

A CULPABILIDADE COMO MECANISMO DE CONTENÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER PUNITIVO: CRÍTICAS E PROPOSIÇÕES A PARTIR DA TEORIA DA ROTULAÇÃO E DA CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE

Bárbara Carolina de Almeida Mendes Lima

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2009), especialização em ciências penais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2015), mestranda em ciências penais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais na linha de pesquisa O Direito Penal nas Sociedades Democráticas Contemporâneas (ingresso em 2017). Bolsista pela CAPES em dedicação exclusiva. Atualmente é professora licenciada do curso de direito da Faculdade Kennedy de Minas Gerais.

Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1982), mestrado em Direito Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais (1992), Doutorado Sanduíche - Universidad de Sevilla (1995) e doutorado em Direito Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais (1997), Pós-doutorado pela Universidade de Barcelona (2009). Atualmente é professor adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, professor associado da Universidade Federal de Minas Gerais e procurador de justiça do Ministério Público de Minas Gerais. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, Direito Penal e Direito Internacional, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos humanos, crime, genocídio e criminologia.

Resumo: Entre as categorias dogmáticas, a culpabilidade chama a atenção por encerrar um juízo de reprovação pessoal do autor do injusto penal. A reprovação, identificada notadamente a partir da análise da inexigibilidade de conduta diversa e da potencial consciência da ilicitude, tradicionalmente tem como pressuposto uma homogeneidade cultural e valorativa que não se verifica na realidade de sociedades complexas como a

brasileira. Ignorar a influência dos pluralismos sociais e culturais no momento da reprovação pessoal do autor do injusto permite que a dogmática jurídico-penal, blindada pelo discurso de neutralidade científica, seja utilizada como instrumento de reprodução de violência e seletividade. A contribuição da teoria da rotulação para o estudo da culpabilidade reside em identificar o desvio não como uma qualidade intrínseca da conduta, valorada segundo a universalidade axiológica, senão como resultado de uma reação social a determinados comportamentos tidos como desviados. A reprovação de que cuida a culpabilidade não seria, pois, decorrente apenas da violação à norma, mas sim o produto de uma seleção, de um rótulo imposto por um grupo social a alguém tido como infrator, como desviado. Por sua vez, a culpabilidade por vulnerabilidade, trabalhada por Eugênio Raúl Zaffaroni, sem abandonar a estrutura da culpabilidade conhecida a partir do finalismo, estabelece um novo critério de limitação à reprovação do sujeito que leve em conta os dados reais de seletividade do sistema de justiça criminal, conferindo maior racionalidade à intervenção punitiva. A culpabilidade por vulnerabilidade pugna pela menor reprovação penal quando a realização do ilícito pelo agente decorrer de significativa influência social, familiar, psíquica ou econômica. A partir dos marcos teóricos apontados, o trabalho se desenvolverá com a adoção de procedimento de pesquisa bibliográfico, através do método dedutivo, de abordagem qualitativa e interdisciplinar. A hipótese trabalhada é a de que o uso das perspectivas críticas da teoria da rotulação e da culpabilidade por vulnerabilidade é compatível com o sistema jurídico-penal brasileiro, bem como com os princípios que o informam, entre os quais a intervenção mínima, pessoalidade e proporcionalidade da pena.

Palavras-chave: Culpabilidade. Rotulação. Seletividade. Vulnerabilidade.

INTRODUÇÃO

No estudo da dogmática jurídico-penal tem-se atribuído ao vocábulo culpabilidade ao menos três acepções. O primeiro a se delinear decorre do brocardo latino *nullum crimen sine culpa*, enunciado no século XIX no contexto do pensamento liberal

iluminista, com o condão de afastar a reponsabilidade penal objetiva, bem como a responsabilidade por fato de terceiro. Trata-se do princípio da culpabilidade, que limita o exercício do *jus puniendi* estatal, desdobrando-se nos subprincípios da personalidade das penas¹ e da responsabilidade subjetiva².

No segundo aspecto possível, a culpabilidade é compreendida como elemento ou categoria dogmática do delito, campo no qual se discute a reprovabilidade pessoal daquele que cometeu o injusto penal, bem como o fundamento da pena. Nesse contexto, a culpabilidade passa a se desenvolver enquanto categoria dogmática do conceito analítico de delito, tendo como marco os estudos do denominado sistema Liszt-Beling (TAVARES, 1980).

Por fim, no terceiro significado, a culpabilidade é abordada como medida da sanção penal, repercutindo no nosso ordenamento jurídico na previsão contida no artigo 59 do Código Penal³, na primeira etapa do critério trifásico de dosimetria da pena. Em comum, os três significados corroboram, em alguma medida, para a identificação de limites ao poder punitivo estatal e têm importância inarredável para a dogmática penal no âmbito do Estado de Direito de cunho Democrático.

Para os fins deste trabalho, dar-se-á destaque para as duas primeiras perspectivas acima apontadas: a culpabilidade enquanto princípio e enquanto categoria dogmática. Ao se discutir o princípio da culpabilidade buscar-se-á delimitar a crítica ao livre arbítrio como justificativa de neutralidade e homogeneização da reprovação pessoal.

Da mesma forma, em relação à categoria dogmática, a crítica dirige-se notadamente para a inexigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência da

¹ Na Constituição da República, este princípio encontra-se estampado no art. 5º, XLV, segundo o qual “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

² Segundo este subprincípio, apenas é possível imputar o injusto penal a quem tenha concorrido com dolo ou culpa para a ocorrência da lesão, ou perigo de lesão, proibida sob ameaça de pena.

³ O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

ilicitude, que tradicionalmente têm como pressuposto determinada homogeneidade cultural e valorativa que não se verifica na realidade de sociedades complexas como a brasileira. Ignorar a influência dos pluralismos sociais e culturais no momento da reprovação pessoal do autor do injusto permite que a dogmática jurídico-penal, blindada pelo discurso de neutralidade científica, seja utilizada como instrumento de reprodução de violência e seletividade.

Uma alternativa possível, e que é ora defendida, é a de se superar a concepção acrítica de culpabilidade, adstrita ao aspecto formal legalista, para então compreendê-la como importante instrumento nos processos de criminalização e seletividade do Direito Penal, valendo-se para tanto do conceito de vulnerabilidade trabalhado por Eugênio Raúl Zaffaroni, somado às contribuições criminológicas críticas da teoria do *labelling approach*, também conhecida como teoria do etiquetamento, da rotulação ou paradigma da reação social.

A partir dos marcos teóricos apontados, o trabalho se desenvolveu com a adoção de procedimento de pesquisa bibliográfico, através do método dedutivo, de abordagem qualitativa e interdisciplinar. A hipótese trabalhada é a de que o uso das perspectivas críticas da teoria da rotulação e da culpabilidade por vulnerabilidade é compatível com o sistema jurídico-penal brasileiro, bem como com os princípios que o informam, entre os quais a intervenção mínima, pessoalidade e proporcionalidade da pena.

1. A CULPABILIDADE ENQUANTO PRINCÍPIO

Enunciado pelo aforismo latino *nullum crimen sine culpa*, o princípio da culpabilidade, ou da responsabilidade subjetiva, é hoje amplamente reconhecido, ao menos no mundo ocidental e democrático, como um dos mais relevantes princípios jurídico penais, eis que fundamentador da responsabilidade penal subjetiva, ineludível aspecto do direito penal de fato.

Destacando a importância desse princípio, Zaffaroni anuncia que o princípio da culpabilidade “é o mais importante dos que derivam diretamente do estado de direito,

porque sua violação implica o desconhecimento da essência do conceito de pessoa” (ZAFFARONI, *et. al.*, 2010, p. 245).

Delimitando o escopo do princípio da culpabilidade, Zaffaroni ainda afirma:

O princípio da culpabilidade abarca, portanto, os dois níveis: o da exclusão de qualquer imputação de um resultado acidental imprevisível (caso fortuito) e o da exclusão da punibilidade por não ter podido o sujeito conhecer a ilicitude ou adequar sua conduta ao direito (ZAFFARONI, 2010, p. 246).

Nota-se, portanto, que o princípio da culpabilidade tem relevância à medida que impede a intervenção punitiva estatal fundada no modo de ser do sujeito, seus atributos físicos ou sociais – direito penal do autor. Afinal, o poder punitivo deve se ocupar com o fato, com a conduta atribuída ao sujeito como ato seu – direito penal do fato.

Não obstante a relevância do princípio da culpabilidade, com o avanço das pesquisas dogmático-penais (e o destaque da culpabilidade como categoria dogmática do delito no início do século XX), essas duas perspectivas passaram a se entrelaçar⁴. Assim, coube à categoria dogmática estabelecer critérios negativos de aferição da responsabilidade subjetiva⁵, e o princípio, ao seu turno, competiu o:

(...) chamado ‘elemento subjetivo’ ou ‘psicológico’ do delito, [por exigir dita condição] nenhum fato ou comportamento humano é

⁴ Sensível a essa inter-relação entre o princípio da culpabilidade e a culpabilidade enquanto categoria dogmática, afirma Zaffaroni: “A projeção dos princípios da culpabilidade e da lesividade na estrutura dogmática marca os limites dentro dos quais a teoria do delito e a determinação da pena podem desenvolver-se, porque a conjugação de ambos determina o objeto que se imputa na teoria do injusto, ao passo que somente o princípio da culpabilidade estabelece a fronteira máxima da reação punitiva e a exclui quando não alcança a mínima”. (ZAFFARONI, *et. al.*, 2010, p. 246).

⁵ É oportuno ainda destacar que discussão em torno da culpabilidade e da reprovabilidade do agente não foi hegemônica, eis que, a exemplo da Escola Positivista Italiana, a questão em pauta era a temibilidade ou periculosidade do agente, com fundamento numa concepção determinista do agir humano.

⁶ No item seguinte, far-se-á um recorte quanto às concepções dogmáticas que, a nosso ver, são as mais influentes quanto ao conceito de culpabilidade no âmbito da teoria do delito.

valorado como ação se não é fruto de uma decisão; consequentemente, não pode ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consequência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer (FERRAJOLI, 2010, p. 447).

Assim, o princípio da culpabilidade cumpre o propósito de conferir racionalidade à aplicação do Direito Penal, em respeito à visão humanista de mundo herdada pelo Iluminismo, segundo a qual o homem não pode ser mero objeto, mas sujeito de direitos, inclusive em face do Estado.

2. A CULPABILIDADE ENQUANTO CATEGORIA DOGMÁTICA: DO FINALISMO AO FUNCIONALISMO REDUTOR

Embora seja possível identificar mesmo antes da Idade Média documentos em que se aponta a importância conferida à vontade do sujeito na fundamentação e na gradação das sanções penais⁷, é no século XVI, com os trabalhos dos pós-glosadores e dos práticos italianos, que se passa a compreender a culpabilidade como juízo de reprovação, do qual o dolo e a culpa em sentido estrito seriam espécies.

Sem dúvida, contudo, o marco histórico de maior relevo para o tema data do final do século XIX, quando Franz von Liszt definiu o delito como um ato antijurídico culpável ao qual é cominada uma pena. Tal ideia é complementada por Reinhard Frank, em 1907, ao anunciar que culpabilidade é reprovabilidade.

O sistema do fato punível, portanto, há muito destacou a culpabilidade como elemento cuja análise encerra um juízo de valor sobre o sujeito ao qual se atribui o cometimento do injusto. A partir das elaborações de Reinhard Frank, James Goldschmidt,

⁷ LUISI: 1988, p. 32. O autor faz menção à configuração da responsabilidade subjetiva nas “Ordenações Branbigensis, e na Carolina, nos primeiros decênios do século XVI”. O autor faz, contudo, a ressalva de que desde a Grécia e Roma antigas, em casos pontuais a vontade do agente é tomada como parâmetro para a gradação da gravidade do delito e sua respectiva sanção. O autor ainda salienta que em Roma, na época do imperador Marco Aurélio, é possível também identificar-se a preocupação quanto à “responsabilidade penal dos insanos e as dos menores”.

Berthold Freudenthal, Alexander Graf Zu Dohna⁸ e Hans Welzel, inaugura-se, uma nova fase da culpabilidade, não mais compreendida como relação psicológica entre a conduta do autor e um resultado lesivo⁹, mas sim como um juízo de reprovabilidade da conduta. É dizer, a responsabilidade somente pode ser atribuída na medida em que se verifica que o autor do fato, típico e ilícito, poderia ter agido em consonância com a norma, mas deixa de fazê-lo¹⁰.

Ao lado das divergências doutrinárias quanto ao conteúdo da ideia de reprovabilidade, outra divergência recorrente é aquela concernente ao dilema metafísico entre determinismo e livre arbítrio como balizas para se avaliar a reprovabilidade da conduta.

Segundo as hipóteses deterministas e suas múltiplas variantes (fatalistas, teleológicas, mecanicistas, histórico-idealistas, economicistas etc.), todo fenômeno – e, portanto, não só as ações, mas também a intenção (ou seja, a soma de conhecimento e vontade) de realiza-las – é efeito necessário e, por isso, inevitável de causas absolutamente condicionantes, de tipo físico, psíquico, ambiental, econômico ou social, condicionadas, por sua vez, por outras causas de tipo análogo e igualmente condicionantes e condicionadas numa espécie de espiral para o infinito. Contrariamente, segundo as hipóteses do livre arbítrio, a vontade humana é normalmente livre e incondicionada, no sentido de que todos os seres racionais têm a

⁸ Graf zu Dohna contribuiu para a compreensão de que o juízo de culpabilidade encerra também um juízo de valoração, nesse sentido: “La culpabilidad es, por tanto, la determinación de voluntad contraria al deber. Esta noción encierra la esencia de la llamada doctrina normativa de la culpabilidad. Sería desconocer totalmente esa esencia ver su característica decisiva en la exigencia de la consciencia de la antijuricidad. Con ello está logrado unicamente outro objeto psíquico, pero, de ninguna manera, alterada la estructura psicológica de la culpabilidad. Sólo cuando se reduce el concepto a una valoración, se abarca normativamente la culpabilidad. Pero, teniendo en cuenta la diversidad de los objetos valorados, es preciso cambiar el catabón según el cual se realiza el juicio de valor. Así, ciertamente, el reproche de la culpabilidad no está ya fundado porque la acción acontituye una contravención al orden jurídico”. DOHNA, 2006, p. 183-184.

⁹ Posição da teoria psicológica da culpabilidade.

¹⁰ Ao se fazer tal afirmação não se ignora que aludidos autores diferenciam-se quanto ao conteúdo e alcance da reprovabilidade na análise da culpabilidade.

faculdade de autodeterminar-se e são pais e donos de suas ações (FERRAJOLI, 2010, p. 452).

A repercussão à filiação estanque a uma das correntes é apontada por Ferrajoli como o risco de caracterização de um “direito penal objetivo puro” ou de um “direito penal subjetivo puro”:

No primeiro caso, a intencionalidade da ação e a imputabilidade do agente não alcançam relevância alguma: o elemento psicológico do delito fica reduzido a mero resíduo de uma concepção moralista do direito penal, não somente por impenetrável, segundo advertiam Brian e Beccaria, senão por não culpável ou heterodeterminado; pelo contrário, fica revalorizado, além da ação mesma, o elemento dano ou perigo, conforme concepções rigidamente objetivistas do direito penal, que favorecem modelos normativos de responsabilidade objetiva. No segundo caso, inversamente, é fácil ceder à tentação oposta, a de desvalorizar o elemento objetivo: tanto o resultado lesivo, que pode ser totalmente involuntário, como a ação, considerada relevante só enquanto expressão das intenções e da personalidade do seu autor. Simultaneamente, o aspecto psicológico – o que Kant chamava de ‘maldade interna’ do autor – tende a ser valorado como elemento central do delito, de acordo com concepções subjetivistas e modelos normativos do direito penal de autor ou da vontade.

Essa alternativa entre “direito penal objetivo puro” e “direito penal subjetivo puro” mostra os dois polos entre os quais oscilam todas as instituições penais e, justamente, tem sido considerada por Pietro Nuvolone como a chave para ler a história completa da ciência do direito penal. As suas origens podem ser encontradas nos dois arquétipos opostos de moral, e, mais em geral, da concepção do homem, que Paul Ricoeur identifica como a tradição grega e com a judaico-cristã: por um lado, a ideia ético-jurídica da culpa como transgressão e da pena como retribuição, dominadas uma e outra pelo esquema

racional e objetivo da causalidade e da necessidade; por outro, as ideias ético-religiosas da culpa, como condição existencial e original da pessoa, e da interiorização do pecado na consciência, expressão uma e outra da relação subjetiva, de conflito e reconciliação do homem com Deus.

A hipótese aqui adiantada é, contudo, que os dois extremismos – o objetivista e o subjetivista –, ainda quando opostos no plano teórico e normativo, têm levado, ao menos na época moderna, a conclusões práticas substancialmente convergentes. E isso como consequência, a meu ver, do fato de que em ambos os casos tem-se desvalorizado, ainda que por razões diferentes, o elemento material da ação; e tem predominado, inclusive, modelos de diagnose antropológica ou de inquirição pessoal que apontam para a periculosidade ou para a perversidade do réu, pouco importando se são atribuídas, à maneira determinista, a causas externas ou objetivas de tipo natural ou social, ou, à maneira moralista, à livre eleição do estilo de vida de um sujeito intrinsecamente e subjetivamente perverso. A consequência é que no primeiro caso temos um resultado sem culpa e, no segundo, uma culpa sem resultado, destituída da mediação, e, em qualquer dos casos, da ação culpável. Devemos, pois, analisar esta paradoxal convergência não apenas para superar o dilema que se manifesta nas opiniões contraditórias de Beccaria e Kant, mas, também, para esclarecer a natureza da culpabilidade à margem das metafísicas opostas do determinismo e do livre-arbítrio (FERRAJOLI, 2010, p. 453-454).

Ferrajoli, portanto, chama atenção para o fato de que as discussões em torno da divergência entre determinismo ou do livre-arbítrio, que há séculos dividem a doutrina, em verdade, tem ofuscado a investigação acerca da natureza da culpabilidade.

Embora não seja o objetivo do presente trabalho debruçar-se sobre a natureza jurídica da culpabilidade, o véu levantado por Ferrajoli inspira a reflexão acerca dos parâmetros empregados para cunhar o modelo de conduta social e jurídico-penalmente

tida como adequada, e, por outro lado, a conduta social e jurídico-penalmente tida como reprovada.

Foi a partir da formulação do conceito de culpabilidade normativa, desenvolvida sob variadas nuances por expoentes da teoria neokantista¹¹, que ganha espaço a discussão quanto à (in)exigibilidade de conduta diversa como causa de exclusão da culpabilidade. Contudo, é no período posterior ao neokantismo que esse elemento da culpabilidade chama mais atenção aos propósitos deste trabalho.

2.1. A culpabilidade no finalismo: a teoria normativa pura

É sabido que o sistema finalista não se restringiu aos estudos de Hans Welzel. Contudo, inegavelmente, foi ele quem decisivamente contribuiu para a solidificação da teoria e para a concepção mais difundida das categorias que estruturam o conceito analítico de crime¹², razão pela qual se optou por toma-lo como referência para o desenvolvimento da exposição que se segue.

A teoria finalista estrutura-se a partir de duas ideias fundamentais: o mundo se organiza com vistas a um fim; e a explicação de todo acontecimento do mundo consiste em aduzir o fim ao qual ele se dirige.

Essa concepção ontológica do mundo reflete-se na elaboração de estruturas lógico-objetivas que são o pressuposto para a compreensão de todos os elementos componentes de seu conceito formal de delito.

A primeira das estruturas lógico-objetivas apontadas por Welzel é a ação finalista, sendo que somente é de interesse para a ciência jurídica a ação humana sob sua perspectiva espiritual, traduzida pela ideia de finalidade dirigida a um objetivo específico, entre aqueles propostos pelo meio social. Assim, o aspecto puramente causal da ação cede

¹¹ Nesse sentido, alguns estudiosos como Mayer e zu Dohna atribuíam um conteúdo ético à culpabilidade, consistente na contrariedade à obrigação. Já Goldschmidt fundamentava a discussão acerca da culpabilidade na motivação, ou não, das normas de dever.

¹² Segundo Juarez Tavares, outros autores finalistas de relevo são: Maurach, Busch, Stratenwerth e Blei. TAVARES, 1980, p. 57.

espaço a um conceito de ação valorada pela vontade de se alcançar um fim, norteadada pela razão, pela consciência do agente.

A segunda estrutura lógico-objetiva diz respeito à autodeterminação do homem, ou seja, à sua liberdade de ação:

(...) a capacidade que tem todo homem de estruturar um pensamento racional e ordenado, que lhe permita desenvolver o tipo de conduta que lhe é adequado através de atos inteligentes e munidos de vontade às questões de ordem física. Por ser ‘dono’ de suas ações é que se reconhece a sua liberdade. Sobre o aspecto caracterológico, estrutura-se o homem como centro regulador responsável, capaz de dirigir os impulsos presentes no inconsciente (instintos e paixões) de acordo com fins e valores desejados e que constituirão a decisão de vontade (MACHADO, 2010, p. 158).

A partir dessa concepção de vontade livre, racional, conscientemente dirigida a um fim é que se compreende a necessidade de analisar a ação típica não apenas sob um aspecto objetivo- causal, mas levando-se também em conta o conteúdo da vontade, ou seja, seu aspecto subjetivo. Em vista desses argumentos é que se reformula o conteúdo da tipicidade e da culpabilidade, restringido a esta última a análise normativa, sem conteúdo subjetivo. De outro lado, passa a tipicidade a contar com um aspecto subjetivo, sendo seu elemento central o dolo, concebido como vontade de realização de um fato típico.

A dita análise normativa que passa a ser objeto da culpabilidade tem por escopo apreciar os atributos daquela vontade livre e consciente, a fim de estabelecer a responsabilidade do autor pelo ilícito praticado. Ressalte-se que a reprovação dirige-se à formação da vontade, no sentido de que seria exigível do autor da infração a possibilidade de ter conformado sua vontade à norma.

No marco do finalismo welzeniano, a reprovação decorrente da violação à norma estaria respaldada por um conteúdo ético mínimo dentro do corpo social, do que

decorreria pressupor a existência de uma universalidade axiológica quanto aos bens jurídicos tutelados penalmente. Dessa forma, é possível afirmar que:

(...) a visão de sujeito de Welzel mantém-se inalterada em relação a seus antecessores: tal qual nos clássicos, acredita ele na capacidade inata do ser humano de submeter seus instintos a uma ordem valorativa externa que se confunde com o próprio ordenamento jurídico. Essa posição sintetiza a crença no homem iluminista e na existência de valores compartilhados universalmente, protegidos pelo Direito (penal).
TANGERINO, 2011, p. 82.

Em sociedades extremamente diversificadas sob os aspectos social, cultural e econômico, como a brasileira, a reprovabilidade da ação proposta pelo finalismo pode carecer de legitimidade, eis que ao se afastar da realidade social constituir-se-ia em mero instrumento de autoritarismo.

Veja-se que mesmo a análise da (in)exigibilidade de conduta diversa não teria o condão de alterar esse cenário de deslegitimação. Isso porque a reprovação da conduta através da análise concreta das circunstâncias em que o delito ocorreu e da possibilidade do autor autodeterminar-se diante das mesmas, com o fim de verificar a ocorrência (ou não) de uma exculpante, não levaria em conta os valores do indivíduo sobre o qual recai a reprovação, mas os valores tomados por universais segundo o ordenamento jurídico.

Ora, a reprovabilidade funda-se na incapacidade do agente motivar-se conforme o Direito, submetendo seus impulsos delitivos à razão, sem, contudo, cogitar a existência de falhas motivacionais¹³ que impeçam o indivíduo de aderir ao escopo valorativo geral. Igualmente passível de crítica é o pressuposto de liberdade e autodeterminação desses sujeitos carecedores de motivação normal (ou razoável). Para além da crítica

¹³ Por falhas motivacionais está-se a compreender os acontecimentos ocorridos no curso da vida dos indivíduos que os levem a se afastar do padrão de valores e comportamentos sociais tidos como padrão. São exemplos que ilustram essas falhas a substancial privação de direitos fundamentais à saúde e à educação, compreendendo que a privação dos serviços públicos relacionados ao exercício desses direitos não se justifica pelo argumento da reserva do possível.

funcionalista¹⁴ de que o livre arbítrio é indemonstrável, ressalte-se novamente a crítica de Ferrajoli, acima transcrita.

Ao encerrar o discurso punitivo na subsunção da conduta proibida à norma, descuidado do conteúdo político que coloca em xeque a suposta neutralidade e racionalidade científicas das estruturas lógico-objetivas welzenianas, está-se corroborando para a construção de um direito penal autista. Isso porque, não obstante ser classificado como ciência social aplicada, o direito penal, passa a isolar-se na construção de teorias e pesquisas que não interagem com outras ciências, que não se atentam para a fundamentação liberal ou totalitária a que se prestam.

Sem olvidar das demais críticas que a doutrina dirige ao finalismo, para os fins propostos, estas se constituem as mais relevantes, sendo suficientes para impulsionar a busca por novas proposições acerca da culpabilidade, afigurando-se como uma das mais notáveis da culpabilidade por vulnerabilidade.

2.2 A culpabilidade no funcionalismo redutor: a culpabilidade por vulnerabilidade

O funcionalismo redutor é um sistema de teoria do delito desenvolvido por Eugenio Raúl Zaffaroni, a fim de identificar a funcionalidade política das categorias dogmáticas. A partir deste propósito, Zaffaroni estabelece uma aproximação entre o direito penal e a sociologia, adotando uma visão conflitivista da sociedade e uma perspectiva agnóstica da pena¹⁵.

¹⁴ Notadamente, refere-se à crítica do funcionalismo teleológico de Claus Roxin.

¹⁵ Acerca da teoria agnóstica da pena, esclareça-se que “a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes. O conceito assim enunciado é obtido por exclusão: a pena é um exercício de poder que não tem função reparadora ou restitutiva nem é coerção administrativa direta. Trata-se, sim, de uma coerção que impõe privação de direitos ou dor, mas que não corresponde aos outros modelos de solução ou prevenção de conflitos (não faz parte da coerção estatal reparadora ou restitutiva nem da coerção estatal direta ou policial). Trata-se de um conceito de pena que é negativo por duas razões: a) não concede qualquer função positiva à pena; b) é obtido por exclusão (trata-se de coerção estatal que não entra no modelo reparador nem no administrativo direto). É agnóstico quanto à sua função, pois confessa não conhece-la”. (Zaffaroni et. al., 2010, p. 99).

O ponto de partida para a construção da teoria é a constatação da inexistência de Estados de Direito puros, e compreensão de que há uma dialética entre o Estado de Polícia e o Estado de Direito, cujos reflexos se manifestam de forma especial no direito penal. Enquanto o estado de polícia busca a ampliação do poder punitivo, o estado de direito busca conter o exercício abusivo desse poder. Nesse contexto, segundo Zaffaroni, a dogmática jurídico-penal deve contribuir para a contenção do poder punitivo no âmbito do Judiciário, e demais agências de criminalização, a fim de que o direito penal seja “um apêndice do direito constitucional de todo estado constitucional de direito” (ZAFFARONI, 2005, p. 137).

Para alcançar a finalidade de contenção, a teoria do delito, como ramo da teoria do direito penal, deve deixar clara de que forma estabelece as conexões punitivas, ou seja, deve explicitar como estabelece a vinculação entre o delito e a pena. Considerando que essa vinculação não pode se dar de forma automática, a culpabilidade interessa sobremaneira à teoria do delito, seja sob a perspectiva de subjetivação e individualização da responsabilidade penal, seja por possibilitar o debate quanto ao fundamento e à individualização da sanção penal.

A análise do conteúdo e dos motivos que levam à reprovabilidade individual do agente que tenha cometido um ilícito penal recebe grande influência da teoria da coculpabilidade. Esta teoria propõe que a análise da reprovabilidade deve levar em conta as diferenças estruturais de uma sociedade, as carências materiais permanentes ou momentâneas. Assim,

A teoria foi concebida para ser aplicada nas ocasiões em que a desorganização da estrutura estatal, a carente oferta de condições de existência digna aos seus cidadãos e a discriminação decorrente da aviltante distribuição de rendas contribuem, verdadeiramente, para a expansão da criminalidade entre aqueles que padecem com o alheamento social. Nestas hipóteses, a sociedade haveria de atuar na qualidade de corresponsável pela ocorrência de delitos (PETER FILHO, 2011, p. 213).

Apesar da vantagem de se distanciar da abstração marcadamente presente na análise tradicional da culpabilidade, Zaffaroni tece algumas críticas à teoria da coculpabilidade entendendo que ela é insuficiente, pois:

(...) a) en principio, evoca el prejuicio de que la pobreza es la causa de todos los delitos; b) en segundo lugar, aún corrigiendo ese prejuicio, habilitaría más poder punitivo para las clases hegemónicas y menos para las subalternas, lo que puede conducir a um derecho penal clasista a dos velocidades; c) en tercer término, sea rico o pobre el seleccionado, siempre lo será com bastante arbitrariedad, com lo cual esta tesis no logra hacerse cargo de la seletividad estructural del poder punitivo (ZAFFARONI, 2005, p. 143)¹⁶.

Como proposta diversa à coculpabilidade, a culpabilidade por vulnerabilidade pugna pela menor reprovação penal quando a realização do ilícito pelo agente decorrer de significativa influência social, familiar, psíquica, e não apenas por influência econômica.

Com isso, Zaffaroni não intenta abandonar a tradicional estrutura da culpabilidade, fundada na culpabilidade de ato, mas estabelecer mais um critério de limitação à reprovação do sujeito que leve em conta os dados reais de seletividade do sistema de justiça criminal, conferindo maior racionalidade a este.

Argumenta Zaffaroni que a seletividade do sistema de justiça criminal recai sobre estereótipos¹⁷ e sobre condutas determinadas¹⁸ – chamadas por ele de condutas grosseiras,

¹⁶ [Tradução livre] a) em princípio, reproduz a noção equivocada de que a pobreza é a causa de todos os crimes; b) em segundo lugar, mesmo corrigir esse viés, permitiria maior intervenção do poder punitivo nas classes hegemônicas e menos para as classes mais baixas, o que poderia levar a um direito penal classista em duas velocidades; c) em terceiro lugar, seja rico ou pobre o selecionado, sempre o será com bastante arbitrariedade, com que esta tese não cuida da seletividade estrutural do poder punitivo.

¹⁷ Quanto ao estereótipo que marca a seletividade do sistema de justiça criminal brasileiro, tem-se que a maioria da população carcerária é formada por jovens de até 25 anos, negros ou pardos e de baixa escolaridade, conforme dados do INFOPEN disponíveis em <http://portal.mj.gov.br>.

¹⁸ Ainda segundo os dados do INFOPEN, a maior parte das pessoas que se encontram em privação de liberdade são acusadas do cometimento de crimes patrimoniais, notadamente o roubo, e de tráfico de entorpecentes, especialmente quanto à tipificação prevista no art. 33 da Lei 11.343/06.

praticadas por pessoas de classe social baixa, desconhecedoras de *modus operandi* mais sofisticados e de mais difícil apreensão pelo sistema penal. Por consequência, o aparato punitivo estatal tem maior possibilidade de atingir determinadas pessoas em razão de seu *status* social e de suas características pessoais, o que torna essas pessoas mais susceptíveis, mais vulneráveis a se tornarem “clientes” do sistema de justiça criminal.

Essa afirmação, todavia, não pode padecer do mesmo insucesso de abstração dos demais elementos da culpabilidade, mas deve se traduzir em uma situação concreta de vulnerabilidade, compreendida a partir do esforço pessoal para alcançar o estado de vulnerabilidade. Esse esforço pessoal deve ser analisado no caso concreto, a fim de se aferir o quanto o pertencimento a um grupo social ou a um estereótipo, bem como outras influências (social, familiar, psíquica, e econômica) foram relevantes para que o agente se distanciasse do padrão de motivação, de conformidade ao Direito, que se espera quanto à norma proibitiva¹⁹.

A proposta de Zaffaroni pode repercutir no ordenamento jurídico brasileiro limitando o exercício arbitrário e seletivo do sistema de justiça criminal.

Embora majoritária doutrina brasileira²⁰ aponte que o Código Penal filiou-se à teoria finalista da ação, as normas contidas na parte geral não são refratárias às contribuições da perspectiva conflitivista e crítica de Zaffaroni.

O primeiro argumento que corrobora com tal afirmação, reside na possibilidade de utilização do método tópico-hermenêutico dos casos levados ao conhecimento do Judiciário.

(...) a filosofia pós-positivista busca um equilíbrio entre o silogismo e a tópica, reconhecendo que o Direito admite uma superposição entre duas esferas: a esfera da compreensão da norma, de um lado, e a esfera da compreensão do fato, de outro, levadas a cabo pelo ser historicamente presente, pelo procedimento argumentativo (BRANDÃO, 2010, p. 19).

¹⁹ Ou ainda quanto à norma mandamental, como nos casos dos crimes omissivos.

²⁰ Neste sentido, exemplificativamente, Cláudio Brandão, Cerzar Roberto Bitencourt e Luiz Regis Prado.

O Código Penal permite a abertura para este método ao prever a possibilidade de, no caso concreto a conduta do partícipe ser de menor importância, acarretando em causa de diminuição de pena (art. 29, §1º, CP); prever a influência das circunstâncias do crime e do comportamento da vítima na fixação de pena base, entre outros exemplos.

As previsões normativas também se compatibilizam com a necessidade de análise, em concreto, da possibilidade de agir conforme o direito. É dizer, é preciso analisar o caso concreto, em suas nuances, seus elementos e circunstâncias empíricas, demonstráveis através de provas constituídas no bojo do processo, para se avaliar a real possibilidade de demonstração de um agir livre, permitindo à culpabilidade, especialmente quanto ao elemento exigibilidade de conduta diversa, cumprir sua pauta valorativa de limitação ao poder punitivo do Estado.

A abertura normativa do Código Penal para que tal proposta seja possível encontra-se no artigo 66, segundo o qual “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

Assim, uma pessoa que, embora sujeito de direitos, tenha se desenvolvido à margem da efetivação de seus direitos individuais e sociais, pode contar com um déficit motivacional. É dizer, pode não aderir aos valores – ditos universais – e aos comportamentos – ditos normais e racionais – pressupostos para um comportamento conforme o direito legislado.

Com isso, não se está defendendo as condutas desse sujeito de direitos (expropriados) esteja amparada por uma causa de exculpação, afastando a intervenção punitiva estatal. Está-se afirmando que não é possível, e uma sociedade complexa e desigual, como a brasileira, valorar uniformemente as condutas que contrariam os valores expressos pelas normas penais.

O que se propõe, conforme lição de Zaffaroni (2015, p. 151), é estabelecer uma “conexão punitiva”, construindo uma relação dialética entre um critério racional de seleção dos comportamentos delitivos pelas instâncias de persecução penal e os esforços pessoais para se alcançar uma situação concreta de vulnerabilidade.

Por todo o exposto, o conceito de culpabilidade por vulnerabilidade é um instrumento relevante e apropriado para a melhor compreensão e reprovação do ilícito, sendo de grande valia para a dogmática em sua missão de limitar do poder punitivo estatal. Repita-se que, com isso, não se propõe o abandono do conteúdo da culpabilidade na teoria do delito – notadamente sob a perspectiva da teoria normativa pura, mas sua integração para uma aplicação mais racional do direito penal.

3. A CONTRIBUIÇÃO DA ROTUÇÃO – OU LABELLING APPROACH – AO DEBATE

Segundo Davi Tangerino, a universalidade axiológica dos bens jurídico-penais é o pilar da culpabilidade (2011, p. 143). A assertiva decorre da observação de que a culpabilidade, enquanto categoria do conceito analítico de crime, ainda tem por pressuposto que os destinatários do direito penal tenham liberdade de agir e que o delinquentes tenha optado por agir em desconformidade com o Direito.

Os destinatários das normas antes de realizarem qualquer ação deveriam indagar-se acerca de como deveriam agir, tendo por parâmetro as regras, princípios e valores sociais. Especificamente no que concerne ao âmbito de tutela do jurídico-penal, os referidos parâmetros revelam-se extremamente relevantes, eis, que, em atenção ao princípio da subsidiariedade, ao direito penal compete a proteção dos bens jurídicos considerados mais relevantes pelo corpo social²¹.

²¹ Ao se fazer tal afirmação não se desconsidera a existência de um profundo debate acerca do conteúdo e limites daquilo que se possa considerar como bem jurídico penal, sendo certo tratar-se de expressão equívoca entre os doutrinadores pátrios e estrangeiros. Tampouco se ignora que é também controversa a afirmativa de que o fim do direito penal é tão somente a tutela de bens jurídicos mais relevantes socialmente. Todavia, tais assertivas ainda encontram eco em boa parte da doutrina nacional razão pela qual é tomada como pressuposto da crítica que será adiante formulada. Numa perspectiva crítica, afirma Nilo Batista: “Afirmamos, portanto, que o direito penal é disposto pelo Estado para a concreta realização de fins; toca-lhe, portanto, uma missão política, que os autores costumam identificar, de modo amplo, na garantia das ‘condições de vida da sociedade’, como Mestieri, ou na ‘finalidade de combater o crime’, como Damásio, ou na ‘preservação dos interesses do indivíduo ou do corpo social’, como Heleno Fragoso. Tais fórmulas não devem ser aceitas com resignação pelo iniciante. O direito penal nazista garantia as ‘condições de vida da sociedade’ alemã subjugada pelo Estado nazista, ou era a pedra de toque do terrorismo desse mesmo

A ideia subjacente, portanto, é a de que os bens jurídicos traduzem valores compartilhados por todo o corpo social, traduzindo uma aparente inclusão geral e irrestrita, fruto das seguintes falácias:

- a) o sistema de valores e de modelos de comportamento recebido pelo sistema penal corresponde aos valores e normas sociais que o legislador encontra preconstituídos, e que são aceitos pela maioria dos consórcios; b) o sistema penal varia em conformidade ao sistema de valores e de regras sociais. BARATTA, 2002, p. 75.

A homogeneidade cultural e comportamental pressuposta para validar essa ordem de ideias foi cunhada no contexto das teorias contratualistas iluministas. Todavia, essa aceção foi aos poucos rechaçada, especialmente a partir investigações sociológicas que constatarem o seguinte:

- a) no interior de uma sociedade moderna existem, em correspondência à sua estrutura pluralista e conflitual, em conjunto com valores e regras sociais comuns, também valores e regras específicas de grupos diversos ou antagônicos; b) o direito penal não exprime, pois somente regras e valores aceitos unanimemente pela sociedade, mas seleciona entre valores e modelos alternativos, de acordo com grupos sociais que, na sua construção (legislador) e na sua aplicação (magistratura, polícia, instituições penitenciárias), têm um peso prevalente; c) o sistema penal conhece não só valorações e normas conforme às vigentes na sociedade, mas

Estado, garantindo em verdade as condições de morte da sociedade? Sem adentrar a fascinante questão de que o estado primeiro inventa para depois combater o crime, esse combate não será algo miseravelmente reduzido ao crime acontecido e registrado? Ou seja: o combate que o direito penal pode oferecer ao crime praticamente se reduz – desde que a pesquisa empírica demonstrou o precário desempenho do chamado ‘efeito intimidador’ da pena, sob cuja égide sistemas inteiros foram construídos – ao crime acontecido (sendo mínima sua atuação preventiva) e registrado (a chamada criminalidade aparente, que, como também a pesquisa empírica revelou, é muito inferior – em alguns casos, escandalosamente inferior: pense-se por exemplo no abortamento – à criminalidade real, sendo a diferença denominada cifra oculta). Por último, que significarão ‘interesses do corpo social’ numa sociedade dividida em classes, na qual os interesses de uma classe são estrutural e logicamente antagônicos aos de outra?”. BATISTA, 2011, p. 20/21.

também defasamentos em relação a elas; frequentemente acolhe valores presentes somente em certos grupos ou em certas áreas (pense-se no tratamento privilegiado, no código italiano, do homicídio por motivo de honra) e antecipações em face das reações da sociedade (pense-se na perseguição de delitos que não suscitam, ou ainda não suscitam, uma apreciável reação social: delitos econômicos, delitos de poluição ambiental) ou retardamentos (pense-se na perseguição de delitos em face dos quais a reação social não é mais apreciável, como determinados delitos sexuais, o aborto, etc.); d) enfim, uma sociologia historicista e crítica mostra a relatividade de todo sistema de valores e de regras sociais, em uma dada fase do desenvolvimento da estrutura social, das relações sociais de produção e do antagonismo entre grupos sociais, e por isso, também a relatividade do sistema de valores que são tutelados pelas normas de direito penal. BARATTA, 2002, p. 75/76.

Essa nova perspectiva influenciou sobremaneira os estudos criminológicos empreendidos a partir de meados do século XX, reunidos sob a nomenclatura “criminologia do conflito”, entre os quais, destaca-se, para os fins propostos no presente trabalho, ruptura proporcionada pela teoria do *labelling approach*.

(...) a criminologia da reação social – como também são chamadas as aplicações do “etiquetamento” – deixaria de perguntar quem é criminoso e passaria a perguntar primeiro quem é considerado desviado. (...) Dessa maneira, o enfoque da criminologia mudaria totalmente, pois as definições legais ou institucionais deixariam de ser assumidas acriticamente como algo natural, e a ênfase seria colocada exatamente nessas definições. O objeto de estudo da criminologia deixará desde então de ser o “delinquente” e começará a ser as instâncias que “criam” e “administram” a delinquência. O estudo da criminalidade cederá a vez aos estudos dos processos de criminalização. (...) Ficaria claro, com ele, que a maneira pela qual as sociedades e suas

instituições reagem diante de um fato é mais determinante para defini-lo como delitivo ou desviado do que a própria natureza do fato, como ensinava o positivismo. Comprovava-se, assim, que diante de fatos similares poderia advir uma reação social de anormalidade ou não existir reação alguma. Apenas no primeiro caso ocorreria o desvio. Portanto, parecia fundamental estudar, precisamente, essa reação que identifica o autor do fato como delinquente. ANITUA, 2008, p. 588.

Desenvolvida nos Estados Unidos da América, a partir da década de 1960, a teoria do etiquetamento tem como marco a publicação do livro *Outsiders*, de Howard Becker, em 1963. Outros teóricos relevantes para o *labelling approach* foram Erving Goffman e Edwin Lemert (CONDE, HASSRMER, 2008, p. 110).

Em apertada síntese, a contribuição do *labelling approach* para o estudo da culpabilidade reside em identificar o desvio não como uma qualidade intrínseca da conduta, senão como resultado de uma reação social a determinados comportamentos tidos como desviados. A reprovação de que cuida a culpabilidade não seria decorrente apenas da violação à norma, mas sim o produto de uma seleção, de um rótulo imposto por um grupo social a alguém tido como infrator, como desviado.

Outra vertente de estudo do *labelling approach* seria o problema relacionado ao poder de definição das condutas delitivas²², da concepção do delito como qualidade intrínseca a determinados comportamentos e pessoas. Ou seja, outro questionamento do *labelling approach* é o da distribuição do poder que confere a certas definições de delito uma validade real, o poder que em última medida tem o condão de estabelecer os parâmetros da universalidade axiológica do corpo social para eleger determinados bens jurídicos para fins de tutela penal (BARATTA, 2002, p. 89-92).

²² Para Vera Regina Pereira de Andrade, o estudo do *labelling approach* implicaria em três níveis explicativos: “a) um nível orientado para a investigação do impacto da atribuição do *status* de criminoso na identidade do desviante (é o que se define como ‘desvio secundário’); b) um nível orientado para a investigação do processo de atribuição do *status* de criminoso (‘criminalização secundária’ ou processo de seleção); c) um nível orientado para a investigação do processo de definição da conduta desviada (criminalização primária) que conduz, por sua vez, ao problema da distribuição do poder social desta definição, isto é, para o estudo de quem detém, em maior ou menor medida, este poder na sociedade. E tal é o nível que conecta do *labelling* com as teorias do conflito”.

Percebeu-se, portanto, que os processos de definição do desvio não são alheios à desigual distribuição de poder, aos conflitos de interesses, à desigualdade, e aos complexos e plurais processos de interação social do indivíduo. Corrobora com isso a constatação de que os grupos de poder normalmente encarregados de selecionar e definir as condutas delitivas são os mesmos que elegem e disseminam valores e fins sociais dificilmente acessíveis à maior parte da população em razão da distribuição desigual dos meios necessários para atingir esses fins²³.

Desta feita, a reprovabilidade não deveria focar-se no ato desviante em si, como um dado isolado da realidade do autor. Ao contrário, deveria retroceder aos mecanismos de identificação do ato tido como atentatório à estabilidade e expectativas de um grupo social, bem como retroceder à verificação da real possibilidade conferida ao autor para autodeterminar-se em conformidade com a norma.

A teoria do etiquetamento proporciona a ruptura metodológica que revelará a ficção em torno da universalidade axiológica referida a bens jurídicos, que legitima a intervenção jurídico-penal e a faz parecer politicamente neutra quanto aos destinatários da norma.

Sob as lentes dessa vertente criminológica, a dogmática jurídico penal tem a possibilidade de alcançar maior aproximação da realidade humana, abandonando, por conseguinte, o modelo de Direito Penal formalista, reprodutor e legitimador das relações de poder e violência institucionalizada.

Essa mudança deve necessariamente passar por uma releitura dos critérios de aferição da culpabilidade, especialmente sob o aspecto da reprovabilidade, a fim de identificar a seletividade na criminalização e o grau de vulnerabilidade a que esteve sujeito o indivíduo apontado como desviado. É dizer, graduar a culpabilidade de acordo com o grau de esforço pessoal despendido por cada selecionado para colocar-se em situação de vulnerabilidade frente ao risco do poder punitivo (ZAFFARONI, 2005, p. 146 e 151).

²³ Embora numa perspectiva um pouco distinta da dos autores do *labelling approach*, já em 1938, Robert K. Merton propõe um modelo de explicação funcionalista do desvio no qual se analisam os fins sociais e os meios eleitos pelos indivíduos para alcança-los.

A releitura da culpabilidade, enquanto categoria dogmática, a partir da teoria do etiquetamento e da culpabilidade por vulnerabilidade parece atender aos reclamos de limitação ao poder punitivo estatal, na medida em que contribui para reduzir o alcance da culpabilidade formal destituída de um conteúdo material ético.

4. CONCLUSÃO

Embora não seja a única saída para o estabelecimento de maiores limites ao poder punitivo estatal, a culpabilidade por vulnerabilidade pode ser utilizada como instrumento eficaz de equilíbrio na intervenção jurídico-penal, proporcionando maior credibilidade e tornando a aplicação da lei penal mais equânime.

A partir da análise da culpabilidade por vulnerabilidade, concomitantemente ao *labelling approach*, pode-se reconhecer, especialmente no momento de individualização da sanção penal, a atenuação da responsabilidade de agentes com histórico de exclusão e marginalização social, a partir da mitigação contextual da reprovação de sua conduta, possibilitando uma real aferição de responsabilidade jurídico penal, bem como a individualização de pena mais ética.

A adequação da reprovação às possibilidades de motivação do agente à norma jurídico-penal, permite ao direito penal conter a violência institucionalizada, reconhecendo que o sujeito sob julgamento fora anteriormente violentando pelo próprio Estado, ineficiente que é no fornecimento materialmente igualitário dos direitos individuais sociais previstos Constituição da República.

A possibilidade de adoção desse viés crítico no cotidiano forense brasileiro é cada vez mais inconteste. Todavia, mais do que simplesmente atrair a aplicação da atenuante inominada prevista no artigo 66 do Código Penal, revela a necessidade de atuação crítica de todos os aplicadores do Direito, a fim de que o direito penal não seja visto como uma “ilha” constituída de princípios e dogmas herméticos, sem qualquer referencial ou preocupação com a realidade social.

A adoção do método tópico-hermenêutico, compatível que é com as normas e o sistema de fato punível estruturado pelo Código Penal, deve orientar a aplicação refletida

de toda sanção penal, a fim de que não se esvazie o esforço de se explicitar as mazelas sociais que acabam por repercutir nas instâncias oficiais de criminalização. Repita-se que tal método revela a necessidade de avaliação concreta dos fatos para fins de aplicação do direito.

Esse necessário intercâmbio entre o direito penal e a sociedade é fornecido por diferentes correntes criminológicas, especialmente as de viés conflitivista, e pode contribuir decisivamente para a instrumentalização do direito penal como, de fato deveria ser, ciência social aplicada.

Ao propor a sua culpabilidade por vulnerabilidade, Zaffaroni apenas admite de forma excepcional a sua utilização como causa (supralegal) de exculpação, e tampouco cogita da aplicação de pressupostos para ampliar a reprovação daqueles que precisaram empreender um grande esforço pela vulnerabilidade.

Disso dessume-se, que o objetivo é mais uma vez de contenção e maior racionalização do poder punitivo estatal, e não o seu descrédito. Esforço ao qual se tem dedicado a doutrina jurídico penal, ao menos, desde as contribuições de Beccaria, mas que deve ser mantido até os dias atuais.

Superar a concepção acrítica de culpabilidade, adstrita ao aspecto formal legalista, para então compreendê-la como importante instrumento nos processos de criminalização e seletividade do Direito Penal, valendo-se para tanto do conceito de vulnerabilidade trabalhado por Zaffaroni, somado às contribuições criminológicas críticas da teoria do *labelling approach*, permite a efetivação do caráter fragmentário do Direito Penal.

Nesse sentido, sem que se cogite abandonar os elementos formais da culpabilidade, com destaque para a exigibilidade de conduta diversa, a perspectiva deve ser a de humanizar, materializar e eticizar a aplicação das estruturas lógico-formais, sem olvidar de seu condicionamento histórico-político-social.

REFERÊNCIAS

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ANYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da reação social**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal – Introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BLUMER, Herbert. **El interaccionismo simbólico**. Perspectiva y metodo. Barcelona: Hora S.A., 1982.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 ago 2017.

_____. Decreto-Lei 2.848/1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 30 jul 2017.

GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista o delito: em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico-penal” de Roxin**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 32, p. 120-163, 2000.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introdução à criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Safe, 2003.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **A culpabilidade no direito penal contemporâneo**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MOURA, Grégore Moreira de. **Do principio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

PETER FILHO, Jovacy. **Coculpabilidade e vulnerabilidade: conspirações a partir de um realismo jurídico-penal**. In: SÁ, Alvino Augusto de; et. al. *Criminologia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. **Do paragidma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanencia de paradigmas criminológicos na ciencia e no senso comum**. *Revista Sequencia: Estudos Jurídicos e Políticos*, Santa Catarina, n. 30. Disponível em:

<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819/14313>. Acesso em 17 de maio de 2014.

SIQUEIRA, Leonardo. **Culpabilidade e pena: a trajetória do conceito material de culpabilidade e suas relações com a medida da pena**. Col. *Ciência Criminal Contemporânea*. Vol. 7. Coord. Cláudio Brandão. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Teorias do delito: variações e tendencias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Culpabilidad por la vulnerabilidad**. In: BARATTA, Alessandro. *El pensamiento crítico y la cuestión criminal*. Barcelona: Anthropos, 2005.

_____. **Em busca das penas perdidas. A perda de legitimação do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____; et al. **Direito Penal Brasileiro: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.