

ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO

**EXCULPAÇÃO E ÉTICA DA LIBERTAÇÃO:
as condições sociais adversas e o princípio ético crítico
no juízo de reprovabilidade**

CURITIBA

2006

ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO

**EXCULPAÇÃO E ÉTICA DA LIBERTAÇÃO:
as condições sociais adversas e o princípio ético crítico
no juízo de reprovabilidade**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Penal e Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos

Co-Orientador: Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig

CURITIBA

2006

AGRADECIMENTOS

A graduação certamente está entre os momentos da vida que merecem a alegria da comemoração. Diante da quase impossível tarefa de agradecer a tantas pessoas determinantes para que a conclusão do curso de Direito fosse possível, gostaria de fazê-lo a todos nas pessoas dos **meus pais**.

Agradeço também:

ao professor Juarez Cirino dos Santos, orientador deste trabalho e referência de toda uma geração de estudantes e profissionais interessados no estudo da Criminologia e do Direito Penal, comprovando que é possível *mudar o mundo* por meio do conhecimento;

ao professor Celso Luiz Ludwig, co-orientador desta monografia e orientador no Programa de Iniciação Científica da UFPR de 2004 a 2006, pela sabedoria, diálogo e autenticidade transmitida no exemplo;

aos professores José Antônio Peres Gediel e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, pelo incentivo à pesquisa e ao aprofundamento no estudo do Direito durante todo o curso da graduação;

ao professor Alexandre Morais da Rosa, pelo incentivo e auxílio na estruturação do projeto de pesquisa;

aos membros do grupo de estudos em Criminologia Crítica da UFPR pelas discussões e reflexões, por meio de sua coordenadora, prof.^a Katie Argüello, e do amigo e colega Maurício Dieter.

*Poderia dizer
Que a vida é bela, e muito,
E que a revolução caminha com pés de flor
nos campos de meu país,
com pés de borracha
nas grandes cidades brasileiras...*

*E que meu coração
É um sol de esperança
entre pulmões
e nuvens*

*Poderia dizer que meu povo
É uma festa só na voz de Clara Nunes
No rodar das cabrochas no carnaval da avenida*

*Mas não. O poeta mente.
A vida nós a amassamos em sangue e samba
Enquanto gira inteira a noite
Sobre a pátria desigual.*

*A vida nós a fazemos nossa
Alegre e triste, cantando em meio à fome
E dizendo sim
em meio à violência e à solidão
dizendo sim*

[...]

*Pelo que virá enfim,
Não digo que a vida é bela
Tampouco me nego a ela:
- digo sim.*

Ferreira Gullar

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	1
1. REALIDADE SOCIAL E ÉTICA DA LIBERTAÇÃO	
1.1. GLOBALIZAÇÃO E CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA.....	4
1.2. FILOSOFIA E ÉTICA DA LIBERTAÇÃO.....	10
1.2.1. Panorama geral e principais conceitos.....	10
1.2.2. A fundamentação do direito na teoria do discurso e sua insuficiência.....	14
1.2.3. Ética da libertação: o momento material.	19
1.2.4. Ética da libertação: o momento da crítica material.....	21
1.3. CONCLUSÃO: Partindo Para a Crítica do Sistema Penal.....	23
2. O CRIME NAS SOCIEDADES PERIFÉRICAS E O DISCURSO CRÍTICO CRIMINOLÓGICO	
2.1. INTRODUÇÃO: A Deslegitimação do Sistema Penal.....	25
2.2. CRIMINOLOGIA: Tradicional e Crítica.....	27
2.3. A VIOLÊNCIA E O CRIME NAS SOCIEDADES PERIFÉRICAS.....	33
3. CULPABILIDADE, EXCULPAÇÃO E A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO ÉTICO CRÍTICO NO JUÍZO DE REPROVABILIDADE	
3.1. O CONCEITO DE BEM JURÍDICO E O PRINCÍPIO DE CULPABILIDADE COMO LIMITAÇÃO AO PODER DE PUNIR	38
3.2. O FUNDAMENTO MATERIAL DA CULPABILIDADE.....	42
3.3. A CULPABILIDADE NA MODERNA TEORIA DO FATO PUNÍVEL E A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCULPAÇÃO.....	46
3.4. O EXERCÍCIO DO PRINCÍPIO ÉTICO CRÍTICO NO JUÍZO DE REPROVABILIDADE.....	50
3.4.1. O conflito de deveres como causa suprallegal de exculpação em condições sociais adversas.....	50
3.4.2. Culpabilidade pela vulnerabilidade.....	55
CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

RESUMO

O presente trabalho visa a contextualização do juízo de reprovabilidade nas condições de privação material e impossibilidade da vida com dignidade, argumentando em favor da exculpação por via do conflito de deveres enquanto causa suprallegal de inexigibilidade de comportamento diverso e do conceito de culpabilidade pela vulnerabilidade. Para tanto, parte-se da filosofia e da ética da libertação, e especialmente do pensamento de Enrique Dussel, a fim de: a) identificar, mediante o discurso crítico criminológico, a pobreza criminalizada enquanto *vítima* de processos de criminalização inerentes ao modo de produção capitalista; b) compreender a violência *individual* enquanto produto decorrente da violência *primária*, estrutural e institucional, traduzida na intensificação da repressão estatal e nas circunstâncias dramáticas de miséria, desemprego e ausência de oportunidades; c) aproximar-se à fundamentação de uma *ética crítica*, ou *da libertação*, elaborada a partir do reconhecimento tanto da *exterioridade* da pobreza criminalizada enquanto *Outro* a qual o sistema não permite viver, como da insuficiência da teoria do discurso na fundamentação do direito, idealizando um consenso inexistente e distante de uma realidade de *originária injustiça social* que não permite à maior parte de seus membros a efetiva participação na “comunidade de comunicação”. Parte-se de um critério *material* fundado em um juízo de fato empiricamente constatável – a *vulnerabilidade* da condição humana – para fundamentar-se a obrigação ética de produção, reprodução e desenvolvimento da vida concreta de cada sujeito em comunidade, sendo este o *princípio ético crítico* que se propõe inserir no juízo de reprovabilidade. Adotando-se o conceito normativo de culpabilidade e sua fundamentação no *princípio da alteridade*, permite-se a abordagem da realização de um tipo de injusto em suas circunstâncias concretas, possibilitando, por um lado, a exculpação do autor por serem *anormais* circunstâncias de fato de miséria e privação de suas necessidades reais não havendo como lhe exigir comportamento diverso; e por outro, a incorporação ao conceito de culpabilidade da constatação da seletividade do sistema penal, desde a qual constrói-se o conceito de culpabilidade pela vulnerabilidade.

Palavras-chave: *Culpabilidade; Exculpação; Ética da Libertação; Desigualdade social; Criminologia crítica e radical; Fundamentação do direito; Transmodernidade.*

INTRODUÇÃO

Busca-se, com o presente trabalho, argumentar em favor da abertura do juízo de reprovabilidade às condições sociais de miséria e privação material que atormentam a imensa maioria da população mundial e especialmente dos países pertencentes à periferia do capitalismo, sendo abordadas como possibilidades desta abertura o *conflito de deveres* enquanto causa suprallegal de inexigibilidade de comportamento diverso e o conceito de *culpabilidade pela vulnerabilidade*.

A proposta, que decorre da nova leitura do crime e da violência realizada pelo discurso crítico criminológico, é fundamentada desde uma *ética crítica*, ou *ética da libertação*, conforme a arquitetura elaborada por Enrique Dussel, a partir do reconhecimento da insuficiência da teoria do discurso na fundamentação do direito, que torna necessário um observar de qualquer sistema desde o olhar de suas *vítimas*.

Entendendo “crítica” enquanto um cuidado de abordagem, estabelece-se “critérios nos quais o objeto do conhecimento se coloque em ponto de *crise* para, então, poder divisá-lo como afirmação e negação”¹; crítica, ainda, dotada de *radicalidade*, no sentido de busca da raiz e dos fundamentos do saber².

Sob perspectiva marxista, conceitua-se *teoria crítica* como “proposta que não parte de abstrações, de um *a priori* dado, da elaboração mental pura e simples, mas da experiência histórico-concreta, da prática cotidiana insurgente, dos conflitos e das interações sociais e das necessidades humanas essenciais”³.

A aproximação entre a teoria crítica do direito e a filosofia da libertação é necessária para o rompimento do “divisionismo castrador que separa o jurista do filósofo”⁴, possível na medida em que ambas partem da realidade do cotidiano, negando os abstracionismos; valorizam a interdisciplinaridade e visam a transformação.

¹ BUSSOLA, C.; CARNIELLI, A.; FRANS VAN DEN, K.; KROHLING, A.; OLIVEIRA, A.; ROCHA, G.; SCHWEDER, S.; SOARES, A. **Introdução ao pensamento filosófico**, p. 18.

² “A postura radical busca esclarecer, clarificar e não exclui, nessa procura, a atenção para a indagação dos contrários. Ser radical é proceder como a raiz de uma árvore que penetra o solo com uma haste principal e robusta para se fixar à terra mas que não abandona suas ramificações, pois estas são parte e complemento daquela”. (*Idem*, p. 19).

³ WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**, p. 5.

⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Por um direito da libertação ou uma libertação do direito. In: **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, Curitiba, n. 16, 1991, p. 129-139.

A fundamentação desde a *ética da libertação* justifica-se, por um lado, no reconhecimento da pobreza criminalizada enquanto *vítima* de processos de criminalização que *atribuem* a qualidade de criminoso a determinados indivíduos e cumprem a função de manutenção do *status quo*, o que permite interpretar o discurso crítico criminológico como autêntico exercício do princípio ético crítico enunciado por Dussel; e por outro, na necessidade de uma releitura da culpabilidade em sua concepção normativa, de forma a fundamentá-la no princípio da alteridade, aproximando-a do sujeito concreto e das circunstâncias reais em que ocorre o conflito.

Para tanto, o trabalho se organiza em três capítulos: no primeiro deles, quer-se apresentar o panorama em que o fenômeno da globalização agrava a desigualdade social e enfraquece o Estado Nação, fortalecendo no entanto sua dimensão punitiva e intensificando os processos de *criminalização da pobreza*. Desde esta realidade coloca-se a filosofia da libertação e seus principais conceitos; sendo centrais a releitura dusseliana da obra de Marx, que nela identifica o conceito de *exterioridade*, e o reconhecimento da insuficiência da teoria do discurso na fundamentação do direito em sociedades vitimadas por uma *originária situação de injustiça social*.

Dentro da arquitetura da ética da libertação, delimita-se o estudo aos momentos material e crítico material, fundados na formulação de enunciados normativos a partir de juízos de fato mediante um critério material, qual seja, o reconhecimento de que a vida está impregnada de necessidades materiais⁵ e *exige* o cumprimento de certos conteúdos, que vão desde a necessidade de alimentos e moradia até a liberdade, a segurança e a identidade cultural. O descumprimento do princípio da obrigação de produção, reprodução e desenvolvimento da vida concreta de cada sujeito em comunidade acarreta o *dever de crítica* às estruturas que desta forma causam vítimas, intencionais ou não-intencionais.

No segundo capítulo, aborda-se o sistema penal enquanto objeto específico do exercício da ética crítica desde a constatação de seu papel na reprodução de um sistema de exploração e desigualdade. Apresentam-se, nesse sentido, os pressupostos da criminologia tradicional e sua deslegitimação pelo discurso crítico criminológico, sublinhada a sua

⁵ LUDWIG, Celso Luiz. A transformação jurídica na ótica da filosofia transmoderna: a legitimidade dos novos direitos. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, p. 35.

releitura das funções reais do direito penal e dos conceitos de crime e de violência de forma a denunciar a existência de uma violência *primária* anterior à violência *individual*.

Por fim, adotando postura que tem na dogmática penal a possibilidade de luta pela redução do poder punitivo, aborda-se no terceiro capítulo o conceito de culpabilidade e sua fundamentação material no princípio da alteridade, a fim de, desde os fundamentos da ética crítica e dos conceitos re-elaborados pela criminologia crítica e radical, reconhecer a impossibilidade de no caso concreto se considerar como *normais* circunstâncias de fato situadas em contexto de miséria e privação nas necessidades reais do ser humano.

A inserção, nesse sentido, do critério *material ético* e do *princípio ético crítico* no juízo de reprovabilidade permite tanto a exculpação via *conflito de deveres*, por inexigibilidade de comportamento diverso; como a reconstrução do conceito normativo de culpabilidade a partir da incorporação do reconhecimento da *seletividade* inerente ao sistema penal, da qual decorre o conceito de *culpabilidade pela vulnerabilidade*.

Não se ignora que a monografia jurídica caracteriza-se por objetivar um estudo meramente *recapitulativo e sistemático* de determinado assunto, sem a possibilidade de um efetivo aprofundamento. Por esta razão temas extremamente complexos não são de fato, intensamente analisados; sendo necessário dizer que a abordagem buscou manter a objetividade e a coerência na apresentação sequencialmente lógica dos argumentos necessários à construção do objeto *específico* do estudo, qual seja, a abertura do juízo de reprovabilidade para as condições sociais adversas desde uma fundamentação ético-crítica transmoderna.

1. REALIDADE SOCIAL E ÉTICA DA LIBERTAÇÃO

1.1. GLOBALIZAÇÃO E CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA.

Globalização tornou-se uma palavra da moda; e como todas estas, “quanto mais experiências pretendem explicar, mais opacas se tornam”⁶. Não é um conceito original a tratar de um fenômeno novo na história, mas caracteriza-se por tratar de

um inédito processo de superação das restrições de espaço pela minimização das limitações de tempo, [...]; um fenômeno complexo e intenso de interações transnacionais, onde a empresa privada progressivamente substituiu o Estado como ator principal, criando algo qualitativamente diferenciado de quase tudo o que se teve até agora em matéria de ordenação sócio-econômica e de regulação político-jurídica; [...].⁷

Se para uma minoria significa felicidade e a possibilidade de alcance a maravilhas tecnológicas, sua principal face é aquela umbilicalmente ligada à transnacionalização do capital financeiro⁸, que aprofunda o fosso social entre ricos e pobres, transfere riqueza para os países desenvolvidos e desmonta Estados enquanto nações soberanas para definirem o próprio destino, reduzindo seus papéis à dimensão de “Estado Polícia”, punitivo e autoritário.

Zaffaroni conceitua este processo como um fenômeno de dupla face: por um lado, uma ideologia específica; e por outro, uma realidade de poder. Quanto à primeira, trata-se da ideologia do mercado mundial, ou ainda, de um *fundamentalismo de mercado*:

uma irrestrita eliminação de barreiras e protecionismos geraria um mercado mundial que se equilibraria por si mesmo e produziria um efeito de crescimento planetário. A competência ilimitada produziria a liberdade para o desenvolvimento das atividades mais rentáveis e provocaria uma distribuição internacional do trabalho que beneficiaria a todos. Evidentemente, este benefício seria à custa do sacrifício dos empreendimentos não rentáveis, que não teriam razões para subsistirem e que são considerados como o obstáculo que impede o crescimento.⁹

⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**, p. 7.

⁷ FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**, p. 62.

⁸ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**, p. 43: “A internacionalização do capital financeiro amplia-se, recentemente, por várias razões. [...]. Essas empresas multinacionais utilizam em grande parte a poupança dos países em que se encontram. Quando uma firma de qualquer outro país se instala num país C ou D, as poupanças internas passam a participar da lógica financeira e do trabalho financeiro dessa multinacional. Quando expatriado, esse dinheiro pode regressar ao país de origem na forma de crédito e de dívida, quer dizer, por intermédio das grandes empresas globais. O que seria poupança interna transforma-se em poupança externa, pela qual os países recipiendários devem pagar juros extorsivos. O que sai do país como *royalties*, inteligência comprada, pagamento de serviços ou remessa de lucros volta como crédito e dívida. Essa é a lógica atual da internacionalização do crédito e da dívida.”

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 17. Trad. livre. No original: “una restricta eliminación de barreras y proteccionismos generaria un mercado mundial que se equilibraria por si mismo y

Enquanto realidade de poder, a globalização se apresenta como uma nova etapa na relação de domínio e dependência entre hemisférios Norte e Sul: após períodos de hegemonia das potências marítimas européias e em seguida das potências econômicas do centro-norte europeu, ter-se-ia hoje a prevalência dos interesses estadunidenses, em relação de variável conflito e cooperação com Europa e Japão¹⁰.

Para Boaventura de Sousa Santos não há que se falar em *uma* globalização, mas em “globalizações”, cada qual um processo “pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de considerar como sendo local outra condição social ou entidade rival”¹¹.

Nesse sentido Milton Santos descreve a globalização como *fábula*, protagonizada por um mercado supostamente global “apresentado como capaz de homogeneizar o planeta quando, na verdade, as diferenças locais são aprofundadas”¹².

Paulatinamente enfraquece-se o Estado enquanto nação, em detrimento do papel a ele atribuído nas décadas anteriores no sentido de promoção dos direitos sociais e do desenvolvimento econômico, mesmo que em grau de intensidade variável, ou mesmo em determinados momentos tendo por finalidade a própria manutenção do sistema capitalista. Hoje, em sentido diverso, atendendo ao “pacote” de medidas destinadas aos países subdesenvolvidos denominadas como *neoliberais*¹³, deixa-se de lado as necessidades da comunidade e população local em prol dos interesses de forças econômicas transnacionais.

produciría un efecto de crecimiento planetario. La competencia ilimitada produciría la libertad para el desarrollo de las actividades más rentables y provocaría una distribución internacional del trabajo que beneficiaría a todos. Por supuesto, este beneficio sería a costa del sacrificio de los emprendimientos no rentables, que no tendrían razones para subsistir y que son considerados como el lastre que impide el crecimiento”.

¹⁰ *Idem*, p. 18. Anota o autor, em seguida, que estes países não aplicam a “explicação ideológica” mais utilizada, mantendo políticas protecionistas e a forte intervenção estatal na economia; concluindo, assim, que a globalização como realidade revela que a globalização como ideologia não passa de uma ideologia de exportação dos países dominantes para os dominados.

¹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural**, p. 433-436: “Distingui-se, assim, o *localismo globalizado*, em que fenômenos locais são levados a grandes coletividades; e o *globalismo localizado*, em que necessidades ligadas a transnacionalização da economia fazem com que as comunidades locais sejam obrigadas a alterar suas condições e reestruturar seu modo de vida. Os países centrais têm se apresentado como grandes pólos de localismos globalizados, enquanto à periferia do sistema capitalista tem restado a adaptação a um ou outro globalismo localizado”.

¹² SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**, p. 19.

¹³ Concentrando-se na dimensão econômica do termo “neoliberal”, há três acepções possíveis da palavra, conforme José Carlos Valenzuela Feijóo: “Às vezes, ‘neoliberal’ diz respeito às características comumente assumidas pela política econômica na fase recessiva do ciclo econômico. Nesse contexto, lidamos com um

A *fragmentação política* do cenário mundial é um aspecto necessário para a concretização do *fundamentalismo de mercado*¹⁴: há interesse que os Estados sejam “fracos”, mas que continuem sendo Estados:

abrir de par em par os portões e abandonar qualquer idéia de política econômica autônoma é a condição preliminar, docilmente obedecida, para receber assistência econômica dos bancos mundiais e fundos monetários internacionais. Estados fracos são precisamente o que a Nova Ordem Mundial, [...], precisa para sustentar-se e reproduzir-se.¹⁵

No mesmo sentido, afirma Milton Santos que o que ocorre pode ser interpretado não como a “morte do Estado” e sim como o seu *fortalecimento*, mas “para atender aos reclamos das finanças e de outros grandes interesses internacionais, em detrimento dos cuidados com as populações cuja vida se torna mais difícil”¹⁶.

O fenômeno se coaduna com a configuração da atual sociedade como uma *sociedade de consumo*, no sentido “de que a sociedade dos nossos predecessores, a sociedade moderna nas suas camadas fundadoras, na sua fase industrial, era uma sociedade de produtores”¹⁷. No lugar da necessidade de mão-de-obra industrial para preencher as vagas da indústria e compor o exército de reserva, há o *dever de consumir*, sendo o *consumo* e a *competitividade* os pilares que pautam os valores promovidos pela mídia, a educação e as relações interpessoais.

pacote muito característico de medidas e diretrizes de política econômica. Por exemplo: i) redução das despesas e do déficit públicos; ii) congelamento dos salários nominais e queda do salário real; iii) liberação de preços; iv) restrições no crédito e elevações das taxas de juros; v) desvalorização da moeda e liberalização do comércio exterior, etc.[...]. Uma segunda acepção possível do termo aponta em direção àquilo que poderíamos denominar uma ideologia ou *filosofia econômica*, cujo conteúdo básico reside numa *visão* (e pregação) *ultra-apologética do mercado*. No plano estritamente ideológico, defende-se que o mercado (ou, para sermos mais precisos, a lei do valor) assegura um aproveitamento *pleno e eficiente dos recursos econômicos*. Pela mesma razão, também garante o *crescimento mais acelerado* da produção. A isso, costuma-se acrescentar que um mercado livre de interferências garante *estabilidade econômica* e uma justa *distribuição* de renda, [...]”, sendo a terceira acepção a compreensão de “neoliberal” como “um *determinado padrão de acumulação*, vigente num determinado aqui e agora”, no caso, na América Latina. FEIJÓO, José Carlos Valenzuela. O Estado neoliberal e o caso mexicano. In: LAURELL, Asa Cristina (org.). **Estado e políticas sociais no neoliberalismo**, p. 12-14.

¹⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**, p. 77: “a fragmentação política e a globalização econômica são aliados íntimos e conspiradores afinados”.

¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**, p. 75-76.

¹⁶ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**, p. 19.

¹⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**, p. 87-88. Vale registrar a observação de Bauman no sentido de que as duas sociedades citadas *consomem*, distinguindo-se na ênfase e na prioridade.

No entanto, o *desemprego estrutural*¹⁸ com o qual convivem os países da periferia do sistema capitalista, quando aliado à voracidade da cultura do consumo, acaba por constituir um mecanismo de exclusão incrivelmente perverso: o mesmo mercado de trabalho que se recrudescer e exclui a participação do trabalhador, estimula com voracidade seus desejos de consumidor¹⁹. Ou seja,

todo mundo pode ser *lançado* na moda do consumo; todo mundo pode *desejar* ser um consumidor e aproveitar as oportunidades que esse modo de vida oferece. Mas nem todo mundo *pode* ser um consumidor. [...]. Todos nós estamos condenados à vida de opções, mas nem todos temos os meios de ser optantes.²⁰

Impossível negar que a globalização nos moldes em que se apresenta provocou o aumento da desigualdade²¹ e o agravamento da exclusão sócio-econômica da maior parte da humanidade, constituindo o que Milton Santos chamou de “fábrica de perversidades”:

O desemprego torna-se crônico. A pobreza aumenta e as classes médias perdem em qualidade de vida. O salário médio tende a baixar. A fome e o desabrigo se generalizam em todos os continentes. Novas enfermidades como a SIDA se instalam e velhas doenças, supostamente extirpadas, fazem seu retorno triunfal. A mortalidade infantil permanece, a despeito dos progressos médicos e da informação. A educação de qualidade é cada vez mais inacessível. Alastram-se e aprofundam-se males espirituais e morais, como os egoísmos, os cinismos, a corrupção.²²

No âmbito do mercado de trabalho nota-se a mudança no perfil dos empregos, acompanhada do declínio dos salários reais e da flexibilização dos direitos trabalhistas²³, configurando a metáfora da “*ampulheta*”, em que a parte inferior conta com cada vez mais trabalhadores divididos em empregos precários ou desempregados, o meio com um contingente cada vez menor de trabalhadores semiqualeificados, e a parte superior, composta por trabalhadores qualificados e bem remunerados, representando uma minoria tendente a decrescer²⁴.

¹⁸ Estrutural porque não mais decorre de crises conjunturais, mas sim faz parte da própria dinâmica das relações de produção contemporâneas, fundadas na exclusão do mercado de trabalho e de consumo.

¹⁹ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente, p. 26.

²⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**, p. 94.

²¹ Segundo recente *Informe da ONU sobre o Desenvolvimento*, a riqueza total dos 358 maiores ‘bilionários globais’ equivale à renda somada dos 2,3 bilhões mais pobres (45 por cento da população mundial), e só 22 por cento da *riqueza* global pertencem aos chamados ‘países em desenvolvimento’, apesar de estes conterem cerca de 80 por cento da população mundial (BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**, p. 78).

²² SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**, p. 19-20.

²³ FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**, p. 229.

²⁴ FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**, p. 231.

Destaca Faria que, devido à conjugação do veloz desenvolvimento tecnológico que reduz a necessidade de mão-de-obra e da carência de habilitação técnica exigida no atual modelo de produção por parte da absoluta maioria da população, trabalhadores uma vez desempregados dificilmente sairão dessa situação²⁵, conseguindo, quem sabe, empregos temporários sem vínculo empregatício ou em condições precárias.

O desemprego e o aumento da desigualdade e da miséria não constituem entraves ou fatalidades neste processo, mas são efeitos colaterais e inevitáveis de uma “sociedade fortemente apegada aos valores da meritocracia, mas que nega a muitos a participação na competição”²⁶. Trata-se de uma profunda e perversa seleção realizada pelo mercado de trabalho, condicionada, por sua vez, a interesses privados transnacionais que controlam os rumos político-estatais. Conclui-se que a globalização é um fenômeno profundamente fragmentador e socialmente desagregador.²⁷

Como se não bastasse a negação do acesso aos bens fundamentais à vida com dignidade, atua-se sobre os pobres no sentido de *criminalizá-los*, tomando-os por inimigos a serem expelidos da “sociedade de bem”.

Sem necessariamente adentrar em um estudo mais profundo acerca dos argumentos favoráveis e contrários ao *Welfare State* ou “Estado Providência”, é tarefa simples o reconhecimento de que o seu recrudescimento foi acompanhado do fortalecimento do Estado Punitivo, um Estado com a atenção voltada à manutenção da ordem, “à imposição da disciplina e ao controle dos movimentos migratórios e dos comportamentos sociais dos marginalizados”²⁸. Fica claro, mais do que nunca, o discurso que preza por uma *gestão penal da pobreza*, a partir de concepções políticas profundamente autoritárias.

A ideologia da *lei* e da *ordem* e as políticas de *tolerância zero*, popularizadas nos Estados Unidos sob a propaganda de serem *eficientes* no combate à criminalidade, são exemplo claro desta corrente, para a qual é conveniente a aplicação implacável da lei sobre a prática de “delitos” ou contravenções como embriaguez, jogatina e mendicância, no intuito de afastar os mendigos e sem-teto dos espaços públicos.²⁹

²⁵ FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**, p. 239.

²⁶ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**. 42.

²⁷ FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**, p. 246.

²⁸ FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**, p. 330.

²⁹ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**, p. 26-35: Nos anos seguintes à implantação destas políticas em Nova York, o orçamento destinado à manutenção da ordem aumentou em 40%, totalizando quatro vezes

Políticas públicas de “retirada” dos pobres dos centros comerciais, a ocupação de bairros pobres pela polícia militar ou a criação de leis casuístas aumentando penas a fim de atender apelos sensacionalistas e sem critério vem confirmando, também no Brasil, o predomínio da *cultura do medo*, que além de servir como “matéria-prima das prósperas indústrias da segurança particular e do controle social”³⁰, legitima a criminalização da pobreza e contribui no fortalecimento de teorias autoritárias no âmbito da política criminal e da teoria do delito³¹.

Ocorre, afinal, que o “mesmo sistema de poder que fabrica a pobreza é o que declara guerra sem quartel aos desesperados que gera”³². Considerando que quem é chamado de *inimigo* é, na verdade, o *excluído* e *oprimido*, especialmente no âmbito latino-americano e dos países de Terceiro Mundo, é que se toma o *pobre criminalizado* enquanto *vítima*³³ no sentido proposto por Enrique Dussel:

As *vítimas* [...] saltam à simples vista em todo sistema para uma consciência crítica ética. Para a consciência cúmplice do sistema, as vítimas são um *momento* necessário, inevitável, um aspecto funcional ou “natural”, [...]. Para a consciência crítica, [...], as *vítimas* são re-conhecidas como sujeitos éticos, como seres humanos que não podem reproduzir ou desenvolver sua vida, que foram excluídos da participação na discussão, que são afetados por alguma situação de morte (no nível que for, e há muitos e de diversa profundidade ou dramatismo).³⁴

A forma de dominação exercida nos dias atuais assume “novas formas de sujeição, isto é, novas vítimas, novos excluídos”³⁵, sendo a *constatação inequívoca da negação da*

mais do que as verbas dos hospitais públicos; enquanto as tropas policiais detiveram e revistaram em dois anos 45.000 pessoas, com critérios de suspeita altamente seletivos: “vestuário, aparência, comportamento e – acima de qualquer outro indício – a cor da pele. Mais de 37.000 dessas detenções se revelaram gratuitas e as acusações sobre metade das 8.000 restantes foram consideradas nulas e inválidas pelos tribunais, deixando um resíduo de apenas 4.000 detenções justificadas: uma em onze. Uma investigação levada a cabo pelo jornal *New York Daily News* sugere que perto de 80% dos jovens negros e latinos da cidade foram detidos e revistados pelo menos uma vez pelas forças da ordem.”

³⁰ GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar**: a escola do mundo ao avesso, p. 107.

³¹ ROSA, Alexandre Morais da. **Direito infracional**: garantismo, psicanálise e movimento antiterror, p. 35: “O canto da sereia mais estridente é o representado pelo que Jakobs denomina ‘Direito Penal do Inimigo’. Fundamentado retoricamente no contrato social, Jakobs defende que o ‘inimigo’ seria aquele que rompeu com as regras contraídas, justificando a visão de não-membro e, por via de conseqüência, a intervenção penal busca evitar os perigos que ele representa, podendo, assim, o Estado restringir para o ‘inimigo’ as normas-garantias – conferidas ao cidadão.”

³² GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar**, p. 95.

³³ Portanto, trata-se de *vítima* na concepção proposta por Dussel, não se relacionando, por evidente, com a *vitimologia* ou o *fenômeno da vitimização* no direito penal, que priorizam o estudo da vítima de um crime e seu comportamento.

³⁴ DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão**, p. 302-303.

³⁵ LUDWIG, Celso. Da Ética à Filosofia Política Crítica na Transmodernidade: Reflexões desde a Filosofia de Enrique Dussel. FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.) **Repensando a Teoria do Estado**, p. 288.

vida na atualidade o ponto de partida de toda crítica. Nesse sentido é que a *ética da libertação latino-americana* se torna marco central na justificação da condição de *vítima* do pobre criminalizado; pois permitirá, a partir da prévia *afirmação* de sua vida e dignidade, a *crítica* e *negação* do sistema penal realizada pela criminologia crítica e radical e, enfim, a reafirmação de sua vida (a negação da negação) na proposta de abertura do juízo de reprovabilidade inserido na moderna dogmática penal para o contexto de privação e miséria latino-americano.

1.2. FILOSOFIA E ÉTICA DA LIBERTAÇÃO

1.2.1. Panorama geral e principais conceitos.

A Filosofia da Libertação latino-americana não é *uma* apenas, mas um conjunto de vertentes e concepções filosóficas (nem sempre assemelhadas) caracterizadas por terem em seu horizonte a *libertação* de sujeitos cuja vida é negada em diferentes níveis e aspectos.

A Filosofia da Libertação surge enquanto *movimento* filosófico na segunda metade do século XX em contexto de forte repressão política, a partir da percepção por parte de um grupo de pensadores de que era preciso uma filosofia libertadora, propriamente latino-americana e não sujeita ao pensamento eurocêntrico, para a superação da *injusta* dependência do continente frente aos pólos centrais do sistema capitalista³⁶.

Entre seus expoentes, encontra-se em Enrique Dussel um ponto de partida desde a vítima, o oprimido, o “Outro” impedido, por algum motivo, de viver com dignidade. A experiência inicial é a descoberta do *fato* opressivo da dominação, em diferentes perspectivas:

no plano mundial (desde o início da expansão européia em 1492; fato constitutivo que deu origem à ‘Modernidade’), Centro-Periferia; no plano nacional (elites – massas, burguesia nacional – classe operária e povo); no plano erótico (homem – mulher); no plano pedagógico (cultura imperial, elitista, versus cultura periférica, popular, etc.); no plano religioso (o fetichismo em todos os níveis) etc.³⁷

³⁶ LUDWIG, Celso Luiz. FILOSOFIA DA LIBERTAÇÃO (verbete). In: BARRETO, Vicente de Paulo [coord.]. **Dicionário de Filosofia do Direito**, p. 327: Por isto o termo *libertação* apresenta um duplo aspecto, segundo Ludwig: “pretende a libertação da situação de dependência e dominação e, criticamente, pretende também libertar-se das *ideologias de dominação*, o que implica na libertação da dominação filosófica. Em resumo, ocupa-se da Filosofia da Libertação e, ao mesmo tempo, da Libertação da Filosofia”.

³⁷ DUSSEL, Enrique. **Filosofia da libertação**: crítica à ideologia da exclusão, p. 18.

É possível demarcar três fases principais na trajetória de seu pensamento, a fim de organizar a exposição de seus principais conceitos: na primeira, predominante durante a década de sessenta, prevalece a crítica ao pensamento *ontológico*³⁸ enquanto expressão da *totalidade*, definindo esta como um horizonte em que “não há outro”, em que “o outro é uma pré-figuração do mesmo, o eu, o mundo hermenêutico fechado em si mesmo”³⁹. Anota-se, aqui, a forte influência do pensamento do filósofo Emmanuel Levinas, que nas palavras de Dussel foi quem “nos permitiu situar o ‘outrem’ como origem e raiz da afirmação do ‘eu próprio’”⁴⁰.

A inovação do pensador latino-americano foi contextualizar, a partir de então, as categorias da *totalidade* e da *exterioridade* com a realidade histórica de opressão e dominação exercida pelo Norte sobre o Sul no plano sócio-político mundial, identificando a totalidade como o fundamento de toda a filosofia ocidental:

Dussel emprega a expressão ontologia da totalidade para referir-se ao pensamento produzido pela filosofia do ‘centro’, posto que tem como fundamental a categoria da totalidade. Ao passo que utiliza

³⁸ OHLWEILER, Leonel Pires. ONTOLOGIA JURÍDICA (verbete). In: BARRETO, Vicente de Paulo [coord.]. **Dicionário de Filosofia do Direito**, p. 619: “A expressão ontologia possui múltiplas possibilidades de compreensão, construída a partir das bases do pensamento grego como a doutrina que estuda as características fundamentais do ser, buscando sua essência. Deriva do grego *on*, *ontos*, participio presente de *enai*, ser e *logos*, discurso, teoria. A expressão ontologia é formada por *onto* e *logia*. A primeira é corolário dos substantivos gregos *ta ona*, significando os bens e as coisas realmente possuídas por alguém e *ta onta*, as coisas realmente existentes, ambas formuladas a partir do termo Ser. A ontologia seria, portanto, o estudo da essência do ser, aquilo que fundamenta as coisas como são em si mesmas ou do ser enquanto ser, fazendo-se referência à fórmula utilizada por Aristóteles. No entanto, há grandes divergências relativamente ao significado de ontologia, mencionando-se tratar não do ser, mas o campo de conhecimento que investiga as propriedades mais gerais do ente, questionando o que é o ente.”

³⁹ MENDIETA, Eduardo. “Política en la era de la globalización: crítica de la razón política de Enrique Dussel”. In: **Revista Crítica Jurídica**, p. 40. Trad. livre. No original: “[...] no hay otro, el otro es una pré-figuración de lo mismo, el yo, el mundo hermenéutico cerrado en sí mismo”. Para Dussel, vale complementar, “percebe-se que o fundamento ontológico não é visto como uma *opção ética*, mas sim como algo natural, como o próprio ser, que se coloca antes da constituição do sujeito. Assim, o fundamento não é ético, pois não se opõe a nada: ele simplesmente é” (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Filosofia Jurídica da Alteridade**, p. 32).

⁴⁰ DUSSEL, Enrique. **Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão**, p. 17-20. Sobre Emmanuel Levinas e sua concepção de alteridade, registra-se: “A filosofia de Levinas instaura um novo humanismo. A perspectiva de seu pensamento abrange fundamentalmente a ética. A ética tem seu ponto de partida no reconhecimento da alteridade do outro. [...] Para Levinas, o Outro não é outro com uma alteridade relativa. A alteridade do Outro não depende de uma qualidade que o distinguiria do eu, pois essa distinção anula a alteridade. Mas a relação entre o Outro e eu não termina em número nem no conceito. O Outro permanece infinitamente transcendente, na epifania de seu rosto ele me chama e me interpela. A alteridade absoluta do Outro me interpela como vítima. O rosto do próximo sobrecarrega-me com uma responsabilidade irrecusável, precedendo todo consentimento livre, todo pacto e todo contrato.” (SIDEKUM, Antônio. LEVINAS, EMMANUEL (verbete). In: BARRETO, Vicente de Paulo [coord.]. **Dicionário de Filosofia do Direito**, p. 527-528).

o termo *meta-física* para expressar o pensamento que tem na exterioridade a categoria por excelência.⁴¹

Dentro dessa concepção de *totalidade*, o “Outro” é subsumido e tem sua alteridade ignorada, pois o “rosto humano só aparece como o rosto do ‘Outro’ quando se manifesta na exterioridade, isto é, em um âmbito não passível de ser instrumentalizado pelo sistema em que está inserido”⁴². O conceito de exterioridade, nesse sentido, é apresentado por Ludwig da seguinte forma:

A exterioridade é uma categoria de categorias, um conceito de conceitos. Pode dar-se ao nível abstrato ou geral: categoria de categorias, por excelência. E neste caso, na condição de abstração em geral, constitui-se filosoficamente na exterioridade em relação à totalidade [...]. Pode dar-se também ao nível concreto. Neste caso, periferia real (América Latina), histórica e geopoliticamente em relação aos países centrais (Europa, Estados Unidos, Japão); ou trabalho vivo em relação ao capital (do capitalismo periférico, subdesenvolvido); ou ainda, classe econômica e socialmente dominada [...] em relação à classe detentora do poder; [...].⁴³

Daí a defesa de um método *analético*, no sentido de se partir da *exterioridade* (para *além* da totalidade) e da transcendência absoluta do *outro*:

O método *analético* significa que o *logos* ‘viene de más-allá’: surge desde o outro e avança dialeticamente; passagem da totalidade ontológica ao outro como outro; [...]. O método analético consiste em partir primeiro da exterioridade metafísica na relação com a totalidade ontológica, e depois, nos níveis mais concretos da positividade do oprimido como distinto na erótica, pedagógica e política.⁴⁴

Desta forma, a *analética* não parte da realidade de miséria ou pobreza (seu momento negativo) mas antes, de um momento positivo, que é a relação na práxis homem-homem⁴⁵, ou seja, a exterioridade. Proceder-se portanto a uma *negação da negação*, mas somente após a prévia *afirmação analética da exterioridade do outro*⁴⁶.

⁴¹ LUDWIG, Celso Luiz. **A Alternatividade Jurídica na Perspectiva da Libertação**: uma leitura a partir da filosofia de Enrique Dussel, p. 77.

⁴² SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Filosofia Jurídica da Alteridade**, p. 47.

⁴³ LUDWIG, Celso Luiz. **A Alternatividade Jurídica na Perspectiva da Libertação**, p. 111.

⁴⁴ LUDWIG, Celso Luiz. **A Alternatividade Jurídica na Perspectiva da Libertação**, p. 93-94. Complementa Medieta que “el otro nunca es una mera sombra, defectuoso, imagen o realización incompleta de lo mismo, el yo, [...]. El otro es una exterioridad irreducible para la totalidad del sí-mismo. [...]. La apertura al otro requiere que destruyamos la ontología y que instituyamos en su lugar un enfoque metafísico, [...]. Debemos pensar, oír, ver, sentir y saborear el mundo desde el punto de vista del otro. Este es el momento analético.”, cf. MENDIETA, Eduardo. “Política en la era de la globalización: crítica de la razón política de Enrique Dussel”. In: **Revista Crítica Jurídica**, p. 40-41.

⁴⁵ LUDWIG, Celso Luiz. **A Alternatividade Jurídica na Perspectiva da Libertação**, p. 115.

⁴⁶ LUDWIG, Celso Luiz. FILOSOFIA DA LIBERTAÇÃO (verbete). In: BARRETO, Vicente de Paulo [coord.]. **Dicionário de Filosofia do Direito**, p. 330.

A segunda fase do pensamento de Dussel caracteriza-se como a trajetória da *metafísica* ao *marxismo*, mediante a crítica aos “comentadores europeus” que teriam reduzido o pensamento de Marx a um stalinismo dogmático, propondo assim uma *reinterpretação hermenêutico-filosófica* de sua obra.⁴⁷

Vale registrar que ocorre forte mudança de opinião acerca de Marx, que deixa de ser considerado um “pensador da totalidade” para converter-se em referência do método analético⁴⁸ e da construção da *exterioridade* do trabalhador, permitindo um julgamento *ético* do capitalismo.

Para tanto, coloca-se o *capital* como totalidade e diferencia-se trabalho objetivado de trabalho não-objetivado, sendo o primeiro a mercadoria, o dinheiro e o próprio capital; e o segundo a *capacidade de trabalho*: “concebido negativamente, o trabalho não-objetivado é não matéria-prima, não instrumento de trabalho, não produto, não meio de vida, [...], é *nada* de capital. É não-valor”⁴⁹.

Assim, o trabalho não-objetivado é *fonte viva* do capital e originariamente *exterior* àquele, pois para além há o trabalhador enquanto sujeito vivo e fonte criadora de valor. Nesse sentido a categoria “trabalho vivo” demonstra que o trabalho não é valor, mas criador dele, e até que o trabalhador seja subsumido pela totalidade do capital ele não é valor nem capital, mas corporalidade, pessoa humana; é, portanto, exterioridade. Após a subsunção do trabalho pelo capital, em relação de apropriação extensivamente descrita por Marx em sua obra, o trabalho *vivo* é alienado e deixa de sê-lo para tornar-se trabalho *assalariado*, e a capacidade de trabalho converte-se em *força de trabalho*⁵⁰.

A configuração da exterioridade em Marx é assim sintetizada, revelando a busca de Dussel por um “Marx desconhecido”⁵¹, mais filósofo que economista:

⁴⁷ Dussel relata que voltou a ler Marx no final da década de 70, em decorrência de três fatos: “Em primeiro lugar, à crescente *miséria* do continente latino-americano (...). Em segundo lugar, ao desejo de poder levar a termo uma *crítica do capitalismo*, que, tendo triunfado aparentemente no Norte (principalmente a partir de novembro de 1989), está fracassando redondamente em 75% da humanidade: no sul; na África, na Ásia e na América Latina. E, em terceiro lugar, à constatação de que a Filosofia da Libertação precisaria, primeiro, construir uma *econômica* e uma política firmes, para só depois apoiar também a parte pragmática, como aplicação da analítica.” (DUSSEL, Enrique. **Filosofia da libertação**: crítica à ideologia da exclusão, p. 25-26).

⁴⁸ MENDIETA, Eduardo. “Política en la era de la globalización: crítica de la razón política de Enrique Dussel”. IN: **Revista Crítica Jurídica**, p. 43.

⁴⁹ LUDWIG, Celso Luiz. **A Alternatividade Jurídica na Perspectiva da Libertação**, p. 100.

⁵⁰ LUDWIG, Celso Luiz. **A Alternatividade Jurídica na Perspectiva da Libertação**, p. 103-105.

⁵¹ Nesse sentido, ver: DUSSEL, Enrique. **Hacia un Marx Desconocido**. México: Siglo Veintiuno, 1988.

a) O homem como sujeito do trabalho, enquanto não assalariado ou subsumido do capital, *não-existe* para o capital; simplesmente é nada; é a exterioridade porque não trabalha *atualmente* para o capital, para o ser do sistema. Porém, é *real*: sua realidade situa-se para além do ser da totalidade; b) Antes da subsunção, o trabalhador é o *outro* do capital. É o não-capital como exterioridade positiva: trabalho vivo; c) O trabalhador – o outro do capital – é um pobre (*pauper* preferia Marx), posto que despojado de tudo, porém, é a *fonte* criadora de todo valor do capital: é a exterioridade como fonte criadora do valor.⁵²

A terceira fase do pensamento do filósofo argentino volta-se à crítica da insuficiência da *teoria e da ética do discurso* para um projeto de real libertação dos povos da periferia do capitalismo. Trata-se, agora, da questão da *fundamentação do direito* conforme colocada pela ética do discurso e a releitura crítica de Dussel, situada na *transmodernidade* e permitindo-nos compreender a origem das premissas da arquitetura da ética da libertação.

1.2.2. A fundamentação do direito na teoria do discurso e sua insuficiência

Tendo em Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas suas principais referências, a *teoria do discurso* deve ser compreendida segundo a ótica paradigmática⁵³. O *paradigma da consciência ou do sujeito*, nesse sentido, esgotou-se e abriu espaço para o *paradigma da linguagem ou da comunicação*. Observando a fundamentação da razão e a relação estabelecida com o sujeito cognoscente, caracteriza-se o paradigma da consciência como aquele em que a razão é centrada no sujeito, capaz de conhecer e dominar os objetos; enquanto na nova formulação a razão situa-se na comunicação, pressupondo situações *ideais* de fala e debate, condição formal necessária para a validação do discurso⁵⁴.

O paradigma do sujeito ou da consciência foi rompido com a prevalência da racionalidade técnica sobre a metafísica; na substituição das relações “sujeito-objeto” pelas da “linguagem-mundo”; com a mudança no modo de situar a razão, que passou a ser

⁵² LUDWIG, Celso Luiz. *A Alternatividade Jurídica na Perspectiva da Libertação*, p. 106-107.

⁵³ KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*, p. 218: de acordo com definição de Thomas Kuhn, entende-se por paradigma a constelação de crenças, valores e técnicas partilhadas pelos membros de uma determinada comunidade, assim como as soluções empregadas como modelo para resolução de problemas. Segundo Kuhn, o desenvolvimento do conhecimento científico não acontece de modo “cumulativo e contínuo”, mas de maneira descontínua, através de *revoluções científicas*: sendo a “ciência normal” o paradigma pacificamente aceito pela comunidade científica, e “ciência revolucionária” a que se instaura em momentos de crise, quando se acumulam situações para as quais o paradigma hegemônico não oferece respostas satisfatórias

⁵⁴ LUDWIG, Celso Luiz. *A Alternatividade Jurídica na Perspectiva da Libertação*, p. 54-57.

histórica, finita, temporal e centrada na comunicação; e, enfim, com a superação do logocentrismo⁵⁵.

Para Karl-Otto Apel, a *validade* está condicionada ao *consenso argumentativo* originado do *discurso*, que para existir, por sua vez, pressupõe a igualdade e não-violência entre os participantes. Negar estas regras significaria entrar em *contradição performativa*⁵⁶, que é exatamente contestar pressupostos necessários ao próprio ato de contestação: é o que ocorre, segundo Apel, com aqueles que negam o consenso e se fundamentam no *dissenso*. Nesse caso a contradição performativa reside no fato de que mesmo quem se fundamenta no dissenso está ele próprio buscando um consenso, motivo pelo qual qualquer possibilidade de fundamentação no dissenso para este autor é *absurda*⁵⁷.

Jürgen Habermas, a seu turno, desenvolve sua teoria da argumentação desde as pretensões de validade necessariamente pressupostas, quais sejam, pretensões de inteligibilidade ou compreensibilidade da comunicação; de verdade do conteúdo; de correção ou justiça do conteúdo normativo e, por fim, de sinceridade e autenticidade. Formula, assim, o *princípio do discurso*, que determina a validade das normas de ação “às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”⁵⁸.

No âmbito da fundamentação do Direito, do princípio do discurso decorre o princípio da democracia, sob o significado de que “somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva”⁵⁹.

A partir das pretensões de validade pressupostas, e da afirmação de *direitos básicos* considerados inerentes ao discurso⁶⁰, *legitima-se* o direito positivo.

⁵⁵ LUDWIG, Celso Luiz. **A Alternatividade Jurídica na Perspectiva da Libertação**, p. 53.

⁵⁶ Desenvolvido por Apel, o conceito de *contradição performativa* trata da situação em que um interlocutor não aceita as pretensões de validade que funcionam como pressupostos de toda argumentação; no entanto, a negação se impossibilita porque aquele que rejeita os pressupostos necessários é obrigado a utilizar eles próprios em sua argumentação. (LUDWIG, Celso Luiz. **A Alternatividade Jurídica na Perspectiva da Libertação**, p. 63).

⁵⁷ LUDWIG, Celso Luiz. Discurso e Direito. Texto Inédito. Apresentado no evento **Discurso e Direito**, em 05/08/2006. Universidade Federal do Paraná, p. 7.

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre factibilidade e validade**. v.1, p. 142.

⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. v.1, p. 145.

⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. v.1, p. 159.

Tanto Apel como Habermas *afirmam* o *consenso* enquanto condição para a legitimidade da norma e da ação, na medida em que :

parte-se de um *consenso antecipado* (pretensões de validade), visando através da argumentação produzir o *verdadeiro consenso posterior*. Este consenso só pode ser obtido através da comunicação argumentativa. Para atingir o consenso racional, a situação de fala não é a real, porém *idealizada*.⁶¹

Segundo Habermas, a *ética discursiva* supõe que as normas sejam racionalmente validáveis por meio do consenso, obtido através dos critérios e regras da argumentação. Mesmo reconhecendo a complexidade da questão de se obtê-lo, diante da variedade de opiniões presente em qualquer comunidade, Apel a coloca como única alternativa, por acreditar que a fundamentação desde o dissenso seria uma contradição performativa inaceitável.

Diante desta reflexão, elabora-se um contra-discurso, contra-hegemônico, *diverso* daquele *pós-moderno reacionário*, conforme definido por Boaventura de Sousa Santos⁶². Em outro sentido, trata-se da filosofia *transmoderna*, para a qual é possível a crítica ao projeto da modernidade sem eliminar suas potencialidades⁶³, sob uma perspectiva das sociedades periféricas:

O *projeto transmoderno* tem como ponto de partida as *utopias factíveis*, criativamente formuladas pelos *dissensos* legitimamente obtidos nas diversas e heterogêneas *comunidades das vítimas*, e, ao mesmo tempo, subsume o caráter emancipatório do projeto da modernidade, rejeitando, todavia, seu conteúdo *negativo e mítico* de justificação de uma práxis irracional e violenta.⁶⁴

Nesse sentido, contextualiza-se a proposta em uma realidade diferente daquela da “sociedade da ciência e da técnica”⁶⁵, mas historicamente ligada à dependência político-

⁶¹ LUDWIG, Celso Luiz. **A Alternatividade Jurídica na Perspectiva da Libertação**, p. 57.

⁶² O sociólogo português conceitua o que seria, basicamente, o pós-modernismo reacionário: “(1) crítica do universalismo e da unilinearidade da história traduzida em conceitos como progresso, desenvolvimento ou modernização [...]; (2) renúncia a projetos coletivos de transformação social, sendo a emancipação social um mito sem consistência; (3) celebração, por vezes melancólica, do fim da utopia, do ceticismo na política e da paródia na estética; (4) concepção da crítica como desconstrução; (5) relativismo ou sincretismo cultural; (6) ênfase na fragmentação, nas margens ou nas periferias, na heterogeneidade e na pluralidade [...]”. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Do Pós-Moderno ao Pós-Colonial e para além de um e outro**, p. 9-11.

⁶³ LUDWIG, Celso Luiz. Da Ética à Filosofia Política Crítica na Transmodernidade: reflexões desde a Filosofia de E. Dussel. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Repensando a Teoria do Estado**, p. 285: “Portanto, crítica que não se pretende antimoderna e, pelas razões mencionadas, também não é meramente pós-moderna. Diante desse contexto, situamos a necessidade de reflexão crítica ética, política e jurídica desde a perspectiva transmoderna”.

⁶⁴ LUDWIG, Celso Luiz. A transformação jurídica na ótica da filosofia transmoderna: a legitimidade dos novos direitos. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, p. 31.

⁶⁵ LUDWIG, Celso Luiz. Discurso e Direito. Texto Inédito. Apresentado no evento **Discurso e Direito**, em 05/08/2006. Universidade Federal do Paraná, p. 15.

econômica e uma *originária situação de injustiça* social. Nesta, há um “outro” silenciado e excluído anteriormente à própria existência da “comunidade de argumentação”, impossibilitando uma fundamentação a partir de qualquer consenso.

Adotando o sujeito como realidade, busca-se uma racionalidade pautada pela alteridade, não mais fundada na *idealização* de um consenso meramente *formal*, em condições *ideais* de comunicação que rejeitam as *éticas materiais* e suas “orientações axiológicas concretas particulares de vida ou da história de uma vida individual”⁶⁶. Em seu lugar, é desde o dissenso que a filosofia transmoderna encontra argumentos ausentes na teoria do discurso e com uma nova fundamentação passa a fundamentar *novos direitos e novas verdades*⁶⁷. A premissa é que

antes do discurso, deve haver vida (*bios*), no sentido de que as pessoas, no mínimo, necessitam ter asseguradas as condições de sua sobrevivência e preservação. Se estas condições não se satisfazem, então o discurso, tal como concebido tanto por Apel como por Habermas, se converte em uma idealização vazia, no melhor dos casos, ou em um modo de dissimular a carência das condições para o verdadeiro discurso, [...], no pior dos casos.⁶⁸

Para Apel, as vítimas intencionais e não-intencionais de um sistema são conseqüências inevitáveis da argumentação, supondo que elas são afetadas após esta última, ou seja, *a posteriori*. Com a *ética da libertação*, reconhece-se que as vítimas sofrem de uma situação de incomunicabilidade anterior a qualquer consenso ou comunicação, restando excluídas *a priori*:

Dussel procura indicar que a filosofia que afirma a “comunidade de comunicação”, o “nós” que supera a subjetividade moderna (paradigma do agir comunicativo-intersubjetivo), não é suficiente para o pensar latino-americano, pois não toma a categoria da exterioridade como fundante. [...]. Qual seria a conseqüência prática dessa exclusão da *exterioridade*? O outro, aquele que não participa da comunidade de comunicação recebe os efeitos de um consenso do qual não fez parte. A exclusão fática é anterior à efetivação. [...]. Desta forma, um “consenso” pode ser de dominação e exclusão,

⁶⁶ LUDWIG, Celso Luiz. **A Alternatividade Jurídica na Perspectiva da Libertação**, p. 61.

⁶⁷ LUDWIG, Celso Luiz. Discurso e Direito. Texto Inédito. Apresentado no evento **Discurso e Direito**, em 05/08/2006. Universidade Federal do Paraná, p. 18: “É na ordem do dissenso que a filosofia transmoderna desenvolve argumentos que me parecem ausentes na ética do discurso. Em síntese, as principais idéias que articulam a *crítica material* e a *crítica formal*, momentos constitutivos mútuos de *dissensos legítimos*, podem ser compreendidos desde a dimensão da negatividade”.

⁶⁸ MENDIETA, Eduardo. “Política en la era de la globalización: crítica de la razón política de Enrique Dussel”. In: **Revista Crítica Jurídica**, p. 46. Trad. livre. No original: “antes del discurso, debe haber vida (*bios*), en el sentido de que las personas, como mínimo, necesitan tener aseguradas las condiciones de su supervivencia y preservación. Si estas condiciones no se satisfacen, entonces el discurso, tal y como ha sido concebido tanto por Apel como por Habermas, se convierte en una idealización vacía, en el mejor de los casos, o en un modo de disimular la carencia de las condiciones para el verdadero discurso [...] en el peor de los casos”.

não porque prevaleceu a argumentação mais pertinente, mas porque foi silenciada histórica, política, social, jurídica e ideologicamente a voz do outro, visto como não-ser.⁶⁹

Consciente da injustiça desta exclusão, Dussel identifica a necessidade de evitar-se a abstração do mundo da vida e de buscar-se um critério eminentemente *material* de fundamentação, fundado na lógica analética da alteridade e adequado à realidade própria das sociedades periféricas. É nesse sentido, enfim, que elabora uma *ética da libertação*, pensada na e para a *idade da globalização e da exclusão*.

O modelo ético da libertação diferencia-se de modelos éticos anteriores. A ética *aristotélica*, por exemplo, situa o direito inserido em uma ética de virtudes, dele exigindo o “bem” e a “justiça”. A ética *kantiana*, por sua vez, diferencia direito e ética prevalecendo, enfim, aquele sobre esta. A partir dos anos 60 surge um terceiro grande modelo, inserido no paradigma da linguagem, prezando por uma relação de complementaridade entre direito, ética e política.

A “ética da libertação” não se ocupa da reflexão sobre atos bons ou maus, mas orienta-se segundo uma *pretensão* de bondade, desde a constatação de que nenhum ato é nem pode ser inteiramente *bom*, na medida que produz, intencionalmente ou não, vítimas⁷⁰. Com esta constatação, apresenta *fundamentos* que se apresentam como *momentos* distintos, cada um, uma forma de verificação daquela pretensão de bondade ou de mediação para a produção, reprodução e desenvolvimento da *vida concreta de cada sujeito* em comunidade.

É uma ética da *vida* porque nesta encontra seu conteúdo, critérios e princípios. Vida humana entendida como o *modo de realidade do sujeito*, não enquanto um conceito abstrato mas partindo da constatação da *vulnerabilidade* que lhe é inerente. A *fragilidade* da condição humana, nesse sentido, impõe limites e fundamenta normativamente uma ordem, a partir de conteúdos “que vão desde a necessidade de alimentos, casa, segurança, liberdade, valores, identidade cultural e soberania até as mais sofisticadas manifestações culturais nas variadas formas civilizatórias”⁷¹. Sustenta-se, assim, o que Dussel chama de “princípio universal de toda ética” e principalmente das éticas críticas: *o princípio da*

⁶⁹ LUDWIG, Celso Luiz. **A Alternatividade Jurídica na Perspectiva da Libertação**op. 84.

⁷⁰ LUDWIG, Celso Luiz. A transformação jurídica na ótica da filosofia transmoderna: a legitimidade dos novos direitos. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, p. 34: “Não é possível prever todos os efeitos de um ato, o que torna impossível a tarefa de sua avaliação em termos de bondade ou maldade. Diante disso, a reflexão da Ética da Libertação ocupa-se das *condições universais* da constituição do ato [...]”.

⁷¹ LUDWIG, Celso Luiz. Da Ética à Filosofia Política Crítica na Transmodernidade: Reflexões desde a Filosofia de Enrique Dussel. FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.) **Repensando a Teoria do Estado**, p. 289.

*obrigação de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito ético em comunidade.*⁷²

A arquitetura elaborada por Dussel tem seis momentos, ou mediações, sendo os três primeiros constitutivos da ética fundamental, que *afirma*, e os três últimos componentes da ética crítica, que constata a *negação*. Buscando evitar a fuga ao tema proposto neste trabalho, são centrais os primeiros e quarto momentos identificados, respectivamente, com a afirmação material da vida e a crítica material. Tem-se ainda, nos segundo e quinto momentos, reflexão sobre as condições *formais* de validade, em que Dussel dialoga com Apel e Habermas, acabando por reformular enunciados da ética do discurso; e nos terceiro e sexto momentos, sobre a questão da *factibilidade*, quando se ocupa acerca da viabilidade da concretização, no mundo real, das ações deduzidas dos momentos material e formal.

1.2.3. Ética da libertação: o momento material

O primeiro momento consiste na busca de uma compreensão unitária do ser humano⁷³, definido em primeiro lugar na dimensão de sua corporalidade. Isto significa recuperar um sentido antropológico perdido pelo dualismo da racionalidade moderna, permitindo a *afirmação* da vida a partir de enunciados descritivos e juízos de fato, fundados em conteúdos e verdades necessárias para que a vida ou alguns de seus aspectos fundamentais seja possível. Trata-se, enfim, do *critério material universal de verdade prática*:

A *Ética da Libertação* justifica que se possam enunciar ‘juízos de fato’ em relação à vida ou morte do sujeito ético. Não nos referimos a juízos de fato da razão instrumental que procedem do cálculo meio-fim, *formais*, mas sim juízos referentes à produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana, materiais [...].⁷⁴

A passagem do critério ao princípio é o momento em que um enunciado descritivo ou um juízo de fato fundamenta um enunciado normativo; deixando de haver mera constatação de uma necessidade biológico-cultural do ser humano, para haver também uma exigência ética em relação ao seu cumprimento.

⁷² DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão*, p. 93.

⁷³ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão*, p. 105.

⁷⁴ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão*, p. 136.

É fundamental ressaltar que a formulação de um enunciado normativo a partir de um juízo de fato não caracteriza a *falácia naturalista*, definida exatamente como a impossibilidade desta dedução pela via lógico-analítica.

De acordo com Ludwig, “por certo, não é suficiente o argumento da dedução formal. A impossibilidade da ‘passagem’ foi fartamente demonstrada desde Hume, Kant, Kelsen, e outros. [...]. Porém, são necessários novos desdobramentos lógicos para o tema”⁷⁵. Nesse sentido argumenta-se que não há, aqui, *dedução formal* e sim uma fundamentação *dialética* através de *conteúdos materiais*.

Cita Dussel, nesse sentido, o próprio sistema avaliativo-afetivo do cérebro humano, que realiza “continuamente a ‘passagem’ de juízos de constatação, descritivos ou de fato (‘Isto é veneno’) para juízos de ‘dever-ser’ (‘Não devo comer isto’), como mediações necessárias e obrigatórias para o ‘ser’ vivente”⁷⁶. Exemplifica, em seguida:

Da mesma maneira, se falo: ‘tenho sede’, trata-se de um enunciado descritivo. O ser humano, como vivente, precisa beber líquidos potáveis para viver; se não conseguisse beber nenhum líquido, morreria. O sistema avaliativo cerebral, como sistema de alarme, julga a situação de ‘sede’ como de ‘perigo’ para a existência da vida, e enuncia: ‘Eu *devo* beber líquidos’ para sobreviver. [...] o enunciado descritivo vital humano se torna normativo: é um dever.⁷⁷

Portanto, a passagem do enunciado descritivo fundado numa necessidade biológico-cultural para o enunciado normativo que estabelece uma obrigação ética é dialética e tem fundamentação material. Vale transcrever o exemplo utilizado por Dussel para demonstrar como isto ocorre:

1. João está comendo; [...]
- 2a. João, que é um sujeito humano vivente, auto-responsável, está comendo;
- 2b. Para viver, é necessário comer.
- 2c. Se João deixasse de comer, morreria; suicidar-se-ia.
- 3a. Como auto-responsável por sua vida *não* deve deixar-se morrer, ou seria um suicida.
- 3b. João *deve* continuar comendo.⁷⁸

Entre o aspecto descritivo inicial e a formulação de uma obrigação ética são necessárias diversas considerações: João é identificado como sujeito humano, vivo, pertencente a uma comunidade, que come algo que *comprou, produziu, furtou* ou *roubou*.

⁷⁵ LUDWIG, Celso Luiz. Da Ética à Filosofia Política Crítica na Transmodernidade: Reflexões desde a Filosofia de Enrique Dussel. FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.) **Repensando a Teoria do Estado**, p. 291.

⁷⁶ DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão**, p. 106-107.

⁷⁷ *Idem*.

⁷⁸ DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão**, p. 136-142.

Até aqui, está tudo incluído no *juízo de fato* sobre a situação concreta. A passagem decisiva encontra-se na mudança do enunciado 2c para o 3a, restando claro que a obrigação ética formulada sustenta-se em um conteúdo *imposto* como necessidade concreta para que a vida seja factível; fundada, portanto, no princípio de produção, reprodução e desenvolvimento da vida concreta de cada sujeito em comunidade.

Este seria, nesse sentido, o enunciado do *princípio material universal*:

Aquele que atua eticamente *deve* (como obrigação) produzir, reproduzir e desenvolver auto-responsavelmente a vida concreta de cada sujeito *humano, numa comunidade de vida*, a partir de uma "vida boa" cultural e histórica (seu modo de conceber a felicidade, com uma certa referência aos valores e a uma maneira fundamental de compreender o ser como dever-ser, por isso também com *pretensão de retidão*) que se compartilha pulsional e solidariamente, tendo como referência última toda a humanidade, isto é, é um enunciado normativo com *pretensão de verdade prática* e, em além disso, com *pretensão de universalidade*.⁷⁹

Assim como este primeiro, os outros dois momentos da primeira etapa da ética da libertação buscam um sentido de *afirmação*. No segundo, denominado *momento formal*, busca-se um critério e um princípio que permitam tornar *formalmente válidos* os conteúdos materiais obtidos anteriormente; e no terceiro, chamado de *momento da factibilidade*, leva-se em conta a possibilidade ou impossibilidade da efetiva aplicação do conteúdo verdadeiro e válido.

1.2.4. Ética da libertação: o momento da crítica material.

Partindo da premissa de que a crítica só é possível com uma prévia afirmação, adentra-se a etapa da constatação da *negação* e da crítica material.

Dussel subsume e sistematiza o pensamento de grandes críticos da Modernidade⁸⁰, encontrando nestes fundamentos para a sustentação de que “da afirmação da vida pode-se fundamentar a não aceitação da impossibilidade de reproduzir a vida da vítima, donde se toca a fonte a partir da qual se pode (e se deve) exercer a crítica contra o sistema que é responsável por esta negatividade”⁸¹.

O *critério crítico* significa a constatação ou tomada de consciência, através de um *juízo descritivo*, de uma situação concreta na qual houve a negação da vida previamente

⁷⁹ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão*, p. 143.

⁸⁰ Em sua obra *Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão*, Dussel resgata, entre outros, o pensamento de Nietzsche, Schopenhauer, Horkheimer, Adorno, Marcuse, Walter Benjamim, e especialmente de Karl Marx, Sigmund Freud e Emmanuel Lévinas.

⁸¹ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão*, p. 373.

afirmada. Há, portanto, uma condição de possibilidade crítico-positiva que é o *reconhecimento*, anterior a qualquer crítica, do “outro vitimado” como sujeito autônomo, vivente humano, com direito à vida e à dignidade.

Por isso diz-se que o critério crítico é *negativo*, na medida que o ponto de partida não é mais a vida em sua *positividade* (vida afirmada) mas em sua *negatividade*⁸² (vida negada), na condição real de vítima causada por determinado sistema X. O critério neste momento é o próprio fato da *impossibilidade de reproduzir a vida*⁸³, já que, desde o princípio da obrigação de produção e reprodução da vida concreta de cada sujeito em comunidade, é *criticável* tudo o que não permitir viver⁸⁴; e negar a vida (ou aceitar a morte) torna-se impossível.

Este *reconhecimento* deve situar uma *responsabilidade* pelo outro, que equivale à passagem do critério ao princípio, trazendo, novamente, a fundamentação de um enunciado normativo a partir de outro descritivo. Da constatação da existência de uma vítima intencional ou não-intencional funda-se um *dever ético de crítica* ao sistema que a causa, passando-se, assim, do “não-poder-ser-vivente” ao “dever-ser-vivente”⁸⁵.

Nesse sentido configura-se o aspecto ético-crítico negativo da ética da libertação, conforme a seguinte premissa: “porque devo produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana em geral, há razão para reproduzir a vida negada da vítima de um sistema opressor. Trata-se da negação ética de uma negação empírica”⁸⁶. Desta forma, uma vez configurada a *responsabilidade* pela produção e reprodução da vida de *cada* sujeito em comunidade, tudo o que implique em aceitação da negação da vida torna-se eticamente inadmissível.

Nas palavras de Dussel sintetiza-se e organiza-se o pensamento:

Esta que está ali na miséria é uma vítima de um sistema X. [...].

Reconheço esta vítima como um ser humano com dignidade própria e *como outra* que o sistema X. [...].

Este reconhecimento me/nos situa como responsável/veis pela vítima diante do sistema X. [...].

⁸² LUDWIG, Celso Luiz. Da Ética à Filosofia Política Crítica na Transmodernidade: Reflexões desde a Filosofia de Enrique Dussel. FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.) **Repensando a Teoria do Estado**, p. 308-9.

⁸³ DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão**, p. 375.

⁸⁴ Sem ignorar ser impossível a existência de um sistema, uma norma ou um ato perfeitos em sua vigência, ou seja, sem vítimas, a crítica não se torna menos necessária. Pelo contrário, em verdade, o fato de haver vítimas em todo sistema é que torna a crítica absolutamente necessária, cf. DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão**, p. 373.

⁸⁵ DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão**, p. 378.

⁸⁶ DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão**, p. 379.

Eu tenho o *dever ético*, porque sou responsável por ela, de tomar a meu cargo esta vítima⁸⁷.

Desta forma, o princípio ético-crítico assim se apresenta:

Os que agem ético-criticamente re-conheceram a vítima como ser humano autônomo, como o Outro *como outro* que a norma, ato, instituição, sistema de eticidade, etc., ao qual se negou a possibilidade de viver (em sua totalidade ou em algum de seus momentos); de cujo re-conhecimento simultaneamente se descobre uma co-responsabilidade pelo outro como vítima, que *obriga* a tomá-la a cargo diante do sistema, e, em primeiro lugar, criticar o sistema (ou aspecto do sistema) que causa esta vitimação.⁸⁸

O princípio tem, portanto, primeiramente um aspecto negativo, que é a constatação da negação da vida; apresentando em seguida um aspecto positivo, configurado no dever de crítica que assume responsabilidade sobre o outro vitimado e *reafirma* a exigência de desenvolvimento de sua vida com dignidade. Por isto afirma-se, com Alessandro Baratta, que falar em *libertação* significa articular direitos humanos com as necessidades reais fundamentais do todo indivíduo, superando a dimensão da pura negação para constituir-se na *negação da negação*⁸⁹, enquanto resgate concreto da dignidade.

1.3. CONCLUSÃO: PARTINDO PARA A CRÍTICA DO SISTEMA PENAL

Considerando os critérios e princípios decorrentes dos momentos materiais de afirmação e crítica e alguns dos conceitos centrais da ética e da filosofia da libertação, delimita-se o objeto de reflexão sobre o qual não de ser aplicadas as categorias descritas: o sistema e a dogmática penal, e dentro desta, o juízo de reprovabilidade fundado na normalidade das circunstâncias de fato.

Se até aqui se colocou a *vida humana* como marco central e condicionante de uma postura ética da qual não se pode abrir mão, é preciso que se registre o *fato* evidente na periferia do capitalismo diretamente relacionado ao funcionamento dos sistemas penais, que é a *morte*.

Nesse sentido Zaffaroni define o discurso jurídico-penal como um discurso que se desarma e se deslegitima através do mais simples contato com a realidade:

⁸⁷ DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão**, p. 378-9.

⁸⁸ DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão**, p. 380.

⁸⁹ BARATTA, Alessandro. Notas para uma teoria de la liberación. In: **Revista Poder y Control**, p. 108. Prossegue o autor: “Ninguna tecnología del poder puede, a pesar de ello, frenar el proyecto de liberación. Su principal fuerza está en su propio contenido. [...]. Cuando son identificadas las necesidades reales con aquellas esenciales, es decir: el derecho a la vida, a una alimentación suficiente, a un trabajo digno, a la instrucción y a un futuro para los propios hijos, aquellos a quienes estos derechos les son negados no tienen otra opción real que la lucha para defenderlos”. (*Idem*, p. 111-112).

A percepção de determinados fatos notórios pode ser perturbada, mas não pode ser negada. [...]. Entre esses fatos, o mais notório, em nossa região marginal, e do qual pode derivar-se toda uma ética deslegitimante, é a *morte*. Trata-se de uma deslegitimação que está além dos limites teóricos porque atinge diretamente a consciência ética, não requerendo qualquer demonstração científica porque é ‘perceptível’: ninguém seria tolo a ponto de negar que os mortos estão mortos.⁹⁰

Ora, está a falar o jurista argentino de uma constatação empírica da negação da vida, pois é inegável que, de diversas e complexas maneiras, o exercício de poder dos sistemas penais causa *morte*. De acordo com o autor, da constatação da negação da vida pode-se fundar uma ética deslegitimante, e é a *consciência ética* que impede que os esforços de “invenção da realidade” realizados pelo saber jurídico e pelos meios de comunicação logrem total sucesso⁹¹, mediante o discurso fictício das funções *oficiais* do direito e dos sistemas penais. Trata-se de mecanismos negadores de suas funções *reais*, e que não são capazes de evitar a própria deslegitimação.

Em outras palavras, a constatação inequívoca de que *há vítimas* causadas direta e indiretamente pelo poder punitivo fundamenta a obrigação de crítica, pois o fato *morte* afronta a consciência ética.

A desmistificação das premissas da criminologia tradicional e a releitura dos fenômenos do *crime* e da *violência* desde o discurso crítico criminológico constituem autêntico exercício do *princípio ético crítico* enunciado na ética da libertação, sendo imprescindíveis à abordagem pretendida do conceito de *culpabilidade* e, por isso, tema abordado a seguir.

2. O CRIME NAS SOCIEDADES PERIFÉRICAS E O DISCURSO CRÍTICO CRIMINOLÓGICO

2.1. INTRODUÇÃO: A Deslegitimação do Sistema Penal

⁹⁰ ZAFFARONI, Eugenio R. *Em busca das penas perdidas*, p. 38.

⁹¹ *Idem*.

Enquanto “setor do ordenamento jurídico que define crimes, comina penas e prevê medidas de segurança aplicáveis aos autores das condutas incriminadas”⁹², o Direito Penal apresenta, conforme lição de Cirino dos Santos, objetivos *declarados* através do discurso oficial da teoria jurídica da pena e objetivos *reais*, identificados pelo discurso crítico criminológico⁹³.

Por discurso jurídico *oficial* se entendem as teorias que buscam legitimar a pena, limitando-se a considerar em sua análise a fonte *formal* do direito, que é a lei, gerando uma falsa aparência de neutralidade do sistema de justiça criminal.⁹⁴ O discurso crítico da criminologia, por outro lado, funda-se na mudança do *objeto* da análise para a fonte *material* do Direito, ou seja, o modo e as relações de produção vigentes na sociedade.

Daí torna-se possível identificar o direito penal como “instituição de garantia e de reprodução da estrutura de classes da sociedade, da desigualdade entre as classes sociais, da exploração e da opressão das classes sociais subalternas pelas classes sociais hegemônicas nas sociedades contemporâneas”⁹⁵; enfim, como instrumento de controle sobre os excluídos, cujo sistema operacional funciona em constante contradição frente à própria dogmática penal, as garantias processuais e o discurso jurídico-penal *oficial*.⁹⁶

Ao distinguir direito penal e sistema penal, Batista inclui no conceito deste último a definição de *direito penal* mas também os órgãos responsáveis pela *institucionalização* do controle, incluindo as ações por estes exercidas que muitas vezes contrariam o que determina a lei⁹⁷.

A atual deslegitimação e descrédito do sistema e do discurso jurídico-penal provêm, nesse sentido, de sua falsidade e desconexão perante a realidade, que são, por sua vez, efeitos de uma relação de classe inerente à sua operacionalidade:

⁹² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**, p. 3.

⁹³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 4.

⁹⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 7.

⁹⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 8.

⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**, p. 13: “É bastante claro que, enquanto o discurso jurídico-penal racionaliza cada vez menos – por esgotamento de seu arsenal de ficções gastas –, os órgãos do sistema penal exercem seu poder para controlar um marco social cujo signo é a morte em massa”.

⁹⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 24-25. Também nesse sentido ZAFFARONI e PIERANGIELI: “Em um sentido mais amplo, entendido o sistema penal – tal como o temos afirmado – como ‘controle social punitivo institucionalizado’, nele se incluem ações controladoras e repressoras que aparentemente nada têm a ver com o sistema penal”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGIELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, p. 69).

A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias *não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais*.⁹⁸

A identificação dos objetivos reais da punição desvela a falsidade dos objetivos declarados, situação agravada com o processo de globalização neoliberal, em que o exercício do poder muitas vezes acontece de forma extremamente violenta e à margem da legalidade⁹⁹, tanto na forma da *repressão seletiva*¹⁰⁰ da criminalidade, mediante o aparato punitivo disciplinador e suas agências executivas, como na função de *produção e reprodução* de uma realidade:

não só as normas do direito penal se formam e se aplicam seletivamente, refletindo as relações de desigualdade existentes, mas o direito penal exerce, também, uma função ativa, de reprodução e de produção, com respeito às relações de desigualdade. Em primeiro lugar, a aplicação seletiva das sanções penais estigmatizantes, e especialmente o cárcere, é um momento superestrutural essencial para a manutenção da escala vertical da sociedade. Incidindo negativamente sobretudo no *status* social dos indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais baixos, ela age de modo a impedir sua ascensão social. Em segundo lugar; e esta é uma das funções simbólicas da pena, a punição de certos comportamentos ilegais serve para cobrir um número mais amplo de comportamentos ilegais, que permanecem imunes ao processo de criminalização.¹⁰¹

Nesta esteira, é necessário esclarecer quais são as concepções de *crime e violência* adotadas, a partir do discurso crítico criminológico e da deslegitimação teórica dos modelos criminológicos tradicionais. Se a criminologia positivista e etiológica caracteriza-se, conforme Salo de Carvalho, “pela negação da alteridade, pela supressão do outro, pelo não-reconhecimento da diversidade”¹⁰², pode-se posicionar a criminologia crítica como autêntico exercício do *princípio ético crítico* decorrente da *ética da libertação*.

Reconhecendo o papel fundamental da criminologia tradicional na construção e legitimação do sistema penal, sendo ela fator central na produção maciça de vítimas por este causadas, a crítica e a identificação dos objetivos *reais* do controle social punitivo

⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**, p. 15-27: A seletividade estrutural é, segundo o autor, a “mais elementar demonstração da falsidade da legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal”.

⁹⁹ Por exemplo, quando se violam garantias processuais na duração exacerbada de processos sem sentença, quando a fixação de penas obedece a juízos subjetivos “de adivinhação” do juiz quanto à personalidade do réu, quando a Polícia atua de forma violenta sem amparo na lei, e assim por diante.

¹⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**, p. 40: “Em razão da seletividade letal do sistema penal e da conseqüente impunidade das pessoas que não lhe são vulneráveis, deve admitir-se que seu exercício de poder dirige-se à contenção de grupos bem determinados e não à ‘repressão do delito’”.

¹⁰¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**, p. 166.

¹⁰² CARVALHO, Salo de. Criminologia e transdisciplinariedade. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 322.

tornam-se uma *necessidade* prévia ao debate acerca da abertura do juízo de reprovabilidade para as condições sociais adversas na dogmática penal contemporânea.

2.2. CRIMINOLOGIA: Tradicional e Crítica

O pressuposto central dos modelos explicativos da violência vinculados à criminologia tradicional e conservadora é sua crença em uma relação de causalidade entre o cometimento de um crime e características constitutivas do indivíduo ou fatores relacionados ao ambiente, cumprindo o papel ideológico de afirmação de uma violência *individual*, intrínseca à natureza do indivíduo, sem considerar a “realidade violenta e irracional da ordem social e o significado de dominação de classe das práticas de controle”¹⁰³.

A tendência determinista deste pensamento decorre do positivismo criminológico, antecedido historicamente, porém, pela Escola Clássica, que agrupou o conjunto das teorias sobre o Direito Penal e os fins da pena produzidos na Europa a partir do Iluminismo, sob inspiração do contexto de transição da ordem feudal à capitalista¹⁰⁴.

Neste período, construiu-se o saber penal em torno à crença no *livre arbítrio* enquanto fundamento da responsabilidade penal. No que tange às concepções de *crime* e *criminoso*, a Escola Clássica não partia de premissas deterministas; em outro sentido, na verdade, tinha na liberdade de vontade seu pressuposto central, e o delito “surgia da livre vontade do indivíduo, não de causas patológicas, e por isso, do ponto de vista da liberdade e da responsabilidade moral pelas próprias ações, o delinqüente não era diferente, segundo a Escola Clássica, do indivíduo normal”¹⁰⁵.

Portanto, a identificação de sujeitos *criminosos*, diferentes de outros, *normais*, é própria da criminologia positivista e etiológica¹⁰⁶, que se contrapõe ao classicismo mediante a negação do livre arbítrio, substituído por um rigoroso determinismo biológico. Nesse sentido, por exemplo, a obra “*L’uomo delinquente*”, de Cesare Lombroso, que apresenta a tese do “criminoso nato”:

¹⁰³ CIRINO DOS SANTOS, Juez. *As raízes do crime*, p. 2-4.

¹⁰⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*, p. 45-46.

¹⁰⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, p. 31.

¹⁰⁶ BARATTA, Alessandro. Che cosa è la criminologia critica?. In: *Dei delitti e delle Pene*, p. 53: “La criminologia tradizionale definisce se stessa come una scienza delle cause della criminalità e delle condizioni (biopsichiche e sociali) che fanno dell ‘uomo delinquente’ un individuo *diverso* rispetto ai cittadini rispettosi della legge. Essa dunque è legata al ‘paradigma eziologico’.”

Partindo do determinismo orgânico (anatômico-fisiológico) e psíquico do crime, Lombroso, valendo-se do método de investigação e análise próprio das Ciências Naturais (investigação e experimentação) procurou [...] individualizar nos criminosos e doentes apenas anomalias sobretudo anatômicas e fisiológicas [...] que denunciavam, a seu ver, o tipo antropológico delinqüente, uma espécie à parte do gênero humano, predestinada, por seu tipo, a cometer crimes.¹⁰⁷

Desta forma, a criminologia positivista adotou o *criminoso* como objeto de estudo concentrando-se não no fato crime mas na subjetividade do autor da ação delitiva, reduzindo a criminologia à “explicação causal do comportamento criminoso”¹⁰⁸. A partir de visão acrítica, tomou o direito penal positivo como único marco definidor da criminalidade¹⁰⁹.

O discurso crítico criminológico surge a partir da mudança do objeto de estudo e do próprio método de estudo do objeto, conforme Juarez Cirino dos Santos:

o *objeto* de estudo é deslocado do *criminoso* e da *criminalidade*, como dados ontológicos preexistentes, para o *processo de criminalização* de sujeitos e fatos, como realidades construídas pelo sistema de controle social, capaz de mostrar o crime como qualidade *atribuída* a comportamentos ou pessoas pelo sistema de justiça criminal, [...]¹¹⁰

Portanto, as maiores “chances” de criminalização estão nos estratos mais pobres da população, vitimados pela posição precária no mercado de trabalho e por dificuldades de socialização. Mas enquanto estes fatores são tomados como *causas* da criminalidade na criminologia tradicional, agora eles serão considerados a base sobre a qual o status de criminoso é atribuído¹¹¹. Coerentemente, a partir da constatação dos objetivos *reais* do

¹⁰⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**, p. 64.

¹⁰⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**, p. 43.

¹⁰⁹ CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**, p. 2-5: “A Escola Positivista separa o sujeito cognoscente do objeto cognoscível, quer dizer: há um mundo físico que está fora do observador. Existe, pois, uma distância entre o sujeito cognoscente e o mundo físico, objeto do conhecimento. [...]. Como consequência, para o positivismo é possível que o conhecimento seja objetivo. Isto quer dizer que toma como certo que o aparato cognoscente não influi absolutamente sobre nada que está fora do observador. [...]. Porquanto considera a realidade como algo que existe e se pode conhecer, o positivismo aceita a realidade oficial como se esta fosse a única realidade. [...]. Por isso é característica do criminólogo positivista estudar a delinqüência a partir das definições legais, que são a realidade oficial. [...]. Vemos pois como a criminologia positivista estuda o delinqüente e não a lei penal e, portanto, tenta modificar o delinqüente e não a lei penal”.

¹¹⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 694. Também BARATTA, nesse sentido: “Si è tenuto conto, in effetti, che ‘devianza’ e ‘criminalità’ non sono qualità ontologiche o ‘naturali’ di comportamenti e persone, ma piuttosto qualità che sono loro attribuite attraverso processi di definizione e di reazione sociale, informali ed istituzionali”, em: BARATTA, Alessandro. Che cosa è la criminologia critica?. In: **Dei delitti e delle Pene**, p. 53.

¹¹¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**, p. 165.

controle punitivo, que causam morte e sofrimento em massa, reúne-se o que se pode chamar *impulso desestruturador*¹¹² ou conjunto das *fontes teóricas da deslegitimação*¹¹³.

Trata-se do vasto conjunto de contribuições críticas, a partir de diversas perspectivas, aos fundamentos ideológicos do sistema penal, à prisão e à criminologia positivista.

Pode-se reunir nesse sentido, segundo Vera Andrade¹¹⁴, as desconstruções marxistas; a obra de Michel Foucault¹¹⁵; a criminologia da reação social; a proposta abolicionista e a criminologia feminista.

O enfoque deve ser delimitado restringindo-se às idéias centrais que esclarecem os objetivos reais do controle punitivo institucionalizado, redefinem os conceitos de crime e criminoso e apresentam uma releitura do problema da violência na sociedade contemporânea, superando sua dimensão meramente *individual*.

Parte-se, primeiramente, da constatação de que a definição legal de crime está ligada à ideologia de neutralidade do Direito¹¹⁶ e oculta a natureza *classista* do sistema de controle social, próprio de um modo de produção fundado na propriedade privada e no lucro. A Criminologia Radical nega o mito do direito penal igualitário e demonstra que a proteção geral de bens e interesses é, na verdade, proteção *parcial*, que privilegia interesses das classes dominantes¹¹⁷. Ao adotar por objeto de estudo as relações entre o controle do crime e o modo de produção, define a relação entre *cárcere* e *fábrica* como a “matriz histórica da sociedade capitalista”¹¹⁸.

Segundo a teoria da *reação social*, também denominada da *rotulação*, da *estigmatização*, do *etiquetamento* ou *labelling approach*¹¹⁹, transformam-se em *normas*

¹¹² Termo utilizado por COHEN e citado em: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**, p. 183 e seguintes.

¹¹³ Conforme definição em ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**, p. 45-69.

¹¹⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**, p. 183.

¹¹⁵ Ver, nesse sentido: FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 1977.

¹¹⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**, p. 35.

¹¹⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**, p. 46.

¹¹⁸ *Idem*. Sobre a relação histórica existente entre cárcere e fábrica, ou seja, entre as instituições de controle punitivo e o modo de produção, ver obra clássica sobre o assunto: RUSCHE, Georg, KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução: Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

¹¹⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**, p. 161: “O horizonte de pesquisa dentro do qual o *labelling approach* se situa é, em grande medida, dominado por duas correntes da sociologia americana, estreitamente ligadas entre si. [...]. Segundo o interacionismo simbólico, a sociedade – ou seja, a realidade social – é constituída por uma infinidade de interações concretas entre os indivíduos, aos quais um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a

sociais aqueles comportamentos aprovados e compartilhados pela maioria da população¹²⁰, sendo *desviada* aquela conduta que se distancia das expectativas ou foge da média estatística. Nesse sentido, todas as pessoas são desviadas, de forma mais ou menos acentuada, e à *resposta* da coletividade a este desvio é que se denomina *reação social*¹²¹, que pode ser de tolerância, aprovação ou desaprovação: no último caso, são postos em prática os mecanismos de controle social, no intuito de prevenir e reprimir o desvio.

Desta forma, o processo de criminalização passa por três direções¹²²: seleção das condutas a serem consideradas delitivas; seleção dos indivíduos, dentre os que praticaram determinada conduta considerada delitiva, a serem efetivamente criminalizados; e por fim a internalização, por parte do indivíduo criminalizado, do seu papel *desviante*, aceitando a *etiqueta negativa*¹²³ de criminoso, o que provoca a reincidência e a transformação da própria vida em uma “carreira criminosa”.

Desde este ponto de vista, aliado à constatação de que apenas uma pequena parcela das condutas consideradas “desviadas” é também *delitiva*, conclui-se que funcionam mecanismos fundamentalmente *seletivos* de qualificação deste e daquele comportamento, comprovando a tese da *relatividade do delito*, apresentada, ao lado das *cifras negras e douradas* da criminalidade, como os *fantasmas da criminologia tradicional*:

Quando falarmos nos mecanismos de criação das normas penais, veremos que não há uma natureza própria do delitivo, mas que o delitivo é imposto de cima pela pessoa ou grupo que tem mais poder; que isso depende da posição de poder e que esta posição de poder determinará que os interesses, as

estender-se através da linguagem. Também segundo a etnometodologia, a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer sobre o plano objetivo, mas o produto de uma ‘construção social’, obtida graças a um processo de definição e de tipificação por parte de indivíduos e de grupos diversos”.

¹²⁰ CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**, p. 11: “A validade destas normas sociais não depende nem de que elas sejam justas, nem de que sejam inteligentes, nem de que sejam racionais. A sua validade depende do fato de que significam um *padrão* de juízo, ou o que é o mesmo, expectativas da média da população”.

¹²¹ CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**, p.14.

¹²² CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**, p.103. Na perspectiva da criminologia crítica, BARATTA fala em uma *dupla seleção*: “em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas” (BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**, p. 161).

¹²³ CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**, p.103-104: Segundo a teoria do etiquetamento, há um processo de rotulação no qual atribui-se aos indivíduos “etiquetas sociais” que podem ser positivas ou negativas, induzindo comportamentos, criando expectativas e produzindo grupos subculturais. Partindo da premissa de que cada “pessoa percebe a si mesma como sente que os outros a vêem”, define-se, a partir de conceito de William Payne, as *etiquetas negativas* como “corredores que induzem e iniciam uma carreira desviante e como prisões que constroem a uma pessoa dentro do papel desviante”.

crenças e a cultura dos que usufruem essa posição de predomínio, definam o que é delitivo em uma sociedade.¹²⁴

Assim, não há comportamentos maus em si mesmos nem tampouco indivíduos delinquentes em sua essência, como quer fazer crer a criminologia tradicional, porque, em outro sentido, o delito “é uma entidade variável no tempo e no espaço”¹²⁵, qualidade atribuída a determinados comportamentos como resultado das relações de poder na sociedade:

A concepção de crime como produto de *normas* (criação do crime) e de *poder* (aplicação de normas) define a lei e o processo de criminalização como ‘causas’ do crime, rompendo o esquema teórico do positivismo e dirigindo o foco para a relação entre *estigmatização criminal* e formação de *carreiras criminosas*.¹²⁶

Vale registrar a diferenciação entre criminalidade *legal* como aquela registrada nas estatísticas oficiais; criminalidade *aparente* como aquela que chega ao conhecimento das agências de controle social; e criminalidade *real* enquanto o total de delitos cometidos, denominando-se por *cifra negra* ou *oculta* a enorme diferença entre a criminalidade real e a aparente¹²⁷. Desta forma, apenas uma ínfima parcela dos delitos cometidos em qualquer organização social é “conhecida” e processada, funcionando nesse sentido filtros e mecanismos de seleção dos comportamentos e dos segmentos sociais mais vulneráveis a criminalização:

Há uma enorme disparidade entre o número de situações em que o sistema é chamado a intervir e aquelas em que este tem possibilidades de intervir e efetivamente intervém. O sistema de justiça penal está integralmente dedicado a administrar uma reduzidíssima porcentagem das infrações, seguramente inferior a 10%. Esta seletividade depende da própria estrutura do sistema, isto é, da discrepância entre os programas de ação previstos nas leis penais e as possibilidades reais de intervenção do sistema.¹²⁸

Reconhecida sua importância na contestação dos pressupostos da criminologia tradicional, critica-se, no entanto, a criminologia da reação social no que tange à *insuficiência* de sua teoria para esclarecer a importância das *relações de poder* como

¹²⁴ CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**, p.15.

¹²⁵ CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**, p.63.

¹²⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**, p. 20.

¹²⁷ CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**, p. 67-68. Registra-se ainda o conceito de *cifra dourada* para discorrer sobre os crimes “de colarinho branco”, cometidos por membros de setores detentores de poder.

¹²⁸ BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. In: **Fascículos de Ciências Penais**, p. 49.

matrizes do etiquetamento e da rotulação, fator fundamental para considerá-la uma criminologia efetivamente crítica. Há o risco de, ignorando-se o excessivo grau de abstração frente à estrutura econômica e as relações de produção, negando a criminalidade como um fato natural e considerando-a como “resultado de definições”, se distanciar a interpretação desta com a realidade estrutural e a complexidade de suas relações sociais, políticas e econômicas¹²⁹.

Posto isto, define-se por *criminologia crítica* aquela que recupera “a análise das condições objetivas, estruturais e funcionais que originam, na sociedade capitalista, os fenômenos de desvio, interpretando-os separadamente conforme se tratem de condutas das classes subalternas ou condutas das classes dominantes”¹³⁰.

A *criminologia radical*, especialmente, adota a teoria marxista (por ser “essencialmente radical, no sentido de tomar as coisas pela raiz”) para focar a “ligação oculta entre controle do crime e relações de produção”¹³¹, negando o mito do direito penal igualitário e demonstrando que os objetivos reais do sistema de controle social são a disciplina da força de trabalho e a reprodução da ordem social capitalista.

A criminologia “do autor”, que pressupõe sujeitos anormais e o crime como “realidade ontológica pré-constituída ao sistema de controle social”, é assim superada pela criminologia “das condições objetivas da existência do indivíduo-autor”, que estuda “sujeitos e coletividades como produtos do ‘conjunto das relações sociais’”¹³².

Desde esta perspectiva, Cirino dos Santos apresenta um conceito *proletário* de crime que se harmoniza ao *princípio da obrigação de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito ético em comunidade*¹³³:

O direito à *segurança pessoal* em relação à vida, à integridade, à saúde, à liberdade, etc., e o direito à *igualdade real*, econômica, racial e sexual, são direitos básicos, porque a violação destes direitos *elimina* ou *limita* as possibilidades concretas de realização pessoal das vítimas, em qualquer esfera da vida. A violação desses direitos por indivíduos, empresas, instituições, relações sociais capitalistas ou imperialistas constitui crime, porque nega o direito à vida, à saúde, à liberdade e à dignidade de centenas de milhões de seres humanos; [...].¹³⁴

¹²⁹ BARATTA, Alessandro. Che cosa è la criminologia critica?. In: **Dei delitti e delle Pene**, p. 56: “L’affermazione secondo cui la criminalità non è un fatto naturale bensì il risultato di definizioni, implica che tali situazioni possano considerarsi come non aventi alcuna relazione con la ‘realtà’.”

¹³⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**, p. 217.

¹³¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**, p. 40-41.

¹³² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **As raízes do crime**, p. 59.

¹³³ DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão**, p. 93.

¹³⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**, p. 50.

O autor inclui no conceito de crime, assim, a *criminalidade estrutural absoluta das classes dominantes*, enquanto sua definição legal, em outro sentido, pune apenas a criminalidade individual. Conclui que nenhuma das conseqüências que representam a violação de direitos básicos “pode ser autorizada pela garantia legal do direito de propriedade”¹³⁵, pois “são criminosos (e criminógenos) os sistemas sociais que produzem, através de suas estruturas econômicas e instituições jurídicas e políticas do Estado, as condições necessárias e suficientes para a existência do comportamento criminoso”¹³⁶.

2.3. A VIOLÊNCIA E O CRIME NAS SOCIEDADES PERIFÉRICAS

Segundo definição de Baratta, o ser humano é um portador de *necessidades reais*, conceituadas como “as potencialidades de existência e qualidade de vida das pessoas, dos grupos e dos povos que correspondem a um determinado grau de desenvolvimento da capacidade de produção material e cultural numa formação econômico-social”¹³⁷.

A discrepância entre a expectativa de atendimento destas necessidades e a realidade, ou seja, entre as condições potenciais da vida e as condições atuais¹³⁸, depende, sob perspectiva marxista, da contradição entre o desenvolvimento das forças produtivas e as relações de propriedade e poder vigentes na sociedade. Trata-se, portanto, de um efeito da *injustiça social*, considerada sinônimo de *violência estrutural*.

Por *violência estrutural*, entende-se a “repressão das necessidades reais e portanto dos direitos humanos no seu conteúdo histórico-social. [...]; é a forma geral da violência em cujo contexto costuma originar-se, direta ou indiretamente, todas as outras formas de violência”¹³⁹.

Não há como se falar em violência e criminalidade nas sociedades periféricas, comunidades vitimadas pelas relações de mercado decorrentes da atual ordem econômica mundial, sem ater-se a sua realidade de miséria e precário atendimento às “necessidades reais” da população.

¹³⁵ *Idem*.

¹³⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**, p. 51.

¹³⁷ BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. In: **Fascículos de Ciências Penais**, p. 46.

¹³⁸ Conforme descreve o sociólogo John Galtung, citado por Baratta no mesmo trabalho.

¹³⁹ BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. In: **Fascículos de Ciências Penais**, p. 47.

O conceito de *marginalidade* remete ao *modo de inserção* nas estruturas de produção¹⁴⁰, apresentando-se como um processo cumulativo onde “nível de informação, liderança e participação social decrescem na medida em que a posição socioeconômica for mais excludente”¹⁴¹. Vinculada à fraca potencialidade da economia de mercado em absorver mão-de-obra, a marginalização pelo desemprego se revela não apenas um mero desajuste mas conseqüência necessária da lógica do processo de acumulação capitalista¹⁴².

O conceito de *marginalidade*, portanto, diz respeito ao *papel* desempenhado pelos sujeitos na sociedade, podendo ser analisado sob diferentes escopos; importa, aqui, registrar sua vinculação com a *pobreza* e a *miséria*, realidade flagrante nas sociedades da periferia do capitalismo.

Pobreza, para Dussel, é “impossibilidade de produção, reprodução ou desenvolvimento da vida humana; é a falta de cumprimento das necessidades”¹⁴³; o que remete ao conceito de *violência estrutural* como repressão das necessidades reais do indivíduo. Segundo Milton Santos já houve, nos países subdesenvolvidos, três tipos de pobreza¹⁴⁴: a) a pobreza *incluída*, enquanto uma pobreza acidental, “produzida em certos momentos do ano, uma pobreza intersticial e, sobretudo, sem vasos comunicantes”; b) a *marginalidade*, “produzida pelo processo econômico da divisão do trabalho, internacional ou interna”; e c) a *pobreza estrutural*, hoje predominante, que não é mais local nem mesmo nacional, mas globalizada, conseqüência de uma “produção globalizada da pobreza”.

Para o autor, nos tempos atuais, esta pobreza estrutural globalizada é resultante de um tipo de ação *deliberada*:

Examinado o processo pelo qual o desemprego é gerado e a remuneração do emprego se torna cada vez pior, ao mesmo tempo em que o poder público se retira das tarefas de proteção social, é lícito considerar que a atual divisão ‘administrativa’ do trabalho e a ausência deliberada do Estado de sua missão social de regulação estejam contribuindo para uma produção científica, globalizada e voluntária da pobreza.¹⁴⁵

¹⁴⁰ KOWARICK, Lucio. **Capitalismo e marginalidade na América Latina**, p. 19.

¹⁴¹ KOWARICK, Lucio. **Capitalismo e marginalidade na América Latina**, p. 32.

¹⁴² KOWARICK, Lucio. **Capitalismo e marginalidade na América Latina**, p. 34.

¹⁴³ DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão**, p. 322.

¹⁴⁴ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**, p. 69-74

¹⁴⁵ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**, p. 72.

Complementa, ainda, que agora os pobres não são nem incluídos nem marginalizados, mas simplesmente excluídos, acompanhados de um discurso que pretende transformar a produção maciça da pobreza em um *fenômeno banal*:

Uma das grandes diferenças do ponto de vista ético é que a pobreza de agora surge, impõe-se e explica-se como algo natural e inevitável. Mas é uma pobreza produzida politicamente pelas empresas e instituições globais. [...]. E isso se dá com a participação passiva ou ativa dos governos nacionais.¹⁴⁶

Vige intensamente, enfim, a *violência estrutural* que tolhe direitos e priva seres humanos de suas necessidades reais, gerando, direta e indiretamente, outras modalidades de violência¹⁴⁷.

Nesse sentido, Cirino dos Santos discorre sobre variadas formas de manifestação de violência nas relações internacionais (traduzidas nas relações de dependência entre áreas desenvolvidas e periféricas), na América Latina e no Brasil, diferenciando violência *estrutural* como aquela decorrente das relações capitalistas de produção e violência *institucional* como a violência do aparelho de Estado, produzida por seus órgãos de controle social e pelo próprio sistema legal¹⁴⁸.

No entanto, os conceitos de violência *estrutural* e *institucional* não devem ser compreendidos separadamente, pois são dimensões de um mesmo fenômeno. Ambas constituem a *violência primária*, que

explica a violência pessoal (secundária e condicionada), como reações individuais de sujeitos obrigados a viver em condições sociais adversas, respondendo, irracionalmente, às frustrações e fúrias contidas ao longo da experiência de vidas penosas, que os castiga e violenta permanentemente, antes e independentemente da comissão de quaisquer ações definidas pelo poder político como crime.¹⁴⁹

¹⁴⁶ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**, p. 73.

¹⁴⁷ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**, p. 55: “dentre as violências de que se fala, a maior parte é sobretudo formada de violências funcionais derivadas, enquanto a atenção é menos voltada para o que preferimos chamar de violência estrutural, que está na base da produção das outras e constitui a violência central original”.

¹⁴⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **As raízes do crime**, p. 96-98: “A violência institucional, portanto, é a forma superestrutural da violência do bloco de classes dominantes, organizado em Estado (organização do poder político) que controla (disciplina coativa) as relações sociais conforme suas necessidades e interesses de classes dominantes, o que significa que a violência institucional está indissolúvelmente ligada às relações de classe (ou bloco de classes), nos processos sociais de produção material, em que se articulam as relações sociais de produção, no tecido estrutural da sociedade.”

¹⁴⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **As raízes do crime**, p. 70.

A violência individual, considerada o único parâmetro de análise da criminalidade pela criminologia tradicional, é para a criminologia crítica posta como violência condicionada por uma violência *anterior*.

Há uma ressalva imprescindível a ser feita acerca da possível e equivocada interpretação de que a “pobreza e a miséria seriam a causa da criminalidade”, existindo entre os fenômenos uma relação de *causalidade*. Tal visão é *relegitimante* (ao invés de deslegitimante) do sistema penal, pois não só assume uma concepção ontológica do delito e da criminalidade como supõe que em uma hipotética sociedade sem pobreza os delitos decorreriam do livre arbítrio do autor¹⁵⁰, justificando, novamente, o controle social por meio da punição.

No mesmo sentido, não se pode dizer que o “desvio criminal” se concentre efetivamente nos extratos mais carentes da sociedade, pois restou demonstrado tanto que o comportamento criminoso pode ser encontrado distribuído por todos os grupos sociais como que a criminalidade própria das classes dominantes é de todas a mais grave e lesiva à coletividade.

O que ocorre é a atuação do direito penal sobre os extratos mais frágeis e vulneráveis da sociedade mediante processos de criminalização, *selecionando* comportamentos individuais como objeto de punição e *ignorando* a violência primária, estrutural e institucional, como anterior às modalidades de violência individual:

o sistema das imunidades e da criminalização seletiva incide em medida correspondente sobre o estado das relações de poder entre as classes, de modo a oferecer um salvo-conduto mais ou menos amplo para as práticas ilegais dos grupos dominantes, no ataque aos interesses e aos direitos das classes subalternas, ou de nações mais fracas¹⁵¹

Desta forma, o sistema penal *produz vítimas*, de forma *direta e intencional*, quando criminaliza, estigmatiza e pune um indivíduo acusado de um crime, desprezando, por um lado, os fatores condicionantes de seu comportamento ligados à violência primária que o priva de suas necessidades reais; mas pressupondo, por outro, uma “personalidade voltada para o crime”, no intuito de justificar a pena. O sistema penal produz vítimas, ainda, de forma *indireta e não-intencional*, por conta da destruição de núcleos familiares e laços comunitários; do processo brutal e destrutivo desencadeado pela pena de prisão; da retirada

¹⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**, p. 51.

¹⁵¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**, p. 198-199.

do lar de filhos ou pais de família que, mesmo através de empregos precários, contribuam decisivamente para o sustento dos filhos, e assim por diante.

Apesar de muitas vezes a própria missão do Direito Penal ser apresentada como a *proteção da convivência humana em comunidade*¹⁵², não há critérios possíveis para medição do sofrimento e da *violação do princípio de produção e reprodução da vida concreta de cada sujeito em comunidade* por ele produzidos. A condição de vítima da pobreza criminalizada é, assim, empiricamente constatável, denunciada e explicada pela criminologia crítica.

Sem ignorar a realidade, mas em sentido contrário, na verdade, dela partindo para se buscar alternativas, adota-se a perspectiva que tem na dogmática penal uma possibilidade concreta de freio ou redução do poder punitivo.

O conceito de *bem jurídico* e o *princípio da culpabilidade* são fundamentais neste sentido; pois a fundamentação da reprovação no *princípio da alteridade*¹⁵³ e a concepção de culpabilidade enquanto juízo de reprovabilidade fundado na *normalidade* das circunstâncias em que foi cometido o tipo de injusto permitem a possibilidade concreta de abertura do conceito a fim de incorporar o princípio ético crítico pautado na defesa da vida, a partir das *necessidades reais* do ser humano.

3. CULPABILIDADE, EXCULPAÇÃO E A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO ÉTICO CRÍTICO NO JUÍZO DE REPROVABILIDADE

3.1. O CONCEITO DE BEM JURÍDICO E O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE COMO LIMITAÇÃO AO PODER DE PUNIR

¹⁵² JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**: parte general, p. 1: “La misión del Derecho penal es la *protección de la convivencia humana en la comunidad*”.

¹⁵³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 284-285.

Apresentados os fundamentos da ética da libertação e os parâmetros decorrentes da criminologia crítica para a interpretação do crime e da violência na sociedade capitalista contemporânea; o que permite compreender a ação de pobres e miseráveis para além da violência individual mas como parte de um processo de exclusão e criminalização em que eles são as principais vítimas; passa-se a buscar, na dogmática penal, possibilidades de *luta* pela limitação do poder punitivo enquanto a manutenção deste for inevitável como *fato de poder*¹⁵⁴.

Poder-se-ia perguntar, com ceticismo, de que vale debater categorias da teoria do delito se o sistema penal, afinal, não necessariamente atua conforme seu discurso oficial, visto que são seus objetivos reais – a manutenção e a reprodução da desigualdade inerente ao modo de produção capitalista – e não seus objetivos manifestos que, na prática cotidiana, condicionam seu funcionamento. Em outras palavras, qual seria a justificativa de buscar a abertura do juízo de reprovabilidade para a realidade de miséria das sociedades periféricas se a *pena* se mantém e se manterá de qualquer forma, porque necessária à manutenção do *status quo*?

Para Zaffaroni, “a função do jurista não é legitimar as penas com nenhuma teoria (todas são falsas), mas estabelecer os graus de irracionalidade do poder punitivo e pôr em jogo seu poder jurídico”¹⁵⁵. Para tanto, coloca Juarez Cirino dos Santos a necessidade de se adotar, sem ignorar todas as limitações e críticas, o conceito de *bem jurídico* como critério de criminalização e objeto de proteção, e a *culpabilidade* como limitação do poder de punir, atribuindo ao Direito Penal o papel de garantia política do cidadão no Estado Democrático de Direito¹⁵⁶.

Bem jurídico é “a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegido pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam”¹⁵⁷. Segundo Assis Toledo, “são valores ético sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam

¹⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**, p. 195-196: “por maior que seja a deslegitimação discursiva, *os fatos de poder não desaparecem com os escritos dos juristas, uma vez que não estão sublinhados por sua legitimidade, mas, sim, por seu poder.*”

¹⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalización y sistema penal en América Latina: de la seguridad nacional a la urbana. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 21. Trad.livre. No original: “la función del jurista no es legitimar las penas con ninguna teoría (todas son falsas), sino establecer los grados de irracionalidad del poder punitivo y poner en juego su poder jurídico [...]”.

¹⁵⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 16-17.

¹⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, p. 439.

expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”¹⁵⁸, fundamentando e delimitando o âmbito das proibições sociais através de tipos conceituais que descrevem os conteúdos de dever social obrigatórios¹⁵⁹.

Com o *princípio da lesividade*, faz-se necessário estabelecer restrições de caráter qualitativo e quantitativo à utilização do “bem jurídico” enquanto critério de criminalização, funcionando, assim, como uma forma de minimização das proibições penais¹⁶⁰. Do ponto de vista qualitativo, que trata da natureza do bem jurídico lesionado, a restrição significa excluir do conceito tudo que excluir ou reduzir liberdades constitucionais, considerando apenas o que representar concretamente lesão a terceiros. Do ponto de vista quantitativo, relativo à extensão da lesão, o princípio exclui a criminalização de lesões irrelevantes, expressando assim o princípio da insignificância¹⁶¹.

Segundo Nilo Batista, há quatro principais funções exercidas por este princípio, relativas à *não incriminação* de atitudes meramente internas; de condutas que não excedam o âmbito do autor; de simples estados ou condições existenciais e de comportamentos desaprovados pela coletividade mas que não lesionam qualquer bem jurídico¹⁶².

Nestes parâmetros, o *bem jurídico* funciona como *garantia* jurídico-política no Direito Penal das formações sociais capitalistas, demarcando critérios para a criminalização de condutas. Não se ignora a desmistificação do conceito realizada pela criminologia crítica¹⁶³; mas trata-se ainda de um conceito necessário à reafirmação de um Direito Penal *do fato* e *não do autor*¹⁶⁴, e da culpabilidade como limitação do poder de punir¹⁶⁵; posições

¹⁵⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, p. 16.

¹⁵⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Culpabilidade: desintegração dialética de um conceito metafísico. In: **Revista dos Tribunais**, p. 60-61.

¹⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**, p. 383.

¹⁶¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 26.

¹⁶² BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 92-94.

¹⁶³ Abordada no segundo capítulo deste trabalho, a crítica refere-se, em síntese, à desigualdade substancial que prevalece sobre a igualdade formal no direito penal. Nesse sentido: “No que se refere à seleção dos bens protegidos e dos comportamentos lesivos, o ‘caráter fragmentário’ do sistema penal perde a ingênua justificação baseada sobre a natureza das coisas ou sobre a idoneidade técnica de certas matérias, e não de outras, para ser objeto do controle penal. Estas justificações são uma ideologia que cobre o fato de que o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas”. (BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**, p. 165).

¹⁶⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**, p. 10: “O Direito Penal do autor se baseia em determinadas qualidades da pessoa, pelas quais esta pessoa, na maioria das vezes, não é absolutamente responsável e as quais, em todo caso, não podem ser precisadas e formuladas com toda nitidez nos tipos

especialmente importantes no atual contexto em que buscam espaço teorias do delito e da pena fundadas em concepções político-criminais autoritárias, decorrentes da aplicação da teoria sistêmica ao direito penal, atribuindo a este a missão de estabilizar as expectativas normativas da comunidade e desconsiderando a importância do conceito de bem jurídico:

Para a teoria sistêmica aplicada ao direito penal, o delito não é mais que a expressão simbólica de uma falta de fidelidade ao sistema social; a pena ou a medida de segurança, a expressão simbólica do contrário, quer dizer, da superioridade do sistema. [...]. Em última instância, a teoria sistêmica conduz para substituição do conceito de bem jurídico pelo de “funcionalidade do sistema social”, perdendo a ciência do direito penal o último ponto de apoio que existe para a crítica do direito penal positivo.¹⁶⁶

Definir crime como “violação da norma” e pena como a reação a esta no intuito de estabilizar as expectativas da comunidade significa substituir a proteção de bens jurídicos pela garantia da fidelidade à vontade do poder, objetivando, em última análise, a satisfação dos *impulsos punitivos* da população¹⁶⁷, o que não é racional tampouco democrático.

Em outro sentido, é necessário que ocupe lugar central o *princípio da culpabilidade*, no sentido de que qualquer pena criminal apenas pode fundamentar-se na constatação de que a ação do autor foi efetivamente *reprovável*¹⁶⁸, repudiando qualquer forma de atribuição de responsabilidade meramente objetiva, ou seja, pelo resultado¹⁶⁹. Constitui, segundo Cirino dos Santos, ao lado do princípio da legalidade, o “segundo mais importante instrumento de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito, porque *proíbe punir* pessoas que não preenchem os requisitos do *juízo de reprovação*”¹⁷⁰.

penais. [...]. Por isso, o Direito Penal do autor não permite limitar o poder punitivo do Estado e favorece sua concepção totalitária”.

¹⁶⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 16.

¹⁶⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito Penal e Controle Social**, p. 13-15.

¹⁶⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 480-481.

¹⁶⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**, p. 19: “El principio de culpabilidad significa que la pena criminal únicamente puede basarse en la constatación de que al autor cabe reprocharle personalmente su hecho”.

¹⁶⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 103.

¹⁷⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 24. Do ponto de vista da psicanálise, segundo Dirk Fabricius, o princípio da culpabilidade é imprescindível para que os indivíduos possam ser considerados como cidadãos; enquanto a pena, por sua vez, deve ser excluída da vida social. (FABRICIUS, Dirk. **Culpabilidade e seus fundamentos empíricos**, p. 15 e 39).

Para Claus Roxin, no mesmo sentido, a restrição ao poder punitivo do Estado é a função precípua da culpabilidade no Estado Democrático de Direito, sendo insustentável a vinculação desta com a justificação de um fim *retributivo* da pena¹⁷¹.

Quer-se evitar, assim, o pessimismo que imobiliza e o comportamento de fuga ao enfrentamento da questão da deslegitimação do sistema penal, atitude freqüente no Poder Judiciário sob o argumento de que “*a legitimidade geral do sistema penal não é problema de sua incumbência, reduzida unicamente à solução dos casos concretos conforme as pautas legais que regem o fato particular a resolver*”¹⁷². Tal postura, segundo Zaffaroni,

comporta uma notória degradação da atividade do órgão judiciário, que se esvazia de qualquer ética, reduzindo-se a uma função totalmente burocrática como parte de um mecanismo deslegitimado por sua arbitrariedade seletiva. O discurso jurídico-penal torna-se a-ético, no pior sentido da expressão, pois o jurista renuncia a qualquer conteúdo ético em sua conduta e o órgão judicial do sistema penal passa a atuar sem atender a qualquer apelo ético.¹⁷³

Nesse sentido, a decisão penal deve evitar a mera reprodução de um *sensu communis* teórico dos juristas¹⁷⁴, imobilizador da crítica. Considerando que o “sujeito e sua defesa mostram-se como condição de possibilidade a uma proposta efetivamente emancipatória e democrática”¹⁷⁵, cabe, nas palavras de Alexandre Rosa, uma pitada de “ser-com-outro”, um *fundamento de verdade material* para a análise do caso concreto desde a necessidade de produção, reprodução e desenvolvimento da vida em comunidade.

3.2. O FUNDAMENTO MATERIAL DA CULPABILIDADE

O debate acerca do *fundamento ontológico* ou *material* da culpabilidade procura explicar o “porque” se reprova o sujeito, e se insere em um dos mais antigas e complexas

¹⁷¹ ROXIN, Claus. “A culpabilidade como critério limitativo da pena”. In: **Revista de Direito Penal**, p. 8: “Minha tese [...] consiste em que o conceito da culpabilidade como fundamento da retribuição não é idôneo e deveria ser abandonado, enquanto que o conceito de culpabilidade como critério limitativo da pena deve manter-se, e que nessa função é possível fundamenta-lo teoricamente”. De acordo com CIRINO DOS SANTOS, segundo a “teoria da retribuição” seria possível infligir um mal, por meio da pena, que compensasse e “expiasse” a culpabilidade, o que pressupõe uma suposição metafísica ou “atos de fé” insuportáveis a um Direito Penal que não objetiva realizar vinganças, mas proteger bens jurídicos. In: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 456.

¹⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**, p. 83-84.

¹⁷³ *Idem*.

¹⁷⁴ WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. In: WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do Direito**, p. 32: “Metaforicamente, caracterizamos o senso comum teórico dos juristas como a voz ‘off’ do direito, como uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças, a partir das quais podemos dispensar o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam”.

¹⁷⁵ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes**, p. 345.

discussões da filosofia do direito penal e de toda a filosofia do pensamento ocidental: o embate entre as teses *deterministas* e as que defendem a *liberdade de vontade* do indivíduo.

A fim de se expor, sinteticamente, as principais teorias sobre o conteúdo material da culpabilidade, adota-se a classificação sistematizada por Cirino dos Santos.

As teorias do *poder de agir diferente* (“o autor é pessoalmente reprovado porque se decidiu pelo injusto, tendo o poder de se decidir pelo direito”¹⁷⁶) e da *atitude jurídica reprovada* (“fundamenta a reprovação de culpabilidade na livre autodeterminação de uma atitude *reprovável* ou *defeituosa* do autor ao realizar o tipo de injusto”¹⁷⁷) pressupõem a liberdade de vontade do agente. A *liberdade de decisão*, para Jescheck, é um pressuposto lógico do princípio da culpabilidade, carecendo de sentido a reprovação no caso de sua vontade estar causalmente determinada¹⁷⁸.

De acordo com Zaffaroni e Pierangeli, a hipótese de que o homem é um ente capaz de autodeterminar-se é imprescindível à existência da culpabilidade, à fundamentação desta sobre uma base antropológica¹⁷⁹ e conseqüentemente à configuração de um direito penal que não seja mero exercício de poder.

No entanto, a liberdade de vontade é uma hipótese indemonstrável (no máximo um “sentimento pessoal”, segundo a psicanálise¹⁸⁰) e não revela a origem nem é capaz de fundamentar o juízo de reprovação, pois este não pode fundar-se sobre atos de fé ou suposições metafísicas. Pois afinal, para a natureza do Direito Penal, um fundamento indemonstrável é um fundamento inexistente¹⁸¹. Daí deriva a crise do conceito de culpabilidade, visto que este se erigiu sobre tal pressuposto¹⁸².

É possível observar que mesmo autores que defendem o livre arbítrio enquanto fundamento da reprovação observam a impossibilidade de um “indeterminismo absoluto” e

¹⁷⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 280.

¹⁷⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 281.

¹⁷⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**, p. 364.

¹⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, p. 577.

¹⁸⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 284.

¹⁸¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Culpabilidade: desintegração dialética de um conceito metafísico. In: **Revista dos Tribunais**, p. 59.

¹⁸² Há, ainda, o fator agravante constatado por Luigi Ferrajoli no sentido de que as duas posições, deterministas e indeterministas, apesar de conceitualmente opostas, têm levado a conclusões paradoxalmente convergentes, apontando sempre para a periculosidade ou para a perversidade do acusado, “pouco importando se são atribuídas, à maneira determinista, a causas externas ou objetivas de tipo natural ou social, ou à maneira moralista, à livre eleição do estilo de vida de um sujeito intrinsecamente e subjetivamente perverso”; cf. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**, p. 395.

a necessidade de ponderações. Segundo Jescheck, por exemplo, o juízo de reprovação relaciona-se e presta atenção a todos os processos, forças, tendências e princípios que intervêm na formação da vontade ¹⁸³. Figueiredo Dias, por sua vez, admite que “o poder de agir de outra maneira na situação é pura e simplesmente inverificável no comportamento concreto da pessoa individual” ¹⁸⁴, assumindo e aceitando este pressuposto como “uma daquelas verdades de *crença* ou de *adesão*” ¹⁸⁵. Johannes Wessels, por sua vez, pondera:

Como nem a tese do clássico *indeterminismo*, com o postulado da “liberdade absoluta da vontade”, nem os reparos do determinismo, com o princípio explicativo da “legalidade causal” do comportamento humano [...] são comprováveis de modo cientificamente exato, o Direito Penal deve se dar por satisfeito com o reconhecimento de que o *princípio da responsabilidade*, do homem, psiquicamente são e moralmente maduro, é uma *realidade inabalável de nossa existência social*. [...] a possibilidade de direção da conduta baseia-se na *capacidade do homem de controlar seus impulsos*, dependentes de sua constituição e do meio, e de *dirigir sua decisão segundo as normas ético-socialmente obrigatórias e suas representações de valor*.¹⁸⁶

De caráter determinista, tem-se a teoria da *responsabilidade pelo próprio caráter*, em que a fundamentação da responsabilidade reside em características da personalidade do agente, constituindo, assim, uma culpabilidade *pelo caráter* ou pela *conduta de vida*. Porém, não há como considerá-la compatível com o princípio da culpabilidade, na medida em que atribui finalidades preventivas ao Direito Penal e anula o significado político daquela enquanto garantia individual¹⁸⁷.

Há que se registrar, ainda, duas teorias contemporâneas acerca do fundamento material da reprovação: em primeiro lugar, a culpabilidade como *defeito de motivação jurídica*, que vincula-se a uma concepção funcionalista sistêmica de fato punível e fundamenta a reprovação na falta de fidelidade ao direito e na função de prevenção geral positiva da pena ¹⁸⁸, no sentido de assegurar o reconhecimento geral da norma. A missão do Direito Penal consistiria assim na “estabilização das expectativas normativas da comunidade”, e não na proteção de bens jurídicos.

A teoria, de acordo com Juarez Tavares, esvazia de conteúdo o juízo de reprovação, tornando-o *meramente instrumental*, pois “ao declarar a deslealdade ao direito por parte do

¹⁸³ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**, p. 371.

¹⁸⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade. Culpa. Direito Penal**, p. 36.

¹⁸⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade. Culpa. Direito Penal**, p. 56.

¹⁸⁶ WESSELS, Johannes. **Direito penal (aspectos fundamentais)**, p. 83.

¹⁸⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 282.

¹⁸⁸ Acerca do viés autoritário da prevenção geral positiva em JAKOBS, ver: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 480-481.

autor do fato ilícito já estará emitindo um juízo de adequação acerca de sua conduta e de sua capacidade de motivação para com as exigências da norma”¹⁸⁹. Desta forma, fundamenta a punição em circunstâncias externas ao autor¹⁹⁰.

Evidentemente, tal concepção de delito, inserida no ideário político-criminal denominado *Direito Penal do Inimigo*, não é adequada às perspectivas democráticas que se busca imprimir à dogmática penal no Estado de Direito, na medida em que anula qualquer possibilidade desta funcionar como garantia política individual do cidadão mas, em sentido oposto, acarreta o adiantamento da punibilidade, o rigor desproporcional na previsão das penas e a relativização das garantias processuais¹⁹¹.

Por fim, a teoria da *dirigibilidade normativa* fundamenta a culpabilidade como

um conceito formado pelo elemento *empírico* da capacidade de autodireção e pelo elemento *normativo* da possibilidade de comportamento conforme ao direito, cumprindo as tarefas simultâneas de fundamento da responsabilidade pelo comportamento anti-social e de garantia política de limitação do poder punitivo, no moderno Estado Democrático de Direito.¹⁹²

Para Roxin, a “culpabilidade consiste no agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas”¹⁹³. O fundamento da reprovação passa, desta forma, a residir na *capacidade de comportamento conforme a norma* e não mais na liberdade de ação humana. Segundo o autor, enquanto o poder-agir-de-outro-modo e o livre-arbítrio são indemonstráveis, a “capacidade para ser destinatário de normas é passível de verificação empírica e, apesar das várias dificuldades, em princípio comprovável”, através de métodos psicológicos ou psiquiátricos¹⁹⁴.

A definição de culpabilidade como *dirigibilidade normativa* sofre críticas tanto por parte de deterministas como por parte de indeterministas; o que não impede que se reconheça seu valor por preservar a função de garantia política individual e limitação do

¹⁸⁹ TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 153.

¹⁹⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 282.

¹⁹¹ MELIÁ, Manuel Cancio. “‘Direito Penal’ do Inimigo?”. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**, p. 67. Registra-se o argumento de Günther Jakobs, no sentido de diferenciar *cidadãos* de *inimigos* e buscar a eliminação destes últimos: “Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é o Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído.” In: *Idem*, p. 49.

¹⁹² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 283.

¹⁹³ ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. In: _____. **Estudos de Direito Penal**, p. 144.

¹⁹⁴ ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. In: _____. **Estudos de Direito Penal**, p. 146.

poder de punir do princípio da culpabilidade, e fundamentar a reprovação sem recorrer a pressupostos metafísicos¹⁹⁵.

Frente a este debate aparentemente insolúvel, Cirino dos Santos propõe o *princípio da alteridade* como fundamento da responsabilidade e da reprovação, a partir da constatação de que a responsabilidade pelo próprio comportamento é um problema prático da realidade da vida social e que a convivência em sociedade apenas é possível se cada sujeito reconhecer-se enquanto *ego* e também *alter*, respeitando este último¹⁹⁶. Desta forma, a responsabilização do autor do tipo de injusto pelo seu comportamento anti-social *condiciona-se* à normalidade da formação de sua vontade e das condições em que age.

O respeito ao *alter* como fundamento da *responsabilidade* social e da reprovação permite o resgate da reflexão de que cada ser humano é também *auto-responsável* pela realização da própria vida¹⁹⁷. Desde a constatação de que “há vida humana”, há a exigência *ética* de produção, reprodução e desenvolvimento da vida do sujeito concreto, passando a uma responsabilização tanto pela própria vida como pela vida negada da vítima – direta ou indireta – de um sistema que oprime.

Parte-se desta “passagem”, que do *viver* fundamenta o *dever-viver* a partir da *alteridade*, para identificar as possibilidades de exercício do *princípio ético crítico* dentro do juízo de reprovabilidade realizado sobre determinado comportamento anti-social.

3.3. A CULPABILIDADE NA MODERNA TEORIA DO FATO PUNÍVEL E A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCULPAÇÃO

Enquanto categoria elementar na moderna teoria do fato punível, a culpabilidade está ao lado do tipo de injusto configurando o *delito* em sua definição analítica; requerendo ainda o desdobramento de ambas em categorias mais simples:

¹⁹⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 283.

¹⁹⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 284-285. Nesse sentido MUÑOZ CONDE: “A pessoa não pode viver ilhada em si mesma. Para alcançar seus fins e satisfazer suas necessidades, precisa da comunicação e auxílio de outras pessoas. Em uma palavra, a existência do *ego* supõe necessariamente a existência do *alter*, a existência humana supõe sempre a coexistência ou convivência.”. In: MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito Penal e Controle Social**, p. 8.

¹⁹⁷ DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão**, p. 140: “É próprio e exclusivo do *modo de realidade* da vida humana: *manter-se sob sua própria responsabilidade*. É o único vivente auto-responsável. Por isso é a única vida que se vive eticamente. A eticidade de sua vida é a auto-responsabilidade sobre sua permanência em vida”.

o conceito de *tipo de injusto* é constituído pelos conceitos de *ação*, de *tipicidade* e de *antijuridicidade*; [...] o conceito de *culpabilidade* é constituído pelos conceitos de *capacidade penal*, de *conhecimento da antijuridicidade* (real ou potencial) e de *exigibilidade de comportamento diverso* (ou *normalidade das circunstâncias da ação*).¹⁹⁸

Desta forma, define-se o crime enquanto *ação típica, antijurídica e culpável*¹⁹⁹, sendo o *tipo de injusto*, que reúne os elementos da ação, tipicidade e antijuridicidade, o objeto de valoração, ao passo que a *culpabilidade* representa o juízo de valoração e reprovação que se estabelece sobre a realização não justificada daquele primeiro²⁰⁰, desde sua concepção *normativa*. É definida por Jescheck como a reprovabilidade da formação de vontade, enquanto valoração negativa dos princípios pelos quais o autor de um fato punível se deixou levar na formação daquela²⁰¹. Enfim, um “injusto, isto é, uma conduta típica e antijurídica, é culpável quando é reprovável ao autor a realização desta conduta porque não se motivou na norma, sendo-lhe exigível, nas circunstâncias em que agiu, que nela se motivasse”²⁰².

O conceito normativo de culpabilidade é fruto de longa discussão doutrinária e por isto precedido por diferentes concepções, com conseqüências relevantes para a compreensão do fato punível.

O conceito psicológico de culpabilidade, predominante no século XIX, vincula-se ao modelo *naturalista* ou *clássico* do delito, que a partir dos princípios desenvolvidos pelas ciências naturais, busca “nos fenômenos, dos quais o delito é uma subespécie, os próprios elementos de elaboração das leis, que no fundo não seriam criação exclusiva do ser humano e sua tarefa de investigação empírica ou lógica, mas uma forma de descoberta”²⁰³. Filiado

¹⁹⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 72.

¹⁹⁹ Esta é a definição do sistema *tripartido* de fato punível, dominante na doutrina mas integrante de importante polêmica na dogmática penal contemporânea. A diferença entre os sistemas *bipartido* e *tripartido* reside, sinteticamente, na análise da relação entre o tipo legal e a antijuridicidade. Nesse sentido a explicação de Cirino dos Santos: “O sistema *bipartido* de fato punível afirma a *unidade* conceitual de *tipicidade* e *antijuridicidade*, como elementos integrantes do *tipo de injusto*, que admitem operacionalização analítica separada, mas não constituem categorias estruturais diferentes do fato punível. [...]. O sistema *tripartido* de fato punível também admite os conceitos de *tipo de injusto* e de *culpabilidade* como categorias elementares do fato punível, mas afirma a *autonomia* do conceito da *tipicidade* em relação à *antijuridicidade* no âmbito do *tipo de injusto* [...]”. Cf. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 73-74.

²⁰⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 273; e também TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 148.

²⁰¹ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**, p. 364.

²⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, p. 571.

²⁰³ TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 146.

ao modelo *causal* de ação²⁰⁴, o conceito psicológico de culpabilidade resume-se à presença da capacidade de culpabilidade e da relação psicológica entre autor e fato²⁰⁵, privando o tipo de injusto de qualquer elemento subjetivo referente à consciência e vontade de praticar o fato típico.

Com o surgimento do modelo *neoclássico* e a reorganização dos elementos do fato punível, a culpabilidade passou a assumir um significado normativo, compreendido como reprovabilidade perante a formação de vontade contrária ao dever; mudança para a qual as obras de Reinhardt Frank, James Goldschmidt e Freudenthal foram fundamentais. Permaneceram, no entanto, o dolo e a imprudência enquanto a relação psicológica entre autor e fato, produzindo o conceito psicológico-normativo de culpabilidade²⁰⁶ que predominou durante a primeira metade do século XX.

Apenas com a difusão do pensamento de Hans Welzel e a teoria *finalista* da ação²⁰⁷, introduzida no Brasil por João Mestieri, retirou-se o dolo e outros elementos subjetivos da culpabilidade, deslocando-os para o tipo subjetivo de injusto²⁰⁸. A mudança é extremamente relevante, porque permite à culpabilidade, enfim, o papel de *juízo de valor* fundado na evitabilidade ou inevitabilidade do fato praticado²⁰⁹.

No conceito *normativo*, a culpabilidade configura-se na “reprovação de um sujeito imputável (o sujeito *pode saber o que faz*) que realiza, com consciência da antijuridicidade (o sujeito *sabe, realmente, o que faz*) e em condições de normalidade de circunstâncias (o

²⁰⁴ “O modelo *causal* de ação possui estrutura exclusivamente objetiva: a ação humana, mutilada da vontade consciente do autor, determinaria o resultado como uma forma sem conteúdo, [...]; a voluntariedade da ação indicaria, apenas, ausência de coação física absoluta; o *resultado* de modificação no mundo exterior seria elemento constitutivo do conceito – e, assim, não existiria ação sem resultado”. Cf. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 82.

²⁰⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 275-276.

²⁰⁶ Conceito bastante heterogêneo, conforme observam Zaffaroni e Pierangeli, na medida em que não houve acordo entre os autores sobre a forma como os elementos funcionavam dentro da culpabilidade: “Para Frank, podia haver dolo sem culpabilidade, enquanto para Goldschmidt, o dolo, como dado psicológico, era um pressuposto da culpabilidade, e Mezger afirmava que o dolo requeria a consciência da antijuridicidade, isto é, que o dolo sempre era culpável”. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, p. 574.

²⁰⁷ “A compreensão do caráter final da estrutura da ação humana excluiu o dolo do âmbito da culpabilidade (a função ontológica do dolo aberrava da sua posição dogmática): a teoria *finalista* o reconheceu como constitutivo final essencial da ação e, necessariamente, do tipo subjetivo de injusto, fixando-o como objeto primário da reprovação, abrangente da ação típica como configuração concreta do dolo”. In: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Culpabilidade: desintegração dialética de um conceito metafísico. In: **Revista dos Tribunais**, p. 55.

²⁰⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 77.

²⁰⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, p. 232.

sujeito *tem o poder de não fazer o que faz*), um tipo de injusto”²¹⁰; sendo requisito indispensável para a fundamentação da reprovação a *normalidade* das circunstâncias nas quais a ação se exteriorizou.

Afinal, se há *anormalidade* nas circunstâncias de fato, resta descaracterizada a *exigibilidade de comportamento diverso*, e por conseqüência, a reprovabilidade da conduta:

circunstâncias *normais* fundamentam o juízo de *exigibilidade de comportamento conforme ao direito*; ao contrário, circunstâncias *anormais* podem constituir situações de exculpação que excluem ou reduzem o juízo de *exigibilidade de comportamento conforme ao direito*: o autor reprovável pela realização não-justificada de um tipo de crime, com conhecimento real ou possível da proibição concreta, é *exculpado* pela anormalidade das circunstâncias de fato, que excluem ou reduzem a exigibilidade de conduta diversa²¹¹.

Sendo assim, “não é reprovável a configuração antijurídica do tipo se impossibilitada *concretamente* a realização do valor social obrigatório da norma”²¹², pois a inexigibilidade é o fundamento comum de todas as causas de exclusão da culpabilidade²¹³; e segundo Assis Toledo, a primeira e mais importante delas²¹⁴, constituindo um verdadeiro *princípio* de direito penal.

Caso trate de situação não expressamente prevista vige, enquanto princípio, como causa *supralegal* de exculpação. Apesar desta hipótese sofrer muitas críticas²¹⁵ e ser rejeitada por respeitáveis autores²¹⁶, trata-se de um fundamento necessário perante o reconhecimento de novas situações de inexigibilidade, não abarcadas pelas categorias

²¹⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 278. Vale a observação de Zaffaroni e Pierangeli no sentido de que haveriam dois núcleos temáticos centrais no estudo da concepção normativa de culpabilidade: a possibilidade de compreensão da antijuridicidade por parte do agente e a interpretação se na situação em que ocorreu o fato lhe era efetivamente exigível comportamento diverso. Infelizmente, no entanto, o cotidiano revela quão freqüente é por parte dos operadores do direito a confusão entre culpabilidade e a presença de dolo ou imprudência, em que verificados estes últimos, acaba-se por presumir a primeira e concluir pela condenação do réu; cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, p. 575.

²¹¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 322-323.

²¹² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Culpabilidade: desintegração dialética de um conceito metafísico. In: **Revista dos Tribunais**, p. 56.

²¹³ SCARANO, Luigi. **La non esigibilità nel diritto penale**, p. 70.

²¹⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, p. 328.

²¹⁵ Sintetizadas em CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 323-324.

²¹⁶ Por exemplo em WESSELS, Johannes. **Direito penal (aspectos fundamentais)**, p. 96. Conforme as observações de Juarez Tavares, tradutor da obra, “faz-se mister estabelecer legalmente as condições objetivas e pressupostos para a não incidência desse juízo de censura, pois, caso contrário, uma tal regra geral, aparentemente com ampla aplicação, poderia gerar privilégios intoleráveis, além de burlar a finalidade protetiva”. Também para JESCHECK, o princípio fulminaria o efeito de prevenção geral do direito penal e provocaria desigualdades na jurisprudência; sendo mais adequado, enfim, restringir-se ao disposto em lei. In: JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**, p. 432.

legais²¹⁷. Ademais, se é temerário o cabimento desta exculpante supralegal, mais o seria sua proibição, que impediria a absolvição quando não se poderia exigir outra conduta do acusado, apenas porque a lei não havia previsto *aquela* situação.

Por outro lado, Luiz Alberto Machado observa a necessidade de haver um *critério* limitador a fim de “evitar abusos”. Segundo o autor, a exculpação supralegal por via da inexigibilidade não pode prescindir, primeiramente, do reconhecimento de uma *colisão de direitos*, e em segundo lugar, de motivação alterada por “escusável medo, surpresa ou perturbação de ânimos”²¹⁸.

As situações de exculpação *legais* estão previstas no artigo 22 do Código Penal brasileiro e caracterizadas nos casos de “coação irresistível” e “obediência hierárquica”, e ainda no excesso de legítima defesa real e no excesso de legítima defesa putativa.

Na seara das situações de exculpação *supralegais*, pode-se anotar, conforme Cirino dos Santos, o fato de consciência, a provocação da situação de legítima defesa, a desobediência civil e o conflito de deveres²¹⁹.

É o *conflito de deveres* que importa, neste momento, enquanto possibilidade de abertura do juízo de reprovabilidade para as condições sociais concretas de privação material e impossibilidade de se viver com dignidade. Far-se-á referência, em seguida, ao conceito de *culpabilidade pela vulnerabilidade* defendido por Zaffaroni.

Nestas duas hipóteses, decorrentes de uma nova interpretação do crime, da violência e do sistema penal realizada desde o discurso crítico criminológico, reúne-se a possibilidade concreta de aplicação e exercício do princípio ético crítico da ética da

²¹⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 324-325. Também assim: MACHADO, Luiz Alberto. Estado de necessidade e exigibilidade de outra conduta. In: **Revista dos Tribunais**, p. 303-304.

²¹⁸ MACHADO, Luiz Alberto. Estado de necessidade e exigibilidade de outra conduta. In: **Revista dos Tribunais**, p. 305.

²¹⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 334-341: “A situação de exculpação do *fato de consciência* tem por objeto decisões morais ou religiosas sentidas como *deveres incondicionais* vinculantes da conduta, asseguradas pela garantia constitucional de *liberdade de crença* e *deconsciência* (art.5.º, VI, CR) [...].A *provocação da situação de legítima defesa* exclui, em princípio, a exculpação, por razões evidentes. Contudo, a moderna dogmática tem procurado flexibilizar esse ponto de vista, argumentando com a possibilidade de desvio da *ação de defesa* provocada: [...] se o provocador não pode desviar a ação de defesa provocada, então seria possível admitir a exculpação do agressor por ações inevitáveis de defesa [...]. A situação de exculpação definida como *desobediência civil* tem por objeto *ações* ou *demonstrações públicas* de bloqueios, ocupações, etc., realizadas em defesa do bem comum, ou de questões vitais da população, ou mesmo em lutas coletivas por direitos humanos fundamentais, [...] desde que não constituam ações ou manifestações violentas ou de resistência ativa contra a ordem vigente [...].”

libertação, no sentido de *absolver* ou no mínimo *atenuar* a pena de sujeitos autores de tipos de injusto em condições sociais adversas, conforme o caso concreto.

3.4. O EXERCÍCIO DO PRINCÍPIO ÉTICO CRÍTICO NO JUÍZO DE REPROVABILIDADE

3.4.1. O conflito de deveres como causa supralegal de exculpação em condições sociais adversas

Refletindo sobre a possibilidade de se legitimar democraticamente um juízo *normativo* de culpabilidade, Juarez Tavares chamou a atenção para a forte tendência de utilização dos fundamentos da *teoria do discurso*, a partir da qual identifica o *mesmo* método de investigação utilizado em todos os posicionamentos acerca do conceito de culpabilidade²²⁰.

Segundo o autor:

A teoria do discurso, sustentada por Habermas, como teoria procedimental procura eliminar igualmente da argumentação jurídica todos os dados empíricos ou conhecimentos prévios, a fim de fundamentar um puro processo racional. Isto quer dizer que um juízo normativo será considerado correto quando possa resultar de um determinado processo configurado como discurso racional, [...]. Um discurso será racional na medida em que represente uma situação de comunicação ideal, isto é, chances iguais para todos os participantes do discurso, [...].²²¹

Desta forma as circunstâncias concretas de fato, como dados empíricos, são consideradas apenas como *referência*; e o delito é tomado a partir de “condições ou fundamentos desvinculados da pessoa concreta do autor”, alienando o sistema da realidade na medida em que “desconhecem o conteúdo material dos conflitos sociais concretos que dão lugar ao delito”²²².

A idealização de um discurso *ideal* meramente formal e distante da realidade foi motivo de abordagem crítica por parte de Enrique Dussel, em reflexão que culminou na

²²⁰ TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 154: “Em todos os posicionamentos acerca da culpabilidade, quer no sentido de mera constatação (teoria psicológica), ou de um juízo de valor, ou de mera cognição (teoria normativa), ficou evidenciado o emprego de um mesmíssimo método de investigação, pelo qual se toma o delito e todo o processo de imputação a partir de condições ou fundamentos desvinculados da pessoa concreta do autor”.

²²¹ *Idem.*

²²² TAVARES, Juarez. *Idem.*, p. 154-155. Segundo Tavares, ainda, tal juízo de cognição meramente normativa e que ignora a condição concreta do autor é um *ato político de conveniência*, e por isso carente de legitimidade.

formulação de uma ética da libertação orientada segundo um critério eminentemente *material*. No mesmo sentido, aborda Tavares a importância de uma fundamentação que parta da vida concreta de cada sujeito em comunidade:

A consideração acerca do contexto social do conflito conduz a que o processo democrático de participação / elaboração normativa deva ter um objeto substancial, que é a pessoa humana situada no seu mundo de relações reais e historicamente configuradas, que por sua vez deve orientar os fundamentos do juízo de imputação, como também de seus elementos normativos.²²³

Trata-se, portanto, de rejeitar um juízo de reprovação que se distancie do sujeito concreto e das contingências da vida, e introduzir um critério *material* que, de acordo com a definição de Dussel, o conceito de *necessidades reais* de Alessandro Baratta e o *conceito proletário* de crime de Juarez Cirino dos Santos, considere no caso concreto as condições sociais adversas enquanto *violência primária* condicionante da *individual*; tornando impossível, do ponto de vista da ética crítica, considerar como *normais* aquelas circunstâncias de fato de pobreza e miséria. Segundo Cirino dos Santos, elas representam sim a “máxima negação da *normalidade da situação de fato* pressuposta no *juízo de exigibilidade*”²²⁴

Na hipótese do *conflito de deveres* como causa suprallegal de inexigibilidade de outro comportamento, remete-se às situações em que o indivíduo é obrigado a ponderar valores, como por exemplo no sacrifício de minoria selecionada de doentes mentais no regime nazista, diante da possibilidade da morte de todos no caso da utilização dos médicos substitutos²²⁵.

A proposta, contextualizada nas sociedades pertencentes à periferia do sistema capitalista, trata de situações em que

trabalhadores marginalizados do mercado de trabalho, especialmente por efeito de políticas econômicas recessivas das áreas periféricas, impostas pelos interesses hegemônicos da globalização do capital, são constrangidos a *romper vínculos normativos comunitários* (ou seja, deveres jurídicos de omissão de ações proibidas) para preservar valores *concretamente superiores* (por exemplo, o dever jurídico de *garantir* a vida, saúde, moradia, alimentação e escolarização dos filhos), [...], para impedir a desintegração da família, a prostituição das filhas e a *piveteização* dos filhos, depois de anos

²²³ TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 156.

²²⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 339.

²²⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 338. Segundo WESSELS, deve haver “*colisão de deveres juridicamente insolúvel*, desta ou de espécie semelhante, e o *agir do autor, determinado pela finalidade de salvamento*”. (WESSELS, Johannes. **Direito penal (aspectos fundamentais)**, p. 97).

de frustradas tentativas de reinserção no mercado de trabalho, sob a tortura da fome, da doença, da insegurança, da angústia, do desespero.²²⁶

Mesmo considerando que o indivíduo protege valores *concretamente superiores*, em detrimento de um *mal menor*, não seria adequado classificar a situação enquanto estado de necessidade *justificante*, a excluir a antijuridicidade do fato²²⁷.

Em outro sentido, trata-se de hipótese suprallegal de exculpação, fundada na constatação de que a privação da possibilidade de produzir, reproduzir e desenvolver a vida concreta de cada sujeito em comunidade é fenômeno que ocorre em massa nas sociedades capitalistas contemporâneas, cujo signo mais agressivo e perverso apresenta-se no controle social institucionalizado; o que acarreta a *impossibilidade* de se interpretar como *normais* situações de fato concretizadas nesta realidade.

Nesse sentido, evitando o pressuposto da liberdade de vontade enquanto abstração jurídica e também a adesão a uma concepção determinista, Cirino dos Santos define a liberdade real como *consciência das determinações e capacidade de superação das limitações concretas*:

Os membros das classes dominantes (e categorias afins) elevam ao máximo os limites da liberdade real, porque reduzem ao mínimo os limites das determinações materiais, enquanto os membros das classes dominadas (e categorias afins) têm reduzidos ao mínimo os limites da liberdade real, porque elevados ao máximo os limites das determinações materiais [...] e, finalmente, as *massas marginalizadas* dos processos de produção e reprodução social (mercado de trabalho, nas esferas de produção material ou de controle social) *não possuem nenhuma liberdade real*, porque *inteiramente submetidas às determinações estruturais*, expressas na mais absoluta privação dos meios materiais de subsistência meramente animal, sem qualquer saída pessoal, nessas condições sociais adversas (e insuportáveis), a não ser pelo crime²²⁸.

²²⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 339.

²²⁷ O estado de necessidade *justificante* exclui a antijuridicidade do fato quando o indivíduo é compelido a ponderar bens e deveres em conflito perante perigo atual, involuntário e inevitável, protegendo bem jurídico de valor *preponderante* ao bem sacrificado. Segundo a teoria *diferenciadora*, é possível diferenciar estado de necessidade *justificante* e *exculpante*; caracterizando-se este último por excluir a culpabilidade e nele o agente praticar ato ilícito protegendo bem de valor jurídico *equivalente* ao sacrificado (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 239-240.) A legislação brasileira, no entanto, adota a teoria *unitária*, considerando apenas a existência do estado de necessidade *justificante*. A questão é que a abertura do juízo de reprovabilidade para considerar como situações de conflito de deveres aquelas contextualizadas em *condições sociais adversas* abrange situações verificáveis apenas no caso concreto, tendo fundamento eminentemente material, não necessariamente abarcado pelos requisitos exigidos para a configuração do estado de necessidade.

²²⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **As raízes do crime**, p. 136.

A valoração das condições histórico-estruturais em torno à existência do homem é desta forma necessária para que se possa visualizar o *crime* como resposta irracional, *mas inevitável*, em um contexto de condições de vida *insuportáveis*²²⁹.

Desde o marco teórico da criminologia crítica e radical, reconhece-se a *necessidade de sobrevivência em condições de privação material* como o mesmo processo que, por um lado, vincula o trabalhador a uma relação trabalhista de subordinação, e por outro, o dirige para os riscos de criminalização²³⁰.

O *conceito proletário de crime* apresentado por Cirino dos Santos, que inclui a *violência das relações sociais capitalistas* como *criminosa* e também condição necessária para a concretização do comportamento criminoso individual; articula-se com os momentos materiais de afirmação da vida e crítica da negação desta, sendo possível fundamentar eticamente o cometimento de um tipo de injusto para compensar a falta de meios legítimos de sobrevivência²³¹ enquanto situação de inexigibilidade de comportamento diverso.

Resgatando o exemplo de Dussel acerca do procedimento pelo qual passa-se de um juízo de fato a um juízo de valor; se “João está comendo” e se ele “*deve* continuar comendo”²³², na medida em que precisa comer, enquanto ser vulnerável em sua corporalidade; e como auto-responsável pela sua vida não pode provocar a própria morte (é um dos sentidos de *alteridade*), é *inadmissível* exigir-se que, na privação da possibilidade de comer (privação esta produto de fatores sobre os quais o sujeito não teve oportunidade de participar ou opinar) João se *resigne* a não fazê-lo e aceite a própria morte. Uma vez cometido um tipo de injusto, não é possível exigir um *comportamento diverso*, supondo *normalidade* nas circunstâncias de fato, considerando o caráter seletivo, violento e inerente a uma relação de classes por detrás da punição conforme desvelado pelo discurso crítico criminológico.

A ética da libertação quer dizer, afinal, que “aquele que atua eticamente *deve* (como obrigação) produzir, reproduzir e desenvolver auto-responsavelmente a vida concreta de cada sujeito *humano, numa comunidade de vida*”²³³. Evidentemente, o cometimento de um tipo de injusto fatalmente causa *outra* vítima, que é a próprio sujeito lesionado pela referida

²²⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *As raízes do crime*, p. 95.

²³⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical*, p. 40.

²³¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical*, p. 41.

²³² DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão*, p. 136-142.

²³³ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão*, p. 143.

ação. No entanto, a adoção do *princípio da alteridade* como fundamento da reprovação e a abertura do conceito de reprovabilidade para além da violência individual, impõe considerar *também* o autor do injusto enquanto ser humano concreto e suas *necessidades reais*, ao invés de simplesmente nele aplicar os mecanismos punitivos institucionalizados. Não há solução adequada, nesse sentido, sem ater-se ao caso concreto, que trará a especificidade das circunstâncias de fato e do bem jurídico violado.

Interessante anotar que há precedente jurisprudencial em favor da tese da inexigibilidade em condições sociais adversas absolvendo acusado *empresário*, que deixou de recolher as contribuições previdenciárias de seus empregados tendo em vista a grave crise financeira por que passava²³⁴. Há, também, decisões corroborando a mesma tese no caso de uso de documento falso, como, por exemplo, quando se falsifica o passaporte no intuito de sair do país para se buscar melhores condições de vida²³⁵.

Verifica-se assim que apesar de a proposta contrariar os objetivos *reais e ocultos* do sistema penal, visto que se insere em uma *política criminal alternativa*, pautada pela “*descriminalização e despenalização da criminalidade das classes dominadas*”²³⁶, há casos de aceitação da tese em que é nítida, paradoxalmente, a importância da posição de classe do autor do injusto.

3.4.2. Culpabilidade pela vulnerabilidade

Muitos autores, ainda, defendem a tese da *co-culpabilidade* da sociedade organizada como forma de *compensação de responsabilidade* pela injustiça das condições sociais

²³⁴ **TRF 3.^a Região**, Apelação Criminal, Processo 96.03.006121-2/SP, Relator: Juiz Sinval Nunes, unânime, publicado em 16.09.97. Ementa: “PENAL. CRIME CONTRA A SEGURIDADE SOCIAL (ARTIGO 95, LETRA D, DA LEI N. 8.212/91). [...]2 – Aplicável o princípio da inexigibilidade de conduta diversa ao acusado da imputação de deixar de recolher, na época devida, as contribuições previdenciárias descontadas nos salários dos empregados e não repassadas à autarquia previdenciária, quando todos os dados coligidos na instrução probatória da ação penal evidenciam a penúria do empresário, face à grave crise financeira, essa causada por atos e fatos alheios à sua vontade, compelindo-o a abster-se do compromisso fiscal, a fim de poder honrar os seus encargos para com os seus empregados, fornecedores e outros afetos à subsistência própria e de sua empresa.”. In: RTRF 34/199.

²³⁵ **TRF 2.^a Região**, Apelação Criminal, Processo 98.02.07729-1, Relator: Rogério de Carvalho. Ementa: “PASSAPORTE FALSO. ABSOLVIÇÃO. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. 1 – Não é punível a conduta de brasileiro que utiliza passaporte falso apenas para tentar livrar-se da marginalidade social e econômica a que está fadado no Brasil buscando melhores condições de vida em outro país, caracterizada, nesta hipótese, a inexigibilidade de comportamento diverso. [...]”. Ver também, no mesmo sentido: TRF 2.^a Região, Recurso em sentido estrito 2001.51.01.529656-0/RJ, Relator: Juiz Alexandre Libonati.

²³⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**, p. 120.

adversas.²³⁷ No entanto Zaffaroni, um de seus principais defensores, reformula a tese sob o argumento de que ela acabou por incorrer em certo “determinismo economicista”²³⁸, supondo a pobreza como causa de todos os delitos e acabando por re-legitimar o direito penal em uma hipotética sociedade igualitária, o que mantém a arbitrariedade inerente ao controle punitivo institucionalizado²³⁹.

Nesse sentido, a tese da co-culpabilidade “representa, historicamente, uma construção teórica que precede e fundamenta o que a dogmática crítica denomina atualmente como *culpabilidade pela vulnerabilidade*”²⁴⁰.

Segundo o jurista argentino, a culpabilidade enquanto reprovação, que é uma culpabilidade *pelo ato*, esvazia-se de qualquer conteúdo ético com a constatação inequívoca da *seletividade* no exercício do poder punitivo, acabando por deslegitimar a reprovação por seus próprios fundamentos. Porém, não seria possível abandonar-se o conceito de culpabilidade enquanto juízo de reprovação em prol de um conceito funcionalista que a substituiria por critérios político-criminais autoritários. Nesse sentido:

a culpabilidade enquanto reprovabilidade está em crise, tornando-se insustentável devido à deslegitimação da reprovação, dado que a seletividade e a reprodução da violência subtraem-lhe todo sentido ético. Por outro lado, não resulta possível construir a culpabilidade sem uma base ética, sob pena de reduzi-la a um instrumento proveitoso ao poder, [...].²⁴¹

A proposta é que a constatação da seletividade seja incorporada a um novo conceito de culpabilidade, qual seja, o conceito de *culpabilidade pela vulnerabilidade*, a partir da premissa de que é o “grau de vulnerabilidade” ao sistema penal o fator determinante da seleção, e não apenas o cometimento do injusto²⁴². O *nível de vulnerabilidade*, proporcional ao *risco de seleção*, compõe-se de dois fatores inversamente proporcionais: um *estado de vulnerabilidade* decorrente dos riscos corridos pelo indivíduo apenas porque pertence a uma classe, grupo ou habita certa região mais atingida pelos processos de criminalização; e

²³⁷ Geralmente se atribui esta teoria ao pensamento de *Jean Paul Marat*; em CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 340 são citados ZAFFARONI, BUSTOS RAMIREZ, BATISTA e RODRIGUES.

²³⁸ CARVALHO, Amílton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**, p. 84.

²³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Lectio Doctoralis: Culpabilidad por la vulnerabilidad*. In: **Nueva Doctrina Penal**, p. 334.

²⁴⁰ CARVALHO, Amílton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**, p. 83.

²⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**, p. 263-264

²⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**, p. 268.

em segundo lugar, o *esforço pessoal para a vulnerabilidade*, referente ao esforço individual realizado para colocar-se em situação vulnerável²⁴³.

Na teoria da *culpabilidade pela vulnerabilidade*, a culpabilidade estará ligada ao grau de esforço realizado pela pessoa para encontrar-se vulnerável no momento de cometimento de um tipo de injusto, sendo evidente que este esforço é *maior* para aqueles indivíduos melhor colocados na sociedade, pois em estado menos vulnerável; e *menor* para aqueles sobreviventes à situação de miséria que, por habitarem regiões discriminadas e se adequarem a estereótipos preconceituosos, estão em prévio estado de vulnerabilidade muito maior:

[...] a maior parte dos criminalizados não realiza grandes esforços para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade, pois partem de um estado bastante elevado e lhes basta muito pouco para que neles se concretize a perigosidade do poder punitivo, já que o mais simples é selecionar aqueles que andam pelas ruas ostentando seus caracteres estereotipados.²⁴⁴

A exigência de *individualização da pena* decorrente do princípio da culpabilidade possibilita a inclusão da experiência social concreta do acusado na formação do juízo de reprovabilidade, “as oportunidades que se lhes depararam e a assistência que lhes foi ministrada, correlacionando a sua própria responsabilidade a uma responsabilidade geral do Estado que vai impor-lhes a pena”²⁴⁵.

Citado por Nilo Batista, o artigo 5º, inciso I, do Código Penal alemão de 1968 possibilita abertura para esta visão: “uma ação é cometida de forma reprovável quando seu autor, não obstante as possibilidades de uma conduta socialmente adaptada que lhes tenham sido oferecidas, realiza, por atos irresponsáveis, os elementos legalmente constitutivos de um delito ou de um crime”²⁴⁶. Sob a perspectiva de um *uso alternativo do direito*²⁴⁷, é

²⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Lectio Doctoralis: Culpabilidad por la vulnerabilidad. In: **Nueva Doctrina Penal**, p. 336.

²⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Lectio Doctoralis: Culpabilidad por la vulnerabilidad. In: **Nueva Doctrina Penal**, p. 336. Trad. livre. No original: “el grueso de los criminalizados no realiza grandes esfuerzos por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad, pues parten de un estado bastante elevado y les basta muy poco para que se concrete en ellos la peligrosidad del poder punitivo, dado que los más sencillo es seleccionar a quienes andan por la vía pública ostentando sus caracteres estereotípicos”.

²⁴⁵ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 104-105.

²⁴⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 105.

²⁴⁷ “A proposta [...] pode ser enquadrada metodologicamente, desde a perspectiva do Movimento do Direito Alternativo (MDA), na esfera do *uso alternativo do direito*, pois perfaz o projeto de humanização do direito (penal) desde a releitura do sistema de direito positivo vigente utilizando as lacunas, ambigüidades, crises e incoerências da lei para efetivar direitos sonogados”. In: CARVALHO, Amílton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**, p. 80.

possível ainda *atenuar* a pena com amparo legal no artigo 66 do Código Penal brasileiro²⁴⁸, referente às circunstâncias atenuantes inominadas, passíveis de aplicação em casos cujas circunstâncias sejam insuficientes para a configuração da inexigibilidade de conduta diversa por conflito de deveres²⁴⁹. Para Salo de Carvalho, trata-se de um mecanismo que contribui na luta por igualdade e justiça social, em cuja aplicação não deve ser considerado apenas o aspecto econômico do acusado mas também as condições de sua formação intelectual e educativa²⁵⁰. Há crescente aceitação na aplicação deste dispositivo, como se pode depreender das jurisprudências citadas por Carvalho²⁵¹ e em decisões proferidas em 1º grau²⁵². Há ainda, outros exemplos de dispositivos legais ricos nesse sentido:

O Código Penal colombiano, em seu art. 64, determina a atenuação da pena em face da indulgência. O mesmo ocorre na Argentina (art. 41), quanto à maior ou menor dificuldade do autor para prover seu sustento ou de familiares; na Bolívia (art. 38), quando trata da situação econômica e social do réu; no Equador (art. 29), no momento em que refere à indigência, família numerosa e à falta de trabalho do imputado; no México (art. 52) e Peru (art. 51), há enumeração das condições econômicas do agente; no Paraguai (art. 30), vincula-se a conduta do indivíduo ao seu estado de miserabilidade²⁵³.

É importante ressaltar que não há, aqui, a revalorização de um direito penal do autor, mas uma “otimização do direito penal do fato”, pois se tratam de circunstâncias constatáveis empiricamente e que constituem dados *objetivos* na relação entre conduta e delito²⁵⁴.

Na medida em que a *culpabilidade pelo ato* por si só é incapaz de fundamentar a reprovação, tendo em vista sua deslegitimação ética decorrente da constatação da seletividade do sistema²⁵⁵, ela pode funcionar tão somente como limite máximo ao poder de punir, devendo ser necessariamente conjugada a outra concepção que incorpore a consciência desta seletividade. Ignorando-se o exercício de um poder seletivo, pode até

²⁴⁸ Código Penal, art. 66: “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

²⁴⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 586.

²⁵⁰ CARVALHO, Amílton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**, p. 75.

²⁵¹ CARVALHO, Amílton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**, p. 75-77.

²⁵² Vale conferir, nesse sentido: PRADO, Geraldo. **Da Co-Responsabilidade do Estado**: sentença proferida sobre o processo n. 14426. Disponível em: http://www.direitosfundamentais.com.br/download/co_responsabilidade.doc. Acessado em 30/08/06.

²⁵³ CARVALHO, Amílton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**, p. 73.

²⁵⁴ CARVALHO, Amílton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**, p. 75.

²⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Lectio Doctoralis: Culpabilidad por la vulnerabilidad*. In: op. cit., p. 331. “Esta constatación provoca un vaciamiento ético de la doctrina jurídico penal. [...] el reproche pierde legitimidad ética cuando se le formula sólo a unos pocos seleccionados entre los más vulnerables.”

estar-se a apresentar um “discurso penal de ato”, mas estar-se-á exercitando um autêntico poder punitivo de autor²⁵⁶.

Neste sentido:

A culpabilidade pela vulnerabilidade não é um corretivo da culpabilidade pelo ato, mas seu contraponto dialético, do qual surgirá a culpabilidade penal como síntese. [...]. Pode-se objetar que a culpabilidade pela vulnerabilidade é uma culpabilidade de autor, ainda que não haja motivos para dizê-lo; [...]. Admitindo-se, porém, *ad argumentandum*, que o seja, não teria importância, visto que na pior das hipóteses resultaria em um grau equivalente ao da culpabilidade pelo ato. Não afetaria nenhuma garantia constitucional nem jushumanista uma culpabilidade de autor que serviria apenas para reduzir ou deixar igual a intensidade do poder punitivo segundo indicado pela culpabilidade pelo ato.²⁵⁷

A proposta é também coerente para com o critério e princípio da ética da libertação, na medida em que é a inserção de um elemento *material*– a *seletividade* do sistema penal – na fundamentação do juízo de reprovação que permite a crítica ética deste e sua reformulação incorporando a consciência daquela seletividade.

²⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Lectio Doctoralis: Culpabilidad por la vulnerabilidad. In: **Nueva Doctrina Penal**, p. 335.

²⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Lectio Doctoralis: Culpabilidad por la vulnerabilidad. In: **Nueva Doctrina Penal**, p. 337. Trad. Livre. No original: “La culpabilidad por la vulnerabilidad no es un correctivo de la culpabilidad por el acto, sino su contracara dialéctica, de la que surgirá la culpabilidad penal como síntesis. [...]. Puede objetarse que la culpabilidad por la vulnerabilidad es culpabilidad de autor, aunque no hay razones para creerlo; [...]. Pero incluso admitiendo *ad argumentandum* que lo sea, carecería de importancia, dado que en la peor de las hipótesis sólo podría resultar en la síntesis un grado equivalente al de la culpabilidad por el acto. No afectaría ninguna garantía constitucional ni jushumanista una culpabilidad de autor que sólo sirviera para reducir o dejar igual la magnitud de poder punitivo habilitada según lo indicado por la culpabilidad por el acto.”

CONCLUSÃO

É importante registrar, por fim, que a abertura do juízo de reprovabilidade para as condições reais de miséria do povo, que são regra e não exceção, insere-se na proposta de uma *política criminal radical*, fundada na interpretação diferenciada da criminalidade conforme a posição de classe do autor e na descriminalização e despenalização da criminalidade das classes dominadas²⁵⁸; mantendo por horizonte a abolição da prisão e a transformação da estrutura econômica e das superestruturas jurídicas e políticas do capitalismo.

Nesse sentido atenta-se para o fato de que, neste específico modo de produção,

a indicação das estatísticas é no sentido de que a imensa maioria dos crimes é contra o patrimônio, de que mesmo a violência pessoal está ligada à busca de recursos materiais e o próprio crime patrimonial constitui tentativa normal e consciente dos deserdados sociais para suprir carências econômicas.²⁵⁹

O entendimento jurisprudencial majoritário pouco reconhece o conflito de deveres em condições sociais adversas enquanto causa supralegal de exculpação, ou o conceito de culpabilidade pela vulnerabilidade, em relação aos delitos contra o patrimônio²⁶⁰; o que é compreensível considerando os objetivos *reais* ou *ocultos* do sistema penal.

No entanto, há situações em que o “ser humano concreto, expressão bio-psíquico-emocional deformada de relações sociais desumanas, reage contra a violência da estrutura econômica da sociedade, instituída pelo Direito e garantida pelo poder do Estado, utilizando a única alternativa real de sobrevivência animal disponível, a violência individual”²⁶¹.

Nestas circunstâncias, a violação de direitos básicos pela violência estrutural ou institucional *não pode* ser autorizada pela garantia legal do direito de propriedade, pois “são criminosos (e criminógenos) os sistemas sociais que produzem, através de suas estruturas

²⁵⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**, p. 119-120.

²⁵⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**, p. 12.

²⁶⁰ Vale o registro da construção doutrinária e jurisprudencial referente ao *furto famélico*, definido como o furto praticado por alguém compelido pela fome e pela necessidade urgente e inadiável de se alimentar. No entanto, o entendimento majoritário o compreende como estado de necessidade justificante, e não como causa supralegal de exculpação.

²⁶¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 340.

econômicas e instituições jurídicas e políticas do Estado, as condições necessárias e suficientes para a existência do comportamento criminoso”²⁶².

Não se está, sublinhe-se, a estabelecer “relações simétricas e deterministas entre o modelo econômico e os índices de criminalidade”²⁶³, na medida em que tal concepção somente poderia ser verificada a partir de uma concepção ontológica do delito, o que não ocorre desde o marco da criminologia crítica e radical.

Não se trata, em segundo lugar, de uma culpabilidade que tutela *valores éticos* e despreza os elementos normativos. Se todo o direito deve ter uma “aspiração ética”, porque “quer regular a conduta humana em sociedade e comina para que os homens se adaptem a suas regulações”²⁶⁴, tal aspiração é *limitada racionalmente* pelo conceito de *bem jurídico* que, não obstante suas funções reais apontadas pela criminologia crítica, é tomado, ainda, como fundamental ao Estado Democrático de Direito.

A inserção de um critério *material* pautado nas necessidades *reais* da vida *concreta* não esvazia, portanto, o conceito normativo de culpabilidade, mas em sentido contrário o reinterpreta e o reconstrói.

Também não caberia dizer que se estaria a atribuir ao magistrado a possibilidade de um juízo por demais subjetivo ou pessoal acerca do comportamento do agente²⁶⁵. Afinal, desde que adotada a posição de que a *inexigibilidade* de comportamento diverso vige enquanto causa *supralegal* de exculpação, não se extrapola o juízo de *valoração* inerente à definição de culpabilidade.

O juiz é, segundo Cirino dos Santos, “a principal figura do processo de criminalização”, cuja decisão pela sentença condenatória é o resultado de um processo conjuntamente intelectual e emocional, condicionado à *ideologia jurídica* e à sua *própria ideologia*, não havendo que se falar em *neutralidade* mas em um “contexto de emoções que caracterizam o juiz como ser humano submetido às contradições que marcam sua posição no processo de criminalização em uma sociedade de classes”²⁶⁶.

²⁶² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**, p. 50-51.

²⁶³ CARVALHO, Amílton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**, p. 85.

²⁶⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**, p. 96.

²⁶⁵ Ademais, tratar-se-ia de notável incoerência a argumentação nesse sentido por parte de quem tem por costume a interpretação do artigo 59 do Código Penal “adivinhand” personalidades “voltadas para o crime” e presumindo a culpabilidade do agente mediante critérios, estes sim, inadmissíveis sob um ponto de vista democrático.

²⁶⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **As raízes do crime**, p. 139-140.

Não se pode esquecer, no momento da análise do cometimento de um tipo de injusto no caso concreto e formulação de uma decisão condenatória ou absolutória, quão freqüentemente “roubar os recursos de nações inteiras é chamado de ‘promoção do livre comércio’”, e “roubar famílias e comunidades inteiras de seu meio de subsistência é chamado ‘enxugamento’ ou simplesmente ‘racionalização’”²⁶⁷.

Na *originária situação de injustiça* em que estão mergulhados os povos situados na periferia do capitalismo, a dificuldade da superação da interpretação da violência como fenômeno meramente individual parece representar, dramaticamente, um discurso conveniente ao poder, por um lado, e a incapacidade de uma sociedade em compreender seus próprios problemas, por outro.

Resta lutar como quem caminha, passo a passo, pela transformação lenta, mas verdadeira, dos discursos hegemônicos; buscando, no valor da *utopia*, horizontes de uma nova forma de organização social em que efetivamente vigore o princípio da obrigação de produção, reprodução e desenvolvimento da vida concreta de cada sujeito em comunidade.

²⁶⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**, p. 131.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BARATTA, Alessandro. Che cosa è la criminologia critica?. In: **Dei delitti e delle Pene**, Bari, n. 1, 1991, pp. 53-81.

_____. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal:** introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

_____. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. In: **Fascículos de Ciências Penais**, ano 6, n.2, abr.mai.jun.1993, pp. 44-61.

_____. Notas para uma teoría de la liberación. In: **Revista Poder y Control**, Barcelona, n. 1, 1987, pp. 107-119.

BARRETO, Vicente de Paulo [coord.]. **Dicionário de Filosofia do Direito.** 1. ed. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, co-edição Editora Renovar, 2006.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas.** São Paulo: Jorge Zahar, 1991.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal.** V. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

_____. **Istituzioni di Diritto e Procedura Penale.** Padova: Cedam, 1966.

BUSSOLA, Carlo; CARNIELLI, Adwalter; FRANS VAN DEN, Karel; KROHLING, Aloísio; OLIVEIRA, Admardo de; ROCHA, Geraldo; SCHWEDER, Sérgio; SOARES, Agostinho. **Introdução ao pensamento filosófico.** São Paulo: Edições Loyola, 1981.

CARVALHO, Amílton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Salo de. Criminologia e transdisciplinariedade. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 13, n. 56, set.out. 2005, pp. 308-333.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social.** Rio de Janeiro. Forense, 1983.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical.** 2. ed. Curitiba: ICPC : Lumen Juris, 2006.

_____. **As raízes do crime:** um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. Culpabilidade: desintegração dialética de um conceito metafísico. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 63, n. 15/16, jul.dez. 1974, pp. 51-64.

_____. **Direito Penal:** Parte Geral. 1. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Por um direito da libertação ou uma libertação do direito. In: **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, Curitiba, n. 16, 1991, pp. 129-139.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade. Culpa. Direito Penal.** 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão.** 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

_____. **Filosofia da libertação:** crítica à ideologia da exclusão. São Paulo: Paulus, 1995.

FABRICIUS, Dirk. **Culpabilidade e seus fundamentos empíricos.** Curitiba: Juruá, 2006.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada.** São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FEIJÓO, José Carlos Valenzuela. O Estado neoliberal e o caso mexicano. In: LAURELL, Asa Cristina (org.). **Estado e políticas sociais no neoliberalismo.** 3. ed. São Paulo: Cortez Editora, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. Vários tradutores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar:** a escola do mundo ao avesso. Porto Alegre: L&PM, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre factibilidade e validade. v.1. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo:** noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

JESCHEK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal:** parte general. Granada: Comares, 1993.

KOWARICK, Lucio. **Capitalismo e marginalidade na América Latina.** 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1992.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LUDWIG, Celso Luiz. **A Alternatividade Jurídica na Perspectiva da Libertação**: uma leitura a partir da filosofia de Enrique Dussel. Curitiba: 1993, UFPR, Dissertação (Mestrado em Direito).

_____. A transformação jurídica na ótica da filosofia transmoderna: a legitimidade dos novos direitos. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, UFPR, n. 41, 2004, pp. 29-42.

_____. Da Ética à Filosofia Política Crítica na Transmodernidade: Reflexões desde a Filosofia de Enrique Dussel. FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.) **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, pp. 283-325.

_____. Discurso e Direito. Texto Inédito. Apresentado no evento **Discurso e Direito**, em 05/08/2006. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná.

MACHADO, Luiz Alberto. Estado de necessidade e exigibilidade de outra conduta. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 62, v. 447, jan. 1973, pp. 293-305.

MARRAFON, Marco Aurélio. Hermenêutica e argumentação ético-material na aplicação do Direito. In: **Revista Crítica Jurídica**, n. 24, jan.dez.2005., pp. 91-119.

MENDIETA, Eduardo. Política en la era de la globalización: crítica de la razón política de Enrique Dussel. In: **Revista Crítica Jurídica**, n. 20, jan.jul. 2002, pp. 37-54.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito Penal e Controle Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte especial (arts. 121 a 234). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes**. Curitiba: 2004, UFPR, Tese (Doutorado em Direito).

_____. **Direito infracional**: garantismo, psicanálise e movimento antiterror. Florianópolis: Habitus, 2005.

ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. In: **Revista de Direito Penal**, n. 11/12, jul. dez. 1973, pp. 7-20.

_____. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. In: _____. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 133-163.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Do Pós-Moderno ao Pós-Colonial. E para além de um e outro**. Texto apresentando no VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais. Coimbra, 16 a 18 de Setembro de 2004. Disponível em: http://www.ces.uc.pt/misc/do_pos-moderno_ao_pos-colonial.pdf. Acessado em: 05/07/06.

_____. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

SCARANO, Luigi. **La non esigibilità nel diritto penale**. Napoli: Libreria Humus, 1948.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Filosofia Jurídica da Alteridade**. Curitiba: Juruá Editora, 1999.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 6, n. 24, out.dez. 1998, pp. 145-156.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 2001.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. In: WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do Direito: o sonho acabou**. Vol. II. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, pp. 27-34.

WESSELS, Johannes. **Direito penal (aspectos fundamentais)**. Porto Alegre: Fabris, 1976.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 5, n. 20, out.dez. 1997, pp. 13-23.

_____. Lectio Doctoralis: Culpabilidad por la vulnerabilidad. In: **Nueva Doctrina Penal 2003/An**, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, pp. 325-340.