

CULPABILIDADE PENAL POR VULNERABILIDADE: UM CONTRIBUTO DE EUGENIO RAÚL ZAFFARONI PARA UMA TEORIA DO DELITO NUM VIÉS ISONÔMICO

José Elio Ventura da Silva*

Ivan Luiz da Silva**

Eloy Lago Nascimento***

RECEBIDO EM:	19.11.2019
APROVADO EM:	2.12.2019

- * Doutorando em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (Unicap) e mestre em Direito pela mesma instituição. Bolsista da Fundação de Amparo à Ciência e Tecnologia do Estado de Pernambuco (Facepe). Professor do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio São Francisco - UniRios. Advogado. *E-mail:* elio.adv@hotmail.com
- ** Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio São Francisco - UniRios. Procurador de Estado e advogado. *E-mail:* ivan.luiz@ilsadvocacia.com.br
- *** Docente da Universidade do Estado da Bahia (Uneb) e do Centro Universitário do Rio São Francisco - UniRios, nas áreas de direito e cidadania, sociologia e antropologia jurídicas. *E-mail:* prof.eloy.fasete@gmail.com

• JOSÉ ELIO VENTURA DA SILVA
• IVAN LUIZ DA SILVA
• ELOY LAGO NASCIMENTO

- **RESUMO:** O estudo tem como objetivo analisar fragmentos principais da compreensão sobre culpabilidade em sua relação com a vulnerabilidade, nas condições de seletividade penal. Para tanto, toma como referência teórica o pensamento de Eugenio Raúl Zaffaroni e acrescenta o diálogo com outros autores fundadores da sociologia e relevantes para a criminologia, a saber: Émile Durkheim, Friedrich Engels, Karl Marx e Alessandro Baratta, com a finalidade de aprofundar o entendimento sobre o conceito de culpabilidade, os elementos ensejadores da vulnerabilidade em seus níveis e os fatores condicionantes da seletividade, em confronto com a abordagem ética e o tratamento isonômico a sujeitos tutelados penalmente, levando-se em conta as disputas entre as correntes do direito penal garantidor e o direito penal autoritário. Por fim, foi possível, por meio da análise realizada, compreender a relevância do fator vulnerabilidade como elemento influenciador direto da culpabilidade em um sistema penal de viés seletivo, como ocorre particularmente no caso brasileiro.
- **PALAVRAS-CHAVE:** culpabilidade; vulnerabilidade; seletividade penal.

VULNERABILITY GUILT: EUGENIO RAÚL ZAFFARONI'S CONTRIBUTION TO AN ISONOMIC CRIME THEORY

- **ABSTRACT:** The study aims to analyze main fragments of understanding about culpability in relation to vulnerability, under conditions of criminal selectivity. To this end, it takes as its theoretical reference the thoughts of Eugenio Raúl Zaffaroni, and adds the dialogue with other founding authors of sociology and relevant to criminology, namely: Émile Durkheim, Friedrich Engels, Karl Marx and Alessandro Baratta, in order to deepen the understanding of the concept of guilt, the elements that lead to vulnerability at its levels, and conditioning factors of selectivity, in comparison with the ethical approach and the isonomic treatment of subjects. protected under criminal law, taking into account the disputes between the currents of guaranteeing criminal law and authoritarian criminal law. Finally, through the analysis performed, it was possible to understand the relevance of the vulnerability factor as a direct influencing element of the culpability, in a selective bias penal system, as occurs particularly in the Brazilian case.
- **KEYWORDS:** guilt; vulnerability; penal law selectivity.

1. Introdução

O estudo em foco tem como ponto nodal de abordagem a culpabilidade e sua relação com a vulnerabilidade, tomando como partida a seletividade penal. Para alcançar essa compreensão, faz-se mister discorrer sobre os fundamentos e limites da tutela penal via culpabilidade, com o escopo de apresentar suas bases em adequação ao modelo de direito penal sob o viés da ordem atual, buscando traçar comparativos entre o direito penal garantidor e o direito penal autoritário.

Intenta-se, em princípio, fomentar compreensão mais acurada acerca do tema em apreço que, a despeito de sua importância, não goza de aplicabilidade efetiva no direito penal brasileiro, marcado por traços claramente oriundos do sistema penal de viés punitivista - herança dos quase quatro séculos de uma sociedade escravista - ignorante a perspectivas esculpidas na respeitabilidade aos direitos humanos, pelo menos quando acionado contra determinadas camadas da sociedade, em sua maioria, notadamente em condições de vulnerabilidade social.

Por isso, justifica-se recorrer aos trabalhos elaborados por Eugenio Raúl Zaffaroni, especialmente o artigo “Culpabilidade por vulnerabilidade”, em que o autor traça o papel exercido pela culpabilidade diante da influência recebida pelo fenômeno da vulnerabilidade, no processo de seletividade penal.

Para tanto, antes, porém, será necessário aduzir os elementos de construção da teoria do delito, bem como do direito penal, imprescindíveis à elaboração do estudo e, por conseguinte, responsáveis pela concatenação das ideias articuladas, sempre relacionadas às condições identificadas na situação brasileira.

Daí a premência de inserir algumas análises de autores das ciências sociais, em específico, privilegiando os clássicos da sociologia, seja em sua representação conservadora/positivista/funcionalista na concepção de Émile Durkheim ou na vertente histórico-crítica representada pelas obras de Friedrich Engels e Karl Marx, além de contribuições mais atualizadas presentes nas análises de Alessandro Baratta, por ser um expoente do pensamento reconhecido mundialmente por “criminologia crítica” de grande influência entre os estudiosos latino-americanos, particularmente os brasileiros. Com isso, espera-se somar estes ao pensamento de Zaffaroni, a fim de clarear a compreensão do objeto investigado.

- JOSÉ ELIO VENTURA DA SILVA
- IVAN LUIZ DA SILVA
- ELOY LAGO NASCIMENTO

2. Teoria do delito sob o prisma da culpabilidade por vulnerabilidade

A tese esposada por Zaffaroni, em sua análise sobre a culpabilidade por vulnerabilidade, é de reconhecida relevância para o ordenamento jurídico brasileiro, a despeito das dificuldades para sua incorporação efetiva no âmbito da teoria do delito e de seus reflexos sobre o sistema criminal pátrio.

A fim de compreender a perspectiva de Zaffaroni, faz-se necessário iniciar este estudo traçando os contornos do que seja sistema penal, mormente sob a acepção da criminologia crítica, o qual se entende como a totalidade das instituições que operacionalizam o controle penal (Parlamento, Polícia, Ministério Público, Justiça, prisão); mais, a totalidade das leis, teorias e categorias cognitivas (direitos + ciências e políticas criminais), que programam e legitimam, ideologicamente, a sua atuação (ANDRADE, 2006, p. 459).

O direito penal, portanto, é parte desse sistema, e, ao tratar do mesmo, necessário se faz relacioná-lo aos fenômenos da violência e da criminalidade como fatores compreendidos como estado de desordem, de desagregação social, mesmo o entendimento sociológico reconhecendo tratar-se de comportamento “normal”, no sentido de ser inerente a todas as sociedades (BITENCOURT, 2009, p. 1), tornando-se, assim, um fato social, por possuir existência real e efetiva, na acepção sociológica de Émile Durkheim (2007), inclusive com função reguladora da evolução moral da sociedade, por causa do controle exercido pela consciência coletiva sobre o indivíduo.

2.1 Contributos teórico-sociológicos

Em sua obra mais difundida, *As regras do método sociológico*, publicada em 1895, Durkheim (2007) esforça-se em explicar e delimitar o objeto de estudo da sociologia que seria o “fato social” e classifica o direito e o crime como tal, exatamente por ter características de generalidade, externalidade e coercitividade, critérios necessários para tal categorização.

Porém, Durkheim (2007, p. XII), já no seu prefácio, demonstra preocupação nas impressões do senso comum em deturpar o seu arcabouço teórico: “Se se entregar a elas [impressões] sem resistência, arrisca-se a julgar-nos sem nos haver compreendido”. E destaca: “Assim, pode acontecer que nos acusem de ter querido absolver o crime, sob

pretexto de fazermos dele um fenômeno de sociologia normal” (DURKHEIM, 2007, p. XII). O sociólogo francês explica que é normal no sentido de ser universal, porque existe em toda sociedade, como existe igualmente o sistema repressivo responsável por puni-lo.

Conforme Durkheim (2007, p. XII), tanto o sistema repressivo como a criminalidade não apenas são universais, como também são indispensáveis à saúde coletiva: “Para que não houvesse crimes, seria preciso um nivelamento das consciências individuais que [...] não é possível nem desejável”. E complementa: “para que não houvesse repressão, seria preciso uma ausência de homogeneidade moral que é inconciliável com a existência de uma sociedade” (DURKHEIM, 2007, p. XII). Por ser o crime detestado, o pensamento simples costumeiro quereria erradamente vê-lo extinto, pois “não concebe que uma coisa que repugna possa ter uma razão de ser útil” (DURKHEIM, 2007, p. XII). Ou seja, não há contradição.

Para fundamentar a sua lógica, Durkheim (2007, p. XIII) exemplifica: “Não há no organismo funções repugnantes cuja atividade regular é necessária à saúde individual? Acaso não detestamos o sofrimento? E, não obstante, um ser que não o conhecesse seria um monstro”. E complementa concluindo: “O caráter normal de uma coisa e os sentimentos de aversão que ela inspira podem inclusive ser solidários. A dor é fato normal, contanto que não seja apreciada; o crime é normal, contanto que seja odiado” (DURKHEIM, 2007, p. XIII).

Na mesma linha de raciocínio, Durkheim (2007, p. 36) discute a existência da pena enquanto reação da sociedade a um ato não permitido e acrescenta: “chamamos crime todo ato punido e fazemos do crime assim definido o objeto de uma ciência especial, a criminologia”. Esta se ocupa, por conseguinte, tanto do ato criminoso como da sua punição, ou seja, crime e pena são fatos sociais, portanto, objetos de estudo científico.

Mas adverte o autor que, em determinada sociedade, de determinado tipo ou de determinada época, um ato reconhecido como crime e punido como tal nem sempre o é em outra sociedade, de outro tipo e época. Porém, atos reprováveis, portanto criminosos, são verificáveis em todas as sociedades e épocas. Ocorre que determinados atos são mutáveis na vida social, enquanto outros se apresentam como constantes. Para que a criminologia conquiste *status* de ciência, seu ponto de partida deve ser a noção sociológica do crime, e esta deve estabelecer que “não é a pena que faz o crime, mas é por ela que ele se revela exteriormente a nós, e é dela portanto que devemos partir se quisermos chegar a compreendê-lo” (DURKHEIM, 2007, p. 43).

- JOSÉ ELIO VENTURA DA SILVA
- IVAN LUIZ DA SILVA
- ELOY LAGO NASCIMENTO

Entretentes, na acepção de Durkheim (2007, p. 66-67), embora cada estudioso explique o crime sob determinado viés, todos concordam sobre o seu caráter patológico. Mas não é sua morbidade que o faz anormal, mas o seu excesso. Assim, existir crime é normal, ir além dos parâmetros constantes estabelecidos para aquela sociedade é o que produz sua anormalidade. A criminalidade “muda de forma, os atos assim qualificados não são os mesmos em toda parte; mas, sempre e em toda parte, houve homens que se conduziram de maneira a atrair sobre si a repressão penal” (DURKHEIM, 2007, p. 66-67).

Procurando provar o caráter normal da criminalidade, mesmo que a sociedade avance, conforme o pensamento de Durkheim (2007, p. 67), “passando dos tipos inferiores para os evoluídos”, a criminalidade não deixa de existir, pelo contrário, sequer diminui, só aumenta, no que apresenta dados da França do final do século XIX, demonstrando crescimento de 300%: “Não há portanto fenômeno que apresente da maneira mais irrecusável todos os sintomas da normalidade, já que ele se mostra intimamente ligado às condições de toda vida coletiva” (DURKHEIM, 2007, p. 67). Assim, embora compreendendo a criminalidade como uma doença social, há de se compreender que esta é tão parte do organismo vivo quanto a saúde ou a doença também sejam.

Enfim, para Durkheim (2007, p. 68), o crime é normal porque uma sociedade isenta desse fenômeno é impossível existir. É, portanto, inevitável, mesmo sendo lastimável, explicando-se pela “incorrigível maldade dos homens”. Assim, para que cessasse em uma sociedade, seria necessário a formação de um sentimento coletivo “protegido pelo direito penal de um povo”, a tal ponto dominador que seria capaz de apagá-lo das consciências individuais. Contudo, o crime é também útil indiretamente, posto que necessário ao próprio aperfeiçoamento normal da moral e do direito: “Ora, se não houvesse crimes, essa condição não seria preenchida” (DURKHEIM, 2007, p. 71).

Mas o crime apresenta-se ainda com sua utilidade direta, na perspectiva durkheimiana, porque diversas vezes antecipa a moral a ser fixada no futuro, modificando o próprio direito. Cita o exemplo de Sócrates (DURKHEIM, 2007, p. 72) que, segundo o direito ateniense, seria um criminoso, portanto, sua condenação seria justa. Mas o crime cometido por ele teria sido a independência do seu pensamento, por consequência útil à sua pátria e a toda a humanidade porque quebrou as regras vigentes e, posteriormente, obrigou a reconhecer a liberdade de pensamento como um direito.

Na direção contrária do pensamento comum, como argumenta Durkheim (2007, p. 73), o criminoso não é mais “um ser radicalmente insociável”, um “elemento pa-

rasitário, corpo estranho e inassimilável, introduzido no seio da sociedade; ele é um agente regular da vida social”. Por isso, analisa que, “se o crime é uma doença, a pena é seu remédio”, ou seja, a tentativa de cura é a função da pena. Logo, a teoria da pena se renova à medida que avançam os atos criminosos, obrigando o aperfeiçoamento das práticas penais como remédio. Assim, o caráter mórbido do crime tem sua utilidade (DURKHEIM, 2007, p. 73).

Ao analisar a condição de proporcionalidade entre pena e delito, o autor registra tratar-se de uma regra em todas as sociedades, porém ressalva que, para os criminologistas italianos, “esse princípio não passa de uma invenção de juristas, desprovida de qualquer solidez” (DURKHEIM, 2007, p. 73). Segundo estes, “é a instituição penal inteira, tal como funcionou até o presente em todos os povos conhecidos, que é um fenômeno antinatural” (DURKHEIM, 2007, p. 73).

Natural no sentido sociológico, portanto, seria o ato criminoso porque, mesmo prejudicial em suas consequências, é, por outras, útil e até necessário à vida, ainda que execrável e um perigo à própria vida, como acontece com as doenças corpóreas. Dessa forma, seus males só podem ser combatidos por uma força antagonista que, no caso do crime, seria a pena. Desse modo, “o mal que ele faz à sociedade é anulado pela pena, se esta funcionar regularmente” (DURKHEIM, 2007, p. 156).

Durkheim (2007), porém, não aprofunda a investigação dos fatores sociais motivadores da existência e do agravamento da criminalidade, apenas a entende como presença regular em toda e qualquer sociedade, e, conforme visto, pelas consequências que causa, deve ser punida por um sistema penal que vai se aperfeiçoando como “um remédio”, à medida que os atos criminosos igualmente vão se ampliando.

Em outra perspectiva, tomando por diretriz de análise a denominada teoria crítica no campo sociológico, mas, igualmente, compreendendo o delito como fenômeno social, mais ainda, denunciando-o como resultado de uma sociedade conflituosa por natureza, por ser fundada na desigualdade, na exploração e expropriação de uns sobre tantos, pode-se evocar o pensamento marxista que classifica o comportamento criminoso como produto da sociedade de classes enquanto reação do indivíduo pobre à exploração capitalista (ENGELS, 1975) ou como resultado da cultura competitiva implantada pela sociedade burguesa e, nesse caso, atingindo tanto os trabalhadores como as classes abastadas (ENGELS, 1979).

Em seu estudo sobre a situação da classe trabalhadora na Inglaterra a partir da Revolução Industrial, obra produzida na primeira metade do século XIX, Friedrich Engels

- JOSÉ ELIO VENTURA DA SILVA
- IVAN LUIZ DA SILVA
- ELOY LAGO NASCIMENTO

(1975), ao discorrer sobre as condições populacionais das grandes cidades inglesas, no que descreve como impressionante amontoado de seres humanos em condições que chegam a repugnar a natureza humana, apresenta um retrato dos bolsões de miséria, dos motivos para as epidemias e mortes, da prostituição e promiscuidade, destacando a proliferação de crimes e criminosos como consequência das condições miseráveis de vida dos trabalhadores, dizendo-se não acreditar que tais condições ainda existissem em um país civilizado, chegando a constatar que o roubo e a prostituição tornavam-se as principais fontes de receita dessa população.

Ao escrever o prólogo sobre a obra de Engels (1975), Eric J. Hobsbawm destaca que, diante da situação vivida, os trabalhadores reagem de diferentes formas, mas a maioria sucumbe e deixa-se desmoralizar, entregando-se ao alcoolismo, aos vícios e à criminalidade que se expande cada vez mais. Conforme Hobsbawm, estes “são fenômenos sociais nascidos do capitalismo e que não poderiam ser explicados pela simples fraqueza ou falta de energia dos indivíduos” (in ENGELS, 1975, p. 13).

Em uma passagem da obra *O capital*, ao tratar sobre “A lei geral da acumulação capitalista”, Karl Marx (2013, p. 910), na posição de pensador crítico do sistema, ironicamente chama o modo de produção capitalista de “paraíso” e, ao fazer uma alusão às crises e aos seus efeitos sobre a sociedade – referindo-se à classe trabalhadora em específico –, analisa que mudanças econômicas (mesmo mínimas), que oneram os preços dos meios básicos para a subsistência, trazem como consequência aumento no número de óbitos e crimes.

Na mesma obra, quando trata das condições de trabalho nas fábricas inglesas, com a Revolução Industrial, no setor gráfico, por exemplo, a partir da introdução da máquina impressora, Marx (2013, p. 910, grifo nosso) discorre sobre a situação dos operários que passavam a ser considerados velhos demais, mesmo aos 17 anos de idade, e eram dispensados de suas funções pelas empresas “tornando-se *recrutados do crime*”.

Mais contundente na perspectiva sociológica de interpretação do crime, Marx (2014) destaca o papel social do crime num breve artigo intitulado “Benefícios secundários do crime” (2014), no qual profere que, além de ser este normal, é fácil provar sua utilidade. Exemplificando: o trabalho de um filósofo é produzir ideias, de um poeta é produzir poemas, de um pastor é produzir sermões, de um professor é produzir livros e de um criminoso é produzir crimes.

Porém, o produto do criminoso, conforme o autor, gera diversas outras profissões e funções responsáveis por mover o sistema produtivo, a economia e a sociedade como

um todo, porque, ao produzir o crime, ele produz também o direito criminal, com sua legislação, além dos legisladores; as aulas do professor sobre tal direito ou os livros em relação a tais temáticas tornam-se, portanto, mercadorias a serem comercializadas; bem mais, produz arte, literatura, romances e até dramas trágicos. Marx (2014, p. 302), por fim, acrescenta: “O criminoso produz, além disso, toda a polícia e a justiça criminal, juízes, condutores, júris etc.”.

É o criminoso, na lógica de Marx (2014), quem põe em risco a segurança da vida burguesa, quebra sua monotonia, promove a instabilidade e, por consequência, produz riqueza. Enfim, provoca efeitos expressivos no aperfeiçoamento das técnicas nas atividades produtivas, como demonstra o autor, ao citar os avanços e aperfeiçoamentos de áreas como a serralharia graças aos ladrões, a fabricação de moedas graças aos falsificadores, a química prática graças à falsificação de mercadorias, entre tantas outras atividades.

Entretanto, a criminalidade tem sua contribuição como responsável pela retirada de uma parcela da população excedente do mercado de trabalho, ao reduzir a concorrência entre os trabalhadores e, até certo ponto, controlar e diminuir as possibilidades de redução dos salários, enquanto seu combate absorve parcela significativa da mão de obra disponível. Conforme se vê, passa a ser, portanto, um mecanismo incorporado ao próprio sistema de produção e consumo da sociedade capitalista. É como questiona Marx (2014, p. 303): “o mercado mundial ou até mesmo as nações teriam se desenvolvido sem a criminalidade nacional?”.

Marx (2014, p. 303) cita Mandeville e sua *Fábula das abelhas* (1708) ao afirmar que aquilo que é o mal moral ou natural deste mundo serve para nos tornar criaturas sociais, sendo fundamento para a vida, os negócios e todas as atividades humanas, sejam científicas ou artísticas: “e no momento em que o mal cessasse, a sociedade estaria arruinada e seria totalmente destruída”. Portanto, o criminoso, o crime e a criminalidade tornam-se “males necessários” socialmente, por assim dizer, ainda que inaceitáveis e punidos penalmente, conforme anteriormente compreendido em Durkheim (2007).

Retomando o pensamento de Engels (1975, p. 173), o crime é a manifestação máxima de desprezo pela ordem social e atinge significativamente os mais vulneráveis - naquele caso, os operários - exatamente porque estes seriam os que, na Inglaterra daquele tempo, estariam sofrendo as ações mais brutais e embrutecedoras promovidas pela exploração burguesa que tirava deles a liberdade e a moralidade: “Se as causas que tornam o operário imoral se exercem de maneira mais penetrante, mais intensa que habi-

- JOSÉ ELIO VENTURA DA SILVA
- IVAN LUIZ DA SILVA
- ELOY LAGO NASCIMENTO

tualmente, este transforma-se num criminoso, tão certo como a água aquecida a 100° centígrados passa do estado líquido ao gasoso”.

Isso explica, segundo Engels (1975, p. 173), o fato de a Inglaterra ter se tornado a nação mais criminosa do mundo, no que ilustra com dados publicados pelo Ministério do Interior, citando o número de prisões por “crimes penalmente qualificados”, sendo, em 1805, um total de 4.605, crescendo em velocidade muito acelerada, passando, em 1842, para um total de 31.309, ou seja, tendo um aumento de sete vezes mais em menos de quatro décadas.

Para comprovar a expansão da criminalidade, paralelamente à elevação das condições de pobreza, Engels (1975, p. 174) apresenta estatísticas de escolaridade entre os criminosos presos: em 1842, 32,35% não sabiam ler nem escrever e 58,32% sabiam pouco. Conforme os números, portanto, 90,67% estavam entre pouca e nenhuma instrução. Em contrapartida, seus números revelam que apenas 6,77% sabiam ler e escrever e somente 0,22% registrava instrução mais avançada. Sabe-se que, naquele tempo, como hoje, a maioria com pouca ou nenhuma escolaridade compõe as camadas mais pauperizadas e vulneráveis da sociedade.

Em outra parte do seu estudo, Engels (1975) analisa mais a fundo as causas da situação anteriormente discutida, tomando por base dados coletados em bairros metáurgicos ingleses, demonstrando que a maioria das crianças entre 5 e 15 anos era obrigada a sair da escola para trabalhar, e as que iam à escola encontravam um ambiente desfavorável com professores mal pagos, desmotivados e desqualificados, o que explica os motivos de um baixo nível moral entre os jovens, em que “a metade de todos os delitos é cometida por pessoas com menos de 15 anos e num só ano pronunciaram-se 90 sentenças contra crianças de 10 anos, das quais 44 por graves delitos criminais” (ENGELS, 1975, p. 252-253), fazendo menção a crimes brutais cometidos.

Ao analisar a natureza dos crimes, Engels (1975, p. 175) descobre que, em larga maioria, são contra a propriedade. Tomando por base os dados do autor no período do estudo, ele relaciona delitos contra a propriedade e a população total de alguns países, obtendo nos Países Baixos a relação de 1 para 7.140; na França, de 1 para 1.804; já na Inglaterra, obteve a relação de 1 para 799, demonstrando que, nesse país da Revolução Industrial, de maior riqueza mas também de maior concentração de vulneráveis, conseqüentemente, era também maior a incidência de delitos contra a propriedade.

O autor suscita outras reflexões ao apresentar números comparativos das prisões em decorrência de crimes contra a pessoa e relacioná-los aos dados populacionais: nos

Países Baixos, a relação era de 1 para 28.904; na França, de 1 para 17.573; e na Inglaterra, de 1 para 23.395.

Como demonstrado, tomando somente a Inglaterra e comparando os números apresentados, a quantidade de prisões por crimes contra a vida (1/23.395), em relação aos crimes contra os bens (1/799), tem-se, portanto, distância significativa de 29,28 vezes. Contudo, quando se comparam os números relacionados aos crimes contra a vida, a França (1/17.573) supera a Inglaterra (1/23.395). No que se conclui que o crescimento econômico inglês avançava na proporção em que crescia também a desigualdade, trazendo, por sua vez, a ampliação da criminalidade. Para corroborar tal fato, há os dados do autor em relação à proporção de crimes em geral na Inglaterra, no período do estudo, que era de 1 para 660 habitantes (ENGELS, 1975, p. 175).

Entretanto, adverte Engels (1975, p. 174) que tal realidade ocorre em todos os países ditos civilizados, “sendo pois causados por falta de qualquer coisa, porque não se rouba aquilo que se possui”. Ou seja, a necessidade é a causa comprovada da maioria dos crimes. Daí conclui o autor: “Os quadros de criminalidade também fornecem a prova direta de que quase todos os crimes foram cometidos pelo proletariado” (ENGELS, 1975, p. 174).

A constatação, porém, como é possível compreender a partir das análises engelsianas, dá-se graças às condições de vulnerabilidade a que essa população pauperizada estava submetida. Por isso, Engels (1975, p. 175) adverte: “Se a corrupção e a criminalidade continuarem a crescer nessa proporção nos próximos vinte anos [...], qual será o resultado?”. E acrescenta: “Já hoje vemos a inteira desagregação da sociedade; é impossível ler os jornais sem constatar, sobre bases inequívocas, a erosão de todos os vínculos sociais” (ENGELS, 1975, p. 175). No presente, como naquele tempo, tais constatações em todo o mundo permanecem e até se ampliam.

Diante dos fatos registrados, Engels (1975, p. 176) chama a atenção para a existência de uma verdadeira guerra social declarada comprovada nas estatísticas da criminalidade, tornando-se a “cada dia mais violenta, mais aguda, mais implacável [...] uma guerra de todos contra todos [...]”. Isso se explica, na perspectiva do autor, devido à evolução industrial acelerada, com o aperfeiçoamento das máquinas, em que quanto maior é o progresso, maior é a quantidade da classe relegada ao desemprego: “assim, todo aperfeiçoamento mecânico tem, para um bom número de operários, os mesmos efeitos de uma crise comercial, gerando miséria, sofrimentos e crime” (ENGELS, 1975, p. 180).

- JOSÉ ELIO VENTURA DA SILVA
- IVAN LUIZ DA SILVA
- ELOY LAGO NASCIMENTO

Conforme Engels (1975, p. 268-269), a consequência da precarização dos operários submetidos às condições de desemprego e miséria foi a revolta contra a sociedade da época, e “A primeira forma, a mais brutal e estéril, que essa revolta assumiu foi o crime”. O operário, vendo sua vida miserável e indigente, mesmo trabalhando em excesso, não compreendia racionalmente por que outros viviam na opulência: “E logo a miséria prevaleceu sobre o respeito inato pela propriedade: começou a roubar” (ENGELS, 1975, p. 268-269). Por isso, o autor acrescenta: “Já vimos que o aumento da delinquência acompanhou a expansão da indústria e que, a cada ano, há uma relação direta entre o número de prisões e o de fardos de algodão consumidos” (ENGELS, 1975, p. 268-269).

Em tal cenário, tanto de antes como de hoje, pois muitos dos quadros pintados por Durkheim, Marx e Engels são semelhantes, se não idênticos - trazendo à baila o pensamento de Zaffaroni (2004, p. 31) -, em sua interpretação, o poder do direito para decidir sobre as lides, provocadas pelos conflitos sociais, pode ser manejado pelo Estado de dois modos bastante distintos, seja pelo chamado, seja pela via Estado de polícia, podendo ser exercido de acordo com disposições legais igualitárias (Estado de direito) ou com decisões arbitrárias do poder (Estado de polícia).

É função do Estado de direito conter o Estado de polícia que mais precisamente, em se tratando do direito penal, busca alargar as formas de alcance do denominado *jus puniendi*, denotando certa dose de arbitrariedade e seletividade, de modo que a manifestação maciça do Estado de polícia tende a comprometer a atuação do Estado de Direito. Caso este não contenha aquele, invariavelmente se enfrentará o caos.

O Estado de polícia que o Estado de direito carrega em seu interior nunca cessa de pulsar, procurando furar e romper os muros que o Estado de direito lhe coloca. Quanto maior é a contenção do Estado de polícia, mais próximo se estará do modelo ideal, e vice-versa, mas nunca se chegará ao modelo ideal porque para isso seria preciso afogar definitivamente o Estado de polícia e isso implicaria uma redução radical - ou uma abolição - do próprio poder punitivo (ZAFFARONI, 2007, p. 170).

Entretanto, não há neutralidade no direito, tampouco no Estado como seu ente legitimador. Sua ação se dá conforme interesses sociais e econômicos. Por isso, torna-se relevante recuperar alguns dos quadros pintados pela sociologia e filosofia do direito no processo de construção de uma criminologia crítica, conforme se verá em seguida.

2.2 Contributos da criminologia crítica

Alessandro Baratta (2002, p. 161)¹, em seus estudos no campo da criminologia crítica, defende que, para essa corrente, a criminalidade deixa de ser concebida como uma característica inerente a determinados indivíduos, exteriorizada por meio do comportamento destes, passando a ser compreendida como uma condição socialmente atribuída a indivíduos determinados, mediante dupla seleção: primeiro, dos bens protegidos penalmente e dos comportamentos ofensivos a esses bens, descritos nos tipos penais; segundo, por meio de uma seleção dos indivíduos estigmatizados, a partir do conjunto daqueles infratores das normas penais.

O autor afirma, portanto, ser a criminalidade um “bem negativo” com distribuição desigual, obedecendo à hierarquia de interesses estabelecida pelo sistema socioeconômico, de acordo com as desigualdades entre os indivíduos na sociedade. Mas, em princípio, pode-se compreender de certo modo que é a “criminalização da criminalidade” o que a transforma em bem negativo, e é isso que garante a sua distribuição desigual socialmente, alcançando com maior efetividade e rigor, certamente, os mais vulneráveis.

Para Baratta (2002, p. 161), a perspectiva crítica no campo criminológico alcança sua maturidade quando há uma mudança na visão macrossociológica, deixando de considerar como objeto de estudo o comportamento desviante e colocando como centro da análise o processo de criminalização de tal comportamento, por meio dos mecanismos de controle social construídos conforme determinados interesses socioeconômicos.

A criminologia crítica vê o direito penal como um sistema, não sendo “estático de normas”, mas “dinâmico de funções” composto pela criminalização primária: produção das normas; criminalização secundária: processo penal de aplicação das normas, desde os órgãos de investigação até o juízo; e as medidas de segurança, por meio da execução da pena (BARATTA, 2002).

É, portanto, mito e falácia a igualdade no direito penal, sendo ele, sim, desigual por excelência, pois não defende todos os indivíduos, mas somente os bens, e pune a ofensa aos bens de forma desigual e fragmentada. A lei penal é aplicada de forma de-

1 A obra do autor intitulada *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal* (publicação original de 1982) foi publicada no Brasil pelo Instituto Carioca de Criminologia em 1999, com tradução do Prof. Juarez Cirino dos Santos.

- JOSÉ ELIO VENTURA DA SILVA
- IVAN LUIZ DA SILVA
- ELOY LAGO NASCIMENTO

sigual entre os indivíduos rotulados como criminosos. A tutela penal e o rótulo de criminoso atingem cada um de forma desigual e não têm a ver com o dano social causado, nem com a gravidade da ação contra a lei (BARATTA, 2002).

Na compreensão do autor, o direito penal é tendencioso no sentido de privilegiar e proteger as classes dominantes, mesmo quando seus membros delinquem, na medida em que tende a criminalizar e penalizar os comportamentos delinquentes das classes subalternas, formando uma espécie de rede, com malha muito fina para as classes subalternas “Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, e que contradizem às relações de produção e de distribuição capitalistas”; e frequentemente muito larga “quando os tipos legais têm por objeto a criminalidade econômica, e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes no poder” (BARATTA, 2002, p. 165).

Nesse viés, quando se analisam o Estado e seus mecanismos de controle materializados em suas instituições, por meio do direito penal, compreende-se o jogo de poder e interesses não explicitados, mas materializados nas formas de estabelecer e tratar o crime e seus criminosos. Sendo assim, necessário se faz refletir sobre culpa, pena, vulnerabilidade e seletividade do sistema penal.

3. A culpabilidade penal em sua relação com a vulnerabilidade e a seletividade

A fim de alcançar o pensamento de Eugenio Raúl Zaffaroni sobre a culpabilidade por vulnerabilidade em um sistema de seletividade penal, faz-se mister compreender nessa parte seus fundamentos, conceitos, critérios e elementos que venham a promover distorções teóricas e práticas do fenômeno investigado.

3.1 A culpabilidade penal: aspectos conceituais e fundamentos

Na teoria geral do delito, a culpabilidade penal é um juízo de reprovação sobre a pessoa que realizou uma conduta contrária ao direito, embora lhe fosse exigível conduta diversa (BRANDÃO, 2001). Em outros termos, é o juízo de reprovação e censura sobre a pessoa do agente em face do ordenamento jurídico-penal. É, portanto, um juízo valorativo negativo sobre o autor do injusto penal (BRANDÃO, 2005, p. 209).

Essa concepção da culpabilidade tem origem na dogmática penal alemã (WELZEL, 2002, p. 130-131)² como se pode inferir da jurisprudência do Tribunal Federal alemão (*Bundesgerichtshof*), que estabeleceu a culpabilidade como “um juízo de reprovação pessoal, feito a um autor de um fato típico e antijurídico, porque, podendo se comportar conforme o Direito, optou por se comportar contrário ao direito”, *in verbis*:

A pena requer a culpabilidade antes. A culpabilidade é reprovabilidade. Com o desvalor da culpabilidade se censura ao autor por não haver se comportado conforme o direito, não tendo se decidido por ele, quando podia se comportar conforme a ele, quando podia se decidir por ele.

Nisso radica o principal destaque da culpabilidade em face das demais categorias do crime, ou seja, ela é o único elemento que se refere à pessoa humana (BRANDÃO, 2005, p. 209-210).

Desse modo, é forçoso reconhecer a culpabilidade como o elemento mais importante da estrutura do delito, uma vez que estabelece a responsabilidade subjetiva no direito penal em detrimento da responsabilidade objetiva, que foi afastada total e definitivamente da esfera criminal (BRANDÃO, 2001, p. 131-132).

3.2 A culpabilidade por vulnerabilidade como critério de controle da seletividade criminal

A tarefa destinada à conceituação de culpabilidade é por demais penosa, mormente porque há relevantes distinções que hão de ser traçadas a fim de se compreender melhor sua função, relevância, características, entre outras. Como discorrido no item anterior, a culpabilidade é um dos elementos responsáveis pela fundamentação conceitual de crime, tendo a função de avaliar a imputação da prática delitiva ao sujeito responsável.

Invariavelmente, não há como pensar em qualquer teoria do direito penal sem antes vislumbrar a cominação de uma pena a título de resposta ao delito praticado, de modo que a inexistência da teoria da pena relegaria o direito penal a um mero aconselhamento, sem qualquer coercibilidade, o que possivelmente desaguardaria numa espécie de abolicionismo penal.

² Hans Welzel (2002) preleciona que foi Graf Zu Dohna quem efetivamente contribuiu para a compreensão de que o juízo da culpabilidade é uma valoração (reprovabilidade) sobre um objeto (que seria o dolo para Zu Dohna).

- JOSÉ ELIO VENTURA DA SILVA
- IVAN LUIZ DA SILVA
- ELOY LAGO NASCIMENTO

O que se deseja, na verdade, não é a eliminação da pena, tampouco a sua aplicação indiscriminada, ao revés disso o que se quer é limitar sua esfera de incidência, mormente porque “nenhum método punitivo, nenhum sistema penal, na história, veio para ficar e ficou, e de nenhum se pôde dizer, como Vinícius de Moraes, que ‘seja eterno enquanto dure’, pois esta eternidade (a pena) é violência e dor” (ANDRADE, 2006, p. 459).

Pelo aperfeiçoamento da teoria da culpabilidade mede-se o progresso do direito penal (LISZT, 2003, p. 260). Essa afirmação é absolutamente correta, pois destaca um dos pontos centrais da ciência jurídico-penal, que, inegavelmente, é a culpabilidade (BITENCOURT, 2009, p. 352). Para discutir melhor a culpabilidade, surge a chamada conexão punitiva, a qual determinados sujeitos nominam de periculosidade, enquanto outros a encaram como um método de conceituação da própria culpabilidade. Fato é que tal instituto é imprescindível ao sistema penal em virtude de os seres humanos não gozarem de imutabilidade e, portanto, não serem genuinamente iguais (ZAFFARONI, 2004, p. 33).

Ensina Zaffaroni (2004, p. 34):

[...] a apelação à *condução da vida* era um recurso para esquivar a objeção de que a culpabilidade de caráter ou de personalidade pretendia reprovar as características biológicas e os genes. Deste modo, instala-se uma *culpabilidade de autor*, fundada na autoridade da ética tradicional (grifos no original).

Enquanto o direito penal autoritário se identifica mais com a chamada culpabilidade de autor, o direito penal garantidor se aproxima mais acentuadamente da denominada culpabilidade de ato.

Contudo uma culpabilidade de ato, se bem conduz a conclusões díspares e opostas às da culpabilidade de autor, não legitima o exercício do poder punitivo e tampouco tem conteúdo ético, porque é derrubado pelo dado de seletividade do poder punitivo (ZAFFARONI, 1991, p. 279).

Esclarece ainda Zaffaronni (1991, p. 279) que “na culpabilidade de ato é reprovado o ilícito em função de sua personalidade e das circunstâncias; na de autor, é reprovado o que ele é em função do injusto”. Hans Welzel (1997), a seu tempo, preocupado com questões semânticas, pela forma variada com que alguns referiam-se à culpabilidade normativa, frisou que a essência da culpabilidade é a reprovabilidade.

3.3 A seletividade penal como distorção do sistema criminal

Após a realização de uma breve reflexão pertinente à culpabilidade, mister se faz discorrer acerca da seletividade penal, vista sob alguns aspectos como algo portador de normalidade no seio do sistema penal, dada a necessidade de fornecer à sociedade resposta às práticas delitivas, evitando a perda da credibilidade do Estado em decorrência da ofensa a determinado bem jurídico por ele mesmo tutelado.

A sociologia questiona a seletividade inocultável com que o *dever ser* penal realiza-se na realidade do poder punitivo e do sistema penal, o que obriga a doutrina penal a um grau de sinceridade insólito, que a leva a admitir que a seletividade como parte da normalidade do poder punitivo, cujo único objeto passaria a ser a renormalização (acalmar a opinião pública e devolver-lhe a confiança no estado) (ZAFFARONI, 2004, p. 35, grifo no original).

Quando se analisa o fator seletividade, entretanto, pode-se até recusar a sua normalidade, mas não se pode negá-la como uma característica própria do sistema penal. Quanto maior alcance o poder punitivo tiver nas legislações, maior será o campo de arbítrio seletivo das agências de criminalização secundária e menores poderão ser os controles e as contenções do poder jurídico a seu respeito (ZAFFARONI, 2007, p. 170).

Alessandro Baratta (1987, p. 4), ao discorrer sobre a seletividade penal, aduz que “O funcionamento da justiça penal é altamente seletivo [...]” tanto na proteção de bens e interesses como na ação de criminalização ou mesmo no “recrutamento da clientela do sistema (a denominada população criminal).” E acrescenta: “Todo ele [o sistema penal] está dirigido, quase que exclusivamente, contra as classes populares [...] apesar de que os comportamentos socialmente negativos estão distribuídos em todos os extratos sociais” (BARATTA, 1987, p. 11).

Corroborando tal argumento, Baratta (1987) assevera que a justiça penal volta-se particularmente contra grupos sociais colocados em condições de debilidade, no que se consubstanciam nas evidências demonstradas pelos dados sobre a composição social da população carcerária. Vale salientar que tal realidade não se refere apenas ao sistema penal do século XX (na análise do autor) ou do XXI, mas de todos os tempos e lugares, conforme já demonstrado aqui por meio de diversos dados apresentados nas análises de Marx e Engels, em seus estudos referentes aos séculos XVIII e XIX, períodos de confirmação da dominação industrial moderna.

- JOSÉ ELIO VENTURA DA SILVA
- IVAN LUIZ DA SILVA
- ELOY LAGO NASCIMENTO

Mais ainda, conforme Baratta (1987, p. 11), a seletividade do sistema penal voltada a indivíduos das classes sociais mais desprovidas não se explica apenas porque o sistema reproduz a desigualdade e a discriminação social mais amplas, e sim pelo que ele denomina condição de origem estrutural, donde a legislação penal estabelecida para punir os comportamentos delitivos apresenta-se discrepante em relação aos recursos administrativos e judiciais disponibilizados para a ação de fazer cumprir a lei. Sendo assim, explica-se o fato de o sistema alcançar, na sua quase totalidade, apenas os mais vulneráveis econômica e socialmente.

Por isso, compreende-se a necessidade do sistema em atingir as camadas pauperizadas da população para, assim, autolegitimar-se pelo fato de serem convertidos em “bodes expiatórios”. Aduz Baratta (1987, p. 11): “Porém, essa legitimação, altamente questionável, cobre a realidade do funcionamento do sistema que pode ser interpretada como o sacrifício simbólico do condenado considerado como bode expiatório”. Por isso, parcela considerável dos infratores da lei penal permanece impune, enquanto outros são alcançados e punidos com toda severidade, não sendo coincidência, portanto, serem estes, em sua quase totalidade, os excluídos, marginalizados e estigmatizados socialmente.

Outro aspecto demonstrado pelo autor em sua crítica faz ver que as instituições responsáveis pela atuação em todos os níveis organizacionais da justiça penal, desde o órgão legislador até a polícia, o Ministério Público, os juízes, bem como os órgãos de execução, “não representam nem tutelam interesses comuns a todos os membros da sociedade, senão, prevalentemente, interesses de grupos minoritários dominantes e socialmente privilegiados” (BARATTA, 1987, p. 4). O problema é que isso é, muitas vezes, imperceptível para a sociedade e, até mesmo, para muitos dos sujeitos agentes dessas instituições, que atuam, na maioria, de boa-fé.

Alhures, Juarez Cirino dos Santos (2002, p. 12) comenta a obra de Alessandro Baratta, a qual sustenta que

[...] a criminalidade como *status* atribuído a alguns sujeitos pelo poder de outros sujeitos sobre a criação e aplicação da lei penal, através de mecanismos seletivos estruturados sobre a estratificação social e o antagonismo de classes, refutaria o princípio de igualdade.

Por tal, vê-se a relação direta entre posição social e criminalização seletiva.

Fica demonstrado em Santos (2002, p. 14), por essa análise, a “*característica natural no que diz respeito à desigualdade do direito penal*” em seus mecanismos de produção,

aplicação e execução da norma penal, ainda que se apresente na condição de igualdade formal, compondo “o direito da desigual proteção de bens jurídicos e da desigual distribuição social da criminalização”. Como explica, há uma contradição “entre igualdade formal do sujeito jurídico na venda da força de trabalho e desigualdade real dos indivíduos concretos no consumo da força de trabalho” (SANTOS, 2002, p. 14). Mas, no direito, apareceria de outro modo: “a igualdade formal do sujeito jurídico ocultaria a desigualdade real de indivíduos concretos, em chances de criminalização” (SANTOS, 2002, p. 14). Daí a sua necessária seletividade.

A criminologia crítica, ao fazer tais análises, conquistou significativos avanços porque foi além da descrição, procurando interpretar os mecanismos da desigualdade, “mostrando a relação dos mecanismos seletivos do processo de criminalização com a estrutura e as leis de desenvolvimento da formação econômico-social” (SANTOS, 2002, p. 14). Nas palavras do autor, ocorre uma “desigualdade simétrica”, com privilégios para as classes superiores, que protege seus interesses e torna seus comportamentos lesivos imunes, garantindo os meios de acumulação capitalista, o que, na mesma proporção, criminaliza as classes inferiores transformando seus comportamentos em tipos penais (SANTOS, 2002, p. 14).

Nesse sentido, explica-se a posição de classe condicionando o processo de criminalização do indivíduo “influenciado pela situação deste no mercado de trabalho (desocupação, subocupação) e por defeitos de socialização (família, escola) [...]”, sendo o fator determinante para “as chances de criminalização no subproletariado e nos marginalizados sociais, em geral” (SANTOS, 2002, p. 15). Por isso, a criminalização cumpre a função de conservação e reprodução social, porque “a punição de determinados comportamentos e sujeitos contribuiria para manter a escala social vertical e serviria de cobertura ideológica a comportamentos e sujeitos socialmente imunizados” (SANTOS, 2002, p. 15).

Em síntese, compreende-se que a função da justiça penal é proteger uns e punir outros, de certo modo, independentemente do ato/delito praticado, comprovando a sua vocação para uma desigualdade natural, configurando-se em eficaz aparelho de seleção, discriminação e marginalização, cumprindo o papel de manutenção de uma sociedade assimétrica, no que expressa o autor:

O cárcere, finalmente, nascido da necessidade de disciplina da força de trabalho para consumo da fábrica, seria o momento culminante de processos de marginalização, discriminação e

- JOSÉ ELIO VENTURA DA SILVA
- IVAN LUIZ DA SILVA
- ELOY LAGO NASCIMENTO

estigmatização, fechando um *continuum* que abrange a família, a escola e a assistência social (SANTOS, 2002, p. 15).

Seria, na lógica defendida por Liebknecht (*apud* SANTOS, 2002, p. 16), uma justiça classista, compondo, de um lado, os operadores do sistema penal, a exemplo dos juízes, originários dos segmentos médio e superior, e, de outro, os selecionados, marcadamente nascidos nas camadas inferiores; demarcando ampla distância entre as partes, pelas condições sociais e pela incapacidade linguística de comunicação; mediados por “jurisprudência feita de estereótipos, preconceitos e teorias de senso comum, distribuindo desigualmente definições de criminalidade e estigmatização penal [...]”.

Tudo isso configuraria o seguinte: “Os mecanismos seletivos que funcionam nesse sistema, da criação das normas à sua aplicação, cumprem processos de seleção que se desenvolvem na sociedade, e para os quais [...] o pertencimento aos diversos estratos sociais é decisivo” (SANTOS, 2002, p. 40).

Restando e comprovado em pesquisa conduzida por D. Peters (1973 *apud* BARRATA, 1987, p. 10) na Alemanha, sobre decisões dos órgãos de justiça penal na dosimetria da pena em que

[...] os juízes se orientam por um estereótipo de “criminoso normal”, cujos requisitos objetivos e subjetivos coincidem somente com aqueles que determinam à pertinência às classes sociais mais débeis (precariedade da instituição laboral financeira e habitacional, desorganização familiar, baixo nível de instrução etc.).

Voltando a Zaffaroni (2004, p. 31), é necessária a advertência de que não se pode confundir o direito penal com a legislação penal e, portanto, com o exercício real do poder, mormente porque por *direito penal* entende-se o discurso doutrinário que tem por objeto a programação do exercício do poder jurídico de contenção do poder punitivo.

A principal função do direito penal, a bem da verdade, deve nortear-se pela minimização e contenção do *jus puniendi*, tomando como ponto de partida a racionalidade dos meios empregados, paralelamente com a função de tutela dos bens jurídicos penais, restando saber se ele conseguiria tal intento na prática, estando impregnado por sua natureza seletiva.

Ocorre que, quando essa reprovabilidade é dirigida a um grupo de rotulados, os mais vulneráveis, os estigmatizados, o direito penal incorre num risco gravíssimo de

perder sua função, uma vez que passa a encontrar-se desprovido de sua legitimidade ética.

Assevera Zaffaroni (2004, p. 35) que, “por esta via, o direito penal debilita sua hierarquia científica, com o risco de degradar-se em uma tecnologia de decisão de casos sustentada por uma teoria do conhecimento cega”. Não há, igualmente, como se conceber o conceito de uma culpabilidade em que não são levados em consideração preceitos éticos tradicionais, ante o perigo de se destruir o conceito de pessoa.

Nessa mesma esteira, não se pode deixar de considerar, no modelo de sociedade atual, fatores de cunho individual e social que inegavelmente influenciam de algum modo o sujeito que cometeu e/ou está a cometer determinado delito. Não se pode olvidar de igual forma que

[...] há décadas é conhecida a tendência da seleção criminalizante a exercer-se de acordo com estereótipos e a recair sobre a criminalidade grosseira, praticada por pessoas das classes subalternas, carentes de treinamento para condutas mais sofisticadas ou mais dificilmente captáveis pelo sistema penal. Assim, o sistema penal apresenta diferentes graus de periculosidade para os habitantes, segundo seu status social e suas características pessoais (ZAFFARONI, 2004, p. 37).

Em decorrência das peculiaridades inerentes aos indivíduos alcançados pelo sistema penal, seja de natureza individual ou social, a identificação das mais distintas formas de vulnerabilidade goza de nodal importância a fim de fornecer um tratamento menos desigual aos suprarreferidos indivíduos (ZAFFARONI, 2004, p. 37)³.

Cumprido salientar, entretanto, que a culpabilidade por vulnerabilidade não parte da premissa de que, por ser considerado vulnerável em virtude das condições pessoais e econômicas apresentadas, o sujeito será automaticamente alcançado pelo fenômeno, e deve ser levado em consideração o seu esforço pessoal pela vulnerabilidade.

Já no que diz respeito ao fator coculpabilidade, é este considerado insuficiente ao sistema penal porque

³ A esse respeito ensina Zaffaroni (2004, p. 37) que a sobre-representação de algumas minorias na prisionização, de maior número de imigrantes, em ocasiões de minorias sexuais, em todo caso a maior incidência em homens jovens, desempregados, habitantes de bairros marginais etc., é de dados verificáveis. A periculosidade do sistema penal se reparte segundo a vulnerabilidade das pessoas, como se fosse uma epidemia.

- JOSÉ ELIO VENTURA DA SILVA
- IVAN LUIZ DA SILVA
- ELOY LAGO NASCIMENTO

(a) em princípio invoca o preconceito de que a pobreza é a causa de todos os delitos; (b) em segundo lugar, ainda corrigindo esse preconceito, habilitaria mais poder punitivo para as classes hegemônicas e menos para as subalternas, o que pode conduzir a um *direito penal classista em dois tempos*; (c) o terceiro ponto é que seja abastado ou pobre o selecionado, sempre o será com bastante arbitrariedade, com o qual esta tese não logra fazer cargo da seletividade estrutural do poder punitivo (ZAFFARONI, 2004, p. 36, grifo no original).

Não se pode dizer que os desprovidos de recursos tenham uma índole mais acen-tuadamente inclinada à prática de crime. O que se pretende colocar é que o sujeito me-nos afortunado goza de uma vulnerabilidade maior do que o indivíduo possuidor de melhor estrutura financeira, mormente porque a possibilidade de o pobre e rotulado ser alcançado pelo sistema penal é infinitamente maior do que o sujeito com maior ca-pacidade econômica.

A esse respeito é importante que se diga que “o mero *status* ou estado de vulnera-bilidade não determina a criminalização. Não se seleciona a uma pessoa por seu puro estado de vulnerabilidade, senão porque se encontra em uma situação concreta de vul-nerabilidade” (ZAFFARONI, 2004, p. 38).

Nesse contexto, a tese da coculpabilidade busca mitigar a incriminação, ou seja, a responsabilização criminal, a partir do estado de vulnerabilidade criminal do autor da conduta lesiva de modo a materializar um direito penal democrático.

4. A tese da coculpabilidade penal como critério para a isonomia no sistema criminal

A culpabilidade por vulnerabilidade é, na verdade, uma forma de conceder um tra-tamento mais isonômico aos indivíduos alcançados pelo direito penal como alhures esposado, reduzindo substancialmente o *jus puniendi*. Não se está a buscar uma solução “justa”, mas uma decisão possível⁴. Com o dinamismo e o avanço nos quais a socie-dade está inserida, novas práticas criminais são diuturnamente implementadas. Esse fator impõe na referida sociedade uma necessidade cada dia maior de intensificação

4 Nessa seara, Zaffaroni (2004, p. 36) aduz que nos países periféricos, como são os latino-americanos, por causa da crescente polarização da riqueza, a maioria da população encontra-se em estado de vulnerabilidade ante o poder punitivo, embora só sejam criminalizados uns poucos. Ou seja, o campo para selecionar amplia-se, mas a seleção continua sendo ínfima em relação a ele.

da “retaliação” estatal, ou seja, de uma resposta à altura em face do evento danoso perpetrado.

Pois bem, ocorre que, por meio da culpabilidade por vulnerabilidade, busca-se exatamente limitar o raio de incidência da pretensão punitiva, evidentemente que sem abolir-se o sistema penal, levando-se em consideração as peculiaridades que envolvem o caso, objeto da apreciação estatal.

Perceptível por meio dessa manifestação de que através desse fenômeno o sistema punitivo partiria para uma perspectiva de menor incidência nos sujeitos mais facilmente alcançados, sem, contudo, alargar sua esfera de atuação diante das classes mais bem estruturadas economicamente.

É válido salientar que “o estado de vulnerabilidade é um fato, que depende do *status* social da pessoa e, portanto, é perfeitamente verificável e não depende só da classe social, não sendo neste sentido um *conceito classista*” (ZAFFARONI, 2004, p. 44, grifo no original).

A todo momento cumpre reiterar o grau de relevância da ética nas relações legitimadoras do direito penal, especialmente porque a ausência de respeito a tais preceitos foi e continua sendo responsável pelo desencadeamento de incontáveis prejuízos à humanidade, basta fazer uma digressão às agruras históricas que antecederam o atual estágio de sociedade. Aduz Zaffaroni (2004, p. 44) afirma que

[...] a construção dialética da culpabilidade, como critério racional de seleção para a distribuição equitativa do poder de contenção e redução das agências jurídicas, resultante da síntese da tese da culpabilidade do ato com a antítese da culpabilidade do esforço pessoal por alcançar a situação concreta de vulnerabilidade, consta de fatos que são valorados nos dois momentos, de modo que a síntese resultante tem uma base real (de dados do mundo) valorada juridicamente, ou seja, que é um conceito valorativo, como todos os que se enunciaram para construir a conexão punitiva, embora não reconheçam esse sentido.

Diante dessa realidade, exsurge patente que a culpabilidade pela vulnerabilidade, não obstante sua relevância, demanda um acentuado amadurecimento por parte de quem tem a função de colocá-la em prática no âmbito do sistema punitivo brasileiro, de modo que, para que se perfaça, mister se faz um esforço pessoal do sujeito que se encontra em situação de vulnerabilidade, não bastando ser considerado vulnerável como já aduzido, bem como que tal fenômeno não se destinará a alargar indiscriminadamente

- JOSÉ ELIO VENTURA DA SILVA
- IVAN LUIZ DA SILVA
- ELOY LAGO NASCIMENTO

o campo de atuação do sistema penal, ao contrário, buscará minimizar a esfera de punição estatal, já que a lógica de sua essência é tornar o direito penal menos elitista, de incidência mais reduzida e por conseguinte mais isonômico.

5. Conclusão

Ao longo da elaboração do presente texto, buscou-se dimensionar a culpabilidade penal fomentando sempre sua relação com a vulnerabilidade criminal do indivíduo, não sem antes correlacionar ambas ao fator seletividade penal. Por meio do estudo realizado, foi possível compreender a relevância da vulnerabilidade criminal do autor do injusto penal como elemento influenciador direto da culpabilidade penal, segundo magistério de Eugenio Raúl Zaffaroni, em confronto e complementado pelas análises sociológicas e da criminologia crítica, em destaque Durkheim, Engels, Marx e Baratta.

Induvidosamente, foi de igual modo extraído que a mera vulnerabilidade criminal não é, ou não deveria ser, por si só suficiente à intelecção do quanto esposado, é imprescindível, para a materialização do fenômeno supra, que exista um esforço pessoal do sujeito considerado vulnerável; de igual modo, para qualquer outro em confronto com a justiça e seus mecanismos punitivos.

Doutro modo, não se pode conceber a existência de um sistema de justiça seletivo, ou classista tal, que se proceda nesses termos, nunca poderá ser concebido como justo, desde Aristóteles com seus ensinamentos, demonstrando que justiça é equilíbrio, nunca extremos. Bem como também este não pode recorrer tão somente a mecanismos punitivistas, seja contra quem for.

Conclui-se, portanto, que o estudo realizado posiciona-se claramente ao delinear a relevância da culpabilidade no instante em que são considerados fatores como a vulnerabilidade, uma vez que não se intenciona alargar a esfera de atuação do direito penal, mas, sim, tratar com mais igualdade e menos elitismo os indivíduos alcançados pelo sistema punitivo, num momento em que o discurso é vindicado pelo expansionismo do direito penal, como consequência do agravamento dos conflitos no seio de uma sociedade desigual, a exemplo do caso brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, V. P. de. Minimalismo e abolicionismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista da Esmesc*, Florianópolis, v. 13, n. 19, p. 459-488, 2006.
- BARATTA, A. Princípios do direito penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. Tradução Francisco Bissoli Filho. *Revista Doutrina Penal*, Buenos Aires, ano 10, n. 40, p. 3-22, 1987.
- BARATTA, A. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.
- BRANDÃO, C. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BRANDÃO, C. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 15, fasc. 2, p. 209-227, abr./jun. 2005.
- DURKHEIM, É. *As regras do método sociológico*. Tradução Paulo Neves. 2. ed. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2007.
- ENGELS, F. *A situação da classe trabalhadora em Inglaterra*. Porto: Edições Afrontamento, 1975.
- ENGELS, F. Esboço de uma crítica da economia política. *Temas de Ciências Humanas*, São Paulo, n. 5, p. 1-2, 1979.
- LISZT, F. von. *Tratado de direito penal*. Campinas: Russell, 2003.
- MARX, K. *O capital*. Tradução Rubens Enderle. 2. ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013. livro I.
- MARX, K. Benefícios secundários do crime. Tradução Eduardo Emanuel Dall'Agno de Souza. *Revista Panóptica*, Vitória, v. 9, n. 28, p. 302-304, 2014.
- SANTOS, J. C. dos. Prefácio. In: BARATTA, A. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- WELZEL, H. *Derecho penal alemán*. Parte general. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- WELZEL, H. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002.
- ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- ZAFFARONI, E. R. Culpabilidade por vulnerabilidade. Tradução Fernanda Freixinho e Daniel Raizman. *Revista Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 14, p. 31-48, 2004.
- ZAFFARONI, E. R. *O inimigo do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.