

ABORDAGEM CRÍTICA AO ATUAL CONCEITO DE CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Luiz Gustavo Bessa Albuquerque¹
Guilherme Dutra Marinho Cabral²

RESUMO

A culpabilidade para o Direito Penal é a liberdade e consciência que possui o agente ao cometer um delito, isto é, a capacidade do indivíduo escolher a sua conduta ante a prática delituosa. Desse modo, esse agente delinqüente possui o livre arbítrio em agir de um modo ou de outro, sendo a sua conduta determinada por sua razão. Contudo, adotando a culpabilidade como a vontade livre do agente, há no sistema penal uma irracionalidade, pois o arbítrio livre é um conceito destituído de comprovação empírica, não sendo, portanto, admitido pela ciência. Ademais, se demonstrará que o livre arbítrio é uma construção dos ideais iluministas, havendo por parte dos pensamentos positivista sociológico e marxista relutância a essa condição livre do sujeito. Estas escolas do pensamento atribuirão ao sujeito a ausência de liberdade de atuação, uma vez que a conduta do indivíduo será determinada por fatores físicos, psíquicos ou biológicos, ou ainda, conforme a escola marxista, a conduta do indivíduo será determinada com objetivo de sanar suas necessidades materiais. Além disso, para que seja possível aduzir que um ser é dotado de liberdade em uma sociedade, deve-se pressupor que todos os membros desta são materialmente iguais, o que naturalmente é impossível de existir nas sociedades atuais. Portanto, se não há igualdade, também não há liberdade em sentido estrito, desvirtuando, desse modo, o atual conceito de culpabilidade. Nesse contexto, serão analisadas as teorias da coculpabilidade e da culpabilidade por vulnerabilidade, objetivando corrigir as falhas decorrentes da adoção do moderno conceito de culpabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: culpabilidade; livre arbítrio; coculpabilidade; culpabilidade por vulnerabilidade.

ABSTRACT

Culpability for Criminal Law liberty and conscience is that the agent has to commit a crime, that is, the ability of the individual to choose his criminal conduct at the practice. Thus, this agent offender has free will to act in one way or another, his conduct being determined by his reason. However, adopting the guilt as will free agent, there is an irrationality in the penal system, because free will is a concept devoid of empirical evidence, it is therefore accepted by science. Furthermore, we demonstrate that free will is a construction of Enlightenment ideals, with thoughts by the positivist sociological and Marxist reluctance to free the condition of the subject. These schools of thought issue to the subject the lack of freedom of action, since the conduct of the individual will be determined by physical, psychological or biological,

¹ Aluno egresso. Classificado em 3º lugar no 2º concurso de monografias Prêmio Onildo Ferreira Dutra – 2012.

² Advogado. Professor Orientador.

or, as the Marxist school, the conduct of the individual will be determined in order to remedy their material needs. Also, so we can add that a being is endowed with freedom in a society, we should assume that all members of this material are equal, which of course is impossible to achieve in current societies. So if there is no equality, there is no freedom in the strict sense, distorting thus the current concept of guilt. In this context, we analyze the theories of culpability for coculpabilidade and vulnerability, aiming to correct the flaws resulting from the adoption of the modern concept of guilt.

KEYWORDS: culpability; freewill; coculpabilidade; culpability for vulnerability.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 O CONCEITO DE CULPABILIDADE PARA A DOGMÁTICA PENAL. 2.1 TEORIA PSICOLÓGICA. 2.2 TEORIA PSICOLÓGICA NORMATIVA. 2.3 TEORIA DO FINALISMO DA AÇÃO. 2.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS TEORIAS DA CULPABILIDADE. 3 LIVRE ARBÍTRIO. 3.1 O LIVRE ARBÍTRIO PARA O POSITIVISMO JURÍDICO. 3.2 O LIVRE ARBÍTRIO PARA O POSITIVISMO SOCIOLÓGICO. 3 O LIVRE ARBÍTRIO PARA O MARXISMO. 3.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS TEORIAS DO LIVRE ARBÍTRIO. 4 INTEGRAÇÃO DIALÉTICA NO CONCEITO DE CULPABILIDADE. 4.1 REALIDADE DO FENÔMENO E CONCLUSÃO TEÓRICA ANTE AS DOCTRINAS DA COCULPABILIDADE E DA CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE. 4.1.1 Teoria da coculpabilidade. 4.1.2 Teoria da culpabilidade por vulnerabilidade. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A culpabilidade pode ser considerada sob três aspectos distintos, no direito penal: quanto à impossibilidade de responsabilidade objetiva do agente delituoso, quanto aos critérios de fixação/aplicação da pena, e enquanto integrante do conceito analítico de crime.

Esta dissertação abordará a culpabilidade inserida no conceito analítico de crime, contudo, restringindo-se à culpabilidade propriamente dita, isto é, entendida como a suposta capacidade de escolha que possui o indivíduo para praticar ou não uma infração penal.

É cediço que, nos discursos político-criminais, há muito não mais se responsabiliza o agente criminoso pelo o que ele é, por sua personalidade, mas apenas pelo o ato por ele praticado. O Direito Penal atual é o direito do fato, imputa-

se a responsabilização do agente criminoso apenas por seus atos praticados (PIERANGELLI, 1987).

O questionamento que orienta a pesquisa, portanto, é o seguinte: em que medida o conceito de culpabilidade adotado pelo Direito Penal brasileiro é capaz de solucionar todos os problemas empíricos relacionados à capacidade – ou não – de autodeterminação do sujeito, isto é, as hipóteses em que é possível realizar um juízo negativo de reprovação do autor, e aquelas em que os defeitos na formação da vontade antijurídica devem (des)culpá-lo pelo crime cometido?

Para se alcançar uma resposta, parte-se de uma análise sucinta das duas principais doutrinas da dogmática penal quanto ao conceito de culpabilidade: teoria causalista (psicológica e psicológico-normativa) e o finalismo.

Posteriormente será desenvolvido o conceito de livre arbítrio, aproximando-o do direito penal. Nesse ponto, serão analisadas as teorias positivistas no iluminismo e na sociologia, além do pensamento marxista.

Ao final, alguns modelos alternativos de reprovação de condutas serão abordados, como a coculpabilidade e a culpabilidade por vulnerabilidade, e verificadas as vantagens advindas com a sua aplicação na prática judicial brasileira.

2 O CONCEITO DE CULPABILIDADE PARA A DOGMÁTICA PENAL

Conforme aduzido na introdução, nesta dissertação se analisará a culpabilidade enquanto integrante do conceito analítico do crime. Para tanto, não haverá estudo das principais doutrinas que se inserem no conceito analítico de crime, mas exclusivamente aquelas relacionadas à culpabilidade, quais sejam: teoria psicológica, teoria psicológica normativa e a teoria finalista.

Contudo, apenas para citar, não devem ser esquecidas a doutrina da reprovabilidade de Roxin e a concepção funcional de Jakobs, que apesar de serem conhecidas, nesta dissertação não serão apresentadas em razão da inexistência de pertinência ao tema.

2.1 TEORIA PSICOLÓGICA

Na segunda metade do século XIX, já não era tão pacífico o conceito de culpabilidade do Direito Natural, o qual era fundado no abuso da liberdade de vontade. Nesta época adotava-se a responsabilidade objetiva do indivíduo, fundamentada exclusivamente no evento ocorrido, sem, contudo, perquirir seus efeitos.

No final do século XIX, com advento do novo modo de vida inserido pelo Capitalismo, surge a teoria psicológica da culpabilidade, cujo precursor foi Franz Von Listz. Partindo do pressuposto causalista³ da ação, Listz aduziu que o delito possuiria elementos objetivos (externos) e subjetivos (internos). Os elementos objetivos seriam objetos da antijuridicidade, enquanto os subjetivos estariam na culpabilidade, representadas por um conjunto das relações psíquicas do autor com o resultado.

Nesse sentido, Listz vai afirmar que (LISTZ, 1889 apud CORRÊA, 2008, p. 959) “Não basta que o resultado possa ser objectivamente referido ao acto de vontade do agente: é também necessário que se encontre na culpa a ligação subjectiva. Culpa é a responsabilidade pelo ato produzido”.

Corroborando o entendimento de Listz, Beling também aduziu que “O juízo de que alguém tenha agido ‘culpavelmente’ expressa um juízo valorativo sobre a fase interna [...] O que importa é o estado anímico do sujeito ao tempo da ação”. (BELING, 1944 apud CORRÊA, 2008, p.959).

Por seu turno, Cerezo Mir sustentou que a culpabilidade é “[...] el nexo psicológico entre el autor y el resultado delictivo, el relacionamiento psíquico del autor com el resultado externo de su conducta.” (MIR, 1996 apud SILVA, 2008, p.96)

Conforme se depreende, para o causalismo de Listz e Beling só é punível o ato em que há uma mudança no mundo externo contrário à ordem, e que exista um vínculo psicológico entre o agente e o fato punível, pois, caso contrário, não haverá crime. É o que se extrai das lições de Bonchristiano (1988, p. 27) “A culpabilidade concebe-se como uma relação de causalidade psíquica que explica o resultado

³ No sistema causal, para identificar o cometimento de um delito, era necessário a transposição de duas fases. Por primeiro, verificava-se a mudança do mundo exterior, tendo em vista a ação do indivíduo contrária ao Direito. Por segundo, apurava-se a relação psíquica entre o agente e sua conduta.

como o produto da mente do sujeito, enquanto que o antijurídico se define a partir do nexo de causalidade com o estado lesivo”.

Diante dessa culpabilidade, surgem seus dois elementos, conforme se conclui dos escritos de Cerezo Mir (MIR, 1996 apud SILVA, 2008, p.104) “culpa e dolo, entendendo este quando o sujeito consciente e voluntariamente atua para produção do delito, aquele na hipótese do sujeito prever ou ser capaz de prever a possibilidade da produção do resultado”.

Objetivando superar o espinhoso tema do livre arbítrio, o causalismo simplificava a análise da culpabilidade à voluntariedade e previsão da conduta, sem perquirir a existência de livre arbítrio na realização da ação. Assim, Listz (1889, p. LXXVI) afirmara que:

Culpado é todo aquelle e somente aquelle que pratica um acto injusto voluntariamente, prevendo ou podendo prever o resultado. Supposto o jogo regular de suas funcções psychicas. As idéias da culpa só envolve as de voluntariedade e previsão e não a de livre arbítrio.

Desse modo, percebe-se que a teoria psicológica afasta a existência do livre arbítrio no conceito de crime, eis que, nas ideias de culpa, existiria apenas a voluntariedade e a previsão.

2.2 TEORIA PSICOLÓGICA NORMATIVA

Com o avanço do pensamento iluminista, surge a teoria psicológica normativa que retoma os ideais de Kant e de Hegel, rompendo com o conceito naturalístico da ação ao substituí-lo pela conduta da relevância social (CORRÊA, 2008).

Assim, ao conceito de culpabilidade são acrescentados elementos normativos, proposta esta feita por Reinald Frank, em 1907. Desse modo, o conceito de culpabilidade seria constituído da relação psíquica do autor com o fato, bem como da normalidade das circunstâncias desse.

Mais à frente, Freudenthal cria o conceito de inexigibilidade de conduta diversa, ou seja, um juízo de reprovação que se baseia na noção de livre arbítrio do agente que, possuindo o poder de escolha, optava pela prática do delito.

Ainda, é possível referenciar acerca da concepção de Mezger, para o qual a culpabilidade seria: “injusto reprovável pessoalmente que incluiria a culpabilidade pelo fato concreto e culpabilidade pela condução de vida, ou seja, uma mescla de culpabilidade do fato com culpabilidade do autor.” (MEZGER, 2000 apud CORRÊA, 2008, p. 961)

Nesse contexto, vislumbra-se que o livre arbítrio estaria inserido ao conceito de culpabilidade quando do incremento da inexigibilidade de conduta diversa, sendo, contudo, extirpado para Mezger, uma vez que este considera a culpabilidade pelo fato e pela condução de vida do sujeito, sem avaliar a sua autodeterminação, o que, conforme afirmado alhures, não é mais admissível no direito penal.

2.3 TEORIA DO FINALISMO DA AÇÃO

Hans Welzel sugere a concepção do finalismo e implementa mudanças ao conceito normativo de culpabilidade, sendo que esta passa a incorporar um critério de reprovabilidade consistente na formação antijurídica da vontade do autor. Também, conforme afirma Corrêa (2008), Welzel apresentou uma doutrina com fundamentos ontológicos, isto é, o direito penal teria por objeto elementos naturais que não precisariam ser empiricamente provados, como exigia o positivismo, nem serem organizados por valores, como no Neokantismo.

Resumidamente, Welzel afirma que o conceito de culpabilidade é jurídico e não moral, pois independentemente de comprovação o homem é um ser dotado de vontade própria. Com isso, Welzel não afasta a presença do livre-arbítrio, mas apenas o legitima como ato jurídico, desnecessário de comprovação moral.

2.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS TEORIAS DOGMÁTICAS DA CULPABILIDADE

Nesse contexto, é perceptível que a preocupação com o livre arbítrio inserido ao conceito de culpabilidade é bem antiga, desde a teoria psicológica, quando com objetivo de afastar o seu emprego da culpabilidade, Listz e Beling aduzem que a idéia de culpa sugere apenas a previsão e a voluntariedade.

Posteriormente, aderindo-se ao livre arbítrio, Freudenthal cria a teoria da inexigibilidade de conduta diversa, sem, contudo, afastar a temida autodeterminação.

Cumprе ressaltar que o Direito Penal brasileiro, seguindo a regra dos ordenamentos jurídicos mundial, não titubeia ao adotar a teoria do finalismo de Welzel para o conceito de culpabilidade. Diante disso, é possível afirmar que o Direito Penal brasileiro reconhece o livre arbítrio, todavia, sendo desnecessário de comprovação, uma vez que se trata de elemento jurídico.

Todavia, como é cediço, apesar de ser defendido no Direito Penal brasileiro, o finalismo tenta afastar o livre arbítrio sem obter sucesso, visto que a busca pela responsabilização do indivíduo, e a conseqüente aplicação de uma sanção penal, exigem que se leve em consideração a medida de sua culpabilidade, ou seja, o quanto o agente era capaz de determinar a sua conduta de um modo (conforme o direito) ou de outro (contrário ao direito).

Nesse contexto, entende-se como equivocada a tentativa de retirar o livre arbítrio do atual conceito de culpabilidade, pois, conforme a máxima *nullum crimem, nulla poena, sine culpa*, um dos principais axiomas do garantismo penal (FERRAJOLI, 2006), não haveria crime nem pena sem culpa, sendo esta entendida em seu sentido estrito, isto é, a vontade livre e consciente de praticar um delito.

3 LIVRE ARBÍTRIO

Diante o expandido, passa-se à análise do que se pode entender por livre arbítrio. Não obstante, é importante ressaltar que até os dias atuais nenhum estudioso chegou a uma conclusão precisa e objetiva do que seja livre arbítrio, dada a impossibilidade de comprová-la empiricamente.

Assim, esta dissertação restringe-se à análise das escolas úteis a este trabalho, quais sejam: livre arbítrio para o positivismo jurídico, positivismo sociológico e marxista.

3.1 O LIVRE ARBÍTRIO PARA O POSITIVISMO JURÍDICO

O positivismo jurídico surge no século XVIII⁴, com advento do iluminismo. Denominado período das luzes por causa da “obscuridade” vivida pelo homem em séculos anteriores, o iluminismo tinha como seu principal fundamento a razão humana, considerada as “luzes para as trevas”. Para os iluministas o ser humano é dotado de razão/inteligência, sendo, portanto, conclusivo de que o homem não necessitava de qualquer influência externa para poder pensar, pois através da razão ele chegaria a forma mais correta de agir, resolvendo os seus problemas, alcançando sua felicidade. É o pensamento de Kant (1784, p.1) ao afirmar que:

Iluminismo é a saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado. A menoridade é a incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem. Tal menoridade é por culpa própria, se a sua causa não residir na carência de entendimento, mas na falta de decisão e de coragem em se servir de si mesmo, sem a guia de outrem. *Sapere aude!* Tem a coragem de te servires do teu próprio entendimento! Eis a palavra de ordem do Iluminismo.

Assim, o discurso iluminista, sustentado pela alta burguesia, era de que o ser humano é dotado de liberdade de escolha, independente da vontade de outrem; seus desejos são próprios, não há fatores externos que determinam o que ele deva fazer ou não; ele faz o que quiser, ele pensa o que quiser, em outras palavras, o homem não sofreria influências em suas atitudes e decisões.

⁴ Não é o objetivo desta dissertação analisar detidamente sobre o iluminismo, mas, para que se possa alcançar o objetivo do trabalho em demonstrar o conceito de livre arbítrio, esta escola do saber será analisada de maneira resumida.

Nesta escola do pensamento do livre-arbitrío⁵, inicia-se o movimento da responsabilidade criminal subjetiva, isto é, aquela que irá identificar se o agente conduziu sua vontade fundada na sua liberdade. A ideia é de que o agente era livre, bem como seus atos seriam tomados por si mesmo, segundo as suas vontades. Dessa forma, a sua conduta é considerada de *per si* a melhor que poderia ser tomada, uma vez que assim conduziu sua vontade de forma racional.

Destarte, o crime seria “[...] obra exclusiva da vontade livre do delinqüente; e nunca um producto natural e social, resultante da acção combinada de factores biológicos, physicos e sociaes.”(MONTERO, 1893, p. 33)

Ademais, “O criminoso é penalmente responsável, porque tem a responsabilidade moral, e é moralmente responsável porque possui o livre arbítrio.” (SODRÉ, 1917, p. 31)

Se não bastasse, é o pensamento de Montero (1893, p. 29, grifo nosso):

[...] sólo puede imponerse justamente la pena á quien la merezca, y sólo la merece el que ha puesto el acto de una manera enteralmente libre, sin la menor coacción, sin el menor constreñimiento de causas interiores ó exteriores al agente.

Portanto, o homem é dotado de livre arbítrio, de liberdade moral, isto é,

[...]póde querer o bem ou o mal, e, portanto, se escolhe fazer o mal é imputável e deve ser punido. E conforme elle é ou não é livre, ou mais ou menos livre nesta escolha do mal, é também imputável ou não, ou mais ou menos imputável e punível. (FERRI, 1884 apud SODRÉ, 1917, p. 32)

A conduta criminosa é uma escolha racional, uma opção do criminoso que avalia os riscos e benefícios da empreitada criminosa. Logo, a pena (castigo) é necessária e suficiente para acabar com a criminalidade, sendo determinada segundo a utilidade para manter ou não o pacto social, ou seja, restabelecer a ordem jurídica abalada.

⁵ Ressalta-se que o conceito de livre arbítrio não advém do iluminismo, antes mesmo dessa forma de pensar existiam definições do livre arbítrio, cite-se, por exemplo, a concepção de Santo Agostinho, que confronta os maniqueus. Bem como de Aristóteles ao produzir a “Ética à Nicômaco”.

É de salutar importância trazer à baila as lições de Niño (2005, p.815) ao discorrer sobre o pensamento de Kant, o qual entende ser impossível demonstrar o livre arbítrio, apesar de ser este o principal elemento para se manter as leis morais.

Vejam:

No es posible inferir la libertad a partir de la experiencia ni de la razón, la asume como “hipótesis prácticamente necesaria” a fin de manter las leyes morales. Separa el mundo fenomênico del denominado noumeno: diferencia, así, entre acciones en cuanto fenómenos – lo que ocurre conforme a causas determinantes – y obrar espontáneo – donde el sujeto no es pasivo – para acabar ubicando a la libertad em la voluntad interna del individuo, impulsando sus actos sin condicionamiento alguno e Independiente de todo lo empírico o sensible.

Com esse pensamento, infere-se também que o ordenamento jurídico encontra lastro nesta ideia, uma vez que sem o livre arbítrio não há fundamentação plausível para manter um sistema jurídico, pois este pressupõe a capacidade de autodeterminação do sujeito.

No clássico *Leviatã*, em seu Capítulo XIV, Thomas Hobbes afirmara que apenas no estado de natureza seria possível ser livre, pois inexisteria coação externa. Sendo que, quando se abandona o Estado de natureza, a primazia da lei representa a liberdade da comunidade, tornando a liberdade individual limitada ao que está regulamentado.

O direito de natureza, a que os autores geralmente chamam *jus naturale*, é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim. Por liberdade entende-se, conforme a significação própria da palavra, a ausência de impedimentos externos, impedimentos que muitas vezes tiram parte do poder que cada um tem de fazer o que quer, mas não podem obstar a que use o poder que lhe resta, conforme o que seu julgamento e razão lhe ditarem. Uma lei de natureza (*lex naturalis*) é um preceito ou regra geral, estabelecido pela razão, mediante o qual se proíbe a um homem fazer tudo o que possa destruir sua vida ou privá-lo dos meios necessários para preservá-la, ou omitir aquilo que pense poder contribuir melhor para preservá-la. Porque embora os que têm tratado deste assunto costumem confundir *jus* e *lex*, o direito e a lei, é necessário distingui-los um do outro. Pois o direito consiste na liberdade de fazer ou de omitir, ao passo que a lei determina ou obriga a uma dessas duas coisas. De modo que a lei e o direito se distinguem tanto como a obrigação e a liberdade, as quais são.

incompatíveis quando se referem à mesma matéria (MALMESBURY, 1651, cap. 14, grifo nosso)

Por seu turno, John Locke, na clássica obra Segundo tratado sobre governo civil e outros escritos, reconhece o homem livre em duas hipóteses: assim como Hobbes, admite ser o homem livre quando em estado de natureza, sem depender de qualquer poder exógeno, mas, em sentido contrário, considera livre o homem que se une formando um governo/sociedade civil instituído por regras, sendo as leis necessárias para ampliar e garantir a liberdade do sujeito, pois ela decorreria da vontade geral das pessoas que escolheram abdicar dos seus poderes para formarem uma sociedade civil, protegendo-os das guerras.

Liberdade não significa que um homem possa fazer exatamente o que lhe agrada, sem consideração a qualquer lei, pois “a liberdade natural do homem é ser livre de qualquer poder superior na terra, e de não depender do desejo ou da autoridade legislativa do homem, mas ter apenas a lei da natureza para regulamentá-lo”, enquanto sob governo um homem é livre quando tem “um regulamento determinado para guiá-lo, comum a todos daquela sociedade, e criado pelo poder legislativo nela erigido”. A essência da liberdade política, na verdade, é que um homem não deverá estar “sujeito à vontade inconstante, incerta, desconhecida e arbitrária de outro homem”. A lei não é incompatível com a liberdade; ao contrário, é indispensável a ela, pois o “objetivo de uma lei não é abolir ou restringir, mas preservar e ampliar a liberdade ... Pois a liberdade deve ser livre de restrição e violência por parte dos outros, o que não pode existir onde não há lei. (LOCKE, 1994, p.18, grifo nosso)

Assim sendo, para o positivismo jurídico, haveria o livre arbítrio, isto é, o homem é um ser dotado de racionalidade e, portanto, capaz de se autodeterminar, escolhendo, a partir da sua razão, a conduta que lhe aprouver. Não obstante, alguns pensadores do positivismo jurídico vão concordar com a ideia de existência do livre arbítrio, mas afirmarão que este não se comprova empiricamente, mas deve ser considerado um elementar instrumento para a validação das regras morais e do sistema jurídico.

3.2 O LIVRE ARBÍTRIO PARA O POSITIVISMO SOCIOLÓGICO

O positivismo sociológico surge com o estudo da sociologia, iniciada por Augusto Comte, que consiste na comprovação empírica das condutas sociais.

Para tanto, Comte vai interpretar a sociologia como uma ciência que possui regras próprias, que deverão ser necessariamente comprovadas empiricamente, mas que se utiliza, inicialmente, das teorias biológicas e médicas, introduzindo às ciências sociais o modelo orgânico como esquema geral capaz de conceituar os problemas sociais: estuda-se, assim, a sociedade como um organismo humano, que cada membro (órgão) possui uma função necessária ao seu perfeito funcionamento.

A sociologia positivista nega o livre arbítrio, visto ser uma criação meta-física de cunho filosófico e religioso. Diante desse quadro, nega-se o livre arbítrio por não conseguir comprovar sua existência, comprovando-o a partir de uma ilação.

Além disso, aduzira que o comportamento humano é previsível (determinismo), porque decorrente de fatores internos e externos, que lhe provocariam, através de uma ação biofísica social, atos reflexos, não existindo aquela liberdade defendida, uma vez que os atos deste criminoso seriam praticados segundo os critérios da razão do indivíduo.

Esse critério de racionalidade decorreria dos fatores históricos e sociais vivenciados pelo criminoso, tais como: a educação que ele recebeu, o momento histórico em que o fato está inserido, bem como os costumes.

Nesse contexto, o agente delituoso não possuiria responsabilidade individual, mas estaria responsável ante a sociedade, visto que sua conduta é um problema social que deve ser objeto de controle através da sociologia, com objetivo de se ter preservada a ordem social.

A responsabilidade penal do criminoso tem por base e fundamento a responsabilidade social; e a natureza e o rigor dos meios de defesa social contra o crime, variam conforme o grão de temibilidade do delinqüente e a sua inaptidão à vida social (MONTERO, 1893, p. 51)

Prosseguindo, Montero (1893, p.59), que:

Todos os homens devem responder pelas suas próprias ações, até porque ellas mesmas nos revelam a natureza daquelles que as praticam, são um indício seguro do seu character, uma revelação de sua personalidade. E a sociedade, reagindo contra elle, apenas se defende no interesse da própria conservação.

No entanto, a crítica que se pode fazer ao positivismo sociológico é de que a responsabilidade penal do indivíduo decorre da necessidade de preservar a ordem social, o perfeito funcionamento do organismo social, ou seja, o sujeito não é livre para atuar, mas se ele atua de forma contrária aos interesses sociais, deve ser responsabilizado, em decorrência do risco que ele acarreta à defesa social.

Por esse modo, questiona-se ser possível responsabilizar o sujeito pelo risco que ele traz à ordem social e não por ter pautado sua conduta de forma racional.

La tória determinista es en esto enteramente ilógica: el pedir la imposición de un castigo, de um mal, á quien no lo merece, porque no es libre, es um contrasentido, y además uma verdadera crueldad. [...]; no al que realizo el acto de un modo espontáneo y sin que tuvieram influjo alguno sobre él causas extrañas.[...] (MONTERO, 1893, p. 29-30, grifo nosso).

3.3 O LIVRE ARBÍTRIO PARA O MARXISMO

Na concepção marxista não há liberdade plena, pois o comportamento humano é, em grande parte, determinado pelos fatores de classe. Assim, não haverá escolha, mas ações e pensamentos previamente determinados por fatores fora do alcance da pessoa.

Em seu pensamento, Marx afirmara que a liberdade em uma sociedade capitalista se efetiva tão somente no plano conceptual, sem que na sociedade real e concreta encontrem-se as condições objetivas de sua efetivação no plano material. Ademais, abordara que o livre arbítrio existe apenas na perspectiva filosófica, o que não pode ser enraizado na estrutura social concreta.

Além desse pensamento, ele dissera que a liberdade seria um pressuposto das classes dominantes de modo a caracterizar uma vontade geral, cujo objetivo, na realidade, é ser uma forma de dominação.

Se, no modo de conceber a marcha da história, separarmos as idéias da classe dominante da própria classe dominante e se as compreendermos como autônomas; se nos limitarmos a dizer que em uma época essas ou aquelas idéias dominaram, sem levarmos em conta as condições de produção nem os produtos de tais idéias; se, por isso mesmo, ignorarmos os indivíduos e as circunstâncias mundiais que são a base dessas idéias, então poderemos dizer, por exemplo, que, no tempo em que a aristocracia dominava, os conceitos de honra, fidelidade, etc., dominaram, ao passo que na época do domínio da burguesia dominaram os conceitos de liberdade, igualdade, etc. [...] as idéias dominantes serão cada vez mais abstratas, isto é, são idéias que tomarão cada vez mais a forma de universalidade. [...] é obrigada a dar forma de universalidade, a apresentá-las como as únicas racionais e universalmente legítimas. (MARX e ENGELS, 2010, p. 79-80)

Diante disso, quando se fala em classe dominante, está a se afirmar que suas idéias são dominantes, de modo que, além de detentoras dos meios de produção material, são possuidoras dos meios de produção espiritual, o que, conseqüentemente acarreta a submissão das classes dominadas às vontades da classe dominante.

As idéias da classe dominante são, em todas as épocas, as idéias dominantes; ou seja, a classe que é a força material dominante da sociedade é, ao mesmo tempo sua força espiritual dominante. A classe que dispõe dos meios de produção material dispõe também dos meios de produção espiritual, o que faz com que sejam a ela submetidas, ao mesmo tempo, as idéias daqueles que não possuem os meios de produção espiritual. As idéias dominantes, são, pois, nada mais que a expressão ideal das relações materiais dominantes, são essas as relações materiais dominantes compreendidas sob a forma de idéias; são, portanto, a manifestação das relações que transformam uma classe em classe dominante; são, dessa forma, as idéias de sua dominação. (MARX e ENGELS, 2010, p. 78)

Nesse sentido, é clarividente que, para o marxismo, o ser humano não goza de plena capacidade de autodeterminação, uma vez que é impelido a conduzir sua vontade através de suas necessidades materiais, limitada pelo modo de produção da formação social histórica.

Esse homem concreto, determinado por necessidades, é dotado de consciência capaz de refletir as suas circunstâncias de vida, de compreender e de criar as condições mais adequadas à satisfação de suas necessidades: a ação humana, no contexto das relações sociais, é dirigida pelo propósito do sujeito. Esse propósito não se estrutura como produto do arbítrio livre do sujeito, mas, ao contrário, é determinado, primariamente, por suas necessidades materiais, e limitado pelos meios concretos de que pode dispor para a sua realização: em uma palavra, o conteúdo desse propósito é condicionado pelos modos ou formas históricas em que se articulam as relações sociais entre os sujeitos, e, portanto, pelo modo de produção da formação social histórica em que existem e atuam. Assim, as idéias produzidas pelos sujeitos, e os sujeitos mesmos enquanto indivíduos concretos, são, ao mesmo tempo, os produtos e produtores do seu modo de existência, configurado na estrutura de sua organização social: a natureza humana é produzida pelo conjunto das relações sociais históricas concretas. (SANTOS, 1979, p. 23)

A partir do exposto, Marx vai dizer que a condição de vida do indivíduo e o seu desenvolvimento pessoal serão determinados por sua classe, ou seja, o indivíduo se subordina aos interesses das classes a que pertence. No Prefácio da sua obra *Contribuição à crítica da economia política*, Marx (2003, p. 5) adverte que “O modo de produção da vida material condiciona o desenvolvimento da vida social, política e intelectual em geral. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser; é o seu ser social que, inversamente, determina a sua consciência.”

Diante disso, conclui-se que, para o marxismo, não se fala em culpabilidade, uma vez que a vontade livre e consciente do indivíduo estaria condicionada ao modo de produção da vida material de uma sociedade, bem como as necessidades materiais do indivíduo.

3.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS TEORIAS DO LIVRE ARBÍTRIO

A fundamentação da culpabilidade como ato livre é adotada até os dias atuais, apesar de a autodeterminação não ser passível de comprovação empírica. Por isso, Santos (1987, p.703) menciona que “um fundamento indemonstrável é, para natureza do Direito Penal, um fundamento inexistente”.

Diante essa impossibilidade de demonstrar empiricamente o livre-arbítrio, surgem os questionamentos dos estudiosos do direito acerca da necessidade da

adoção do atual conceito de culpabilidade como critério de reprovabilidade de condutas criminais.

Para tanto, a solução do direito penal diante esta situação é pressupor que a conduta de determinado ser é culpável ou não, se ela viola os padrões sociais e se o homem médio (homem dotado de atributos necessários à convivência em sociedade) agiria ou não de outro modo na situação em que se encontrava o indivíduo criminoso.

Malgrado a admissão desse padrão de homem médio, ele é inalcançável (SANTANA, 2005), e, portanto, indemonstrável, isto, pois, a partir do ideal de homem médio, dotado de autodeterminação, percebe-se o ser humano como um ser moral, que será responsabilizado por sua personalidade e sua conduta social, em razão da adoção do juízo hipotético dos padrões sociais vivenciados por este, mensurando se com a sua conduta ele agiu ou não de modo contrário à vontade da sociedade, o que, portanto, não almeja encontrar o seu arbítrio livre em praticar o ato. Corroborando, Almeida (2001, p. 431, grifo nosso):

[...] pode-se dizer que a liberdade, a autodeterminação do indivíduo, apesar da impossibilidade de sua demonstração em cada caso, é tida como um dado moral certo e verificável, que se orienta pelo entendimento dos demais membros de uma sociedade, o que, como mencionado, é um equívoco. A culpabilidade aproxima-se, portanto, segundo esse conceito tradicional, de autodeterminação moral.

Diante desse contexto, percebe-se que a adoção do padrão de homem médio como critério de censura penal implica admitir que o objeto de reprovação, para o Direito Penal, é o homem (delinquente), e não fato por ele praticado.

Consequentemente, quando assim adota-o os aplicadores do direito, vai-se de encontro ao Código Penal brasileiro, que introduziu a teoria da responsabilização pelo ato do agente, e não de sua personalidade ou conduta social.

Nesse diapasão, é possível solucionar a questão de duas formas: solução extremista e solução moderada, sendo que esta validará o ato de liberdade do indivíduo ainda que não comprovada sua existência. Para sua aplicação, todavia, é necessário utilizar mecanismos de justiça equânime, a partir da análise das teorias da coculpabilidade e culpabilidade por vulnerabilidade.

A validade da concepção extremista encontra amparo em dois motivos: por primeiro, o livre arbítrio é originalmente metafísico, indemonstrável empiricamente, não sendo possível adotá-lo na ciência penal; por segundo, ainda que fosse demonstrado empiricamente, partir-se-ia de uma análise do objeto, qual seja, o indivíduo – seu *status* social, seu comportamento, bem como os estereótipos-, o que, por conseqüência, estar-se-ia corroborando com direito penal do autor, este repugnado pelo Direito Penal.

Contudo, extirpar do ordenamento jurídico a ideia de liberdade do indivíduo é se contrapor aos ideais da Constituição Federal do Brasil, bem como dos tratados internacionais. Além do mais, considerando que o direito penal adota, ainda hoje, o conceito indemonstrável de autodeterminação como critério de reprovabilidade, deve-se buscar mecanismos alternativos de análise da conduta humana para realização da censura penal.

Frente a este quadro surgem as teorias da coculpabilidade e da culpabilidade por vulnerabilidade, condicionando a capacidade de autodeterminação do indivíduo ao contexto social no qual se encontra inserido, sem se esquecer das desigualdades estruturais daí decorrentes. É o que se verá adiante.

4 INTEGRAÇÃO DIALÉTICA NO CONCEITO DE CULPABILIDADE

4.1 REALIDADE DO FENÔMENO E CONCLUSÃO TEÓRICA ANTE AS DOCTRINAS DA COCULPABILIDADE E DA CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE

Por todo o expendido alhures, é possível extrair algumas conclusões acerca da culpabilidade.

Foi possível vislumbrar que a culpabilidade como capacidade do indivíduo de escolher o comportamento que irá adotar diante de um fato, isto é, de se determinar conforme a sua consciência, seu livre arbítrio, é adotada pela dogmática penal atual.

Contudo, demonstrou-se que há três escolas do pensamento (positivismo jurídico, sociológico e marxista) que discutem a existência (ou não) do livre arbítrio.

Para o positivismo existiria a capacidade do ser humano se autordeterminar, ele seria um homem livre, dotado de razão, sem mover o seu comportamento por outros fatores, assim, ele seria capaz de escolher sua conduta, conforme achar melhor ou conveniente.

Na sociologia visualizou-se que o ser humano é determinado por fatores exógenos e endógenos inerentes a sua própria condição de indivíduo, desse modo, sua conduta estaria vinculada a fatores físicos, sociais e biológicos. Ademais, ainda na sociologia, por ser o livre arbítrio uma criação insuscetível de comprovação empírica, deve o conceito ser inaplicável.

Lado outro, para o marxismo o sujeito não seria um homem plenamente livre, pois sua conduta é sempre determinada com objetivo de suprir suas necessidades materiais, bem como vinculada aos fatores de produção de determinada época, uma vez que a maioria das pessoas, para sanar suas necessidades materiais, deve vender a sua mão-de-obra e se submeter aos donos dos meios de produção.

Diante destas teorias, conclui-se que não existe um fundamento próprio e determinado que nos permita afirmar empiricamente a existência do livre arbítrio, em um momento específico. Como se afirmou outrora ao citar Santos (1987, p.703) “um fundamento indemonstrável é, para natureza do Direito Penal, um fundamento inexistente.”

Reconhecendo essa lacuna dogmática, cumpre aos estudiosos o dever de buscarem alternativas ao atual conceito de culpabilidade, sem ignorarem que a vida em sociedade não permite que humanidade seja plenamente livre, como presume o iluminismo, pois, considerando que a igualdade pressupõe a liberdade, e que os indivíduos não são iguais, não é possível falar em liberdade.

Por esses motivos, surgem as teorias da coculpabilidade da culpabilidade por vulnerabilidade, que considerarão essa ausência de igualdade e liberdade no contexto social, quando da aplicação do conceito de culpabilidade.

4.1.1 Teoria da coculpabilidade

Tendo em vista se tratar de uma teoria recente, ainda em evolução, bem como não ser o objetivo principal dessa dissertação aprofundar nos seus ensinamentos, abstém-se em realizar breves comentários acerca.

A ideia de culpabilidade pressupõe a existência de seres livres. Conforme discorrido acima, para que o agente seja responsabilizado pelo ato por ele praticado, deve-se ter a noção de um ser que agiu livremente, independente de fatores externos.

É cediço que, conforme Santos (1979) o ambiente, o organismo e fenômenos físicos atuam tanto de forma a modelar os animais e os seres humanos, sua sociedade e sua cultura quanto são modelados por eles, ou seja, há uma integração dialética entre o psicológico e o social. Diante disso, não se pode olvidar que o ser humano está em grau de interdependência com a sociedade.

Nesse contexto, afirmar-se que o ser humano é minimamente livre para praticar os seus atos, pois sempre receberá influxos sociais, ainda que em baixas proporções. Por isso, “não é a consciência dos homens que determina o seu ser; é o seu ser social que, inversamente, determina a sua consciência.”

A teoria da coculpabilidade vem exatamente sufragar esse conclusão de que os seres humanos são influenciados pelos fatores sociais.

Como o próprio nome faz presumir, a teoria da coculpabilidade remete a ideia de “responsabilidade solidária”. Assim, indaga-se: Qual o motivo da divisão de responsabilidade? Com quem será a responsabilidade dividida?

A “responsabilidade solidária” se insere num contexto em que as pessoas não são iguais⁶, bem como não são igualmente livres, uma vez que só podemos falar em pessoas livres se elas forem iguais, ou seja, com as mesmas oportunidades e idêntica condição social. Destarte, partindo da realidade de inexistência de isonomia, logo, inexistirá liberdade.

O princípio da igualdade guarda íntima relação com a liberdade individual. A aferição das desigualdades fáticas, no concernente às condições e oportunidades reais de vida, tem direta implicação no âmbito de liberdade de que o ator social desfruta. E, para consecução da liberdade fática, é necessária a efetivação da igualdade real de oportunidades sociais. O indivíduo conta com maior ou menor grau de liberdade na medida e

⁶ Neste ponto é importante refletir que quando se fala em desigualdade refere-se a desigualdade material, ou seja, aquela em que o Estado não garante aos seus súditos as mesmas oportunidades sociais.

proporção das oportunidades sociais, das possibilidades de escolha, de alternativas que se lhe apresentem. (MOREIRA, 2004, p.1)

Por conseguinte, todos os homens são diferentes, cada um teve oportunidades diferentes, cada um cresceu em um contexto social diferente, cada qual foi influenciado por fatores exógenos diferentes, é o que retratam Zaffaroni e Pierangeli (2007, p. 525) ao afirmarem que:

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades.

Além do mais, para Pachukanis (1988) a idéia de pessoas iguais é uma construção ideológica, que não se ajusta à realidade.

Nesse contexto, quando os indivíduos não são iguais entre si, não podemos falar em liberdade de atuação.⁷

Diante disso, surge a teoria da coculpabilidade como aquela em que os indivíduos marginalizados não são iguais e, portanto, não são livres para determinar o seu comportamento, com o mesmo âmbito de atuação dos demais. Ao praticarem um delito nessa situação, terão sua responsabilidade atenuada ou até mesmo isenta, haja vista a compartilharem com o Estado.⁸

Essa corresponsabilidade do Estado se justifica pelo fato deste não ter proporcionando aos sujeitos condições mínimas de serem iguais aos demais cidadãos, ao deixar de garantir oportunidades para disputar em condições de igualdade uma vaga no mercado de trabalho, ao ser deficitário nas políticas sociais, ou seja, o fato de não amparar os indivíduos.

Nesse sentido, Santos (2008, p.347) vai afirmar que estes indivíduos serão:

⁷ Tanto é assim que, com o advento do Estado Liberal e a máxima valorização da propriedade privada, além da marcante ideia de Adam Smith (a mão invisível do Estado), a desigualdade aumentou assustadoramente, uma vez que nem todos possuíam condições mínimas de lutar por sua liberdade, que iniciaram as discussões de como possibilitar uma condição mínima de todos os sujeitos participarem desse ideal de liberdade, surgindo, a partir daí, o Estado Social.

⁸ Deve-se entender, nesse ponto, o Estado como ente formado pela sociedade, sendo está também responsável solidariamente pela conduta do indivíduo.

constrangidos a romper vínculos normativos comunitários (ou seja, deveres jurídicos de omissão de ações proibidas) para preservar valores concretamente superiores (por exemplo, o dever jurídico de garantir a vida, saúde, moradia, alimentação e escolarização dos filhos)

Continuando, Santos (2008, p. 348) afirma que:

O ser humano concreto, expressão bio-psíquico-emocional é deformada de relações sociais desumanas, reage contra a violência da estrutura econômica da sociedade, instituída pelo Direito e garantido pelo poder do Estado, utilizando a única alternativa real de sobrevivência animal disponível, a violência individual.

Para tanto, o magistrado, atentando-se para absolvição ou condenação, deve avaliar as condições sociais em que delinqüente está inserido, suas origens e história, conforme aduz Santos (1979, p.23):

[...] a ação humana, no contexto das relações sociais, é dirigida pelo propósito do sujeito. Esse propósito não se estrutura como o produto do arbítrio livre do sujeito, mas, ao contrário, é determinado, primariamente, por suas necessidades materiais, e limitado pelos meios concretos de que pode dispor para sua realização: em uma palavra, o conteúdo desse propósito é condicionado pelos modos ou formas históricas em que se articulam as relações sociais entre os sujeitos, e, portanto, pelo modo de produção da formação social histórica em que existem e atuam.

A partir daí, verificando que o motivo que o levou a praticar o delito encontra-se fundamento no contexto social em que o cidadão está inserido, não sendo hipótese de absolvição, deve considerar a circunstância na aplicação de sua pena.

Assim, Batista (1990, p.105) sufraga essa descrição ao afirmar que:

Trata-se de considerar, no juízo de reprovabilidade, que é a essência da culpabilidade, a concreta experiência social dos réus, 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-lhe a pena; em certa medida, a coculpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu.

Os estudiosos dessa teoria ainda discutem a sua natureza jurídica. Alguns afirmam se tratar de causa excludente de culpabilidade, em razão da inexigibilidade de conduta diversa, o que excluiria a responsabilidade criminal:

Nessas condições, os critérios normais de valoração do comportamento individual devem mudar, utilizando pautas excepcionais de inexigibilidade para fundamenta hipóteses supraleais de exculpação por conflito de deveres, porque, afinal, o direito é a regra da vida. (SANTOS, 2008, p. 348)

Por outro lado, há também quem defenda se tratar de uma atenuante genérica a ser considerada na segunda fase da dosimetria da pena. Ainda, essa teoria pode ser considerada como marco para fixação da pena base, avaliada na primeira fase da dosimetria da pena, o que, apesar de rechaçada pelos tribunais pátrios, reduziria a pena base aquém do mínimo legal.

4.1.2 Teoria da culpabilidade por vulnerabilidade

O objetivo da teoria da culpabilidade por vulnerabilidade é tentar abarcar um número maior de pessoas que, apesar de não se encontrarem em situação social desfavorável, conforme propõe a teoria da coculpabilidade, estão aptas a serem selecionadas pelo Estado de polícia, com o fim de se ter a legitimação da punição estatal, visto ser a pena um fato político de poder (ZAFFARONI, 2003). Ademais, objetiva-se, também, afastar um critério puramente classista, que poderia gerar preconceito contra a pobreza. (CORRÊA, 2008)

Conforme já discorrido anteriormente, a culpabilidade pressupõe a ideia de liberdade, e para que esta possa existir, todos os indivíduos de uma sociedade devem ser iguais. Nesse sentido, só seria possível punir seres humanos que fossem idênticos, imutáveis, como também iguais entre si e iguais a si mesmos, mas,

citando as precisas lições de Zaffaroni, Alagia e Slokar (2011, p. 651, grifo nosso), essa sociedade:

[...] sería una ***sociedad no humana compuesta de seres no humanos***, porque es tan inevitable que los seres humanos sean distintos entre si como que cada uno de ellos sea un ser siendo, que no puede eludir su dinámica en cada constelación situacional en que realiza una acción.

Nesses termos, é irracional quando adotam o conceito de culpabilidade que pressupõe um agente livre, possuidor de autodeterminação, enquanto existe um poder que se opera de forma desigual em todas as sociedades, decorrente de razões estruturais, da sua própria essência. Diante de uma sociedade em que o poder é exercido de maneira desigual, só seria possível um juízo de reprovação em uma sociedade, “[...] con total movilidad vertical y com un estado de derecho perfecto, lo que no existe ni nunca existió y sólo sería posible imaginar lejanamente y sin poder punitivo o com el poder punitivo reducido a márgens muy limitados”.(ZAFFARONI, ALAGIA E SLOKAR, 2011, p. 652)

Diante disso, surge a proposta de Zaffaroni, Alagia e Slokar (2011) pela culpabilidade por vulnerabilidade, uma vez que não ser possível falar em culpabilidade pela simples autodeterminação do indivíduo, tendo em vista a existência da seletividade estrutural e imposição do poder de modo diferente, aquela incorporará à culpabilidade a seletividade, como forma de possibilitar o mínimo de ética ao poder punitivo. Contudo, antes de uma incursão perfunctória ao estudo da culpabilidade por vulnerabilidade, tornam-se necessários alguns comentários acerca da seletividade penal.

Para Baratta (2004), a seletividade do sistema penal possui a função precípua de manter e reproduzir a realidade social existente, que se desenvolve em dois momentos distintos: durante a criminalização primária, concretizada por meio da elaboração de leis, e na criminalização secundária, levada a cabo pelas agências oficiais de controle responsáveis pela punição concreta das pessoas.

A criminalização primária estaria representada pelo o exercício do poder por seus detentores, objetivando garantir a desigualdade e, com isso, as benesses

decorrentes e ônus, sendo estes deslocados para as classes sociais que ao poder se subordinam. Assim:

Numa sociedade complexa e hierarquizada dita as leis quem dispõe do poder. É natural que o faça de tal sorte a garantir a permanência das desigualdades existentes, com manutenção de suas vantagens, os ônus arrojados às costas das camadas subordinadas. (THOMPSON, 1997, p. 35)

Em relação a criminalização secundária, assim como Zaffaroni, Alagia e Slokar (2011) fazem, deve-se analisar o artigo 41 do Código Penal Argentino:

ARTICULO 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.

ARTICULO 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: [...] 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. (ARGENTINA, Código penal de la nación Argentina, Ley 11.179/1984) (grifo nosso)

Assim, ao tecerem seus comentários a este artigo, aduzem que o código refere-se às condições pessoais do agente enquanto particularidades da pessoa em si, sendo estas determinantes para sua criminalização, uma vez que essas características são inerentes à criminalização secundária realizada pelas agências de criminalização, operando-se em razão do agente se enquadrar em uma imagem generalizada e negativa que denominamos estereótipos criminal. Esses decorrem da etnia, gênero, religião, grupo cultural, nacionalidade, classe, etc.

Desse modo, a criminalização secundária pode ser definida como aquela seleção realizada pelas agências de criminalização diante das características pessoais de cada indivíduo, constituindo uma análise superficial, ou seja, alguns

indivíduos são “etiquetados” como pessoas tendenciosas às práticas delituosas, por se encontrarem em uma posição concreta de risco criminalizante. Conclui-se, nesse sentido, que “la criminalización secundaria siempre lo es de una persona” (ZAFFARONI, ALAGIA E SLOKAR, 2011, p. 650).

Verificando que a culpabilidade é entendida como o arbítrio livre do indivíduo, - é o que Zaffaroni, Alagia e Slokar (2011) consideram como ética material ou uma reprovação jurídica - e que ele se encontra inserido no sistema penal, além do reconhecimento que o sistema penal é seletivo, torna-se perceptível a existência de uma irracionalidade no sistema, uma vez que todos que agiram livremente e praticaram um delito, deveriam ser punidos, enquanto, o que ocorre, na realidade, é que alguns (seletividade) serão responsabilizados, enquanto outros, mesmo tendo incorrido no mesmo delito, não ser punidos.

Portanto, aceitando que no direito penal há seletividade, e que esta exerce a função simbólica de acalmar a opinião pública e devolver-lhe a confiança no Estado, isso provoca um esvaziamento ético na doutrina jurídico-penal, sendo a eticidade material abandonada, passando-se a limitar a forma da ética tradicional (ZAFFARONI, 2003).

Nesse sentido, Zaffaroni, Alagia e Slokar (2011, p. 653) vão afirmar que “el estado no procede éticamente sino que usa elementos formales de la ética para reprochar personalizadamente a los seleccionados por el poder punitivo”.

Para esses autores (2011, p. 653) a culpabilidade deve ser entendida como um limite a irracionalidade seletiva e o seu defeito ético “[...] la culpabilidad no puede entenderse como un reproche que legitima el poder punitivo que se habilita en su función, sino sólo como un limite a su irracionalidad selectiva de vulnerables y a su consiguiente defecto ético.”

Destarte, é possível concluir que “la culpabilidad debe ser un concepto que limite el efecto del reproche com la referencia al dato seletivo; se trata de legitimar la función reductora y no el poder punitivo.” (ZAFFARONI, ALAGIA E SLOKAR, 2011, p. 653)

Passando-se ao estudo da culpabilidade por vulnerabilidade propriamente dita, deve-se ter em mente que, o indivíduo se enquadrando aos estereótipos negativos da sociedade (aqueles em que a sociedade recrimina), isso por si só configuraria um estado de alto nível de vulnerabilidade e, nessa dimensão, basta

que ele realize um pequeno esforço para ser objeto da criminalização secundária. Esse esforço, conforme as lições de Zaffaroni (2001, p.27):

[...] é predominantemente individual, consistindo no grau de perigo ou risco em que a pessoa se coloca em razão de um comportamento particular. A realização do 'injusto' é parte do esforço para a vulnerabilidade, na medida em que o tenha decidido com autonomia

Logo, chega-se a uma conclusão quanto à seletividade: esta se constituiu do fator estado de vulnerabilidade (estereótipos) e situação de vulnerabilidade. Desse modo, para falar em vulnerabilidade não basta apenas aduzir que a pessoa encontra-se em estado de vulnerabilidade, mas que ela também tenha se colocado numa situação de vulnerabilidade. Vejam as afirmações de Zaffaroni, Alagia e Slokar (2011, p. 1055) ao concluir que “Por ende, por alto que sea un estado de vulnerabilidad, el sujeto debe haber cometido un delito y haber realizado cierto esfuerzo para alcanzar una situación concreta de vulnerabilidad, en que el poder punitivo lo a trapa.”

Esse esforço para a vulnerabilidade é definido como a “contribución personal del sujeto a las pretensiones legitimantes del poder punitivo y, por ende, contrario al esfuerzo reductor y pacificante del derecho penal.” (ZAFFARONI, ALAGIA E SLOKAR, 2011, p. 655), em outras palavras, é o ato do sujeito, violador da norma penal proibitiva, isto é, a prática de um delito.

Nesse contexto, quanto maior o esforço para se colocar em situação de vulnerabilidade, menor será a redução da pena, por outro lado, quanto menor o esforço, maior será a redução da pena, pois “De allí que, en última instancia, lá reducción no dependa del descuento de la vulnerabilidad correspondiente al estado sino del grado o magnitud del esfuerzo que a partir de ese estado haya realizado la persona para alcanzar la situación concreta.” (ZAFFARONI, ALAGIA E SLOKAR, 2011, p. 1056)

Dito isso, conclui-se que para Zaffaroni, Alagia e Slokar (2011, p. 656), a culpabilidade resultaria da:

[...] la síntesis de un juicio de reproche basado en el ámbito de autodeterminación de la persona en el momento del hecho (formulado conforme elementos formales proporcionados por la ética tradicional) con el juicio de reproche por el esfuerzo del agente para alcanzar la situación de vulnerabilidad en que el sistema penal há concretado su peligrosidad, descontando del mismo el correspondiente a su mero estado de vulnerabilidad.

Assim, definindo a culpabilidade por vulnerabilidade em uma fórmula matemática: Culpabilidade = âmbito de autodeterminação + reprovação pelo esforço da vulnerabilidade - o estado de vulnerabilidade.

Desse modo, a teoria da culpabilidade por vulnerabilidade aceita que o agente atuaria em um âmbito de autodeterminação, e, que, por isso, reprovava a conduta do indivíduo contrária ao direito, contudo, analisando o modo como esse sujeito é reconhecido pela sociedade, isto é, se a sociedade o recrimina por seus estereótipos negativos.

5 CONCLUSÃO

Diante todo expandido, conclui-se que, apesar de o Direito Penal adotar o conceito de culpabilidade, como aquele em que seja possível mensurar o grau de autodeterminação do sujeito na prática delituosa, não é possível determinar empiricamente se este indivíduo atuou ou não conforme a sua liberdade. Como ensina Pachukanis (1988) a culpabilidade não pode ser entendida como conceito científico, uma vez que nos conduz a contradições do indeterminismo.

Ademais, conforme se demonstrou no decorrer da dissertação, para falar em liberdade, deve-se pressupor que os todos os cidadãos são iguais, o que não é na realidade. É inadequado falar em igualdade material, o que existe é igualdade apenas no seu sentido formal, isto é, de todos se submeterem à lei.

A simples divisão social em classes denuncia a desigualdade material, pois se há classes há diferenças, ou seja, alguém está sob/sub alguém. Desse raciocínio discorre Santos (1988) ao afirmar que uma ordem social fundada em desigual distribuição de propriedade não pode ser racional e, se certos crimes são

determinados por deficiências pessoais do autor, o postulado clássico de livre autodeterminação conforme a razão é concretamente desafirmando.

O sujeito que tem fome e sede, isto é, que se encontra em situação de desigualdade com outros, não direcionará o seu comportamento segundo a sua liberdade, visto que ele restringirá a sua conduta almejando sanar a sua fome e sede, logo, todos os seus atos serão voltados para cessar sua fome e sede.

Não sendo o suficiente, o Direito Penal brasileiro e os operadores do direito, com objetivo de legitimarem a atuação consciente e livre do indivíduo, já que ela não se comprova, partem do pressuposto que um indivíduo, possuidor de atributos convenientes à sociedade, necessários para a tranqüilidade da convivência social, isto é, de homem médio, não praticaria o delito que determinado sujeito praticou. Desse modo, insere-se na culpabilidade um conceito moral e pessoal do delinqüente, que não possui os atributos do homem médio, mas apenas os estereótipos negativos – aqueles que a sociedade discrimina -, punindo-o por sua personalidade.

Nesse sentido, quando se adota um conceito de culpabilidade que não se comprova, que parte da condição pessoal do sujeito delituoso (decorrente da sua personalidade), empregado apenas como forma de garantir a atuação das agências de criminalização secundária e a legitimidade legislativa, - sendo esta nada mais que o exercício do poder das classes dominantes sob as dominadas -, caminha-se de encontro com o sonhado direito penal do fato.

A partir do expendido, não se deve tampar os olhos e fingir que a atual legislação brasileira é capaz de solucionar a “crise” da culpabilidade. Adota-se um conceito de culpabilidade sem, contudo, atentar para sua comprovação empírica, apenas a legitimamos.

Diante disso, numa tentativa de solucionar a impossibilidade de comprovação empírica da culpabilidade, utilizando-se das ciências sociais, que comprova as suas teorias através da história, é plausível que se apliquem as teorias da coculpabilidade e da culpabilidade por vulnerabilidade, que consideram a realidade social de desigualdade e ausência de liberdade.

Estas teorias seriam formas de reinterpretar o atual conceito de culpabilidade, partindo da ideia de que os indivíduos inseridos na sociedade não são iguais, bem como não possuem um âmbito de autodeterminação capaz de lhe ser o suficiente para a imputação de um delito, levando-se em consideração o seu *status*

social ou de sua condição de vulnerabilidade. Para tanto, os operadores do direito devem se atentar quanto a essa realidade da culpabilidade e efetivar as referidas teorias para a concretização do ideal de Justiça.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gabriel Bertin de. A crise do conceito tradicional de culpabilidade, segundo o direito penal contemporâneo. **Coletânea doutrinas essenciais**. Direito Penal. São Paulo, v. 3, n. 17, p. 427-446, set. 2001.

ARGENTINA. Código penal de la nación Argentina. Ley 11.179/1984. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/1500019999/16546/texact.htm#6>>. Acesso em: 05 set. 2012.

BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal**. Traducción de Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Renavan, 1990.

BONCHRISTIANO, Ana Cristina. A culpabilidade jurídico-penal. **Coletânea doutrinas essenciais**. Direito Penal. São Paulo, v. 3, n. 1, p. 25-36, jul. 1988.

CORRÊA, Tatiana Machado. Em busca de um conceito latino-americano de culpabilidade. **Coletânea doutrinas essenciais**. Direito Penal. São Paulo, v. 3, n. 41, p. 957-980, dez. 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: o que é o iluminismo? Tradução de Artur Mourão. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/kant_o_iluminismo_1784.pdf> Acesso em: 03 set. 2012.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Tomo I. Traduzido por José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Ed. F. Briguiet e C., 1889. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalleObraForm.do?select_action=&co_obra=61683>. Acesso em: 03 ago. 2012.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. (Coleção clássicos do pensamento político). Disponível em <www.4shared.com.br>. Acesso em: 2010.

MALMESBURY, Thomas Hobbes De. **Leviatã ou matéria, forma e o poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em <www.4shared.com.br>. Acesso em : 2010.

MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. Tradução de Maria Helena Barreiro Alves. Revisão de tradução Carlos Roberto F. Nogueira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Coleção Clássicos)

_____. ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**: Feuerbach – A contraposição entre as Cosmovisões Materialistas e Idealistas. Tradução de Frank Müller. 3. reimp. São Paulo: Martin Claret, 2010. (Coleção a obra prima de cada autor)

MONTERO, Pedro Dorado. **Problemas jurídicos contemporâneos**. Madri: La españa moderna, 1893.

MOREIRA, Reinaldo Daniel. Breves apontamentos acerca da noção de co-culpabilidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n.801, 12 de setembro de 2005. Disponível:<<http://jus.com.br/revista/texto/7268/breves-apontamentos-acerca-da-nocao-de-co-culpabilidade#ixzz25ca67iJY>> Acesso em: 05 set. 2012.

NIÑO, Luis Fernando. La libertad y el derecho penal. **Coletânea doutrinas essenciais**. Direito Penal. São Paulo, v. 3, n. 33, p. 808-824, out. 2005.

PACHUKANIS, Evgeni Bronislávovich. **Teoria geral do direito e marxismo**. Tradução de Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

PIERANGELLI, José Henrique. A culpabilidade e o novo sistema penal. **Coletânea doutrinas essenciais**. Direito Penal. São Paulo, v. 3, n. 26, p. 684-692, fev. 1987.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001.

SANTANA, Selma Pereira de. **A culpa temerária**: contributo para uma construção no direito penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia da repressão**: uma crítica ao positivismo em criminologia. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. Desintegração dialética de um conceito metafísico. **Coletânea doutrinas essenciais**. Direito Penal. São Paulo, v. 3, n. 27, p. 693-710, abr. 1975.

_____. **Manual de direito penal**: parte geral. 3 ed. rev e ampl. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008.

SILVA, L. C. **O princípio da culpabilidade e a produção de sujeitos**. 2008. 196 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

SODRÉ, Antonio Moniz. **As três escolas penais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro Santos editor, 1917.

SPOSATO, Karyna Batista. Culpa e castigo: Modernas teorias da culpabilidade e os limites ao poder de punir. **Coletânea doutrinas essenciais**. Direito Penal. São Paulo, v. 3, n. 30, p. 745-767, out. 2005.

THOMPSON, Augusto. Direito alternativo (ou justiça alternativa?) na área penal. Discursos Sediciosos: **crime, direito e sociedade**, n.3, Rio de Janeiro, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2011.

_____. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Culpabilidade por vulnerabilidade**. Trabalho apresentado na Universidade de Macerata - Itália, em 03 de Abril de 2003. Traduzido pelos professores Daniel Andrés Raizman e Fernanda Freixinho.

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** 5.ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2001.