâncias favoráveis e desfavoráveis ao autor. Nessa relação devem ser tomados em consideração de maneira particular: - os motivos e objetivos do autor; - o ânimo, que fala do fato e a vontade empregada no fato; - a medida da violação ao dever; - a classe de execução e o efeito culpável do fato; - *os antecedentes de conduta do autor, suas condições pessoais e econômicas*, assim como sua conduta depois do fato, especialmente seu esforço para reparar o dano, assim como o esforço do autor para fazer um acordo com a vítima. (3) Não é permitido levar em conta circunstâncias que já são características do tipo legal.

53 PARAGUAI. Ley n. 1.160/97. Código Penal de la República del Paraguay: “Artículo 65. *Bases de la medición*: 1º La medición de la pena se basará en la reprochabilidad del autor y será limitada por ella; se atenderán también los efectos de la pena en su vida futura en sociedad. 2º Al determinar la pena, el tribunal sopesará todas las circunstancias generales en favor y en contra



O art. 41, do Código Penal argentino, é outro exemplo de disposição legal onde a situação pessoal e econômica é considerada na aplicação da pena criminal.⁵⁴

Porém, atualmente, a única legislação que traz uma disposição vinculando a condição pessoal e econômica do autor

del autor y particularmente: los móviles y los fines del autor; [...]; 5. *la vida anterior del autor y sus condiciones personales y económicas...*".

Tradução livre: "Artigo 65. *Bases da medição*: 1º A medição da pena se baseará na reprovabilidade do autor e será limitada por ela; se atenderão também os efeitos da pena em sua vida futura em sociedade. 2º Ao determinar a pena, o tribunal sopesará todas as circunstâncias gerais em favor e contrárias ao autor e particularmente: os motivos e os fins do autor; [...]; 5. *A vida anterior do autor e suas condições pessoais e econômicas[...]*".

- 54 ARGENTINA. Ley n. 11.179. Código Penal de la Nación Argentina. Promulgado el 29 de octubre de 1921: "Artículo 40.- *En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente*". "Artículo 41.- *A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: 1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados; 2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso*".

Tradução livre: "Artigo 40. Nas penas divisíveis por razão de tempo ou de quantidade, os tribunais fixarão a condenação de acordo com as circunstâncias atenuantes ou agravantes particulares a cada caso e em conformidade com as regras do artigo seguinte". "Artigo 41. Para os efeitos do artigo anterior, se levará em conta: 1º. A natureza da ação e dos meios empregados para executá-la e a extensão do dano e do perigo causados; 2º. A idade, a educação, os costumes e a conduta precedente do sujeito, a qualidade dos motivos que o determinaram a delinquir, especialmente a miséria ou a dificuldade de conseguir o sustento próprio necessário e dos seus parentes próximos, a participação que tenha no fato, a reincidência em que tiver incorrido e os demais antecedentes e condições pessoais, assim como os vínculos pessoais, a qualidade das pessoas e as circunstâncias de tempo, lugar, modo e ocasião que demonstrem sua maior ou menor periculosidade. O juiz deverá tomar conhecimento direto e pessoalmente do sujeito, da vítima e das circunstâncias do fato na medida requerida para cada caso".

do fato punível com a *culpabilidade* é a colombiana. O Código Penal colombiano prevê uma *causa especial de diminuição da pena* (em face da redução da reprovabilidade da conduta) quando o autor do fato punível agir sob a influência de profunda situação de *marginalidade, ignorância ou pobreza extrema*, cuja influência na prática delituosa fique comprovada. E mais: a legislação colombiana ainda ressalta que a diminuição da pena somente ocorrerá nesses casos, se a sua influência não for suficiente para o afastamento da própria *culpabilidade*, diante da *inexigibilidade de conduta conforme o direito*.⁵⁵

No anteprojeto do Código Penal da República Bolivariana da Venezuela⁵⁶ está prevista, no artigo 40, uma causa de exculpação ou de diminuição da reprovabilidade da conduta e, conseqüentemente, da pena criminal, quando, a conduta do agente tenha sido praticada sob a influência de extremas e notórias condições de pobreza e desigualdade sobrevindas pela falta de integração social.⁵⁷ Colhe-se da sua exposição de motivos:

55 COLÔMBIA. Ley n. 599, de 24 de julio de 2000. Código Penal. *Diario Oficial*. Bogotá. 24 de julio de 2000: “Artículo 56.- El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición”. Tradução livre: “Artigo 56. Aquele que realize a conduta punível sob a influência de profundas situações de marginalidade, ignorância ou pobreza extremas, enquanto tenha influenciado diretamente na execução da conduta punível e não tenham entidade suficiente para excluir a responsabilidade, incorrerá em pena não maior que a metade do máximo, nem menor que a sexta parte do mínimo da cominada na respectiva disposição”.

56 Projeto de Reforma do Código Penal venezuelano do *Tribunal Supremo de Justicia*, de 13 de abril de 2005, coordenada pelo magistrado Alejandro Angulo Fontiveros.

57 “Artículo 40. *Circunstancia especial atenuante por razones sociales*. Quien obre influido por tan extremas como notorias condiciones de pobreza e ignorancia y desigualdad sobrevenidas, todo lo cual le haya ocasionado una evidente falta de integración al sistema normativo nacional; y en cuanto estas circunstancias hayan determinado una debilitación manifiesta de su civismo, una propensión a delinquir y de forma evidente la ejecución de la conducta



CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

“Empero, no se ha de creer en la utopía (que reinó desde el siglo XVI hasta casi el siglo XIX) de que el solo incremento de las penas y una febricitante penalización de las conductas, podían frenar por completo la criminalidad. Ningún país del mundo y ni siquiera aquellos considerados como potencias económico-sociales, pueden escapar al ineluctable fenómeno social de la criminalidad. Hay, pues, que tomar en consideración las causas que conducen al hombre a delinquir. La opresión del hombre por duras circunstancias económico-sociales lo hacen propender al delito y máxime si no ha recibido una educación adecuada. Se hace menester, en consecuencia, tratar de disminuir en lo posible la pobreza, no solamente por razones de justicia social sino para dar al ser humano más oportunidades de llevar una vida digna y alcanzar sus fines. En este propósito de abatir la pobreza y la consiguiente disminución de recursos en general, debe el Estado adelantar una política demográfica que mejore la calidad de la población y determine que la carencia de los recursos no sea tan grave, para lo cual es necesario controlar la natalidad porque en Venezuela tienen más hijos quienes menos los pueden mantener y educar. Y siempre tener presente, en relación con las personas que delinquen, que hay que considerar a éstos cada vez más, tanto en la vertiente del

punible; y cuando tales circunstancias no tengan la excepcionalísima entidad suficiente para excluir la responsabilidad penal, será sancionado con la pena establecida para el delito cometido en un término no mayor de la mitad del límite superior, ni menor de la tercera parte del límite inferior”. Tradução livre: “Artigo 40. *Circunstância especial atenuante por razões sociais.* Quem atue influenciado por extremas e notórias condições de pobreza e ignorância e desigualdade sobrevindas, todas as quais tenham sido ocasionadas por evidente falta de integração ao sistema normativo nacional; e enquanto estas circunstâncias tenham determinado uma debilidade manifesta de seu civismo, uma propensão a delinquir e de forma evidente à execução da conduta punível; e quando tais circunstâncias não tenham a excepcionalíssima força suficiente para excluir a responsabilidade penal, será punido com a pena estabelecida para o delito cometido em patamar não superior à metade do limite máximo, nem menor que um terço do limite inferior”.





cabal respeto a sus derechos humanos cuanto a promover su reinserción social en la medida de lo posible y justo”.⁵⁸

E, em relação ao crime de *furto*, o anteprojeto venezuelano expressamente prevê uma *causa excludente do injusto*: “Artículo 504. Hurto famélico o necesario. Quien sin violencia se apodere de alimentos, medicinas o bienes muebles de escaso valor, para calmar un hambre prolongada por una situación notoria de extrema pobreza o para curar alguna grave enfermedad, sufrida por sí mismo o por sus padres, cónyuge o hijos, actúa por un estado de necesidad y no será castigado por el delito de hurto”.⁵⁹ É interessante ressaltar a coerência teleológica das disposições do anteprojeto de Código Penal venezuelano com o texto da exposição de motivos, principalmente em relação à (des)criminalização do aborto consentido, quando a gestante não possui condições financeiras

58 Tradução livre: “Entretanto, não se deve crer na utopia (que reinou desde o século XVI até quase o século XIX) de que só o incremento das penas e uma febril penalização das condutas, poderiam frear por completo a criminalidade. Deve, pois, que tomar em consideração as causas que conduzem o homem à delinquência. A opressão do homem por duras circunstâncias econômico-sociais fazem-no propender ao delito, principalmente se não recebeu uma educação adequada. É de mister, em consequência, tratar de diminuir no possível a pobreza, não só por razões de justiça social senão para dar ao ser humano mais oportunidades de levar uma vida digna e alcançar seus fins. Neste propósito de abater a pobreza e a conseqüente diminuição de recursos em geral, deve o Estado desenvolver uma política demográfica que melhore a qualidade da população e determina que a carência de recursos não seja tão grave, para o que é necessário controlar a natalidade, porque na Venezuela têm mais filhos aqueles que menos podem manter e educar. E sempre ter presente, em relação aos delinquentes, o dever de considerá-los cada vez mais, tanto na vertente do cabal respeito a seus direitos humanos. quanto a promover a sua reinserção social na medida do possível e justo”.

59 Tradução livre: “Artigo 504. *Furto famélico ou necessário*. Quem sem violência se apodere de alimentos, remédios ou bens móveis de pequeno valor, para acalmar a fome prolongada por uma situação notória de extrema pobreza ou para curar alguma doença grave, sofre por si mesmo ou por seus pais, cónyuge ou filhos, atua em estado de necessidade e não será castigado pelo delito de furto”.





para garantir boas condições de vida à sua prole e a gestação não tenha tempo igual ou superior a doze semanas.⁶⁰

Surge assim uma nova concepção de culpabilidade, cuja natureza começa a tratar com maior seriedade as desigualdades sociais e os seus reflexos no exercício do poder punitivo. Embora tal concepção esteja na fase embrionária e a resistência ao seu desenvolvimento no âmbito jurisprudencial seja inequívoca, já é possível perceber que, além de relevantes setores da doutrina penal, alguns parlamentos latinoamericanos estão demonstrando sensibilidade para o problema da marginalidade e da pobreza extremas na seara penal. E o Brasil deve(ria) seguir os exemplos citados.

Afinal, a Constituição da República Federativa do Brasil compreende todas as pessoas como livres e iguais perante a lei, devendo receber a mesma proteção e tratamento das autoridades e gozar dos mesmos direitos, liberdades e oportunidades sem nenhuma discriminação. Cabe ao Estado brasileiro promover as condições para que a igualdade seja real e efetiva, adotando medidas em favor de grupos marginalizados ou discriminados. Além disso, o Estado protegerá especialmente aquelas pessoas que por sua condição econômica, física ou mental, se encontrem em situação de vulnerabilidade manifesta e punirá os abusos ou maus-tratos que contra elas sejam cometidos.

A tríade *vulnerabilidade-alteridade-tolerância* deve constituir o *fundamento material* da culpabilidade, e, nessa perspectiva, o contexto de marginalidade e pobreza extremas tem o

60 "Artículo 242. Aborto por angustiada necesidad social. No será punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la gestante, cuando la mujer se hallare en una situación de apremio por la pobreza y dificultades económicas consiguientes y siempre que desde la concepción no hayan transcurridos más de doce semanas". Tradução livre: Artigo 242. *Aborto por angustiante necesidad social*. Não será punível o aborto praticado por um médico com o consentimento da gestante, quando a mulher se achar em uma situação de urgência pela pobreza e dificuldades econômicas consequentes, desde que a concepção não tenha ocorrido há mais de doze semanas".





condão de afastar qualquer *juízo de responsabilidade* prejudicial àqueles sujeitos que estão vivendo nessas circunstâncias sociais adversas, que consubstanciam uma causa de *exculpação* a ser inserida na lei penal brasileira.

Não é mais sustentável a ideia de *vontade livre* para definir o *juízo de responsabilidade*, porque ela é metafísica e desvinculada do sujeito concreto e das condições e circunstâncias concretas do fato. Como bem lembra Lédio Rosa de Andrade, “qualquer reflexão geral sobre o Direito que despreze a realidade socioeconômica do país onde o mesmo é aplicado estará fadada a ser um mero exercício intelectual sobre a irrealidade, gratuita ficção, uma ilusão, uma quimera sem a mínima importância para as pessoas e para a história real”.⁶¹ Logo, o *juízo de responsabilidade* só pode ser trabalhado a partir da realidade concreta da vida social do autor do desvio.

De lege ferenda, é fundamental que o Brasil introduza em sua legislação penal um dispositivo capaz de reconhecer o *conflito de deveres* como *causa legal de exculpação*. A proposta da presente pesquisa pode ser sintetizada da seguinte forma:

Art. “£”. É isento de pena quem realiza o fato punível no contexto de profundas situações de marginalidade ou pobreza extremas, desde que tenham influenciado diretamente na conduta.

§1º. Não se aplicam as disposições desse artigo aos fatos praticados com violência contra a pessoa, não podendo ser comparada à violência a ameaça, ainda que grave.

§2º. Decidindo pelo não afastamento da responsabilidade criminal, caberá ao juiz diminuir de um a dois terços a pena privativa de liberdade cominada em lei, no contexto de marginalidade ou pobreza de caráter não extremo.

61 ANDRADE, Lédio Rosa de. *Introdução ao Direito Alternativo brasileiro*[...], p. 19.





CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

§3º. Comprovada a resistência expressa do agente em receber a ajuda necessária para afastá-lo do contexto de profundas situações de marginalidade ou pobreza extremas, ficará vedada a aplicação deste artigo.

§4º. Na forma da lei processual, comprovado o contexto de profundas situações de marginalidade ou pobreza extremas, por intermédio de estudo social forense, caberá ao Estado adotar as medidas necessárias para afastá-lo, em prazo não superior a 12 (doze) meses.

A consequência imediata da aplicação de tal dispositivo legal ser(á)ia uma violenta *diminuição da população carcerária* do nosso país, cujo perfil está bem definido nos dados estatísticos oficiais apresentados neste trabalho, ou seja, na maior parte dos casos, homens jovens, pobres, sem estudo ou qualquer tipo de influência política, econômica e midiática.

Apesar do destaque dado ao perfil da maior parte da população carcerária, não se pode olvidar do atual *encarceramento das mulheres* decorrente, principalmente, da chamada “luta contra as drogas”, capitaneada em países da América Latina pelos Estados Unidos, graças à subserviência dos nossos agentes políticos.

Segundo os dados do Infopen (Sistema Integrado de Informações Penitenciárias), atualizados até *dezembro de 2011*, do total da população carcerária (514.582), apenas 29.347 correspondem à população feminina, em cujo perfil merece destaque o fato de 21.119 serem (an)alfabetas ou possuem ensino fundamental (in)completo, e, 22.880 terem praticado crimes relacionados com o patrimônio (5.969) e o narcotráfico (16.911), ou seja, *um tipo de criminalidade vinculada ao contexto de marginalidade e pobreza extremas*. Além disso, também é importante destacar que, ao arripio da Lei de Execução Penal, os estabelecimentos prisionais destinados a elas estão em piores condições do que aqueles destinados à população masculina.





Importante ressaltar que essas mulheres, em sua maioria, já são mães e seus filhos ficam, em muitos casos, completamente abandonados, tornando mais drástica a ação criminógena da pena privativa de liberdade, que é por excelência a grande manifestação da *violência institucional*.

Outra conclusão interessante pode ser extraída dos dados do Infopen: os presos brasileiros são pessoas conformadas com a injustiça social. Apesar de a população carcerária ser de 513.802 pessoas, as quais – salvo raríssimas exceções – vivem em condições desumanas, apenas 1.121 se envolveu em motins ou rebeliões, 640 fugiram e 4 cometeram suicídio. Logo, trata-se de pessoas completamente subjugadas pela *violência estrutural* e pela *violência institucional*.

Esse perfil dos presos é indício de que a maior parte dos sujeitos selecionados pelo Sistema de Justiça Criminal brasileiro são pessoas que vivem no contexto de marginalidade e pobreza extremas, muitas vezes, agravadas pelas passagens anteriores no sistema prisional, evidenciando o caráter criminógeno da atuação estatal. Neste ponto, vale uma reflexão crítica: a sociedade brasileira, apesar de *heterogênea* (opressora, desigual, injusta e dividida em classes), possui uma população carcerária altamente *homogênea*, algo intolerável em um Estado Social e Democrático de Direito.

A inserção do *conflito de deveres* na legislação penal brasileira é um instrumento de transformação desse quadro de injustiça social, principalmente porque estamos propondo uma obrigação correlata ao Estado (promover a cidadania e a igualdade social) quando comprovado o contexto de marginalidade e pobreza extremas.

Certamente, não se deve ser ingênuo ao ponto de crer que a simples inserção de um dispositivo na lei penal mudará completamente a práxis forense do Brasil. Com efeito, no caso colombiano, apesar dos dez anos de existência do art. 56, do Código Penal, a jurisprudência daquele país ainda resiste em afastar a responsabilidade ou diminuir a pena dos autores de





fatos puníveis no contexto de marginalidade e pobreza extremas. Com isso, fica comprovado que a mudança legislativa é apenas um primeiro passo no sentido de transformar a teoria do fato punível nos países que são “pródigos” em matéria de desigualdade e injustiça sociais.

De qualquer modo, cabe aos *intelectuais orgânicos*, comprometidos com a *guerra de posição* de que nos falava Gramsci, transformar a sociedade por meio de uma práxis libertadora, alterando o fundamento material da culpabilidade e minimizando o sofrimento atroz impingido às vítimas do neoliberalismo selecionadas pelo Sistema de Justiça Criminal para compor a população carcerária, sem que isso represente uma iniciativa reformista.

É fundamental dizer que a proposta formulada nesta pesquisa não tem a pretensão de ser a panacéia para as complexas e históricas questões sociais do Brasil. Mas, parece retirar algum(ns) “tijolo(s)” da estrutura opressora vigente na ordem social brasileira, servindo de ferramenta para uma práxis judiciária libertadora, condizente com a Constituição da República, cujo texto projeta o nosso país como um Estado Social e Democrático de Direito, preocupado com a erradicação da pobreza e a eliminação das desigualdades sociais. Esses objetivos nunca serão alcançados enquanto o Estado fizer uso de uma legislação penal retoricamente justa e perfeita, aplicada sem qualquer tipo de distinção social.

Entre os objetivos do presente trabalho, está a preservação da *dignidade humana* e a *limitação* e *redução* do poder punitivo exercido de modo flagrantemente seletivo pelas agências estatais, notadamente as polícias e o judiciário. Ainda que presente o tipo de injusto, o Estado não pode exigir do agente inserido em um contexto de marginalidade e pobreza extremas uma conduta conforme o direito, quando exista um vínculo entre essas circunstâncias sociais adversas e o tipo legal infringido.





Vale lembrar que o *conflito de deveres*, na forma aqui defendida, é uma hipótese excepcional de exculpação, não havendo qualquer razão para se invocar o risco de insegurança jurídica ou pública, a menos que seja compreendida como justa a ordem social vigente. Nesse caso, não haveria mais nada para falar. Porém, não é isso que materialmente se vê, de modo que a *práxis de libertação* deve intervir por ser factível.

4. A FACTIBILIDADE EMPÍRICA DO CONFLITO DE DEVERES COMO CAUSA LEGAL DE EXCULPAÇÃO

A inclusão do *conflito de deveres* como *causa legal de exculpação* representa uma iniciativa típica da *práxis de libertação*, inerente à Ética da Libertação.

A Ética da Libertação desenvolvida por Enrique Dussel⁶² inspirada, inicialmente, em Heidegger e Lévinas, passando por Ricoeur e Gadamer, entre outros, dialoga criticamente com o novo movimento da filosofia nos Estados Unidos e na Europa. Situa-se para além do *helenocentrismo* e do *eurocentrismo*, sem desprezá-los. Desenvolvida, portanto, para a *mundialidade* e para o cotidiano, desde que em favor das maiorias da humanidade excluídas da globalização neoliberal. É contrária à hegemonia das minorias dominantes, donas dos recursos, da palavra, dos argumentos, do capital e dos exércitos, que cinicamente ignoram as suas vítimas em “mesas de negociação” do sistema vigente. Ela possui como condição e exigência absolutas a *vida humana*, que não representa um conceito, uma ideia ou um horizonte abstrato, mas, o *modo de realidade de cada ser humano concreto*.

62 Enrique Dussel (1934-) é um filósofo argentino, radicado no México, desde 1975, em face do exílio imposto pela ditadura que comandava o seu país de origem na época. É um ícone da *filosofia da libertação*, além de possuir grandes trabalhos relacionados à ética e à política, sempre criticando o eurocentrismo predominante na filosofia mundial.





Trata-se de uma ética que afirma totalmente a vida humana diante do “assassinato” e “suicídio coletivo” para os quais a humanidade se encaminha, caso não promova uma radical mudança de rumo, afastando-se da irracionalidade preponderante.⁶³ Para isso, desenvolve-se a partir de *juízos de fato*, empíricos, descritivos, não se sustentando apenas em enunciados típicos da *ética normativa*, ou seja, meros *juízos de valor* (meta-ética analítica), cuja racionalidade não possui validade empírica. Por outro lado, a Ética da Libertação busca a afirmação de uma *ética utilitarista* da “felicidade para as maiorias”, recuperando o aspecto material das pulsões de felicidade, apesar de reconhecer a inconsistência desse utilitarismo como princípio universal de validade suficiente.⁶⁴ Ela tem como ponto de partida as vítimas do sistema mundo, como, por exemplo, a mulher, o indígena, os negros, os camponeses, podendo-se incluir, todos que estão em um contexto de marginalidade e pobreza extremas, ou seja, pessoas que dentro da consensualidade da razão discursiva (*ética formal*) sempre estiveram em condição de assimetria.

Com isso, busca-se a *intersubjetividade simétrica* ou *igualdade material* das vítimas em comunidade solidária entre elas mesmas. A Ética da Libertação, ao revitalizar antigos debates, abre novos horizontes para a *razão ético-estratégica e táctica*, servindo de fundamento e orientação para a complexa articulação transformadora das massas vitimadas que emergem como comunidades críticas (movimentos sociais, políticos, econômicos, raciais, ecológicos e jurídicos) na atualidade, otimizando a *práxis de libertação*, que não é *revolucionária*, uma vez que revoluções possuem pouca factibilidade, mas que também não é *reformista*. Ela parte da vida cotidiana, dos modelos vigentes (da globalização neoliberal), verificando os seus efeitos negativos não intencionais de todo tipo de

63 DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*[...], p. 11.

64 DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*[...], p. 12.





estruturas, desenvolvendo um discurso ético *material* (de conteúdos), *formal* (intersubjetivo e válido), sem olvidar a *factibilidade empírica*, tendo como referencial as vítimas em todos os níveis intersubjetivos possíveis.⁶⁵

Dussel reconhece que a fragilidade da normatividade ética, por acreditar que as exigências que permitem desenvolver o processo de libertação das vítimas estão atreladas às questões pulsionais, afetivas, instaladas profundamente no superego crítico, frequentemente não intencionais, desde conjunturas sociais apoiadas em valores culturais, em causas históricas, biográfica, de responsabilidade, de solidariedade, etc. Porém, os enunciados normativos complementam a ação libertadora, sendo tarefa de todos promover o seu desvelar, uma vez que assim cumprem uma função necessária e estratégica, inarredável aos processos de aprendizagem da consciência crítica, da organização política, econômica, social dos movimentos populares emergentes na sociedade civil⁶⁶. Dessa forma, a Ética da Libertação é uma contribuição para o desenvolvimento do Sistema de Justiça Criminal, incluindo-se por óbvio o Direito Penal das regiões onde há grande concentração de vítimas da globalização neoliberal.

A *práxis de libertação* decorre das ações possíveis que transformam a realidade a partir das vítimas. O critério de transformação ético-crítico é um critério de *factibilidade*, ou seja, trata-se das possibilidades de libertação das vítimas ante os sistemas dominantes. É obrigação da comunidade de vítimas realizar dita transformação. Os grilhões mais fracos do sistema formal opressor devem ser quebrados. O que indica uma ação da *razão estratégica e instrumental* calculante.⁶⁷

65 DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*[...], p. 13-14.

66 DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*[...], p. 14.

67 DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*[...], p. 558-559.





As capacidades ou possibilidades empíricas, tecnológicas, econômicas, políticas etc., compõem o critério de *factibilidade*. Esse critério permitirá determinar a (*im*)possibilidade de transformação do sistema formal que vitimiza. A *factibilidade* da *práxis de libertação* é mostrada a partir da fragilidade de todo o sistema dominante quando ele se torna intolerável. Quando isso ocorre, em face da existência massiva de vítimas, sua impossibilidade intrínseca passa a ser consciente para a comunidade por elas composta.⁶⁸ Expõe Dussel:

“É por entre as fissuras do poder dominante que a ‘força’ da comunidade libertadora, aparentemente sempre mais fraca, deve ‘calcular’ instrumental e estrategicamente suas possibilidade de movimento. Nem tudo está perdido. Estaria perdido se o oponente fosse demiurgo eterno sem contradições. Se é finito, histórico e humano, a libertação é possível, factível, mas será preciso saber esperar ou criar as condições”.⁶⁹

A estratégia das vítimas deve ser de longo alcance. Por se tratar de um sistema dominador, as vítimas não podem fazer frente a ele. Devem agir de modo organizado, aumentando a consciência, aparecendo e desaparecendo estrategicamente. A capacidade de ação eficaz decorre das circunstâncias que podem ser aceleradas ou acumuladas pela organização dos sujeitos sócio-históricos, sem qualquer “voluntarismo suicida”.⁷⁰

Portanto, são necessárias mediações com projetos e programas concretos de ação que analisem as circunstâncias reais e objetivas, que constituem o contexto da ação factível. Em face do princípio-libertação, é dever ético-crítico a transformação como possibilidade da reprodução da vida da vítima

68 DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*[...], p. 561.

69 DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*[...], p. 562.

70 DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*[...], p. 563.





e como desenvolvimento factível da vida humana em geral. É uma obrigação de todo ser humano (vítimado ou não) “transformar por desconstrução negativa e nova construção positiva as normas, ações, microestruturas, instituições ou sistemas de eticidade, que produzem a negatividade da vítima”.⁷¹ Dialeticamente falando, é a negação da negação.

Libertar não é só quebrar os grilhões que aprisionam as vítimas, mas construir um novo sistema onde a vítima possa viver bem, libertando efetivamente aquele que estava oprimido pelo sistema formal vigente.⁷²

A *práxis de libertação* busca o *factível*. É a partir das circunstâncias concretas (agora e aqui) que ela luta em favor das vítimas, transformando as normas, ações, microestruturas, instituições ou sistemas. Seu êxito, por meio da *razão estratégico-instrumental ético-crítica*, é a *transformação*, ou seja, o bem para as vítimas.⁷³

A libertação do *bloco social dos oprimidos* é a missão de todo sujeito ético. A vida concreta de cada sujeito como modo de realidade deve ser considerada nas situações concretas do mundo, na idade da globalização e da exclusão. Essa vida é a *fonte* e o *conteúdo* da racionalidade como momento desse ser vivente humano, orientando as suas ações em geral.⁷⁴ No dizer de Ludwig, “a vida não é um direito, mas fonte de todos os direitos”, de modo que o *princípio da obrigação de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito em comunidade* deve ser aplicado a todo agir humano.⁷⁵

Outro mundo é possível! E a *factibilidade* desse outro mundo decorre do fato de ele não se esgotar nas experiências.

71 DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*[...], p. 564.

72 DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*[...], p. 566.

73 DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*[...], p. 568.

74 LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação*[...], p. 183-184.

75 LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação*[...], p. 188.





CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

A realidade ultrapassa as teorias e é sempre mais do que teoria ou experiência. Uma sociedade é injusta se promove exclusão. E, quanto maior for o número de excluídos, maior será a injustiça dessa sociedade (critério de justiça).⁷⁶

Por isso, a *transformação social* é uma exigência da Ética da Libertação. Não se exige do agir ético o caráter revolucionário. Importa ser um agir que não tenha adotado os critérios e princípios do sistema formal dominador (reformismo). Trata-se de uma *práxis de libertação*: ação libertadora, cuja referência é a exterioridade da realidade da vida das vítimas do sistema formal dominador.

Nesse contexto, é perfeitamente factível a inclusão do *conflito de deveres* como causa legal de exculpação de condutas praticadas no contexto de marginalidade e pobreza extremas, cujo grau de adversidade é capaz de afastar o *juízo de responsabilidade* inerente à culpabilidade, fundada, assim, na tríade *vulnerabilidade-alteridade-tolerância*, humanizando as ações do Sistema de Justiça Criminal em nosso país, rumo à *república social* sempre.

76 LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação*[...], p. 221.





CONCLUSÕES¹

*“Do rio que tudo arrasta, diz-se que é violento.
Mas ninguém chama violentas às margens que o comprimem”.*

(Bertolt Brecht)

1.1. A inserção do *conflito de deveres* ou *circunstâncias sociais exculpantes* no campo da teoria do fato punível depende da construção de uma base teórica para o Direito Penal diferente da existente. É fundamental que o Direito Penal (*saber normativo*) tenha uma base constituída a partir das contribuições da Política Criminal (*saber estratégico*) e da Criminologia Crítica (*saber empírico*), instituindo um *modelo integrado de saberes criminais*. A compreensão isolada do Direito Penal, baseada exclusivamente nas normas jurídicas (lógica formal), encobre as históricas violações de Direitos Humanos e das disposições constitucionais inerentes ao Estado Social e Democrático de Direito. Logo, é necessário que o conceito de Direito Penal seja permeado por uma intencionalidade libertária, preocupada com a contenção e redução do poder punitivo estatal, e com a ampliação de liberdades e garantias fundamentais.

1.2. O diálogo *interdisciplinar* entre Direito Penal, Política Criminal e Criminologia Crítica é capaz de promover o desvelamento das injustiças sociais decorrentes da lei penal. Dentro de uma *perspectiva dialética*, o estudo do exercício do poder punitivo só produzirá alguma *transformação social* se

1 Na numeração destas conclusões, o primeiro algarismo indica o capítulo do trabalho do qual foi extraída a afirmação, e, o segundo, a sequência das conclusões de cada capítulo.





forem extrapolados os limites da lógica formal da dogmática penal (tecnicismo jurídico), chegando-se ao conhecimento da *fonte material* e dos *objetivos reais* do Direito Penal: a *fonte material* do Direito Penal é o permanente conflito social entre blocos históricos existente no interior das sociedades, vinculado diretamente ao *modo de produção da vida material*; os *objetivos reais* do Direito Penal estão relacionados com o *controle social* dos setores mais débeis desse permanente conflito social. Portanto, a criação (*criminalização primária*) e a aplicação (*criminalização secundária*) da lei penal beneficia de modo desigual as diversas classes sociais.

1.3. A fragmentação dos saberes criminais impediu por muito tempo a compreensão global da questão criminal, tornando os atores jurídicos menos capacitados para enxergar a *fonte material* e os *objetivos reais* do Direito Penal nas sociedades capitalistas, imaginando-se equivocadamente que ele fosse igualitário e justo. No entanto, o modelo integrado de saberes criminais faz emergir a realidade da *violência estrutural* e da *violência institucional*, responsáveis pela violação dos Direitos Humanos.

1.4. A Criminologia Crítica, ao se debruçar sobre a *construção social do desvio e da criminalidade* ou *processos de criminalização primária e secundária* (controle formal), bem como sobre os *meios de comunicação, a economia, os grupos sociais e todas as formas de disciplina e socialização* (controle informal), tornou possível constatar as formas de violência advindas do próprio Estado em direção aos setores mais frágeis das sociedades capitalistas. É a Criminologia Crítica o saber empírico que deve orientar a Política Criminal e o Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito comprometido com a contenção e redução do poder punitivo e dos correlatos efeitos deletérios.

1.5. O *materialismo histórico* é indissociável à Criminologia Crítica, fazendo dela uma *práxis de libertação* e forma de evitar a ingenuidade dos idealismos da legislação penal





burguesa. Há um corte epistemológico cuja fissura permite visualizar os graves conflitos sociais existentes nas sociedades capitalistas. O uso malicioso do Sistema de Justiça Criminal feito pelo *poder hegemônico* é demonstrado pela Criminologia Crítica, aproximando o Direito Penal da realidade das vítimas do sistema vigente. Toda a imparcialidade do Direito Penal é dialeticamente refutada e as ideologias são desnudadas. Só por intermédio dessa *razão dialética* é possível transformar as práticas punitivas, tornando o Sistema de Justiça Criminal menos irracional e metafísico, e mais realista, sendo que o *conflito de deveres* passa a ter maiores chances de ser incorporado à legislação brasileira como forma de exculpação de condutas vinculadas a um contexto de marginalidade e pobreza extremas (condições sociais adversas).

1.6. A proposta de inserção do *conflito de deveres* como *causa (supra)legal de exculpação* não é reformista e não representa o ideário de um *socialismo conservador*. O *conflito de deveres* não segue a lógica do sistema formal vigente.

Claramente, ele representa uma forma de exposição da crise estrutural do capital ao demonstrar a sistêmica exclusão social de grandes contingentes humanos, afastando o *juízo de responsabilidade* de todo sujeito que atua sob condições anormais de motivação, tornando inexigível uma conduta em conformidade com as normas jurídicas. Ao serem diagnosticadas as limitações do modo de produção capitalista, dentre elas a impossibilidade de serem cumpridas as normas constitucionais relacionadas à igualdade, à fraternidade e à liberdade, necessariamente deverá ser proposta uma nova forma de organização social onde não exista a exploração humana e o uso indiscriminado do Direito Penal como ferramenta de controle dos setores mais débeis da estrutura social. Portanto, a tese ora defendida não é simples reforma da estrutura capitalista e, conseqüentemente, não tem qualquer compromisso com a manutenção da hegemonia burguesa. O sistema dominador vigente não se sustenta a partir dos parâmetros da Ética da





Libertação e o *conflito de deveres* ao contribuir para a apuração dessa realidade é um instrumento de *transformação social* ou uma *práxis de libertação*.

1.7. Além disso, o *conflito de deveres* é uma forma de tornar menos aviltante a *seletividade* exercida sobre as vítimas do capitalismo neoliberal pelo Sistema de Justiça Criminal, que são sujeitos altamente *vulneráveis* ao arbítrio punitivo das ideologias positivistas. Esses sujeitos vulneráveis são estereotipados pelo senso comum, cuja visão míope impede a população de enxergar que os maiores danos sociais decorrem da criminalidade que compõe a “cifra dourada da delinquência”. Entretanto, a pretensão de promover justiça social através da criminalização dos setores favorecidos economicamente é uma traiçoeira armadilha: ao invés de se promover justiça social, o discurso de expansão do Direito Penal traz como efeito colateral uma maior criminalização dos setores mais frágeis economicamente, fugindo completamente das boas intenções propugnadas inicialmente. Por isso, o discurso crítico sempre deve buscar menos Direito Penal e mais ação social.

1.8. Portanto, apesar da *validade formal* dos *objetivos declarados* do Direito Penal pelo *discurso jurídico oficial* (proteção de bens jurídicos e harmônica integração social do egresso do sistema prisional), o *discurso jurídico crítico* demonstra que o seu *objetivo real* é o controle das pessoas nas sociedades contemporâneas, eminentemente constituídas sobre fortes conflitos e desigualdades sociais, havendo tratamento privilegiado aos mais ricos.

Por óbvio, não deve ser descartada a busca pela concretização dos *objetivos declarados* pelo *discurso jurídico oficial*, principalmente, em relação à proteção de bens jurídicos, como a vida, a liberdade, a saúde e a integridade física. Ocorre que a descoberta do *objetivo real*, por intermédio da Criminologia Crítica, determina a construção de novos discursos (libertários) e, via de consequência, opera transformações na *teoria do fato punível* e na *teoria da pena*, permitindo o reconhecimento





do *conflito de deveres* como *causa (supra)legal de exculpação* ou evidenciando a ausência de qualquer *necessidade preventiva da pena criminal* quando o fato punível é fruto do contexto de marginalidade e pobreza extremas.

2.1. Além da reconstrução dos fundamentos axiológicos do Direito Penal, é necessária a construção do *novo fundamento material da culpabilidade*, cuja missão depende de mediações relacionadas com a Criminologia Crítica.

2.2. Conforme demonstrado até o momento, sem o questionamento dos pressupostos da criminalização (primária e secundária) é impossível reconhecer o *conflito de deveres* como *causa (supra)legal de exculpação*, porque o senso comum segue a lógica positivista da criminologia etiológica (tradicional), acreditando que o fenômeno criminal tem causas atreladas a fatores bioantropológicos ou sociológicos (fato natural), sem visualizar a carga autoritária desse processo político onde os pobres são vistos como perigosos, devendo a sociedade (burguesa) ser a única a ter algum tipo de garantia, esquecendo-se que uma sociedade nada mais é que o conjunto de indivíduos, cujos direitos e garantias fundamentais individuais devem ser respeitados – indiscriminadamente – para a manutenção da própria sociedade.

2.3. Seguir a lógica positivista da criminologia tradicional só é útil para o desenvolvimento de políticas criminais responsáveis pelo aumento na criminalização da pobreza. Por outro lado, o diálogo interdisciplinar entre Direito Penal, Política Criminal e Criminologia Crítica é uma forma de promoção das mudanças necessárias para a recepção do *conflito de deveres* como *causa (supra)legal de exculpação*, cuja consequência é a operacionalização do Sistema de Justiça Criminal em bases vinculadas à realidade social do nosso país.

2.4. Já é tempo de reconhecer que o Estado, por intermédio dos seus aparelhos repressivos, é o grande criador da criminalidade: em primeiro lugar, ao propor um imenso programa de controle social; em segundo lugar, ao criminalizar





indivíduos carentes de condições mínimas de sobrevivência em uma sociedade cujo modo de produção material da vida promove a desigualdade e a exclusão social; em terceiro lugar, quando absorve nas malhas do sistema carcerário pessoas que necessitam de políticas sociais ao invés de penas criminais; em quarto lugar, quando a violência institucional da pena privativa de liberdade estigmatiza e afasta por completo esses indivíduos de uma vida em sociedade, segundo os padrões estabelecidos arbitrariamente pelo poder hegemônico. Com a mudança do objeto de análise, possibilitada pela Criminologia Radical, é possível perceber que o Sistema de Justiça Criminal vigente está em completa desarmonia com a Constituição da República e se perfaz em uma ferramenta de controle social para manutenção das desigualdades estruturais do capitalismo, principalmente em sua versão neoliberal.

2.5. A sociedade brasileira é composta por um número muito maior de pessoas que vivem em condições de marginalidade ou pobreza, ainda que não extremas. Desse modo, se realmente o objetivo do aparelho repressivo de Estado é defender a sociedade, o discurso criminológico deve ser o discurso da Criminologia Crítica, uma vez que é o único capaz de fazer emergir o *objetivo real* e a *seletividade* do Sistema de Justiça Criminal nas sociedades capitalistas. Conhecendo a realidade empírica desse sistema vigente, as pessoas podem exigir do Estado a mudança das políticas criminais, percebendo que o *conflito de deveres* é uma forma de exculpar as condutas injustas decorrentes do contexto de marginalidade e pobreza extremas, desde que não violadoras da vida ou da integridade física de cada sujeito em sociedade, que é limite imposto pela Ética da Libertação.

2.6. O descobrimento do arbítrio da rotulação existente nos processos de criminalização é tarefa que historicamente foi cumprida pela *criminologia interacionista*, por intermédio das teorias do *labeling approach*. Daí, a relevância do estudo dessa vertente criminológica para a proposição de um *novo fundamento*





material para a culpabilidade, afastando-se do positivismo que, basicamente, está conformado em um mundo maniqueísta prodigioso em tratar os sujeitos desviantes como “inimigos” ou “doentes incuráveis”. As teorias da rotulação demonstraram que tudo decorre da seletividade do sistema penal.

Com a derrubada do positivismo criminológico, fica menos difícil a percepção da incoerência das políticas criminais desenvolvidas no país – pelo menos dentro dos princípios da Ética da Libertação – e da necessidade de um *novo fundamento material para a culpabilidade*, capaz de sustentar o *conflito de deveres* como *causa (supra)legal de exculpação*, malgrado a inegável resistência emanada do campo político e jurisprudencial.

2.7. O *novo fundamento material para a culpabilidade* não será extraído das conclusões de médio alcance da *criminologia interacionista*, porque ela não questiona os mecanismos de distribuição social da criminalidade e a estrutura econômica responsável pelas desigualdades sociais. Essa missão depende do estudo da Criminologia Crítica, estruturada a partir da pesquisa dos processos subjetivos de construção social do desvio e da criminalidade e da base objetiva da negatividade social das vítimas do capitalismo neoliberal. A *práxis de libertação* capaz de promover o *conflito de deveres* à condição de *causa (supra)legal de exculpação* advém das conclusões da Criminologia Radical que sempre esteve atenta às transformações históricas e às lutas sociais, políticas e ideológicas nas sociedades capitalistas, que representam as raízes da questão criminal. A análise fenomenológica do poder feita por criminólogos radicais permite descobrir o Sistema de Justiça Criminal como prática organizada de classe e instrumento mantenedor da opressão e desigualdade material entre as diversas classes sociais, principalmente, entre a *classe dos capitalistas e dos especuladores* e a *classe-que-vive-do-trabalho*. Enfim, a Criminologia Radical permite ver claramente a seletividade e a gestão diferencial da criminalidade.

2.8. A Criminologia Crítica enxerga a estereotipia da pobreza concretizada nas ações do Sistema de Justiça Criminal,





orientadas a partir de preconceitos raciais e sociais, como bem demonstrado pelos dados do InfoPen (Sistema Integrado de Informações Penitenciárias), vinculado ao Depen (Departamento Penitenciário Nacional).

2.9. Essa criminologia não olvida que as desigualdades sociais estão vinculadas ao processo de acumulação primitiva do capital, gerando, em um primeiro momento, grande *violência estrutural* e, depois, *violência institucional*, não havendo qualquer fundamento para a falaciosa igualdade propalada pelo senso comum e tolerada pelo discurso jurídico oficial que se omite diante das flagrantes desigualdades sociais causadoras da subcidadania.

2.10. Em síntese, só a Criminologia Crítica pode integrar com o Direito Penal, fazendo os atores jurídicos perceberem que, a partir dos processos históricos de acumulação primitiva do capital e da construção social da subcidadania no Brasil, não é possível tratar a questão criminal de sujeitos inseridos no contexto de marginalidade e pobreza extremas com o mesmo rigor punitivo aplicado a situações envolvendo sujeitos que não estão extremamente vulneráveis ao tempo do crime. Portanto, a acumulação primitiva do capital, a construção social da subcidadania no Brasil, e os reflexos da globalização neoliberal são fatores que devem ser sopesados por qualquer julgador no momento de formular o *juízo de responsabilidade*, apurando se era exigível do autor do injusto um comportamento em conformidade com o Direito.

2.11. Quando são analisados esses fatores sociológicos, históricos e de economia política, surgem esplendorosas a *violência estrutural* e a *violência institucional*, consubstanciando uma explícita violação aos Direitos Humanos, uma vez que, além de estarem privados dos meios legítimos para satisfazerem as suas necessidades reais, ainda são aprisionados em “masmoras” pela ação repressiva do Sistema de Justiça Criminal.

3.1. Tudo isso consiste em valiosas mediações para a revisão das construções dogmáticas relacionadas à culpabilidade





e à exculpação em nosso país. O conceito de culpabilidade está em crise e o seu fundamento material é tachado como indemonstrável pela doutrina crítica, de modo que novos caminhos devem ser trilhados para a superação dos discursos jurídicos despregados da realidade da vida concreta de cada sujeito excluído da sociedade capitalista neoliberal.

3.2. O fundamento material da culpabilidade no Estado Social e Democrático de Direito, diante da realidade histórica, não pode se valer do critério da *reprovabilidade* para sustentar o *juízo de responsabilidade* a ela vinculado. A democracia exige congruência dos métodos de definição da culpabilidade e essa congruência pode começar a ser encontrada a partir da *vulnerabilidade* da maior parte da população brasileira, bem como da *alteridade*, tornando inexigível um comportamento conforme o direito quando o sujeito autor do injusto estiver inserido no contexto de marginalidade e pobreza extremas. Dessa forma, a tríade *vulnerabilidade-alteridade-tolerância* deve constituir o *novo fundamento material da culpabilidade*.

4.1. Apesar da grande resistência em se admitir a *inexigibilidade de conduta conforme o direito* como causa de *exculpação supralegal*, nada impede a construção de um novo paradigma em relação à *culpabilidade* e o *juízo de responsabilidade*. No passado, muito se falou da influência dos fatores sociais na formulação do *juízo de responsabilidade*, merecendo destaque o trabalho de Freudenthal. Atualmente, apesar de inúmeras posições em sentido contrário, o *conflito de deveres* decorrente do contexto de marginalidade e pobreza extremas pode perfeitamente constituir uma *causa (supra)legal de exculpação*.

4.2. O ideal é que a legislação penal brasileira acompanhe uma tendência que começa a ser demonstrada em alguns países latinoamericanos: a tendência de positivar em seus ordenamentos a *inexigibilidade de conduta conforme o direito* quando o comportamento delituoso decorre dessas circunstâncias de marginalidade e pobreza extremas. Entretanto, enquanto o parlamento brasileiro não toma uma iniciativa nesse sentido,





nada impede que os juízes tomem as suas decisões embasados na Constituição da República e na doutrina crítica que vê o *conflito de deveres* como uma *causa supralegal de exculpação*, diminuindo os efeitos deletérios da ação criminógena do Sistema de Justiça Criminal.

4.3. Para finalizar essa pesquisa, ainda é importante destacar que, em regra, a teoria crítica se limita a desconstruir aquilo que está (im)posto pelo senso comum teórico dos juristas, sem estabelecer uma alternativa para o sistema vigente causador de injustiça social. Este trabalho, em que pese às limitações teóricas, é uma alternativa ao sistema vigente e uma modesta ferramenta para *transformação social (práxis de libertação)*. Nossa expectativa é que as ideias e propostas apresentadas sejam discutidas e estimulem as mudanças que são necessárias para minimizar a desgraçada realidade do Sistema de Justiça Criminal. Por isso, todas as críticas são muito bem vindas.

4.4. Para encerrar essas conclusões, indaga-se: como criminalizar a pobreza sem que isso represente um exercício de sadismo? Por que uma sociedade heterogênea tem uma população carcerária tão homogênea? Qual a contribuição do Direito Penal para a (in)justiça social? Por que não mudar? [...]

*"[...]never send to know for whom the bell tolls;
It tolls for thee!"*

(John Donne)





REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADORNO, Theodor Ludwig Wiesengrund; HORKHEIMER, Max. *Sociologia*. Trad. V. S. de Zavala. Madrid: Taurus, 1966.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. Neoliberalismo e desconstrução da razão democrática no Estado periférico brasileiro. In MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto [Orgs.]. *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ICPC, 2010.
- ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos Ideológicos de Estado*. Trad. Walter J. Evangelista e Maria Laura V. de Castro. 10. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985.
- ANCEL, Marc. *A nova defesa social: um movimento de política criminal humanística*. Trad. Osvaldo Melo. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- ANCEL, Marc. *Social defense: a modern approach to criminal problems*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1965.
- ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In SADER, Emir; GENTILI, Pablo [Org.]. *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.



- ANDRADE, Lédio Rosa de. *Introdução ao Direito Alternativo brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 1999.
- ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. *O Ícaro da modernidade: direito e política em Max Weber*. São Paulo: Acadêmica, 1997.
- ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. Do Estado Social ao Estado Penal: invertendo o discurso da ordem. In BITTAR, W.B. (Org.). *A Criminologia no Século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris/IBCCrim, 2007.
- ASSMANN, Hugo. Exterioridade e Dignidade Humana: notas sobre os bloqueios da solidariedade no mundo de hoje. In STEIN, Ernildo; BONI, Luís A. de (Orgs.). *Dialética e liberdade: Festschrift em homenagem a Carlos Roberto Cirne Lima*. Porto Alegre/Petrópolis: EDUFRGS/Vozes, 1993.
- AVELÂS NUNES, António José. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- AVELÂS NUNES, António José. *Uma introdução à economia política*. São Paulo: Quarter Latin, 2007.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho Penal: parte general*. 3. ed. Madrid: Akal, 1994.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Trad. Juares Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal: compilación in memoriam*. Montivideo: B de F, 2004.



- BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Orgs.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- BATISTA, Vera Malaguti. *Díficeis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- _____. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- _____. *Modernidade e Holocausto*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- _____. *Em busca da política*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.
- _____. *A ética é possível num mundo de consumidores?* Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- _____. *Capitalismo parasitário e outros temas contemporâneos*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. rev. Trad. J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- BELING, Ernst. *Die Lehre vom Verbrechen*. Tübingen, 1906.
- BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Penal*. Buenos Aires: Ah-Doc, 2004.
- BINDING, Karl. *La culpabilidad en Derecho Penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: Bdef, 2009.





- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal: parte general*. Madrid: Trotta, 2006.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.
- CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. *La corrupción de agente público extranjero e internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- _____. *Criminologia da reação social*. Trad. E. Kosowski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2001.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006;





- _____. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. *Direito Penal: parte geral*. 4. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito, 2010.
- _____. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba; Rio de Janeiro: ICPC; Lumen Juris, 2006.
- COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- CORREAS, Óscar. El neoliberalismo en el imaginario jurídico. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- _____. *Raízes da sociedade criminógena*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- COUTINHO, Carlos Nelson. *A democracia como valor universal: notas sobre a questão democrática no Brasil*. São Paulo: Ciências Humanas, 1980.
- _____. *Marxismo e política: a dualidade de poderes e outros ensaios*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1996.
- CURY URZÚA, Enrique. *De la normativización de la culpabilidad a la normativización de la teoría del delito*. In BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Orgs.). *Cem anos de reprovacão: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.
- _____. *O poder dos juízes*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.





CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

- DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- DEL OLMO, Rosa. *América Latina y su criminología*. México: Siglo XXI, 1999.
- DIETER, Maurício Stegemann. *A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal e as situações supralegais de exculpação*. Dissertação. 191p. Curitiba: Universidade Federal do Paraná. 2008.
- DORNELLES, João Ricardo. Ofensiva neoliberal, globalização da violência e controle social. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 12. p. 119-137, 2002.
- DREZE, John; SEN, Amartya. *Hunger and Public Action*. Oxford: Clarendon, 1989.
- DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- _____. *O Suicídio: estudo de sociologia*. Trad. Mônica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão*. 2. ed. Trad. Epharim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2002.
- _____. *Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão*. Trad. Georges I. Maissiat. São Paulo: Paulus, 1995.
- ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Trad. Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2006.
- FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*. Trad. Juarez Tavares e Frederico Figueiredo. Curitiba: Juruá, 2009.
- FERNANDES, Florestan. *Mudanças sociais no Brasil: aspectos do desenvolvimento da sociedade brasileira*. 3. ed. São Paulo: Difel, 1979.





- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9.ed. Madrid: Trotta, 2009.
- FEYERABEND, Paul Karl. *Contra o método: esboço de uma teoria anárquica da teoria do conhecimento*. Trad. Octanny S. da Mata e Leonidas Hegenberg. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal: parte geral*. T. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FIRMO, Aníbal Bruno de Oliveira. *Direito Penal: parte geral*. T. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Trad. Maria E. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhete. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.
- FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal: a nova parte geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Trad. Gustavo E. Aboso y Tea Löw. Montevideo: B de F, 2000.
- FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal*. Trad. José Luis G. Dalbora. Montevideo: B de F, 2003.
- FREYRE, Gilberto. *Casa Grande e Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 51. ed. rev. São Paulo: Global, 2006.
- FROMM, Erich. *Sobre la desobediência y otros ensayos*. Barcelona: Paidós, 2004.
- FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- FURTADO, Celso. *O capitalismo global*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.





- _____. *Formação Econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso*. Trad. Sergio Faraco. 8. ed. Porto Alegre: L&PM, 1999.
- _____. *As veias abertas da América Latina*. Trad. Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM, 2011.
- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos*. 6. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- GARGARELLA, Roberto. El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema. *Astrolabio Revista Internacional de Filosofía*. Barcelona, a. 3, n. 4, p. 1-29, mayo/2007.
- GARLAND, David. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Trad. Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005.
- GAZZANIGA, Michel S. *El cérebro ético*. Barcelona: Paidós, 2006.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Tiene un futuro la dogmática penal?. *Estudios de Derecho Penal*. 3. ed. Madrid: 1990.
- GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Trad. Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez. Montevideo: B de F, 2002.
- GÓMES DE LA TORRE, Ignacio Berdugo, et al. *Curso de Derecho Penal: parte general*. Barcelona: Experiencia, 2004.
- GORNICKI NUNES, Leandro. O Estado Penal no Brasil neoliberal: reproduzindo o holocausto. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 19, n. 91, p. 201-226, jul-ago/2011.
- _____. Construção social do desvio e da criminalidade no Brasil neoliberal. *Revista da Ajuris (Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul)*. Porto Alegre, v. 38, n. 123, p. 161-186, set/2011.





- _____. Prisão Preventiva: uma visão garantista. In ROSA, Alexandre Morais da Rosa (org.). *Para um Direito Democrático: diálogos sobre paradoxos*. Florianópolis: Conceito, 2006. p. 179-191.
- GRAMATICA, Filippo. *Principio de Derecho Penal subjetivo*. Madrid: Reus, 1941.
- GRAMSCI, Antonio. *A concepção dialética da história*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.
- _____. *Os intelectuais e a organização da cultura*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Círculo do Livro, 1985.
- _____. *O leitor de Gramsci: escritos escolhidos: 1916-1935*. Carlos Nelson Coutinho [Org.]. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 2011.
- GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel: as concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci*. Trad. Dario Canali. 11. ed. Porto Alegre: L&PM, 1986.
- GUEVARA, Ernesto. *Textos políticos*. Trad. Olinto Beckerman. 4. ed. São Paulo: Global, 2009.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis. En el centenario de la concepción normativa de la culpabilidad. In BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Orgs.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.
- HAYEK, Friedrich August. *The Road to serfdom*. Londres: Georges Routhledge, 1944.
- HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Trad. José Luis G. Dalbora. Montevideo: B de F, 2008.





CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

- HESPANHA, Pedro. Mal-estar e risco social num mundo globalizado: novos problemas e novos desafios para a teoria social. In SANTOS, Boaventura de Souza [Org.]. *A globalização e as ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.
- HUERTAS, Pilar. *Che Guevara: una vida en imágenes*. Madrid: Libsa, 2008.
- IANNI, Octavio. *A sociologia e o mundo moderno*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.
- JESUS, Maria Gorete Marques de. *O crime de tortura e a justiça criminal: um estudo dos processos de tortura na cidade de São Paulo*. 257p. Tese. Universidade de São Paulo. 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KOWARICK, Lúcio. *Capitalismo e marginalidade na América Latina*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.
- KHUN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1991. p. 219-224.
- LA BOÉTIE, Étienne de. *Discurso da Servidão Voluntária*. Trad. Casemir Linarth. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- LENIN, Vladimir Ilyitch Ulianov. *As três fontes e as três partes constitutivas do marxismo*. São Paulo: Global. [s.d].
- LOBO, R. Haddock. *A história econômica geral e do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1970.
- LÖWY, Michael. *Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1985.
- _____. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do*





- conhecimento. Trad. Juarez Guimarães e Suzanne F. Löwy. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000.
- LUKÁCS, Georg. *História e consciência de classe*. Rio de Janeiro/Porto: Elfos/Escorpião, 1989.
- LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito, 2006.
- LUXEMBURGO, Rosa. *Reforma ou revolução?* 4. ed. Trad. Lívio Xavier. São Paulo: Expressão Popular, 2005.
- LYRA FILHO, Roberto. *Criminologia dialética*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.
- _____. *O que é Direito*. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.
- MACHADO, Maíra Rocha; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Otto Kirchheimer: uma contribuição à crítica do direito penal (levando o direito penal a sério). In NOBRE, Marcos (Org.). *Curso livre de teoria crítica*. Campinas: Papirus, 2008.
- MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *O manifesto comunista*. 16. ed. Trad. Maria L. Como. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.
- _____. *A ideologia alemã*. Trad. Frank Müller. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. Livro primeiro: o processo de produção do capital. V. II. 23 ed. Trad. Reginaldo Sant'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.
- _____. *A origem do capital: a acumulação primitiva*. Trad. Walter S. Maia. São Paulo: Fulgor, 1964.





- _____. Para uma Crítica da Economia Política (Prefácio). *Manuscrtos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos*. Coleção Os Pensadores. Rio de Janeiro: Abril Cultural, 1974.
- MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal*: parte general. 7. ed. Actualizada por Heinz ZIPF. Trad. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994. V. 1.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- MEROLLI, Guilherme. *Fundamentos críticos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MERTON, Roberto King. Social structure and anomie. *American Social Review*. III. p. 672 e ss.
- _____. *Social Theory and Social Structure*. New York: Free Press of Glencoe, 1957.
- MESTIERI, João. *Curso de Direito Criminal*: parte especial. Rio de Janeiro: Alba, 1970.
- MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. José A. Rodriguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949.
- MIGLINO, Arnaldo. *Democracia não é apenas procedimento*. Trad. Erica Hartmann. Curitiba: Jurua, 2006.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*: parte general. 7. ed. Buenos Aires: B de F, 2007.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. *Direito e neoliberalismo*: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: Edibej, 1996.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmundo Mezger y el derecho penal de su tiempo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.





- _____. *Teoria Geral do Delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre: Safe, 1988.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: parte general*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.
- NAUCKE, Wolfgang. *Derecho Penal: una introducción*. 10. ed. Trad. Leonardo G. Brond. Buenos Aires: Astrea, 2006.
- PAVARINI, Massimo. *Un arte abyecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidad*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006.
- PETERS, Karl. Die Tötung Von Menschen in Notsituationen. *Juristische Rundschau*. Berlim, n. 24, p. 742-746, jan.1950.
- PINTO, Álvaro Vieira. *Ciência e existência*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969.
- QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Mexico: Fondo de Cultura, 1948.
- RIBEIRO, Darcy. *Os brasileiros: 1. Teoria do Brasil: estudos de antropologia da civilização*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1980.
- ROTH, Gerhard. La relación entre razón y la emoción y su impacto sobre el concepto de libre albedrío. *El cerebro: avances recientes en neurociencia*. Madrid: Editorial Complutense, 2009.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Florianópolis: Habitus, 2002.
- _____. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Días y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008. Tomo 1.





CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

- _____. *Política criminal y sistema del Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.
- RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e mercados: ensaios em anticriminologia*. Trad. Davi Tangerino, Luciana Boiteux e Luiz Guilherme Mendes de Paiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- RUSCHE, Georg; KIRKHEIMER, Otto. *Punishment and social structure*. New York: Russel and Russel, 1968.
- SANTOS, Boaventura de Souza [Org.]. Os processos da globalização. *A globalização e as ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.
- SANZ MULAS, Nieves. *Alternativas a la pena privativa de libertad: análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*. Madrid: Colex, 2000.
- SCHMITT, Carl. *O Conceito de Político*. Trad. Álvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.
- SÉVERIN, Carlos Versele. A cifra dourada da delinqüência. Trad. Nilo Batista e Francisco de Assis Leite Campos, *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro. n. 27, p. 5-20, jan-jun/1979.
- SILVA, Luana de Carvalho. *O princípio da culpabilidade e a produção de sujeitos*. Dissertação. 197p. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2008.
- SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ, 2003.
- STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: parte general I – el hecho punible*. 4. ed. Trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004.





- TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência: uma contribuição à teoria do crime culposos*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- _____. Culpabilidade e individualização da pena. In BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Orgs.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- _____. A globalização e os problemas de segurança pública. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, p. 127-142, jan.2004.
- _____. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 6, v. 24, p. 145-156, out.1998.
- _____. O princípio da responsabilidade. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 19, v. 229, p. 2, dez.2011.
- TOGLIATTI, Palmiro. *Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Muro, 1980.
- VERAS NETO, Francisco Quintanilha. Gramsci, Hegemonia e Estado. In: FONSECA, Ricardo Marcelo [Org.]. *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- WACQUANT, Loïc. *As duas faces do gueto*. Trad. Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008.
- _____. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Safe, 1995.
- WEBER, Hellmuth Von. *Die Pflichtenkollision im Strafrecht. Festschrift für Wilhelm Kiesselbach*, Hamburg: 1947.
- WESSELS, Johannes. *Direito Penal: aspectos fundamentais*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.





CULPABILIDADE E EXCULPAÇÃO:

O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil

- WELZEL, Hanz. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Carlos F. Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956.
- _____. *Derecho Penal Alemán: parte general*. Trad. Juan Bustos Ramírez y Serio Yañes Pérez. 11. ed. Santiago: Jurídica do Chile, 1976.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- YOUNG, Jock. *The exclusive society*. London: Sage, 1999.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal: parte general*. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1998.
- _____. *La palabra de los muertos: conferencias de criminología cautelar*. Buenos Aires: Ediar, 2011.
- _____. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- _____. Globalización y sistema penal en América Latina: de la seguridad nacional a la urbana. *Revista Brasileira de Ciências Criminales*. São Paulo, ano 5, V. 20, p. 13-23, out.1997.
- _____. *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 1998.
- ZIEGLER, Jean. *A fome explicada ao meu filho*. Trad. Lúcia M. Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 2002.





