

ALLANA CAMPOS MARQUES

UMA ANÁLISE CRÍTICA DO JUÍZO DE CENSURA PENAL

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais. Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Alberto Machado

CURITIBA

2001

ALLANA CAMPOS MARQUES

UMA ANÁLISE CRÍTICA DO JUÍZO DE CENSURA PENAL

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

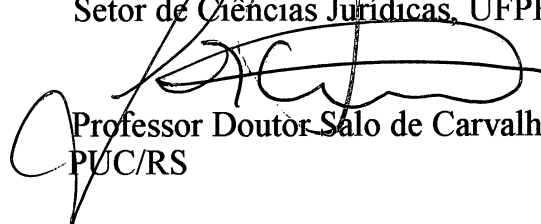
Orientador:



Professor Doutor Luiz Alberto Machado
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR



Professor Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR



Professor Doutor Salo de Carvalho
PUC/RS

Curitiba, 23 de março de 2001

Ao meu pai e à minha mãe, Agostinho
e Ailce, sem os quais este sonho não
se tornaria realidade.

Agradecimento especial a meu pai *Agostinho Ramalho Marques Neto*, pela orientação, pela confiança depositada no desenvolvimento e finalização deste trabalho e pela formação crítica e humanística; a *Ricardo Schrappe*, pelo amor e compreensão dedicados nos momentos difíceis e pela contribuição direta para a materialização da pesquisa; à minha mãe *Ailce Aires Campos* e às minhas irmãs *Adriana Campos Marques* e *Adelana Campos Marques*, pelo carinho e por todo o apoio concedido durante estes anos; ao orientador *Luiz Alberto Machado*, pela contribuição para a minha formação; ao amigo *David Sánchez Rubio*, pela ajuda a esta pesquisa e pela formação acadêmica crítica; à psicanalista *Jandyra Kondera Mengarelli*, pelo apoio terapêutico; a *Dieter Schrappe*, *Vania Schrappe*, *Bruno Schrappe* e *Andréa Schrappe*, pelo convívio e amizade; aos amigos e às amigas agradeço pela convivência alegre durante esta jornada, em especial a *Lílian Didoné*, a *Ana Carla Harmatiuk Matos*, a *Mírian Gonçalves*, a *Audren Azolin*, a *Ana Lourena Moniz Costa*, a *Elisabeth Bittencourt*, a *Jesus Salomão*, a *Maria Christina de Almeida*, a *Rosecleya B. Albuquerque Barradas* e a *Carlos Roberto Bacila*; aos meus queridos alunos das *Faculdades do Brasil*, pela inesquecível experiência e pela contribuição emanada de nossas reflexões; às secretárias do *Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná*; e à *CAPES*, pela concessão da bolsa de Demanda Social. A todos, minha gratidão.

"São muitas as motivações de um pesquisador. Mas o fundamental é ter confiança na própria imaginação e saber usá-la. Essa confiança significa a percepção de que se pode intuir uma realidade da qual se conhece apenas um aspecto, à semelhança do que faz um paleontólogo. O valor do trabalho do pesquisador traduz, portanto, a combinação de dois ingredientes: imaginação e coragem para arriscar na busca do incerto".
(Celso Furtado, O Capitalismo Global).

SUMÁRIO

RESUMO	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUÇÃO	1
PARTE I – PARA PENSAR A CULPABILIDADE	5
CAPÍTULO 1 – A CULPABILIDADE NA TEORIA DO CRIME	5
CAPÍTULO 2 – ELEMENTOS DA CULPABILIDADE	33
PARTE II – CULPABILIDADE E EXCLUSÃO SOCIAL: A NEGAÇÃO DO PRINCÍPIO	55
CAPÍTULO 3 – A NOVA ORDEM MUNDIAL EXCLUDENTE	55
CAPÍTULO 4 – A NEGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE	74
CONCLUSÃO	103
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	107
ÍNDICE	112

RESUMO

A pesquisa desenvolveu-se tendo por objetivo analisar o princípio da culpabilidade penal, categoria essencial para a aplicação da pena, em face da realidade social brasileira. Desta maneira, visa a colaborar para as reflexões acerca do próprio fundamento do juízo de censura penal, ainda aceito como o poder de agir conforme o direito, herança do classicismo do século XIX. Sendo a exclusão social o contexto no qual o princípio tem a sua aplicação, questiona-se a sua eficácia em relação a indivíduos excluídos dos meios legítimos de acesso à cultura “oficial” e, portanto, do acesso às normas jurídicas. Nesse sentido, a pesquisa direciona-se para o problema da exclusão social no Brasil, analisada como consequência da globalização neoliberal, gerando situações de desconhecimento do direito e anomia, atualmente encobertas pelo aumento da criminalidade. Ao percorrer este caminho, tornou-se imprescindível fazer referência à análise criminológica das subculturas criminais, a qual aparece nesta esteira de marginalidade e exclusão social como fator de fundamental importância para o estudo da possibilidade de atuar conforme o direito. A análise criminológica das subculturas nega o fundamento da culpabilidade, tendo em vista que os indivíduos pertencentes a determinada subcultura aprendem normas e valores distintos das normas e valores da cultura “oficial”, através de técnicas de aprendizagem subculturais. Portanto, somente aparentemente tais indivíduos teriam a liberdade de agir conforme as normas jurídicas. Neste sentido, faz-se o questionamento de categorias jurídicas fundamentais relacionadas à culpabilidade, como o erro de compreensão. Destaca-se a importância do papel do juiz neste contexto, sob o prisma do princípio da dignidade da pessoa humana, de forma a ser alcançado o respeito aos direitos humanos.

ABSTRACT

The research was developed with the goal to analyze the principle of criminal culpability, essential category for the application of the penalty, concerning Brazilian social reality. In this way, it aims to collaborate to the reflections toward the very foundations of the judgment of criminal censorship, still accepted as the power to act conforming the law, an inheritance of XIX century's classicism. Being social exclusion the context in which the principle has its application, its effectiveness regarding the individuals excluded from the legitimate means of access to the "official" culture, and therefore to the juridical norms, is questioned. In this sense, the research leans toward the problem of social exclusion in Brazil, analyzed as a result of the neoliberal globalization, generating situations of unfamiliarity with the law and anomie, currently hidden by the increase of criminality. When covering this path, it became essential to mention the criminological analysis of criminal subcultures, which appears in this gamut of marginality and social exclusion as a basic factor for the study of the possibility to act conforming the law. The criminological analysis of subcultures denies the foundations of culpability, in face that the individuals pertaining to a certain subculture learn norms and values that are distinct from those of the "official" culture, through techniques of subcultural learning. Therefore, such individuals would only apparently have the freedom to act according to juridical norms. In this sense, fundamental juridical categories related to culpability, such as misunderstanding, are questioned. The importance of the judge's role in this context is stressed under the prism of the principle of individual dignity, as a way of assuring the observance of the human rights.

INTRODUÇÃO

A presente investigação terá por objeto o estudo do princípio da culpabilidade e a realidade social brasileira, tendo em vista o caráter não-garantidor que o princípio da culpabilidade penal assume em situações de exclusão social. Em vista da existência de grupos excluídos da cultura oficial, busca-se demonstrar a necessidade de aplicação desse princípio com vistas à realidade social, a fim de que os valores da dignidade da pessoa humana e da igualdade (na medida das diferenças de cada grupo social), sejam alcançados.

Um dos fundamentos do Estado Democrático brasileiro, preconizado na Constituição Federal de 1988, é justamente a dignidade da pessoa humana, o que traz como pressuposto a aplicação e o reconhecimento de princípios justos e reconhecedores das diferenças, para que se torne um princípio igualmente garantido a todos, incondicionadamente.

A pesquisa será feita a partir de um enfoque crítico ao fundamento do juízo de censura penal. Não se pretende apresentar uma teoria crítica da culpabilidade, mas tentar alcançar os mesmos objetivos, analisando a aplicação do princípio numa sociedade em constante transformação - não se contentando em "descrever o estabelecido ou contemplar equidistantemente os fenômenos sociais e reais"¹ -, provocando a "autoconsciência dos agentes e dos grupos que estão em desvantagem e/ou em desigualdade, e que sofrem as injustiças por parte dos setores dominantes, das classes ou elites privilegiadas" e servindo ao "esclarecimento e à emancipação, indo ao encontro dos anseios, interesses e necessidades dos realmente oprimidos"².

O princípio da culpabilidade tem seu fundamento na liberdade de agir

¹ WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução ao pensamento jurídico crítico, p. 16.

² Idem, p. 20.

conforme o direito. É um princípio que garante, visto que limita a atuação estatal quando da aplicação da sanção penal, na medida em que o direito à liberdade do sujeito que atua contrariamente à norma está protegido contra o arbítrio do Estado. Segundo esse princípio, o direito à liberdade só pode ser violado se a ação for praticada por um sujeito culpável.

Neste sentido, a culpabilidade pode ser excluída ou reduzida nos casos de inimputabilidade, erros de proibição que reduzem ou excluem a consciência da antijuridicidade, e inexigibilidade de comportamento diverso ao do ato praticado.

A teoria normativa da culpabilidade constitui um avanço em relação às demais, conforme veremos adiante. Entretanto, a sua aplicação no Brasil traz questionamentos importantes quando analisada em face da realidade de exclusão social, agravada pela nova ordem mundial de globalização neoliberal.

Apesar de limitar a atuação do Estado quando da aplicação da pena e de ter surgido como uma ruptura à responsabilidade penal objetiva, a aplicação do princípio da culpabilidade pode deixar à margem inúmeras situações e, por isso, tornar-se, em certas circunstâncias, mais um fator de exclusão social e desrespeito aos direitos fundamentais.

Não há dúvidas de que a culpabilidade tem um caráter garantidor. Como um princípio consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro, possibilita a garantia do direito de liberdade, mas apenas quando utilizado em situações específicas, situações em que se torna justa a sua utilização. É um princípio garantidor para as pessoas, por exemplo, que alcançaram os meios legítimos para adquirir a cultura oficial e através dela atuaram em conformidade com a norma, ou pelo menos, mesmo atuando de forma diversa, tinham a efetiva possibilidade de agir conforme o direito. Internalizaram os princípios, normas e valores dessa cultura dita “oficial”, enquanto que os demais, igualmente sujeitos ao princípio da culpabilidade e cujas normas e valores interiorizados podem ter sido outros, próprios da (sub)cultura a que pertencem, não assimilaram a cultura oficial. Às vezes a desconhecem, o que não é escusável; às vezes

a conhecem, mas não a compreendem, o que não impede a atribuição do juízo de censura.

A grande questão, portanto, que deve ser analisada, diz respeito às hipóteses em que a utilização do princípio é inadequada, constituindo-se em verdadeira ofensa aos direitos fundamentais e ao próprio Estado Democrático de Direito. Não significa que toda a teoria deva ser refutada, mas apenas que, em face de uma realidade social como a brasileira, ela deve ser objeto de cuidadosa revisão, que permita pensar a possibilidade de uma aplicação que leve em consideração o pluralismo cultural existente em nossa sociedade. Nesse sentido, o papel do juiz terá fundamental importância.

Para tanto, será necessário o estudo da culpabilidade penal e, de maneira mais geral, o estudo de todas as hipóteses que a excluem e a reduzem, adotando-se a teoria normativa, dando ênfase à problemática do erro de proibição, que está implicado na investigação, e do conflito de deveres. Indispensável, para tanto, será a análise da globalização neoliberal como agravante da exclusão social e do desconhecimento do direito, a fim de possibilitar o confronto entre a teoria das subculturas criminais e o fundamento da culpabilidade.

O ponto central da investigação é justamente a situação dos excluídos ante o Direito Penal brasileiro e a existência de um pluralismo cultural que tem eficácia maior, às vezes, que a da estrutura da cultura oficial, na internalização da norma por parte dos sujeitos.

Partimos do pressuposto de que a aplicação do princípio da culpabilidade em determinadas situações pode resultar em verdadeira violação aos direitos fundamentais reconhecidos por um Estado Democrático de Direito. Tais situações são caracterizadas pela ausência de compreensão da norma jurídica, como resultado da interiorização de normas e valores distintos daqueles que integram o sistema oficial. São situações que devem ser verificadas de acordo com a estrutura social de que os sujeitos fazem parte e com as relações econômicas e políticas de tal sociedade.

A investigação iniciar-se-á a partir da análise da teoria da culpabilidade para que seja possível confrontá-la com a teoria das subculturas criminais e apresentar elementos teóricos suficientes para o questionamento do “poder de agir conforme o direito”, fundamento do juízo de censura penal. Para a análise inicial da culpabilidade, será necessária a exposição da evolução do seu conceito, desde a teoria psicológica até a atual teoria normativa.

PARTE I – PARA PENSAR A CULPABILIDADE

CAPÍTULO 1 – A CULPABILIDADE NA TEORIA DO CRIME

1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Antes de analisarmos a teoria da culpabilidade, é importante tecer algumas considerações acerca do próprio conceito de culpa, que ocupa um lugar central na idéia de juízo de censura penal.

Torna-se imperioso esclarecer em que sentido será utilizado o termo “culpa” nesta pesquisa, a fim de evitar confusões e equívocos desnecessários. A palavra “culpa” nos remonta à idéia de pecado, com conotações religiosas, conseqüência do deslocamento dos estudos da teologia da época medieval para o campo do direito³. Não é entretanto neste sentido de violação à moral ou à ética religiosa que o termo será aqui empregado.

Tratar de culpabilidade é tratar de um juízo de censura. Culpa – em sentido lato, não a culpa verificável quando da violação a um dever de cuidado, na teoria do tipo – é censura, isto é, é um juízo de reprovação atribuído ao sujeito que atua de forma contrária aos mandos ou proibições do direito. Trata-se de um juízo de valor que é atribuído pelo juiz ao sujeito que praticou um injusto penal, independentemente de qualquer verificação de sentimento de culpa interior.

Portanto, culpabilidade e censurabilidade terão aqui o mesmo significado.

³ VELO, Joe Tennyson. O juízo de censura penal: o princípio da exigibilidade de conduta diversa e algumas tendências, p. 97. O autor analisa a culpa penal como um problema filosófico, resgatando pensamentos de autores como Bettiol e Figueiredo Dias.

Inobstante ser o termo censurabilidade mais preciso para indicar o juízo de valor atribuído ao sujeito que praticou o injusto, o termo culpabilidade ainda tem predominância na doutrina penal, motivo pelo qual também será utilizado nesta pesquisa.

Apresentados estes esclarecimentos iniciais, será iniciada a análise da evolução histórica da culpabilidade.

1.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE CULPABILIDADE

1.2.1. A teoria psicológica

A teoria psicológica é consequência da separação ocorrida na dogmática jurídico-penal entre injusto e culpabilidade, através da teoria causal da ação⁴, e,

⁴ A teoria causal, elaborada na Alemanha por Liszt, Beling e Radbruch, afirma que ação é uma conduta humana voluntária que cause uma modificação no mundo exterior. Esta teoria reduz “o conceito de ação a um processo causal, prescindindo, por conseguinte, da vertente da finalidade” (CONDE, Francisco Muñoz. Teoria geral do delito, p. 13). Na teoria causal encontra-se a primeira relação entre antijuridicidade, como o processo causal externo, e culpabilidade, como o conteúdo da vontade interno, resultando disto a primitiva concepção psicológica da culpabilidade, segundo a qual esta seria tão-somente o vínculo psíquico entre autor e fato, enquanto que restaria ao setor da antijuridicidade o elemento objetivo da lesão de bens jurídicos. Os elementos da culpabilidade seriam o dolo e a culpa em sentido estrito. O fracasso da teoria causal foi consequência da descoberta de elementos subjetivos no tipo, terminando com a clássica separação entre o causal-objetivo da antijuridicidade e o anímico-subjetivo da culpabilidade. Verificou-se que a tentativa não é um mero processo causal, mas que para ser caracterizada necessita do dolo, ficando demonstrado que o tipo dos delitos tentados é composto também de elementos subjetivos, tais como o dolo; e, por conseguinte, o tipo dos delitos consumados também o é, visto que, havendo a necessidade do dolo para configurar a tentativa, conclui-se logicamente que este elemento também é essencial para a fase da consumação da ação. Só é possível determinar se houve uma tentativa de homicídio ou apenas de lesão corporal através da análise do conteúdo da vontade consciente do autor, ou seja, qual era o fim almejado pelo mesmo. Como afirma Hans WELZEL, “la tentativa no es un mero proceso causal al que falta el efecto, sino una acción que apunta a un resultado propuesto, luego una acción en la que el contenido de voluntad es un elemento constitutivo” (Derecho Penal Alemán, p. 63). Ademais, o conceito de culpabilidade como sendo o vínculo psíquico entre autor e fato não se fazia presente nos casos de culpa inconsciente, o que demonstrou a fragilidade da teoria causal. E, finalmente, nos delitos

portanto, entre elementos objetivos e elementos subjetivos do delito.

Segundo a teoria psicológica, a culpabilidade é tão-somente a fase subjetiva do crime. Todo o conteúdo da culpabilidade se esgota no vínculo psíquico – na forma de dolo ou de culpa –, que prende o agente ao seu ato. A relação subjetiva do agente com a ação, cujo conceito foi reduzido a um processo causal originado em um impulso voluntário, se esgota no dolo e na culpa: “culpabilidade é uma ligação de natureza anímica, psíquica, entre o agente e o fato criminoso”⁵. Tal relação psíquica só tem relevância penal porque o sujeito é imputável. A imputabilidade aparece como pressuposto da culpabilidade ou da punibilidade, composta pelo dolo e pela culpa⁶.

Conforme afirma Hans-Heinrich JESCHECK, a teoria psicológica “arrancaba de la distinción entre la parte externa del hecho penal y sus componentes psíquicos, y se daba por satisfecho con caracterizar como culpabilidad a la totalidad de las relaciones psíquicas del autor con el acaecer externo, renunciando a captar el contenido esencial de la culpabilidad”⁷.

Com a teoria psicológica, houve a introdução de elementos psíquicos no conceito de culpabilidade: a “previsibilidade” e a “voluntariedade”, ao lado da noção de “evitabilidade” do fato praticado⁸, situada no “interior do ser humano, no seu

culposos não bastava a explicação de que estes consistiam em pura causação do resultado, sendo necessário, quando da realização da ação, a lesão ao cuidado objetivo exigido.

⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*, p. 219.

⁶ Afirma Claus ROXIN: “El pensamiento naturalista de finales del siglo XIX, que intentaba reconducir todos los conceptos jurídicos a datos empíricos explicables por las ciencias naturales, desarrolló el ‘concepto psicológico de culpabilidad’, predominante hasta comienzos de este siglo; según el mismo, la culpabilidad se concebía como la relación subjetiva del sujeto con el resultado. Se consideraban ‘formas de culpabilidad’ el dolo y la imprudencia, mientras que la mayoría de las veces la imputabilidad se caracterizaba como ‘presupuesto de la culpabilidad’ o ‘presupuesto de la pena o de la punibilidad’” (*Derecho Penal*, p. 794).

⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, p.378.

⁸ Adverte Francisco de Assis TOLEDO que essa noção de “evitabilidade” é essencial para o entendimento da pena como instrumento de intimidação, visto que “só se pode intimidar o homem, com algum proveito, com a ameaça de pena, de dor ou de sofrimento, para que deixe de praticar fatos

psiquismo, isto é, na faculdade que o homem tem de prever os acontecimentos, de não querer ou de querer esses acontecimentos e, portanto, de evitá-los, de provocá-los em certas circunstâncias, de manipulá-los”⁹. A partir desses elementos anímicos da previsibilidade e voluntariedade constituíram-se as noções de culpa (incluindo a previsibilidade do fato sem a vontade do resultado danoso) e dolo (referindo-se à previsibilidade do fato com vontade do resultado danoso)¹⁰.

A insuficiência dessa teoria pode ser demonstrada nos casos de culpa inconsciente, em que não há qualquer vínculo psíquico entre autor e fato. Conforme afirma Juan Bustos RAMÍREZ, “el naturalismo causalista constituía la culpabilidad sobre el dolo, lo que hacía difícil dar un enfoque satisfactorio de la culpa”¹¹. A teoria psicológica da culpabilidade também não foi capaz de explicar situações de “anormal motivação da vontade”¹², ou seja, as hipóteses de inexigibilidade de comportamento diverso, que se caracterizam por excluir a culpabilidade mesmo que estejam presentes o dolo ou a culpa no momento da prática do delito. FRANK, por sua vez, afirmou que a imputabilidade é elemento da culpabilidade e não seu pressuposto¹³.

indesejáveis, nocivos ao semelhante, à tribo, à comunidade, à sociedade, quando tais fatos indesejáveis são *evitáveis*, ou, por outras palavras, quando esteja na esfera do indivíduo membro *fazer* ou *não fazer* o que se quer evitar por meio da ameaça referida” (Princípios básicos de Direito Penal, p. 218).

⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de Direito Penal, p. 219.

¹⁰ Juan Bustos RAMÍREZ, ao tratar do conceito tradicional de culpabilidade, utiliza o termo “culpabilidade de vontade”, afirmando que o que se reprova é a vontade ou sua configuração (Manual de Derecho Penal Español, p. 362).

¹¹ RAMÍREZ, Juan Bustos. Manual de Derecho Penal Español: parte general, p. 357.

¹² SANTOS, Juarez Cirinos dos. A moderna teoria do fato punível, p. 206.

¹³ Citando FRANK, assim manifesta-se Claus ROXIN: Frank “subtrayó también la insuficiencia de la concepción de que la imputabilidad sea ‘presupuesto de la culpabilidad’ (es decir, presupuesto para el dolo o la imprudencia): ‘Pues también un enfermo mental puede querer la acción y representarse los elementos que convierten en delito; puede incluso saber que es un delito’; la imputabilidad no sería ‘presupuesto de la culpabilidad, sino que pertenece a la culpabilidad’. Otro argumento, no aducido por Frank, pero por lo demás mucho discutido, contra el concepto psicológico de culpabilidad consiste en que en la imprudencia inconsciente no es constatable una relación psíquica

1.2.2. A teoria normativa

A teoria psicológica foi substituída pela denominada teoria **normativa**¹⁴ da culpabilidade, fundada por FRANK¹⁵, em 1907, o qual acrescentou o componente normativo à estrutura da culpabilidade, isto é, a reprovabilidade do injusto, relacionado com a exigibilidade de agir de outro modo.

O elemento da exigibilidade de comportamento diverso foi pela primeira vez delineado por FREUDENTHAL: “la culpabilidad es la desaprobación de que el autor se haya comportado así, cuando hubiera podido y debido comportarse en forma diferente”¹⁶.

A culpabilidade não poderia mais ser um conceito apenas psicológico, mas também normativo. Existem situações especiais que não podem ser previamente definidas, mas que determinam distorções no processo de decisão do autor, ou seja, situações em que não é exigível que o agente se comporte de forma diversa daquela conforme a qual efetivamente se comportou, como, por exemplo, nos casos de coação.

del sujeto con el resultado; si se quiere mantener su carácter de culpabilidad, se ha de acudir a otro concepto de culpabilidad”. (Derecho Penal, p. 795).

¹⁴ Este segundo momento de formulação do conceito de culpabilidade também é denominada “psicológico-normativa” por alguns autores (dentre os quais podemos citar na doutrina brasileira, BRUNO, Aníbal. Direito Penal, BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal, COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Direito Penal), visto que, neste estágio de desenvolvimento da teoria, alguns elementos psicológicos permanecem, enquanto um elemento normativo é introduzido na estrutura do conceito. Eugenio Raúl ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI (Manual de Direito Penal Brasileiro) preferem denominá-la teoria “complexa”. Os autores que adotam simplesmente o termo “teoria normativa” traçam a evolução do conceito de culpabilidade a partir da teoria psicológica passando em seguida à análise da teoria normativa até chegar no seu desenvolvimento e aperfeiçoamento com a teoria final da ação formulada por Hans WELZEL. Hans-Heinrich JESCHECK (Tratado de Derecho Penal) refere-se a uma “teoria puramente normativa” da culpabilidade, quando trata do último estágio de desenvolvimento da teoria normativa, enquanto que Juan Bustos RAMÍREZ (Manual de Derecho Penal Español) faz referência ao “normativismo restringido al sujeto”, quando trata dessa mesma teoria normativa. Entendemos que desde o surgimento das idéias de FRANK já se pode falar em normativismo, razão pela qual preferimos utilizar o termo “teoria normativa” para as idéias desenvolvidas a partir deste autor.

¹⁵ ROXIN, Claus. Derecho Penal, p. 794.

¹⁶ Cf. RAMÍREZ, Juan Bustos. Manual de Derecho Penal Español, p. 359.

Trata-se de inexigibilidade de comportamento diverso ao do ato praticado, fundamentado da seguinte forma por FREUDENTHAL: se “para la no comisión del delito hubiera sido necesario un grado de capacidad de resistencia que normalmente no puede exigirse a nadie, falta con el poder el reproche, y con el reproche la culpabilidad”¹⁷.

Aparece, então, como elemento da culpabilidade, a exigibilidade de comportamento diverso, e, ao lado do dolo e da culpa, a imputabilidade, agora considerada como elemento e não como pressuposto da culpabilidade.

A concepção normativa da culpabilidade foi posteriormente desenvolvida e finalizada por WELZEL, sendo produto direto da revolução produzida pela teoria final no conceito de ação¹⁸. Surge, com isso, o conceito puramente normativo de

¹⁷ Cf. ROXIN, Claus. Derecho Penal, p. 796.

¹⁸ A **teoria final** da ação, elaborada basicamente por Hans WELZEL, tem seu fundamento na seguinte afirmação: ação humana é exercício de atividade final. Isto quer dizer que todo ato de vontade é dirigido a um fim. O conteúdo da vontade é constituído pela finalidade do autor, pelo fim que o mesmo deseja alcançar, através do acontecer causal: "En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente" (Derecho Penal Alemán, p. 53). A vontade consciente do fim dirige o acontecer causal e faz com que o homem, ao propor-se diversos fins e prever as possíveis conseqüências de seus atos, atue de forma a alcançá-los. Sem a finalidade não estaria configurado o acontecer exterior. Esta teoria pode ser também entendida através da seguinte afirmação: "Dado que la finalidad se basa sobre la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias del engranaje de la intervención causal, y merced a ello dirigirla de acuerdo a un plan a la consecución del fin, es la voluntad consciente del fin, que rige el acontecer causal, la columna vertebral de la acción final. Ella es el factor de dirección que sobredetermina el acontecer causal exterior y en virtud de esto lo convierte en una acción dirigida finalmente. Sin ella, la acción quedaría destruida en su estructura material y rebajada a un proceso causal ciego. La voluntad final pertenece, por ello, a la acción como factor integrante, ya que, y en la medida en que, configura objetivamente el acontecer exterior" (Derecho Penal Alemán, p. 54). Com isso, constatou-se que a ação é composta por elementos objetivos e subjetivos, não sendo mais aceita a separação entre processo causal externo, de um lado, e conteúdo da vontade interno, de outro. A dimensão subjetiva da ação, ou "projeto de realização" (SANTOS, Juarez Cirino dos. Teoria do Crime, p. 18), que tem como conteúdo a vontade consciente do fim, compreende a proposição do fim a ser alcançado pelo autor, a seleção dos meios necessários para a sua consecução e a consideração dos efeitos concomitantes necessários ou possíveis, ligados ao fim e aos meios selecionados. Todas essas etapas são de fundamental importância para o conceito de ação, visto que uma vez admitidas pelo autor como certas ou possíveis, ou, mesmo que não representadas, mas realizadas sem o cuidado objetivo exigido, pertencem à ação. O desvalor

culpabilidade, com a reestruturação do conceito de crime e arrumação dos elementos já anteriormente apresentados de uma outra forma.

Inicialmente esse autor percebe que o dolo, e também a culpa, não fazem parte da culpabilidade, mas da ação humana e, portanto, do tipo penal, o qual descreve a ação proibida. Assim, todos os elementos estruturais da ação situam-se no tipo legal. Os tipos dolosos de ação teriam como elementos a consciência e a vontade do fato e os tipos culposos de ação, a lesão ao cuidado objetivo exigido. Há o deslocamento dos elementos subjetivos da culpabilidade para o tipo subjetivo, ficando a culpabilidade revestida de natureza normativa e, assim, reduzida a um juízo de valor: o critério da reprovabilidade¹⁹.

Aqui, o dolo e a culpa não podem ser elementos da culpabilidade, “ya que no se refieren a la posibilidad de motivarse conforme a la norma, sino que implican, según todos reconocen, una relación con el hecho, esto es, son un aspecto subjetivo del

da ação poderá, em determinadas situações, ser apreciado independentemente do fim alcançado pelo autor, sendo determinantes os meios escolhidos ou os efeitos concomitantes representados por esse autor. Conforme afirma Francisco Muñoz CONDE, "a valoração penal pode recair sobre qualquer dessas fases da ação, desde que esta se tenha realizado no mundo exterior. Pode acontecer que o fim principal seja irrelevante do ponto de vista penal e não o sejam os efeitos concomitantes, ou os meios selecionados para realizá-lo" (Teoria geral do delito, p. 12). A dimensão objetiva da ação, ou "realização do projeto" (SANTOS, Juarez Cirino dos. Teoria do Crime, p. 18), é a concretização no mundo exterior do fim proposto, mediante os meios selecionados e após representados, ou não, os efeitos concomitantes. Essa dimensão objetiva é essencial para a concretização da ação, visto que, se não é produzido um resultado no mundo exterior, haverá apenas uma tentativa de ação final. A teoria final é a que melhor esclarece o conceito de ação (SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível, p. 31) e suas características de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, visto que possibilita a diferenciação entre fenômeno da natureza e ação humana, de modo a possibilitar, no âmbito conceitual, que a culpabilidade se baseie no poder que o sujeito tem de motivar-se de acordo com a norma, isto é, de em determinada situação o autor ter o poder de estruturar sua vontade conforme o direito. A culpabilidade, portanto, em decorrência da teoria finalista, se baseia no poder de estruturação da vontade. A questão que surge neste sentido, e que conduz a estruturação desta pesquisa, refere-se à possibilidade dessa estruturação da vontade conforme a norma. Vale lembrar, ainda, que é justamente porque o homem pode realizar ações com consciência do fim, que o direito penal pode dirigir-se a ele com normas de comando e de proibição.

¹⁹ ROXIN, Claus. Derecho Penal, p. 796.

comportamiento”²⁰.

Em vista disso, a culpabilidade não é mais aceita como mera relação psíquica entre autor e fato, passando a ser fundamentada como o juízo de reprovação que é atribuído ao autor do injusto, que podia motivar-se de acordo com a norma e não o fez. Trata-se do “poder en lugar de ello” a que se referiu Hans WELZEL, quando “el autor hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma”²¹. Nesse sentido, segundo Luiz Alberto MACHADO, “a culpabilidade é conceituada como um juízo de censura, de reprovação que se dá ao agente capaz de culpa (imputável), com potencial conhecimento do ilícito e, do qual, seja exigível uma conduta adequada aos comandos do direito”²², e seu fundamento é o livre-arbítrio, como a “capacidad para poderse determinar conforme a sentido”²³.

Portanto, os elementos da culpabilidade, com o advento da teoria normativa pura, são a imputabilidade, a possibilidade de compreensão da antijuridicidade e a exigibilidade de comportamento conforme a norma²⁴. A culpabilidade é reprovabilidade fundada na capacidade e na formação da vontade. A capacidade de vontade depende do desenvolvimento psíquico do autor, com ausência de defeitos

²⁰ RAMÍREZ, Juan Bustos. Manual de Derecho Penal Español, p. 360.

²¹ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán, p. 197.

²² MACHADO, Luiz Alberto. Direito Penal, p. 138-139.

²³ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán, p. 209.

²⁴ Eugenio Raúl ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI apresentam uma organização diferente dos elementos da culpabilidade. Afirmam, primeiramente, que o que são chamados elementos são, na verdade, requisitos. Em segundo lugar, afirmam que são dois os requisitos: “que tenha sido exigível do sujeito a possibilidade de compreender a antijuridicidade de sua conduta” e que “as circunstâncias em que agiu não lhe tenham reduzido o âmbito de autodeterminação além de um limite mínimo”. Ou seja: a culpabilidade é excluída quando não se pode exigir que o sujeito compreenda a antijuridicidade do fato, e é excluída também quando o sujeito não possa se autodeterminar conforme a compreensão que tem da antijuridicidade de sua conduta (Manual de Direito Penal Brasileiro, p. 612-613).

funcionais ou constitucionais, enquanto que a formação da vontade baseia-se na possibilidade de o sujeito ter consciência da antijuridicidade de sua conduta e de poder determinar-se de outro modo, isto é, de ser-lhe exigível um comportamento diverso ao do ato praticado.

1.3. O FUNDAMENTO DO JUÍZO DE CENSURA

A doutrina penal ainda não chegou a um consenso acerca do fundamento da culpabilidade. Com WELZEL e a teoria finalista da ação, a culpabilidade passou a fundamentar-se no “poder de agir de outro modo”. Este poder de agir de modo diverso fundamenta-se, por sua vez, numa indemonstrável liberdade de escolher entre diversas alternativas: atuar em conformidade com o direito ou de forma contrária a este. Como veremos, inúmeras críticas surgiram a esta idéia de liberdade como fundamento da culpabilidade. Inobstante os esforços utilizados para se encontrar um fundamento que respeite o caráter garantidor da culpabilidade (como forma de proteção ao direito de liberdade violado pelo Estado quando da aplicação da pena), todos os conceitos que se foram desenvolvendo ao longo do tempo não conseguiram um fundamento capaz de eliminar a idéia abstrata de liberdade e ao mesmo tempo garantir de forma incondicional os direitos dos indivíduos sujeitos à sanção penal.

Conforme já afirmado anteriormente, o fundamento do juízo de censura é o ponto central desta pesquisa, visto que é sobre ele que recairá toda a análise crítica que se pretende fazer. É fundamental, por isso, entender exatamente do que se trata esse juízo de censura penal ou culpabilidade. Podemos afirmar que culpabilidade é reprovabilidade²⁵. É um juízo de reprovabilidade que recai sobre o autor de um crime, que atuou conforme sua vontade, dirigida a um fim. É um juízo valorativo que se faz

²⁵ Os termos culpabilidade e reprovabilidade são equivalentes, justamente porque culpabilidade é reprovabilidade. Conforme explicado no item 1.1 deste trabalho, os termos culpabilidade, censurabilidade e reprovabilidade são análogos: têm o sentido de juízo de valor atribuído ao autor de um tipo objetivo de crime.

ao autor de um ilícito penal. É um juízo que está “na cabeça de quem julga, mas tem por objeto o agente do crime e sua ação criminosa”²⁶.

A base do conceito de culpabilidade encontra-se presente no **sujeito**, autor da ação típica, ou seja, é um juízo que tem seus pressupostos concretos em certas características que devem ser encontradas no autor quando da realização do fato típico e não justificado. Esse juízo de censura tem como objeto a realização não justificada de um tipo de conduta proibida por lei. E, necessariamente, tem que haver antes um *sujeito* que pratique uma *ação* qualificada como *típica* e que não esteja justificada²⁷. Então, o objeto do juízo de reprovação é o sujeito autor de um fato típico e não justificado.

O conceito de culpabilidade, entretanto, não se esgota nesta afirmação de que a reprovabilidade recai sobre uma ação típica. É mister que se determine qual o fundamento do juízo de censurabilidade, isto é, como se reprova em um sujeito a realização não justificada de uma ação típica. Ou, dizendo de outra forma, como é possível a estruturação de uma vontade responsável e conforme o direito no sujeito, para que o mesmo se abstenha de praticar atos delituosos.

Segundo Johannes WESSELS, o fundamento do princípio da culpabilidade e da responsabilidade é a liberdade de decisão entre o direito e o injusto. Os valores sociais ou morais não têm qualquer relevância para o setor da culpabilidade, pois as representações de valor do sujeito devem recair sobre as normas jurídicas²⁸.

JESCHECK afirma que “**el principio de culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión del hombre**, pues sólo cuando existe básicamente la capacidad de dejarse determinar por las normas jurídicas puede el autor ser hecho responsable de haber llegado al hecho antijurídico en lugar de dominar los

²⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*, p. 230.

²⁷ MARQUES, Allana Campos. *Culpabilidade Penal*, p. 19.

²⁸ WESSELS, Johannes. *Direito Penal*, p. 83.

impulsos criminales”. E continua afirmando que um direito penal orientado pelo princípio da culpabilidade tem que se enfrentar com a “problemática da liberdade de vontade”²⁹.

1.3.1. Livre-arbítrio e determinismo

Segundo Hans WELZEL, o fundamento da culpabilidade é o livre-arbítrio, entendido como “liberdade de vontade”. O livre-arbítrio reside na seguinte fórmula: o sujeito “podia ter agido de modo diferente, isto é, como devia”³⁰.

Esse conceito de culpabilidade fundamentado no livre-arbítrio é consequência da influência do segundo momento da Escola Clássica³¹, que,

²⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, p.367.

³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. Liberdade – Culpa – Direito Penal, p. 22. Jorge de Figueiredo DIAS utiliza o termo culpa, devendo ser entendida em sentido amplo, o mesmo que culpabilidade. Sobre a questão da liberdade como fundamento da culpa, ele afirma que “onde, porém, um tal entendimento da liberdade aparenta ganhar a sua definitiva cidadania como fundamento da culpa é no acentuar-se que só por esta via se obtém o ingrediente *ético* que – com razão – se pensa consubstancial àquele conceito. Eticamente só parece poder censurar-se alguém por aquilo que, do ponto de vista da vontade, fez culposamente: tudo o resto, tudo aquilo contra o que o agente *nada podia* do ponto de vista da vontade, pode ser lamentado ou objectivamente desaprovado, mas não lhe pode ser imputado como culpa. *Culpa é censurabilidade do comportamento humano, por o culpado ter querido actuar contra o dever quando podia ter querido actuar de acordo com ele*”. O autor continua: “Eis a tese do *indeterminismo psicológico* indefectivelmente ligada a uma concepção *ética* da culpa – diríamos mesmo, à única concepção eticamente possível da culpa. (...) Na súmula ‘culpa é poder de agir de outra maneira relativamente ao ilícito cometido’ parecem estar contidas todas as implicações, de ordem psicológica e de ordem ética, da aceitação da *liberdade de vontade* como fundamento de toda a culpa” (Liberdade – Culpa – Direito Penal, p. 21-22).

³¹ A Escola Clássica refere-se aos pensamentos sobre direito penal, delito, responsabilidade penal e pena desde a metade do século XVIII, tendo como precursor Cesare Beccaria (Dos Delitos e das Penas), até meados do século XIX, quando surgiram as primeiras idéias positivistas. A Escola Clássica pode ser analisada a partir de dois momentos: o primeiro, filosófico, de crítica à justiça penal do Antigo Regime, e o segundo, eminentemente construtivo de conceitos do Direito Penal, do crime, da responsabilidade e da pena (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão de segurança jurídica, p. 52-53). Beccaria não atribuíra subjetividade ao conceito de crime, dando relevância à idéia objetiva de dano social (FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón, p. 488). A idéia moderna de culpabilidade surgiu neste segundo momento do classicismo, quando Francesco CARRARA (Programa do Curso de Direito Criminal) formulou o conceito de crime como “ente jurídico” e como “violação consciente e

apresentando o direito penal e a pena como instrumentos de defesa social contra o crime, fundamentava a responsabilidade penal na responsabilidade moral derivada do livre-arbítrio³², de uma liberdade consciente de escolha entre possibilidades.

Francesco CARRARA denominava a responsabilidade moral de imputabilidade (momento subjetivo do crime), que tinha o sentido de “vontade inteligente e livre”³³. A responsabilidade penal decorreria da violação consciente e voluntária da norma penal. E afirmava ainda que a vontade seria considerada culpável se fosse exercida no domínio do livre-arbítrio.

Tais idéias clássicas pretenderam dar uma explicação da criminalidade a partir de uma igualdade substancial entre criminosos e não-criminosos, tendo como base a liberdade de escolha. O crime, nesse contexto, considerado como “ente jurídico”, composto, repita-se, por um momento objetivo e outro subjetivo, era o ato violador do direito praticado por um sujeito “imputável”, ou seja, atuando com vontade livre e consciente.

Estas idéias foram criticadas pelas escolas positivistas, que caracterizam o paradigma etiológico da criminalidade, ao explicar o fenômeno do crime a partir de um ponto de vista causal-determinista. Negavam a liberdade de escolha e afirmavam que o homem está determinado, por fatores biopsicológicos, físicos ou sociais, a agir ou não em conformidade com a norma³⁴.

voluntária da norma penal”, com especial relevância à “vontade culpável – àquele elemento subjetivo que, contemporaneamente, é denominado ‘culpabilidade’. É mister que o crime seja animado por uma vontade culpável entendida mais como vontade de violar a norma do que como voluntariedade do fato constitutivo do crime. Enfim, é necessário que a vontade seja livre para que seja culpável. O livre-arbítrio constitui, assim, o sustentáculo do Direito Penal clássico”. (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão de segurança jurídica, p. 55-56).

³² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão de segurança jurídica, p. 56.

³³ CARRARA, Francesco. Programa do Curso de Direito Criminal, p. 11.

³⁴ Jorge de Figueiredo DIAS, repelindo o ataque do determinismo, mas ao mesmo tempo admitindo que não existe uma completa liberdade, afirma que “se é certo que o sujeito se sente e se compreende como livre no cumprimento dos seus actos de vontade, ele sente-se ao mesmo tempo também, pelas mais diversas formas, limitado e condicionado na sua própria vontade. Limitado, desde

O conceito de liberdade, entretanto, produziu uma das maiores celeumas no direito penal³⁵. Ao fundamentar a culpabilidade no livre-arbítrio³⁶, Hans WELZEL

logo, ao que lhe é *possível* facticamente, por um lado no mundo físico e social, por outro no mundo das suas potencialidades subjectivas; condicionado, depois, pelo que pode designar-se como *necessidades* da própria 'natureza' humana em geral e, de modo especial, pelos impulsos individuais, pelo campo momentâneo das suas necessidades, aspirações e solicitações, em suma, pelos 'motivos' e seu peso relativo em face das regras sociais e do mundo vigente dos valores que se conhece e aceita". Depois continua: "A situação que aqui se encontra é por demais conhecida: na estrutura do acto de vontade deparamos com limitações sobre limitações, com condicionamentos sobre condicionamentos, de tal forma que a pergunta pela liberdade nele inscrita é progressivamente reenviada para um nível cada vez mais profundo" (Liberdade – Culpa – Direito Penal, p. 26).

³⁵ Sobre o assunto, consultar DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade – Culpa – Direito Penal*, p.116-153. O autor analisa os pensamentos de Platão, Kant, Schopenhauer e Bergson, concluindo que "com uma liberdade puramente inteligível – 'mítica' como em Platão, 'devida' como em Kant, 'ideal' como em Schopenhauer, 'excepcional' como em Bergson – não se resolverá o nosso problema, não encontrará resposta a nossa pergunta pela liberdade *real* do homem *concreto*, como fundamento da sua culpa; pois, da mesma maneira que esta, também aquela há-de ser, em certo sentido, uma *realidade empírica*".

³⁶ Hans WELZEL (*Derecho Penal Alemán*, p. 202-203) apresenta três aspectos que podem ser verificados no conceito de culpabilidade. O aspecto antropológico refere-se à clássica distinção entre o homem e o animal, baseada na liberdade de conduta do homem por meio de atos inteligentes. É justamente esta liberdade que o diferencia do mundo animal. Devido à transmissão genética, o animal tem um sistema de ação típico de sua espécie, enquanto que o homem, através de um processo de aprendizagem, tem que adquirir seu próprio sistema de ação. Por este ângulo, a idéia de ampla liberdade do homem diz respeito ao poder que ele possui para realizar atos de vontade inteligíveis, distinguindo-se dos animais. Outra idéia de liberdade, também explicada por Hans WELZEL, parte do pressuposto de que o homem é constituído de um *eu* como centro responsável em uma estrutura anímica com vários estratos, compreendendo os impulsos provenientes dos instintos (paixões, desejos) e as aspirações anímicas (inclinações, interesses). Através desses impulsos e aspirações o homem realiza suas ações. Tais impulsos são dirigidos pelo "contenido de sentido supraindividual al que la persona se ve sometida y vinculada en la conducción de su vida, que en el ámbito del Derecho son las normas del ordenamiento jurídico" (*Derecho Penal Alemán*, p. 205). Os impulsos do estrato profundo, que têm caráter passional, possuem uma certa intensidade de compulsão e um determinado conteúdo de sentido, que podem entrar em contradição, decorrendo a realização da ação justamente do impulso que predominou. Os impulsos, entretanto, são convertidos em motivos, determinando atos do pensamento e da vontade conformes ao sentido. Isto pode ser claramente entendido nas seguintes afirmações: "Tan pronto como se introducen los actos de dirección, conforme a sentido, del centro del yo (del pensamiento y del querer dirigido por el sentido), no se experimentan ya los impulsos sólo en su compulsión pasional, sino que son comprendidos en su contenido de sentido y en su significación valorativa para una conducción de vida justa; de acuerdo a este contenido de sentido se convierten los impulsos en motivos, en cuanto la decisión de voluntad se apoya en ellos como en sus fundamentos objetivos (lógicos o valorativos). (...) Los motivos del pensamiento y de la voluntad son los fundamentos objetivos, es decir, acausales, en los que se apoyan conforme a sentido los actos del pensamiento y de la voluntad. (...) También en este proceso son los impulsos del estrato profundo el

afirma que “el libre albedrío es la capacidad para poderse determinar conforme a sentido. Es la libertad respecto de la coacción causal, ciega e indiferente al sentido, para la autodeterminación conforme a sentido (...). Voluntad mala es dependencia causal de impulsos contrarios al valor y en tal medida voluntad no libre. La libertad no es un estado, sino un acto: el acto de liberación de la coacción causal de los impulsos para la autodeterminación conforme a sentido”³⁷.

KANT já afirmava que a “idéia de liberdade constitui o fundamento essencial do Direito”³⁸. Fazendo a distinção entre Direito e Moral, como ordens normativas que estabelecem a conduta humana, KANT afirma que, por ser livre, o homem traz em si a idéia do dever, podendo o Estado, com isso, fazer uso de suas sanções. O imperativo categórico kantiano traz a idéia de uma “lei universal da liberdade”, segundo a qual o livre-arbítrio de um indivíduo deve ser usado de modo a harmonizar-se com o livre-arbítrio dos outros, devendo “cada indivíduo descobrir em si mesmo um comando incondicional, uma ordem universalmente válida pela qual deve conduzir suas ações”³⁹.

KANT atribui relevância ao elemento psicológico do delito - ao contrário de Beccaria e sua idéia de que a medida do crime é o dano social -, ao afirmar que a medida da pena é a maldade interna dos criminosos⁴⁰, trazendo como consequência

presupuesto material para los actos de dirección conforme a sentido. Todos los fines de contenido provienen - tanto para bien como para mal - del estrato profundo, son los fines de los instintos, de las aspiraciones, de los intereses, etc." (Derecho Penal Alemán, p.205-206).

³⁷ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán, p. 209. Ressaltamos que existem outras teorias que podem ser consideradas variações dessa teoria formulada por WELZEL, do poder de agir diferente, como a teoria da atitude jurídica reprovável, de JESCHECK, ou da atitude defeituosa, de WESSELS, e a teoria da culpabilidade como defeito de motivação jurídica, de JAKOBS. Para um maior aprofundamento, ver SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível, p. 210-212.

³⁸ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. A ciência do Direito: conceito, objeto, método. p. 105.

³⁹ Idem, p. 106.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón, p. 488.

modelos de inquisição e de punição, “referidos no a lo que se ha hecho sino a lo que es”⁴¹.

Com efeito, as teorias positivistas dirigiram sua crítica à idéia de livre-arbítrio, visto que esta liberdade de escolha não pode ser demonstrada cientificamente. As idéias positivistas do século XIX pretenderam se apresentar como um saber científico, experimental, não fundamentado em teorias divinas ou contratualistas (como a Escola Clássica), partindo do princípio de que o comportamento criminoso deveria ser determinado, para que, através de uma interpretação causal do atuar humano, se pudesse descobrir as suas causas e assim resolver a questão criminal de forma científica. Se o homem está condicionado ao delito, poderá ser determinado para a ação conformista⁴².

Este saber positivista era fundamentado pela natureza determinada do atuar humano: “a ação humana e o homem delinqüente são realidades naturais e não efeitos de um processo político-cultural que define certo comportamento humano ou certo sujeito como criminoso”⁴³.

⁴¹ Idem, p. 489.

⁴² Sobre os conceitos de crime, responsabilidade penal e pena formulados pelos pensadores da Escola Clássica e pelos positivistas do século XIX, indicamos as obras de ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão de segurança jurídica, p. 45-73 e DIAS, Jorge de Figueiredo & ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia: homem delinqüente e sociedade criminógena, p. 5-19.

⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo & ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia: homem delinqüente e sociedade criminógena, p. 19. Juan Bustos RAMÍREZ afirma que “Frente al libre albedrío el positivismo afirmó el *determinismo*, esto es, el delincuente es un ser determinado al delito y por eso mismo ‘debemos decir que desde el punto de vista natural (o social) sólo pueden ser delincuentes los que son anormales’ (Ferri, p.194). Frente a él, al Estado le cabe actuar en *defensa de la sociedad*, con medidas represivas adecuadas a su *readaptación social*, y esto tiene como fundamento único que ‘el hombre es responsable siempre de todo acto que realice, sólo porque y en tanto vive en sociedad. Viviendo en sociedad, el hombre recibe las ventajas de la protección y de la ayuda para el desenvolvimiento de la propia personalidad física, intelectual y moral. Por ello debe también sufrir las restricciones y sanciones correspondientes que aseguran aquel mínimo de disciplina social, sin el cual no es posible ningún consorcio civil’ (Ferri, p.225). Ahora bien: planteado que la justicia penal no se asienta sobre la retribución y que por tanto su fundamento no es el libre albedrío, sino que se basa en la defensa social, el criterio para medir las medidas represivas que se tomen en defensa de la sociedad no podrá ser, pues, el de la culpabilidad, sino el de la *peligrosidad*, esto es, la

Hans WELZEL analisou a questão do determinismo, afirmando que o erro da concepção tradicional do determinismo encontra-se na aceitação da causalidade como única forma de determinação. Hans WELZEL, então, observa que na causalidade a conduta do homem não pode ser reprovada, visto que toda decisão estaria prefixada desde o princípio⁴⁴. Esta visão independente do conteúdo da vontade levaria a um processo causal cego.

Neste sentido, para que o homem tenha o poder de agir conforme o direito, é necessário que haja uma nova forma de determinação: o fim que o autor pretende alcançar, ou seja, o conteúdo de sentido a que o mesmo se propõe. É este fim que determina a execução do ato.

Conforme afirma Hans WELZEL:

"Esta forma de determinación rige de modo general para los actos del conocimiento: la comprensión de la estructura interna de un objeto no es el resultado de conexiones asociativas anteriores o de otros factores causales, sino que se determina ella misma de un modo vidente, según el objeto que se tiene en vista. Los momentos del objeto y sus relaciones objetivas son los fundamentos inteligibles sobre los que el acto del pensamiento apoya sus diversos pasos. No son causas ciegas, como en las conexiones asociativas, las que determinan las instancias del pensamiento, sino que se determina a sí mismo según el contenido lógico-objetivo del estado de cosas que está frente a él"⁴⁵.

A culpabilidade, então, não se fundamenta na liberdade de poder atuar de modo diverso. Segundo afirma Francisco Muñoz CONDE, a liberdade para atuar de outra maneira é encontrada, por exemplo, no estado de necessidade, pois o sujeito pode escolher entre várias opções que não sejam antijurídicas, "como suportar a lesão

capacidad para delinquir, o lo que es lo mismo, la probabilidad de repetición de otras acciones delictivas, lo que a su vez implica tener en cuenta por una parte la temibilidad del sujeto y su readaptabilidad social". (Manual de Derecho Penal Español, p. 363).

⁴⁴ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán, p. 207.

⁴⁵ Idem, p. 208.

de um bem jurídico ou evitar esta lesão, lesionando um bem de igual valor"⁴⁶. No campo da culpabilidade não é desta liberdade que se trata, mas da *liberdade para atuar conforme o sentido, ou seja, conforme o direito*. Aí está o fim, o conteúdo do sentido.

O fundamento da culpabilidade é a existência de um sujeito que não se autodetermina conforme o sentido, sendo capaz para tanto. "No es la decisión conforme a sentido en favor de lo malo, sino el quedar sujeto y dependiente, el dejarse arrastrar por los impulsos contrarios al valor"⁴⁷.

A idéia de liberdade que fundamenta o juízo de reprovabilidade pode ser resumida na seguinte afirmação:

"Tampouco el Derecho Penal parte de la tesis indeterminista de que la decisión delictiva proceda totalmente o en parte de la voluntad libre y no del concurso de disposición y medio ambiente, sino del conocimiento antropológico de que el hombre, como ser determinado a la autorresponsabilidad, está existencialmente en la situación de configurar finalmente (conforme a sentido) la dependencia causal de los impulsos. La culpabilidad no es un acto de libre autodeterminación, sino justamente la falta de determinación de acuerdo a sentido en un sujeto responsable"⁴⁸.

O fundamento do juízo de reprovabilidade conforme esta formulação de Hans WELZEL, é o poder atribuído ao sujeito de agir conforme o direito, fundamentado na liberdade de decisão. Esta é a idéia da moderna concepção de culpabilidade, ainda dominante na literatura e na jurisprudência alemã⁴⁹. A idéia desta teoria é a seguinte: a culpabilidade é um juízo de reprovação que tem como objeto a realização não justificada de uma ação típica, por um sujeito que tem o poder de agir

⁴⁶ CONDE, Francisco Muñoz. Teoria geral do delito, p. 128.

⁴⁷ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán, p. 209.

⁴⁸ Idem, p. 210.

⁴⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível, p. 210.

conforme o direito. É justamente porque o sujeito tem esse poder, essa capacidade interna de comportar-se de determinado modo, que lhe é atribuído um juízo de reprovação. Este juízo de culpabilidade, tem seu fundamento, portanto, na *liberdade* atribuída ao sujeito de escolher entre determinadas alternativas que se lhe apresentem.

O grande problema existente ainda hoje é que o poder de agir conforme o direito é indemonstrável⁵⁰. Não se pode demonstrar concretamente se o sujeito, em determinada situação, tinha o poder de agir conforme o direito. Por conseguinte, a própria culpabilidade, se fundamentada nesta idéia de poder agir, é indemonstrável. Só pode haver uma presunção de que, em determinada situação concreta, seria *possível* agir conforme o direito ou não.

Alguns autores, por isso, afirmam que a liberdade de agir não pode ser o fundamento da culpabilidade, pois "não sabemos quais são as razões últimas que impulsionam a eleger entre uma e outra opção"⁵¹. No mesmo sentido afirma Gimbernat ORDEIG: "aunque en abstracto existiera el libre albedrío, lo que en cualquier caso es imposible es demostrar si una persona concreta en una situación

⁵⁰ Nesse sentido: RAMÍREZ, Juan Bustos. Manual de Derecho Penal Español e SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível.

⁵¹ CONDE, Francisco Muñoz. Teoria geral do delito, p. 127. Este autor apresenta dois fundamentos da culpabilidade: o social e o material. O fundamento social tem como base a prevenção geral que é almejada pelo Estado representante da sociedade, que define os limites do culpável e do inculpável, a fim de justificar a aplicação de medidas sociais preventivas e defensivas, como a pena. Disto entendemos que exista um fundamento político da culpabilidade, que reside na sua própria necessidade para um Estado democrático, visto que aparece como uma garantia a todos os indivíduos, pois somente será aplicada uma pena após verificados os pressupostos do juízo de reprovabilidade. O fundamento material da culpabilidade, por sua vez, é a capacidade de motivação do sujeito ante os mandamentos normativos. Essa motivação se dá da seguinte forma: "a comunicação entre o indivíduo e os mandamentos da norma só pode ocorrer se o indivíduo tem capacidade para se sentir motivado pela norma, conhece seu conteúdo ou se encontra numa situação na qual pode ser regido, sem grandes esforços, por ela" (Teoria geral do delito, p. 131). Afirma, ainda, o autor, que se espera que o indivíduo possa se motivar pela norma após ter adquirido determinado desenvolvimento mental, biológico e cultural. Esta motivação já foi suficientemente explicada neste capítulo e leva à mesma conclusão a que chegamos anteriormente: este poder de motivação conforme mandamentos normativos é indemonstrável. Segundo afirma o autor, o legislador fixa os critérios que excluem ou reduzem esse poder de motivação. No caso concreto, entretanto, há apenas a presunção dessa liberdade de motivação. A conclusão a que se chega, portanto, é a mesma: a culpabilidade é presumida.

concreta ha cometido libremente o no un determinado delito... La conducta depende de tal multitud de elementos que cae fuera de las posibilidades humanas abarcarlos y averiguar cómo han actuado en el caso concreto”⁵².

Como a liberdade de poder agir é considerada indemonstrável, surgiu a teoria da dirigibilidade normativa, que tem como um dos pensadores Claus ROXIN, afirmando que o fundamento da culpabilidade é a capacidade de comportamento conforme a norma, não baseada na hipótese de liberdade, mas formada “pelo elemento *empírico* da capacidade de autodireção e pelo elemento *normativo* da possibilidade de comportamento conforme o direito, cumprindo as funções simultâneas de fundamento da responsabilidade pelo comportamento anti-social e de garantia política de limitação do poder punitivo, no moderno Estado Democrático de Direito”⁵³.

Nesse sentido, a culpabilidade deixa de ser considerada como fundamento da pena e passa a ser vista como limite do poder de punir, ou seja, como garantia da liberdade individual. A idéia de culpabilidade como limitação ao poder de punir fundamenta-se não na presunção de liberdade, mas no princípio da alteridade⁵⁴.

O conceito de culpabilidade como capacidade de comportamento conforme a norma, fundamentado no princípio da alteridade, é compatível com um Estado Democrático de Direito, conforme veremos no capítulo 4. É esse respeito ao outro que torna possível que o princípio da culpabilidade seja considerado uma garantia jurídica e verdadeiro limite ao poder punitivo do Estado.

⁵² Apud RAMÍREZ, Juan Bustos. Manual de Derecho Penal Español, p. 364.

⁵³ SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível, p. 213. Sobre a teoria da culpabilidade para Claus Roxin, consultar VELO, Joe Tennyson. O juízo de censura penal, p. 157 ss.

⁵⁴ Nesse sentido, afirma Juarez Cirino dos SANTOS: “Na verdade, o homem é responsável por suas ações porque vive em sociedade, um lugar marcado pela existência do *outro*, em que o sujeito é, ao mesmo tempo, *ego* e *alter*, e não por causa do atributo da liberdade de vontade: o *princípio da alteridade* – e não a *presunção de liberdade* – dever ser o fundamento material da responsabilidade social e, portanto, de qualquer juízo de *culpabilidade* ou de *reprovação* pessoal” (A moderna teoria do fato punível, p. 214).

1.3.2. Outras correntes

O conceito de culpabilidade até agora analisado refere-se à culpabilidade de ato, ou seja, o juízo de censura recai sobre a ação do sujeito e não sobre o próprio sujeito. Esta concepção apóia-se na constatação empírica de que, sendo o agente dotado de certa capacidade de autodeterminação, é reprovável por um ato antijurídico concretizado, quando lhe era exigível agir de outro modo. Na culpabilidade de autor o juízo de censura recai sobre a personalidade do agente, no seu modo de ser.

Essa questão do objeto do juízo de culpabilidade, se o fato ou se o autor do fato, é ainda muito discutida na doutrina penal. Alguns autores entendem que, por ser o fundamento da culpabilidade – o poder de agir de outro modo – indemonstrável em uma situação concreta, há que se falar em juízo atribuído ao autor, não por este ter praticado um injusto penal, mas pela sua personalidade ou pela sua conduta de vida. Trata-se da teoria da responsabilidade pelo próprio caráter. Estas são as correntes que se situam na esfera de um direito penal de autor e de uma culpabilidade de autor⁵⁵.

Como exemplo podemos citar, dentro da elaboração de uma culpabilidade do caráter, a *culpabilidade pela conduta de vida*, elaborada por MEZGER, segundo a qual, “o agente forma, em certas circunstâncias, o caráter de modo a alcançar uma posição censurável de ‘inimizade ao direito’”⁵⁶; a *culpabilidade pela decisão de vida*, criada por BOCKELMAN, afirmando que a culpabilidade está numa decisão vital: “o agente, podendo “ser outro”, isto é, podendo ser reto e bom, decide-se pelo seu ‘eu’ mau; resolve seguir o seu *daimon* negro”⁵⁷; a *culpabilidade na formação da*

⁵⁵ Ressaltamos que não interessa a este trabalho a análise detalhada destas concepções, visto que incidem na aplicação de um direito penal de autor, inadmissível em qualquer Estado que pretenda ser democrático e reconheça o outro enquanto outro. Sobre o assunto: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 500.

⁵⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*, p. 239. Sobre a culpa pela formação da personalidade para Figueiredo Dias, consultar VELO, Joe Tennyson. *O juízo de censura penal*, p. 137 ss.

⁵⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*, p. 240.

personalidade, elaborada por Jorge de Figueiredo DIAS, partindo da idéia de que a “personalidade censurável” é que fundamenta o juízo de culpa, afirmando que “é a medida da desconformação entre o (des)valor da personalidade do agente e o valor da personalidade jurídico-penalmente conformada que constitui a medida da *censura pessoal* que lhe deve ser feita”⁵⁸.

O conceito de culpabilidade adotado nesta pesquisa situa-se na esfera de um direito penal de ato. Inicialmente porque, seguindo o princípio da legalidade, a lei penal não descreve tipos criminológicos de autores, mas modelos de conduta, de forma positiva e negativa, ou seja, impõe determinadas ações e proíbe outras. E também porque culpar o agente pelo seu “modo de ser” ou pelo seu caráter nos remete às idéias positivistas do século passado, sendo inconcebível em um Estado Democrático de Direito⁵⁹.

Para se aceitar uma concepção da culpabilidade – ainda hoje necessária, em virtude da ausência de uma alternativa à garantia individual de limite à atuação estatal – é fundamental que se analise o ato praticado pelo agente, sobre o qual recai o juízo de censura. Também deve ser levado em consideração, quando da valoração do juízo, que o autor está inserido em um contexto social específico, caracterizado por uma estratificação, onde o controle social institucionalizado é feito por aqueles que têm poder para tanto. O ato deve ser reprovado não conforme a personalidade do sujeito, mas de acordo com a posição que ocupa na sociedade, tendo em vista as relações de poder que, em última instância, determinam, ao menos de forma relativa, a situação de marginalização social e a conseqüente criminalidade⁶⁰. Isto se explica porque,

⁵⁸ Idem, p. 242.

⁵⁹ Eugenio Raúl ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI afirmam que “um direito que reconheça , *mas que também respeite*, a autonomia moral jamais pode penalizar o ‘ser’ de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana.” (Manual de Direito Penal Brasileiro, p. 119).

⁶⁰ Nesse sentido, Eugenio Raúl ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI afirmam que o direito penal de ato não se realiza plenamente em nenhum país, em decorrência do sistema penal e

conforme afirma Juan Bustos RAMÍREZ, o homem só pode ser compreendido enquanto vive em sociedade⁶¹.

Não obstante alguns autores afirmarem que é necessário ter em vista, quando da atribuição do juízo de censura, as condições do agente no processo de formação da vontade, tendo em vista as condições sociais de seu meio ambiente⁶², estas observações não ultrapassam o âmbito do já formulado anteriormente pelo determinismo causal das escolas positivas. A diferença talvez se encontre apenas na relatividade desse determinismo atribuída por esses autores mais contemporâneos. As condições sociais do meio ambiente só podem ser profundamente analisadas dentro de determinado contexto econômico, político e social da história. É necessário analisar a sociedade de acordo com sua evolução, descartando qualquer idéia de sociedade ideal ou a-histórica.

A influência de fatores sociais e econômicos inseridos numa sociedade concreta, a brasileira, será tratada na Parte II desta dissertação.

seu regime de “filtros”. Mas ele continua dizendo que “uma coisa é constatar esse dado de realidade e outra, muito diferente, é sustentar teorias que não só não tratem de conter ou controlar a deformação do direito penal de ato pela prática do sistema, como também constituam verdadeiras racionalizações justificantes de tais práticas. Como o são, em definitivo, as teses que em qualquer medida e mediante qualquer argumento (...) postulam um direito penal de autor ou o introduzem sub-repticiamente na construção dos conceitos do saber penal”. (Manual de Direito Penal Brasileiro, p 119).

⁶¹ RAMÍREZ, Juan Bustos. Manual de Derecho Penal Español, p. 373. Continua o autor: “Pero evidentemente esto es una determinación demasiado amplia y vaga, la cual no nos serviría para fundamentar la culpabilidad; en este sentido, no basta entonces la afirmación de Ferri de que el hombre responde ‘*sólo porque y en tanto vive en sociedad*’, ni menos por el hecho de que ‘recibe las ventajas’ de ello (*Principios*, p.225); lo uno, porque si bien es cierto, es demasiado vago, y lo otro, aunque más concreto, por no ser completamente verdadero, ya que el delito es un fenómeno normal a la sociedad y más aún determinada estructura social y reacción social impone también delitos y delincuentes”.

⁶² MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal, p. 580. No mesmo sentido: CONDE, Francisco Muñoz. Teoria geral do delito.

1.3.3. A co-culpabilidade

ZAFFARONI cria uma nova teoria, denominada teoria da co-culpabilidade, a partir da negação do conceito antropológico de que o sujeito é plenamente capaz de autodeterminar-se.

O autor parte do princípio de que, em qualquer sociedade, não existe a possibilidade de os sujeitos terem as mesmas oportunidades, o que traz como consequência que alguns sujeitos têm um maior e outros um menor âmbito de autodeterminação, condicionado por fatores sociais, os quais não devem ser atribuídos ao sujeito no momento da reprovação da culpabilidade. A sociedade, no caso, tem de arcar com o que ele denominou de co-culpabilidade.

A base fundamental da teoria é a seguinte: “si la sociedad no brinda a todos iguales posibilidades, resulta que hay un margen de posibilidades que se les ofrecen a unos y se les niega a los otros y, por ende, cuando la infracción es cometida por aquél a quién se han negado algunas posibilidades que la sociedad le dió a otros, lo equitativo será que la parte de responsabilidad por el hecho que corresponda a esas negaciones sea cargada por la misma sociedad que en esa medida fue injusta. Esta es la co-culpabilidad: al lado del hombre culpado por su hecho, hay una co-culpabilidad de la sociedad, o sea que hay una parte de la culpabilidad – del reproche por el hecho – con que la debe cargar la sociedad en razón de las posibilidades que no ha dado”⁶³.

1.4. TIPICIDADE, ANTIJURIDICIDADE E CULPABILIDADE

O conceito de crime adotado nesta pesquisa é fundamentado numa concepção tripartida, segundo a qual os elementos do crime têm conceitos autônomos, apesar de encontrarem-se necessariamente correlacionados: crime é ação típica,

⁶³ Cf. CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização, p.74-75.

antijurídica e culpável.

A adoção desse conceito analítico de crime é justificada por razões metodológicas: sendo a consciência da antijuridicidade elemento fundamental para a atribuição do juízo de reprovação, é importante analisar, na estrutura do conceito de crime, a antijuridicidade.

Já foi afirmado que a culpabilidade é a censurabilidade atribuída ao sujeito que atuou contrariamente à norma. Da mesma forma, já foi afirmado que a culpabilidade se fundamenta na capacidade de atuar conforme a norma, baseada na capacidade e na formação de vontade do sujeito. Quando ausente ou diminuída essa capacidade ou formação da vontade, admite-se a exclusão ou redução do poder de agir conforme a norma. O elemento central da culpabilidade aparece na formação da vontade, isto é, na percepção concreta do valor ou consciência da antijuridicidade.

Há, entretanto, entendimentos contrários a este conceito tripartido de crime, que também são válidos para a conclusão a que se pretende chegar neste trabalho, visto que, para uma análise crítica do fundamento do juízo de censura, o mais importante não é o conceito de crime e a relação entre seus elementos, mas o próprio fundamento da culpabilidade. Sobre esses dois aspectos da culpabilidade não há divergências entre as teorias bipartidas ou tripartidas do crime⁶⁴.

O conceito de crime, aqui, pode ser analisado sob dois aspectos: crime como ação típica e culpável (ou censurável), ou crime como ação típica, antijurídica e culpável.

⁶⁴ Para a teoria bipartida, há uma unidade conceitual entre tipicidade e antijuridicidade, ambos integrando o tipo de injusto. “O tipo legal é a *descrição da lesão de bens jurídicos* e a antijuridicidade é um *juízo de valoração* do comportamento descrito no tipo legal, formando o conceito de *tipo de injusto*”(SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível, p. 3). A teoria tripartida do fato punível afirma a autonomia existente entre a tipicidade e a antijuridicidade, “sob o argumento de que tipicidade e antijuridicidade não se esgotam na tarefa de constituir o *tipo de injusto*, mas realizam funções político-criminais independentes: o *tipo legal* descreve ações proibidas sob ameaça de pena e, portanto, realiza o princípio da legalidade; a *antijuridicidade* define preceitos permissivos que excluem a contradição da ação típica com o ordenamento jurídico(...)” (Idem, p. 5).

Luiz Alberto MACHADO, adepto da primeira concepção, bipartida, afirma que

“Tipo e ‘ilicitude’ formam, verdadeiramente, uma só e única estrutura. O jurídico é tanto o valor positivo como o valor negativo (= desvalor): tanto o lícito, como o ilícito (...). É jurídico o valor e o desvalor. Quando alguém aperfeiçoa, com a sua conduta, um tipo, está agindo de forma jurídico-criminalmente relevante. Sua conduta não é antijurídica, mas juridicamente desvalorada. O crime é um ente jurídico; assim, quem o comete não age anti, mas juridicamente. É claro que o valor jurídico do crime é negativo e, por agir jurídico-criminalmente, o autor censurável sofre a sanção retributiva, própria do direito penal. (...) No momento em que a legislação penal elabora o tipo, declara, concomitantemente, que aquele que agir de acordo com ela – portanto juridicamente – receberá a sanção, já que a sua conduta representa um desvalor social (político-criminal) e jurídico (jurídico-criminal)”⁶⁵.

E conclui: “A conduta é sancionada não quando seja antijurídica, mas juridicamente desvalorada pelo Direito. O crime, por ser um ente jurídico, representa uma conduta jurídica. No entanto, o Direito o valorou negativamente; portanto, quem atua criminoso e juridicamente, atua merecendo a sanção”. A partir desse ponto de vista, crime é toda ação típica e censurável.

Para a divisão tripartida, crime é toda ação típica, antijurídica e culpável. Para um fato ser considerado punível⁶⁶, faz-se mister, inicialmente, verificar se a ação é típica, isto é, se houve adequação do fato a uma proibição descrita na lei. Havendo esta adequação, a ação típica será objeto do juízo de antijuridicidade. A relação entre tipicidade e antijuridicidade é uma relação de regra e exceção: toda ação típica é

⁶⁵ MACHADO, Luiz Alberto. Direito Criminal, p. 79.

⁶⁶ A culpabilidade não é apenas um pressuposto para a aplicação da pena. Antes, é um elemento do crime, da mesma forma como a tipicidade e a antijuridicidade. Para que um fato se constitua em delito, é necessário que o mesmo seja típico, antijurídico e culpável. Da mesma forma, para que o agente seja punível, ou seja, para que se lhe aplique uma pena, faz-se mister a existência dessas três qualidades na ação. Com a culpabilidade "completa-se a conceituação do crime e se põe em movimento a justiça punitiva" (BRUNO, Aníbal. Direito Penal, p. 23). O que a culpabilidade pode determinar, juntamente com o concurso de outros fatores (causas agravantes e atenuantes, dentre outras), é a redução do *quantum* da pena quando haja causas de redução da culpabilidade.

antijurídica, exceto as ações típicas justificadas⁶⁷. Isto ocorre porque o legislador permitiu a realização de determinados comportamentos típicos. Esta permissão encontra-se presente nas chamadas causas de justificação, tais como a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito. Além dessas, outras causas supralegais são admitidas pela doutrina, como, por exemplo, o direito correcional. São situações em que é lícito ao sujeito realizar uma ação típica, pois esta estará justificada e, portanto, conforme o direito.

Esta relação entre tipicidade e antijuridicidade revela a função indiciária do tipo. A realização de uma ação típica não implica necessariamente na antijuridicidade da mesma. O fato pode ser apenas antinormativo, mas não antijurídico, visto que, além de normas, existem preceitos permissivos que autorizam a realização de uma ação típica. Estes preceitos apresentam-se sob a forma de causas de justificação, que excluem o crime⁶⁸.

Este caráter indiciário do tipo pode ser melhor definido na seguinte afirmação:

“Através da realização do tipo de injusto torna-se ‘indiciada’ a antijuridicidade da conduta. Esta formulação expressa que a tipicidade em sentido estrito possibilita somente um juízo geral e provisório e ainda não definitivo sobre a antijuridicidade e o caráter material do injusto do fato; o indício pode ser excluído freqüentemente através da incidência de uma causa justificante (tipo permissivo). A tipicidade é assim, na verdade, um elemento do ‘injusto’, mas certamente só um elemento do injusto ao lado de outros. A característica geral do crime, a antijuridicidade, fundamenta-se sobre dois pressupostos: a realização do tipo de injusto e a ausência de causas justificantes”⁶⁹.

A antijuridicidade (formal)⁷⁰ constitui-se em um juízo de contradição entre a

⁶⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível, p. 148.

⁶⁸ O Código Penal Brasileiro, em seu art. 23, dispõe: “Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.

⁶⁹ WESSELS, Johannes. Direito Penal, p. 31.

⁷⁰ A antijuridicidade formal difere da material. Esta indica lesões socialmente danosas ao bem jurídico e pode graduar a antijuridicidade formal: em determinados casos, permite descaracterizar

ação típica realizada e o ordenamento jurídico em seu conjunto, recaindo este juízo, portanto, sobre a realização do tipo. Não há tipos antijurídicos, somente realizações antijurídicas do tipo⁷¹.

Com a constatação de que a ação é típica e antijurídica passa-se à verificação de se o juízo de reprovação pode ser atribuído ao autor a título de culpabilidade. A tipicidade e a antijuridicidade são juízos de valor que recaem sobre a ação realizada – o tipo de injusto – objeto da valoração, enquanto que a culpabilidade é um juízo que recai sobre o autor dessa ação – juízo de valoração. Pode-se afirmar, portanto, que a *tipicidade* é um juízo de adequação entre a conduta concreta e o tipo legal; a *antijuridicidade* é um juízo de contradição entre a ação e o ordenamento jurídico em seu conjunto de proibições e permissões; e a *culpabilidade* é um juízo de reprovabilidade que recai sobre o autor do fato, tendo como objeto a realização do tipo de injusto, fundamentado no poder de agir conforme a norma. Com a presença desses elementos, está autorizada a reação do Estado ao autor do injusto.

Esta relação de pressuposição entre as três categorias, ou características da ação, pode ser assim entendida: "La culpabilidad – la responsabilidad personal por el hecho antijurídico – presupone la antijuridicidad del hecho, del mismo modo que la antijuridicidad, a su vez, ha de estar concretada en tipos legales. La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad están relacionadas lógicamente de tal modo que cada elemento posterior del delito presupone el anterior"⁷².

Em conclusão, seja admitindo-se o crime como ação típica e censurável, seja admitindo-o como ação típica, antijurídica e culpável, o fundamento do juízo de reprovabilidade é um só: a possibilidade de agir conforme a norma jurídica, em vista

a antijuridicidade formal, "com base na ausência ou insuficiência do conteúdo de injusto de certas ações socialmente adequadas, como a injúria no âmbito familiar, os jogos de azar de pequeno valor e, mesmo, pequenos presentes de final-de-ano a funcionários públicos, como carteiros, lixeiros, etc.". (SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível, p. 150).

⁷¹ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán, p. 76.

⁷² Idem, p. 73.

da capacidade de vontade do sujeito e da formação dessa vontade. É a partir da análise desse “poder de agir”, que serve de fundamento à culpabilidade, que será possível chegar ao questionamento central a que nos propusemos no início.

O conceito de culpabilidade, então, só pode ser utilizado com base em determinadas condições existentes no sujeito, ligadas à *capacidade* de vontade e à *formação* de vontade⁷³: em condições normais, presume-se a existência desse poder de agir, e em condições anormais, admite-se a sua exclusão ou redução.

A capacidade de vontade, ou imputabilidade, refere-se ao aparelho psíquico do sujeito, do ponto de vista do seu desenvolvimento e de sua funcionalidade, ou seja, se atingiu um mínimo de socialização, através de critérios biológicos (menoridade) e psicológicos (doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado).

O elemento central da culpabilidade aparece na formação da vontade, isto é, na percepção concreta do valor, que pode ser afetada por erros de valoração que reduzem ou excluem a consciência da antijuridicidade.

A incidência de erros de valoração ou de pressões psicológicas podem causar situações de anormalidade da conduta do sujeito de tal forma que excluem ou reduzem a reprovação, ou tornam inexigível comportamento diverso. Quando se fala em erros de valoração, está-se referindo a desconexões entre a representação do valor e o valor representado, mas quando se fala em pressões psicológicas, está-se referindo ao contexto ou situação de anormalidade dos processos psíquicos de tomada de decisão, possibilitando trabalhar com a idéia de inexigibilidade de comportamento diverso⁷⁴.

⁷³ A vontade é o objeto primário do juízo de reprovabilidade, pois somente aquilo que o homem faz voluntariamente lhe pode ser reprovado a título de culpabilidade. Ademais, a vontade tem que ser consciente, isto é, relacionada ao valor do fato.

⁷⁴ Neste sentido: “o conceito de culpabilidade como juízo de valor negativo ou reprovação do autor pela realização não justificada de um crime, fundado no poder de agir conforme a norma, em condições de normalidade do fato, parece constituir a expressão contemporânea dominante do conceito *normativo* de culpabilidade: o juízo de valor da culpabilidade tem por *objeto* o tipo de injusto (realização não-justificada de um crime) e por *fundamento* o poder atribuído ao sujeito de agir conforme a norma, resultante da consciência real ou possível da antijuridicidade; o poder atribuído ao

CAPÍTULO 2 – ELEMENTOS DA CULPABILIDADE

2.1. IMPUTABILIDADE

Imputabilidade é a capacidade psíquica de culpabilidade. Capacidade de entender a ilicitude da conduta e de orientar o seu comportamento de acordo com esse entendimento. O seu fundamento é a capacidade que o sujeito tem de motivar-se pelos preceitos normativos. Para que se atribua um juízo de reprovação ao agente, “é necessário que ele tenha agido com um certo grau de capacidade, que lhe haja permitido dispor de um âmbito de autodeterminação”⁷⁵.

Capacidade refere-se à aptidão ou à qualidade que o sujeito tem de satisfazer um determinado fim, ou seja, a aptidão para cumprir determinado objetivo. Tal capacidade deve ser de entendimento da ilicitude de sua conduta, ou seja, o autor deve ter idéia clara do que está fazendo, ter percepção disso: “no se trata de cualquier comprensión, sino sólo la del injusto y tampoco de cualquier actuar, sino del que debiera resultar de esa comprensión”⁷⁶. O imputável que entende é aquele que pensa, que alcança o significado, as intenções e o sentido de seus atos. O sujeito, para ser imputável, tem que ser capaz de entender que sua conduta é antijurídica, isto é, contrária à lei e ao direito, e por aquela proibida. É mister que tal entendimento esteja presente no momento da prática do crime. Isto é exigência da lei, ao adotar o critério

sujeito de agir conforme a norma pode ser **excluído** nas hipóteses de incapacidade de culpabilidade, ou de *inevitável* desconhecimento do tipo de injusto; finalmente, o sujeito pode ser **exculpado** em situações de *anormalidade* das circunstâncias do fato, determinantes de anormal motivação da vontade, que fundamentam a idéia de inexigibilidade de comportamento conforme a norma”. (SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível, p. 204).

⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, p. 624.

⁷⁶ RAMÍREZ, Juan Bustos. Manual de Derecho Penal Español, p. 380.

biopsicológico para aferição da imputabilidade do agente⁷⁷.

O indivíduo que tem essa capacidade de entendimento da ilicitude e, não só isso, mas que se determina de acordo com esse entendimento, é considerado imputável. A imputabilidade possui dois níveis: “um que deve ser considerado como a capacidade de entender a ilicitude, e outro que consiste na capacidade para adequar a conduta a esta compreensão. Quando faltar a primeira capacidade, não haverá culpabilidade por ausência da possibilidade exigível de compreensão da antijuridicidade; quando faltar a segunda, estaremos diante de uma hipótese de estreitamento do âmbito de autodeterminação do sujeito, neste caso, por uma circunstância que provém de sua própria incapacidade psíquica”⁷⁸.

A atribuição do juízo de censura penal depende de um mínimo de capacidade

⁷⁷ O critério biopsicológico é o aceito pela maior parte da doutrina brasileira. Os autores, de um modo geral, fazem menção a três critérios utilizados para a aferição da imputabilidade penal: o biológico, o psicológico e o biopsicológico. Segundo o critério biológico, o indivíduo é considerado inimputável com a simples presença de enfermidade mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, havendo uma constante relação entre estes estados mentais e o crime praticado. Para o critério psicológico, adotado no Código Penal Brasileiro de 1890, o indivíduo é inimputável se no tempo da ação delituosa não possuía a inteira capacidade de entender o caráter criminoso do fato e determinar-se conforme este entendimento, não se questionando se o agente é doente mental ou possui desenvolvimento psíquico deficiente, sendo suficiente que, no momento da prática do crime, esteja ausente a capacidade intelectual e volitiva. O critério biopsicológico, por sua vez, adotado no Código Penal atual, é uma fusão dos dois primeiros critérios: o sujeito tem que ser doente mental ou ter desenvolvimento mental incompleto ou retardado e, no momento da prática do crime, deve estar suprimida sua capacidade de autodeterminação e autogoverno, havendo uma relação de causa e efeito entre o seu estado mental e o delito praticado (MACHADO, Luiz Alberto. *Direito Criminal*, p. 141). Para resolver o problema da constatação da imputabilidade, Claus ROXIN refere-se ao método psicológico-normativo, afirmando que a capacidade de atuar de outro modo é uma asserção normativa e não um dado psicológico, fazendo a ressalva de que essa idéia tampouco resolve exatamente a questão: “los estados psicológicos defectuosos son del todo constatables sin una aportación valorativa (normativa), como lo demuestran las características ‘grave’ y ‘profunda’. Por otro lado, la capacidad de comprensión y de inhibición, como criterio decisivo para la asequibilidad normativa, al menos desde la opinión aquí defendida, no se basa por completo en una atribución puramente normativa, sino que posee un fundamento empírico-psicológico. Ambos ‘pisos’ requieren por tanto igualmente un proceso ‘psicológico-normativo’, de modo que es mejor renunciar a una caracterización metodológica diferente de los dos pasos de verificación”. (*Derecho Penal*, p. 823-824).

⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 624.

de autodeterminação. Ausente esta capacidade, o fato não responde a uma atitude jurídica merecedora de desaprovação⁷⁹. Esta capacidade de autodeterminação é fundamentada no livre-arbítrio: “se parte de que *el hombre* en abstracto es ‘imputable’, pues está dotado de libre albedrío, pero que en concreto o existencialmente habría ciertos sujetos que tendrían alterada tal capacidad general”⁸⁰.

Imputabilidade penal, pois, é capacidade de vontade de praticar o fato típico e antijurídico, capacidade de entender e de querer, é a capacidade de motivação conforme o sentido, que depende do desenvolvimento biológico e da sanidade psíquica do sujeito. Segundo nossa lei penal, o desenvolvimento biológico é atingido aos 18 anos de idade e a sanidade psíquica caracteriza-se pela ausência de defeitos psíquicos funcionais ou constitucionais⁸¹.

Esta capacidade é adquirida progressivamente, com o desenvolvimento físico e mental do indivíduo. Segundo o Código Penal, os menores de 18 anos não têm capacidade de culpabilidade, bem como não a têm os portadores de patologias ou anomalias psíquicas determinantes de sua conduta, havendo exclusão da capacidade de compreensão ou de autodeterminação.

Segundo o artigo 26 do Código Penal⁸², os inimputáveis são beneficiados com causa excludente da punibilidade, ficando, desse modo, livres de pena. E adquirem tal benefício, embora praticando um ato reconhecidamente antijurídico, aqueles que *no momento* do crime perderam, de modo absoluto, a capacidade de

⁷⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, p. 391.

⁸⁰ RAMÍREZ, Juan Bustos. Manual de Derecho Penal Español, p. 380.

⁸¹ SANTOS, Juez Cirino dos. Teoria do Crime, p. 62. Sobre esses defeitos psíquicos será feita apenas uma referência adiante. Ressaltamos desde já que escapa do objetivo específico deste estudo a análise mais profunda de tais categorias.

⁸² Assim dispõe o artigo 26 do Código Penal Brasileiro: “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

entendimento e autodeterminação. Trata-se do critério biopsicológico adotado pelo Código Penal vigente, já citado anteriormente.

Além da menoridade, em que o indivíduo é normal, porém imaturo, conforme artigo 27 da lei penal⁸³, excluem a culpabilidade a doença mental *ou* o desenvolvimento mental incompleto ou retardado⁸⁴.

A embriaguez, por sua vez, que altera de forma transitória, ou até permanente (casos de embriaguez patológica), a capacidade de entendimento do agente, para excluir a imputabilidade deve ser completa e proveniente de caso fortuito ou força maior.

Em face do Código Penal Brasileiro, portanto, a imputabilidade só deixa de existir quando inteiramente suprimidas no agente a capacidade de entendimento ou de autodeterminação. Esta supressão está condicionada a causas psicológicas e biológica. As primeiras compreendem a insanidade psíquica do sujeito, isto é, doença mental, perturbação da saúde mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado e embriaguez fortuita e completa, e a segunda refere-se à imaturidade dos menores de 18 anos, que, por si só, é suficiente para tornar o sujeito inimputável⁸⁵.

Imputabilidade, em face da legislação brasileira atual, é a capacidade psíquica de entendimento e autodeterminação. Inimputabilidade, ao contrário, é a incapacidade de vontade, que a lei presume nos menores de 18 anos e nos portadores de patologias ou anomalias psíquicas.

O conceito de imputabilidade é composto por dois elementos: maturidade e

⁸³ Dispõe o artigo 27 do Código Penal Brasileiro: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.

⁸⁴ O desenvolvimento mental incompleto ou retardado compreende as oligofrenias (debilidade mental, imbecilidade e idiotia) e os casos não desenvolvidos de surdo-mudez.

⁸⁵ Vale lembrar novamente que não basta a simples presença desses fatores biopsicológicos no sujeito do ato típico e ilícito. Mister se caracterize o nexo de causalidade entre o estado mental e o crime praticado, isto é, que este estado tenha privado completamente o agente de qualquer capacidade de entendimento e de vontade.

sanidade mental. Estas duas condições têm que estar presentes no sujeito: idade mínima de 18 anos e aparelho psíquico sadio. É mediante a conjugação dessas condições de maturidade (mínimo de socialização) e sanidade (mínimo de desenvolvimento e funcionalidade do aparelho psíquico), que se pode exigir que o indivíduo, em determinada situação, entenda (ou tenha a possibilidade de entender) a ilicitude de sua conduta e se autodetermine (ou tenha essa possibilidade) conforme esse entendimento.

O conceito de inimputabilidade abrange os inimputáveis e os semi-imputáveis, aqueles com incapacidade absoluta e estes com capacidade relativa.

A incapacidade de culpabilidade, como “ausência dos requisitos mínimos de desenvolvimento biológico ou de sanidade psíquica”⁸⁶, se caracteriza nas hipóteses dos arts. 26, 27, 28, § 1º⁸⁷, todos do CPB, e 19 da Lei n.º 6.368/76⁸⁸, isto é, nos menores de 18 anos, nos portadores de doenças mentais ou com desenvolvimento incompleto ou retardado, embriaguez completa por caso fortuito ou força maior e dependência de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, excludentes da capacidade de entendimento.

A capacidade relativa de culpabilidade, ou semi-imputabilidade, “supõe a *graduabilidade* da capacidade de compreender o injusto ou de agir conforme essa compreensão, caracterizada pela maior ou menor dificuldade de *dirigibilidade*

⁸⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. Teoria do Crime, p. 62.

⁸⁷ Determina o § 1º do artigo 28 do CPB: “É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

⁸⁸ Artigo 19 da Lei n.º 6.368/76: “É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

*normativa*⁸⁹, caracteriza-se nas hipóteses do parágrafo único do art. 26⁹⁰, § 2º do art. 28⁹¹, ambos do CPB, e parágrafo único do art. 19 da Lei 6.368/76⁹², ou seja, nas perturbações mentais redutoras da capacidade de vontade, embriaguez incompleta e dependência de substância entorpecente que reduza a capacidade de entendimento.

O Código Penal prevê, ainda, casos que não excluem a imputabilidade, previstos no art. 28 do CPB, que são a emoção, a paixão e a *actio libera in causa*, segundo a qual é considerado imputável o indivíduo que, dolosa ou culposamente, se pôs em situação de inimputabilidade para o fim de cometer crime, usando a si próprio como instrumento de execução do ato delituoso. A hipótese mais característica aparece na embriaguez dolosa.

Vale lembrar que a análise das causas de exclusão e diminuição da imputabilidade penal não será objeto de nossa pesquisa, por ser pouco relevante aos fins específicos desta dissertação⁹³.

⁸⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível, p. 220.

⁹⁰ O parágrafo único do artigo 26 do Código Penal Brasileiro determina: “A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

⁹¹ O § 2º do artigo 28 do Código Penal Brasileiro dispõe: “A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

⁹² Assim dispõe o parágrafo único do artigo 19 da Lei 6.368/76: “A pena pode ser reduzida de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se, por qualquer das circunstâncias previstas neste artigo, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

⁹³ Sobre este tema, indicamos as obras: MARQUES, Allana Campos. Imputabilidade Penal; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal; MACHADO, Luiz Alberto. Direito Criminal.

2.2. CONSCIÊNCIA DA ANTIJURIDICIDADE

A consciência da antijuridicidade é o elemento central do conceito de culpabilidade. Para que um indivíduo seja reprovado a título de culpabilidade é necessário que ele tenha a possibilidade de orientar sua conduta conforme a norma penal. O autor deve reconhecer, ou pelo menos ter a *possibilidade* de reconhecer (conhecimento potencial), no momento da realização do tipo de injusto, que esta ação não está conforme o direito.

O conteúdo da consciência da antijuridicidade é a exigência da possibilidade de representação⁹⁴, de reconhecimento do injusto, justificada pelo fato de que a realização dolosa de um tipo penal, principalmente quando se trata de um bem jurídico de proteção fundamental para o Direito Penal, traz o indício de que o agente tem, ou possa ter, a consciência de que sua ação é proibida.

Conforme afirma Francisco Muñoz CONDE:

"O conhecimento da ilicitude não é um elemento supérfluo da culpabilidade, mas, ao contrário, um elemento essencial e o que lhe dá razão de ser. Logicamente, a atribuição que supõe a culpabilidade só tem sentido para quem sabe que sua ação está proibida. A função motivadora da norma penal só pode ter eficácia, a nível individual, se o indivíduo em questão, autor de um fato proibido pela lei penal (portanto, típico e antijurídico), tinha consciência da proibição, pois, do contrário, ele não teria motivo para se abster de fazer o que fez"⁹⁵.

Ter consciência significa compreender. A doutrina penal utiliza o conceito

⁹⁴ Juan Bustos RAMÍREZ afirma que "la conciencia del injusto es la *exigencia de la posibilidad de representación del injusto realizado*. Es decir, hay que partir de la situación concreta producida (el injusto realizado) y sobre la base ya de la imputabilidad del sujeto, el derecho le puede *exigir* al sujeto una determinada representación del injusto. Ahora bien, la conciencia del injusto en cuanto es conciencia *exigida* es totalmente graduable, conforme a las circunstancias de cada caso concreto" (Manual de Derecho Penal Español, p. 386).

⁹⁵ CONDE, Francisco Muñoz. Teoria geral do delito, p. 157.

de consciência como equivalente ao de compreensão⁹⁶. Isto significa que ter consciência da antijuridicidade, no direito penal, é internalizar as normas, tornando-as parte de nosso aparato psicológico. “Compreender ou entender implica, pois, conhecer e também internalizar, porque a internalização requer o conhecimento prévio. Neste sentido de compreender ou entender como internalizar, faz-se evidente que a maioria dos autores de injustos não tenham compreendido ou entendido a antijuridicidade”⁹⁷. Daí a razão pela qual a doutrina penal afirma que “a lei não pode exigir uma compreensão efetiva da antijuridicidade, porque ela quase nunca ocorre”⁹⁸. A lei requer, então, a *possibilidade* de compreender a antijuridicidade.

Ao autor não é exigido o conhecimento da punibilidade do fato ou do preceito jurídico lesionado, sendo suficiente que o autor saiba que seu comportamento é contrário às exigências da ordem social: “resulta suficiente el conocimiento de la *antijuridicidad material*, en el sentido de ‘conocimiento según el profano’, mientras que, de otro lado, la mera conciencia de la inmoralidad no basta para la relativa al injusto”, podendo servir para considerar evitável o erro de proibição, “puesto que el autor tuvo entonces ocasión de reflexionar sobre la valoración jurídica de su acción”⁹⁹.

No mesmo sentido, ROXIN afirma que só se pode formular um juízo de censura no sujeito que desatendeu conscientemente proibições e mandos jurídicos, não bastando a consciência da danosidade social ou da contrariedade à moral da

⁹⁶ Como é o caso de Eugenio Raúl ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI (Manual de Direito Penal Brasileiro, p. 627). Francisco Muñoz CONDE, por sua vez, fala em “conhecimento da ilicitude”, em trecho citado no parágrafo acima, desta seção. Como veremos, o conhecimento é pressuposto da compreensão. Adotamos esse conceito, apresentado por ZAFFARONI, por ser de fundamental importância na nossa pesquisa, visto que relacionaremos, em capítulos seguintes, a questão do (des)conhecimento do direito com a noção de consciência da ilicitude, esta como compreensão (internalização) do injusto, não apenas seu conhecimento.

⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, p. 621.

⁹⁸ Idem, p. 621.

⁹⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, p. 410.

própria conduta, sendo tampouco necessária a consciência da punibilidade do fato¹⁰⁰.

Essa possibilidade de compreensão do injusto deve estar de acordo com as circunstâncias em que a ação foi realizada e com as características do agente, como, por exemplo, seu nível cultural e sua formação¹⁰¹.

Para entender melhor essa possibilidade de compreensão da ilicitude, analisaremos as situações que excluem essa compreensão. Trata-se de determinadas situações de incidência de erros de valoração que excluem ou reduzem a consciência da antijuridicidade do fato: os chamados erros de proibição.

2.2.1. Erro de proibição

Duas teorias surgiram para explicar a incidência desses erros de valoração: a teoria do dolo e a teoria da culpabilidade¹⁰².

Para a primeira, decorrente da teoria causal da ação, a consciência da antijuridicidade pertence ao dolo, que é elemento da culpabilidade. Logo, dá lugar à teoria unitária do erro, incluindo o erro de direito e o erro de fato na mesma estrutura: ambos excluem a culpabilidade, se invencíveis, mas o agente pode ser punido por culpa, se vencível o erro, o que traz como consequência a admissão da tentativa

¹⁰⁰ ROXIN, Claus. Derecho Penal, p. 866.

¹⁰¹ CONDE, Francisco Muñoz. Teoria geral do delito, p. 157. Mais uma vez encontramos observações que tratam da necessidade de verificar o homem no contexto social em que está inserido. Trataremos disso no capítulo 4 deste trabalho, ao analisar o papel do juiz na aplicação do princípio da culpabilidade. No momento apenas ressaltamos que, apesar de CONDE ter feito essa afirmação, ele não aprofunda o tema. A culpabilidade normalmente é tratada como um princípio de direito penal, um princípio que limita a atuação do poder do Estado, então um princípio garantidor (*nulla poena sine culpa*). Concordamos com isso. Entretanto, a análise da culpabilidade deve ir mais a fundo e ser feita de acordo com a sociedade em que o homem está inserido, com o lugar que ocupa nesta sociedade, visto que isto vai influenciar, necessariamente, no seu modo de agir e, mais do que isso, na sua possibilidade de agir conforme o direito, na sua possibilidade de interiorizar as normas “oficiais” e se autodeterminar de acordo com elas.

¹⁰² Sobre a temática do erro, consultar ACCIOLY NETO, Francisco. Alcides Munhoz Neto e o erro em matéria penal.

culposa¹⁰³.

Com o advento do finalismo, e da teoria normativa da culpabilidade, a consciência da antijuridicidade passa a integrar a culpabilidade e não o dolo, como uma consciência real ou potencial. Há uma separação entre o dolo e a consciência da antijuridicidade, não importando se o dolo compõe a estrutura do tipo ou da culpabilidade. Após desenvolvida a teoria normativa, a partir da concepção final de ação, o dolo foi inserido na estrutura do tipo, continuando o entendimento de que a consciência do injusto não se situa no dolo, mas na culpabilidade. Esta é a teoria estrita da culpabilidade: a possibilidade de compreensão do injusto pertence à culpabilidade, independentemente de onde se situe o dolo.

Com isso, fez-se a distinção entre erro de tipo e erro de proibição: o primeiro exclui o dolo, visto tratar-se de erro sobre os elementos objetivos do tipo, restando ao autor a punição por crime culposos, se previsto para a hipótese. O segundo exclui a culpabilidade, pois trata-se de erro sobre a antijuridicidade do fato típico: “O erro de proibição é erro sobre a antijuridicidade do fato, ou seja, sobre a natureza proibida da ação típica: o autor sabe o que faz, mas pensa, erroneamente, que é permitido, ou por crença positiva na permissão do fato, ou por falta de representação da valoração jurídica do fato”¹⁰⁴.

Conforme afirma Hans WELZEL, que desenvolveu a teoria extrema da

¹⁰³ Nesse sentido, Eugenio Raúl ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI afirmam que “com semelhante teoria teríamos que admitir algo tão absurdo ou inexplicável como a tentativa culposa. Com efeito: suponhamos que o sujeito que crê defender-se legitimamente, quando na realidade não há uma agressão, aja com rapidez e dispare sobre seus supostos agressores, sem no entanto atingi-los devido à má pontaria. Há uma tentativa de homicídio ou de lesões, mas, de acordo com a teoria unitária do erro, como se trata de um erro invencível, a conduta deve ser punida como culposa, com o que teríamos configurada uma tentativa culposa (o que é uma aberração, porque a tentativa culposa é um ‘engenho lógico’). A circunstância de que tal solução não seja factível porque a lei não a admite não é uma explicação satisfatória, e sim um argumento para sair do impasse: a teoria conduz à conclusão de que a tentativa culposa é concebível, só que não há uma pena prevista para ela” (Manual de Direito Penal Español, p. 640) Sobre o assunto, consultar JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho, Penal e RAMÍREZ, Juan Bustos. Manual de Derecho Penal Español.

¹⁰⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível, p. 229.

culpabilidade¹⁰⁵, o autor sabe o que faz, mas supõe que sua ação não está proibida, "no conoce la norma jurídica o no la conoce bien (la interpreta mal) o supone erróneamente que concurre una causal de justificación"¹⁰⁶. Se esses erros forem inevitáveis, haverá a exclusão da culpabilidade, mas se forem evitáveis haverá apenas sua atenuação. E continua o autor: "Como 'error de prohibición' (...) hay que entender no sólo la falsa representación, sino también la falta de representación de la antijuridicidad del hecho, esto es, no sólo la representación positiva de actuar conforme a derecho, sino también la falta de representación de actuar antijurídicamente"¹⁰⁷.

O Código Penal brasileiro, entretanto, adotou a teoria limitada da culpabilidade, admitindo que a consciência da antijuridicidade, em alguns casos (descriminantes putativas), pertence ao tipo, não à culpabilidade, visto que o erro sobre uma causa de justificação não se constitui em erro de proibição, mas em erro de tipo, que exclui o dolo, podendo ser o autor punido a título de culpa.

"A lei penal brasileira disciplinou a problemática do erro de proibição conforme a teoria limitada da culpabilidade: o erro inevitável *exclui* e o erro evitável *reduz* a reprovação de culpabilidade em todas as hipóteses de erro, exceto o erro evitável sobre a *situação justificante*, que modifica a natureza do tipo, de *doloso* para *culposo* (a diferença entre a teoria *limitada* e a teoria *extrema* da culpabilidade, que mantém a regra para todas as hipóteses)"¹⁰⁸.

¹⁰⁵ A teoria extrema da culpabilidade equipara todas as modalidades do erro de proibição, das quais resultam as mesmas conseqüências, tendo como medida a inevitabilidade do erro.

¹⁰⁶ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán, p. 232-233.

¹⁰⁷ Idem, p. 233.

¹⁰⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. Teoria do crime, p. 68. Eugenio Raúl ZAFFARONI afirma que a teoria limitada da culpabilidade é coerente dentro da teoria dos elementos negativos do tipo, segundo a qual as causas de justificação eliminam a tipicidade, "comportando-se como elementos negativos do tipo", p. 454.

O erro sobre uma causa de justificação, na verdade, deveria constituir erro de proibição (como o admite a teoria estrita da culpabilidade), visto que as causas de justificação são circunstâncias que excluem a antijuridicidade. Então, mesmo que o erro incida sobre os limites jurídicos de uma situação justificante, ou que incida sobre sua própria existência, há erro sobre a antijuridicidade da ação dolosa típica. As causas legais de justificação (legítima defesa, estado de necessidade etc.), bem como as causas supralegais (direito correcional dos pais etc.) são hipóteses de exclusão da antijuridicidade, e não da tipicidade¹⁰⁹.

Conforme afirma FRAGOSO,

"a intenção dos que elaboraram o CP vigente parece ter sido a de considerar as discriminantes putativas como espécie de erro do tipo (...). Parece-nos que o erro neste caso é de proibição. O agente erra sobre a ilicitude de seu comportamento, sabendo perfeitamente que realiza a conduta típica, tanto do ponto de vista objetivo como subjetivo. (...) O agente aqui sabe o que faz, mas supõe erroneamente que estaria permitido. Exclui-se não a tipicidade, mas sim a reprovabilidade da ação"¹¹⁰.

Desse modo, admitimos como mais precisa a teoria estrita da culpabilidade, segundo a qual o erro que recai sobre a consciência da antijuridicidade é *erro de proibição*, enquanto que o erro que recai sobre os elementos do tipo é *erro de tipo*.

De acordo com o Código Penal Brasileiro, o erro de proibição está assim disciplinado: "Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou

¹⁰⁹ Assim dispõe o artigo 20, § 1.º do Código Penal Brasileiro: "É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tomaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo."

¹¹⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, p. 208-209.

atingir essa consciência"¹¹¹.

Inicialmente, a lei dispõe que o desconhecimento da lei é inescusável¹¹², constituindo, conforme afirmam alguns autores, uma verdadeira ofensa ao princípio da culpabilidade¹¹³, visto que a própria possibilidade de compreensão (fundamento do juízo de censura) pressupõe uma possibilidade de conhecimento¹¹⁴. ZAFFARONI afirma que “a doutrina é unânime na afirmação de que não se requer um conhecimento ou possibilidade de conhecimento da lei em si, o que não ocorre de forma efetiva nem mesmo entre os juristas. O que se requer é a possibilidade do conhecimento, denominada ‘valoração paralela na esfera do profano’, que é a possibilidade de conhecimento análogo ao efetivamente requerido a respeito dos elementos normativos dos tipos legais”¹¹⁵. E ele continua dizendo que isto significa que o conhecimento exigido ou a possibilidade de conhecimento exigido refere-se unicamente à antijuridicidade do fato, não sendo necessário o conhecimento acerca da penalização da conduta.

Estão incluídas, também, as hipóteses de erros sobre a validade da norma, em que o autor conhece a sua antijuridicidade, mas a considera inválida. Assim afirma WELZEL: "El error de validez puede ser inevitable, sobre todo, cuando el autor confía en la rectitud de la decisión de un tribunal inferior, que erróneamente había negado

¹¹¹ Código Penal Brasileiro, artigo 21.

¹¹² Nestes casos o agente será sempre punido, havendo apenas a possibilidade de atenuação de pena, prevista no artigo 65, inciso II.

¹¹³ Neste sentido SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível, e FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal.

¹¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, p. 621. Este autor faz a diferença entre conhecimento e compreensão. Esta significa a internalização da norma e pressupõe o seu prévio conhecimento.

¹¹⁵ Idem, p. 622.

validez a una disposición"¹¹⁶.

Além do erro sobre a validade da norma, a doutrina menciona diversas outras espécies de erro: erro direto de proibição (que recai sobre a existência da antijuridicidade da ação); erro indireto de proibição (que recai sobre a existência ou sobre os limites de uma causa de justificação); erro de subsunção (interpretação equivocada de um elemento normativo, podendo ser erro de tipo ou erro de proibição); e erro de compreensão (impede a internalização da norma)¹¹⁷.

Outro ponto a ser considerado na doutrina penal é o que diz respeito ao erro vencível e ao erro invencível. Segundo o Código Penal, o erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena, e se evitável, apenas a reduz. Aqui a exigência é de que o agente *possa* ter a consciência de que seu ato é antijurídico, de que está praticando um injusto penal. Só havendo essa possibilidade, ser-lhe-á exigida um conduta conforme o direito.

Deve haver, pois, a possibilidade de reprovação consciente pelo autor de sua conduta proibida, não havendo a necessidade de que ele conheça o próprio conceito jurídico da ação ou a cominação da pena, conforme já afirmado anteriormente.

Havendo essa consciência ou sua possibilidade, o agente é reprovado a título de culpabilidade. Se o erro é inevitável, há exclusão de pena, pois a consciência *real e potencial* da antijuridicidade é excluída. De outro modo, se o erro é evitável, ou seja, se o agente "atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência"¹¹⁸, há redução de pena,

¹¹⁶ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán, p. 238. Claus ROXIN também faz referência ao erro de validade, como nos casos em que o sujeito considerou a norma nula por incompetência do órgão que a ditou (Derecho Penal, p. 873).

¹¹⁷ Sobre os erros de proibição direto e indireto, indicamos as obras de JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal e ROXIN, Claus. Derecho Penal. Este último trata também do erro de subsunção. Sobre o erro de compreensão, indicamos a obra de ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro.

¹¹⁸ Código Penal, artigo 21, parágrafo único.

visto que a consciência *real* da antijuridicidade é excluída. A consciência da antijuridicidade, portanto, deve ser real ou potencial, sendo que somente o erro inevitável exclui tanto a consciência *real*, quanto a consciência *potencial* da antijuridicidade.

“O erro de proibição evitável exclui a consciência real, mas não exclui a consciência potencial da antijuridicidade (...) e, por essa razão, não impede o juízo de reprovação: a regra é a redução da pena, na medida da evitabilidade do erro: a exceção é o erro sobre a situação justificante (sobre a designação de discriminantes putativas), que transforma o tipo doloso em tipo culposo, conforme a tradição do direito brasileiro, que sempre tratou essa espécie de erro como erro de fato, excludente do dolo”¹¹⁹.

Existem ainda casos de erro nos crimes culposos¹²⁰, quando há erro sobre o dever jurídico de cuidado, e erro nos delitos de omissão de ação, quando recai sobre o dever jurídico de agir. Mas tais hipóteses não merecem maiores considerações nesta pesquisa.

2.2.2. Erro de compreensão

Na doutrina penal, de um modo geral, o tema do erro de proibição é tratado

¹¹⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Teoria do Crime, p. 70. Nesse caso podemos perceber a adoção da teoria limitada da culpabilidade. A objeção feita a esta teoria é justamente baseada na separação entre tipo e culpabilidade, aquele sendo composto pelo dolo, e esta pela consciência da ilicitude. Sobre a vencibilidade e invencibilidade, ZAFFARONI e PIERANGELI fazem uma crítica à teoria limitada e ao conteúdo do parágrafo único do artigo 21: o erro, “quando é invencível, isto é, quando com a devida diligência o sujeito não teria podido compreender a antijuridicidade do seu injusto, tem o efeito de eliminar a culpabilidade. Quando vencível, em nada afeta a tipicidade dolosa ou culposa que já está afirmada ao nível correspondente”, ou seja, da mesma forma afeta a culpabilidade.

¹²⁰ Conforme afirma Heleno Cláudio FRAGOSO, “o erro culposo não se confunde com o crime culposo. Neste a vontade é dirigida a fim lícito; naquele a vontade se dirige à realização de fato antijurídico, cuja ilicitude poderia o agente perceber se não faltasse ao dever de cuidado.” (Lições de Direito Penal, p. 209).

como o analisamos até o momento¹²¹. Para o objetivo da nossa pesquisa¹²², interessará mais o estudo do erro de compreensão, que afeta a compreensão da antijuridicidade, conforme tratado por ZAFFARONI¹²³, incluído nas hipóteses de erro de proibição.

O erro de compreensão corresponde à falta de internalização das normas de direito e não apenas à falta de conhecimento. Este erro refere-se ao erro que impede a “internalização ou introjeção da norma, por mais que ela seja conhecida”¹²⁴. O sujeito pode até conhecer a norma, mas não a internalizou. ZAFFARONI trata a questão do erro de proibição partindo da distinção entre mero conhecimento da norma e sua

¹²¹ NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal, FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán, WESSELS, Johannes. Direito Penal, CONDE, Francisco Muñoz. Teoria geral do delito, JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, ROXIN, Claus. Derecho penal, RAMÍREZ, Juan Bustos. Manual de Derecho Penal Español.

¹²² Preferimos fazer um estudo separado do erro de proibição de modo geral do estudo de uma forma específica de erro de proibição: o erro de compreensão. Isto pode ser explicado porque é esta forma de erro de proibição que é fundamental para a continuação da nossa pesquisa.

¹²³ De um modo geral, o autor trata da seguinte forma a questão do erro: I – há erro que afeta o conhecimento da antijuridicidade, que pode ser *direto*, “quando recai sobre o conhecimento da norma proibitiva”, ou *indireto*, “que recai sobre a permissão da conduta e que pode consistir na falsa suposição de existência de uma permissão que a lei não outorga, ou na falsa admissão de uma situação de justificação que não existe (justificação putativa); e II – há erro de compreensão que afeta a compreensão da antijuridicidade. Vale citar alguns exemplos apresentados pelo autor: “I – O erro que afeta o conhecimento da antijuridicidade pode ser *direto* quando recai sobre o conhecimento da norma proibitiva (um sujeito ignora que o adultério é proibido no Brasil; um sujeito ignora que trocar a fechadura de um imóvel para impedir a entrada do legítimo possuidor é delito); ou *indireto*, quando recai sobre a permissão da conduta, podendo consistir na falsa suposição de um preceito permissivo não reconhecido pela lei (um sujeito crê que se alguém lhe entrega o automóvel para conserto e não o retira dentro de certo prazo por sua própria conta pode vendê-lo, para ressacir-se do valor do serviço; outro crê que lhe é permitido vender a mercadoria do empregador para cobrar-se dos salários atrasados), ou em admitir falsamente uma situação de justificação que não existe (são as chamadas justificantes putativas: um sujeito crê que é agredido e que se defende, quando na realidade trata-se de uma brincadeira de amigos; outro crê ser ameaçado de morte por um incêndio porque está trancado e quebra uma janela, quando na realidade podia sair tranqüilamente pela porta). II – O erro de compreensão é aquele que afeta a compreensão da antijuridicidade, mas não o conhecimento: o indígena que masca coca desde criança e não pode internalizar a norma que proíbe a sua posse” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, p. 638-639).

¹²⁴ Idem, p. 638.

efetiva internalização.

Para o autor, o conhecimento é pressuposto da compreensão, o que nos leva a admitir que ele é apenas um dos seus pressupostos, pois neste caso do erro de compreensão não foi a falta de conhecimento que impediu a internalização da norma, mas outros fatores¹²⁵.

Estão incluídas nos casos de erro de compreensão não as hipóteses de conhecimento da norma, mas da sua interiorização. O que é exigível, nessas hipóteses, é que o sujeito compreenda ou possa compreender a ilicitude (a proibição e a falta de permissão), apesar de conhecer a norma.

ZAFFARONI afirma que “a exigibilidade de compreensão, vale dizer, a exigência do entendimento da ilicitude, ou, o que dá no mesmo, a evitabilidade do erro, é questão que deverá ser determinada caso a caso, tomando-se em conta as características pessoais, profissionais, grau de instrução, grupo cultural, obscuridade da lei, contradições das decisões jurisprudenciais ou administrativas a respeito, opinião vulgar etc. Como em qualquer limite da culpabilidade, não é possível fixar regras que passam pelo alto nas particularidades individuais”¹²⁶.

O autor apresenta como exemplo de falta de compreensão os indígenas que têm há séculos seus próprios ritos para funerais e sepultamentos, sendo difícil exigir-lhes que abandonem essas regras para acolher as nossas. Nesse caso estamos diante de um erro invencível, na forma de erro de compreensão¹²⁷.

O autor admite, ainda, que há casos em que está ao menos reduzida a capacidade de entender a ilicitude, referindo-se ao sujeito que age com consciência dissidente, assumindo que sua conduta é resultado de um sistema de valores distintos

¹²⁵ Sobre esses outros fatores falaremos no capítulo seguinte, ao ser feita uma análise da exclusão social relacionada à teoria das subculturas criminais.

¹²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, p. 650.

¹²⁷ Idem, p. 644.

do nosso¹²⁸. Ele inclui nestes casos os erros de compreensão culturalmente condicionados: *“haverá casos de consciência dissidente em que apareça um verdadeiro erro de compreensão invencível e em tais hipóteses não haverá culpabilidade. Neste sentido, serão particularmente relevantes os erros de compreensão culturalmente condicionados, isto é, quando o indivíduo tenha sido educado numa cultura diferente da nossa e desde criança tenha internalizado as regras de conduta desta cultura, como no exemplo dos enterros clandestinos do indígena”*.

Mesmo entendendo que a consciência dissidente não é causa de “inculpabilidade”, o erro de compreensão culturalmente condicionado poderá ser um erro de proibição invencível, que eliminará a culpabilidade. “Trata-se de graus de exigibilidade da compreensão que, como acontece com toda a problemática da culpabilidade, traduzem-se em graus de reprovabilidade, nem sempre simples de valorar”¹²⁹.

2.3. EXIGIBILIDADE DE COMPORTAMENTO DIVERSO

O poder de agir conforme o direito é o fundamento da culpabilidade e, portanto, da exigibilidade. Na situação concreta, o agente deve estar em condições de poder atuar conforme o direito. Se esse poder é excluído de alguma forma, há exclusão

¹²⁸ Idem, 645. Desta afirmação tiramos a conclusão de que quando ZAFFARONI e PIERANGELI falam em “cultura diferente da nossa”, ele está se referindo a culturas “oficiais”, não admitindo, ao menos explicitamente, a existência de erro nas hipóteses de subculturas paralelas à oficial, num mesmo contexto geográfico, muitas vezes decorrentes da situação de exclusão social. Tal conclusão surge porque o autor, ao exemplificar situações de ‘erros de compreensão culturalmente condicionados’, refere-se aos indígenas, aos membros da cultura Ahuca no oriente equatoriano, aos esquimós e às culturas africanas. Nesse sentido, podemos antecipar algumas das questões que serão analisadas no capítulo seguinte: seria possível exigir que os excluídos da cultural “oficial” e incluídos na sua própria “(sub)cultura” abandone as regras desta para acolher as nossas? Ou melhor: seria possível que estes excluídos internalizassem as “nossas” normas, “desinternando” as próprias? Não se trataria neste caso, igualmente, de erro invencível na forma de erro de compreensão culturalmente condicionado?

¹²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, p. 645.

da culpabilidade.

As causas de ausência de culpabilidade, ou porque está ausente a imputabilidade, ou porque o agente não tem a consciência de que sua ação é ilícita, admitem que não seja atribuído o juízo de censura. Da mesma forma, não é censurado o sujeito que, na situação concreta, não pode atuar em conformidade com as normas jurídicas, inobstante ter sido verificada a existência de capacidade de vontade e de consciência da ilicitude do fato.

Trata-se de situações de inexigibilidade de um comportamento adequado à norma, que exclui a culpabilidade: “no merece pena criminal alguna quien, según las circunstancias del hecho, no puede evitar su comisión”¹³⁰.

As causas que excluem a exigibilidade de atuar conforme a norma podem ser legais ou supralegais¹³¹. Nas primeiras estão compreendidos os casos de coação irresistível¹³², obediência hierárquica¹³³, estado de necessidade exculpante¹³⁴,

¹³⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, p. 457. O autor faz referência ao pensamento de Freudenthal. Alguns autores, dentre eles o próprio JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, RAMÍREZ, Juan Bustos. Manual de Derecho Penal Español e ROXIN, Claus. Derecho Penal, consideram a exigibilidade como causa supralegal de exculpação e não propriamente como elemento da culpabilidade. RAMÍREZ afirma que se trata de uma indulgência do direito em razão das circunstâncias, visto que a culpabilidade fica constatada com a imputabilidade e a consciência da ilicitude (p.388). Logo, o sujeito seria culpável, mas sua ação estaria desculpada por ser inexigível uma outra conduta.

¹³¹ A análise das causas de exculpação não é objeto desta pesquisa. Ressaltamos, entretanto, que será analisado o conflito de deveres como causa supralegal de exculpação, visto que se refere ao tema central da dissertação.

¹³² Sobre o assunto, consultar MACHADO, Luiz Alberto. Direito Criminal, p. 146, NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal, p.157, e FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, p. 211.

¹³³ Indicamos as obras de MACHADO, Luiz Alberto. Direito Criminal, p. 145, e ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, p. 657.

¹³⁴ Consultar ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, p.653, RAMÍREZ, Juan Bustos. Manual de Derecho Penal Español, p. 405,

excesso de legítima defesa e excesso de legítima defesa putativa¹³⁵. Nas segundas podemos citar os casos de colisão de deveres¹³⁶.

As causas legais de inexigibilidade de conduta diversa podem ser claramente explicadas na seguinte afirmação:

"Na coação, a irresistibilidade deve ser medida pelas condições pessoais e pela situação existencial de coator e coagido: compreende situações de violência pessoal, como ameaças, maus-tratos, imposição de sofrimentos físicos, etc., para obrigar à prática de ações criminosas (a chamada 'vis compulsiva', que vicia a vontade do coagido - ao contrário da 'vis absoluta', força física que exclui a própria ação). Na obediência hierárquica, a ordem superior deve ser vinculante da conduta, a ilegalidade da ordem não deve ser evidente e o subordinado deve ser funcionário público. (...) Coação irresistível e obediência hierárquica constituem hipóteses de autoria mediata em que terceiro, como instrumento, atua sem liberdade, sob o domínio do coator ou do superior hierárquico"¹³⁷.

2.3.1. Conflito de deveres

O conflito ou colisão de deveres é tratado na doutrina penal como caso similar ao estado de necessidade supralegal, sob o argumento de que a escolha do mal menor constitui situação de exculpação¹³⁸, verificável de forma comparativa: "se qualquer pessoa agiria igual ao autor, então seria *inexigível* comportamento

JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, p. 434, MACHADO, Luiz Alberto. Estado de necessidade e exigibilidade de outra conduta.

¹³⁵ Sobre o excesso de legítima defesa, sugerimos a obra de JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, p. 444, e SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível, p. 259.

¹³⁶ Sobre o assunto: MACHADO, Luiz Alberto. Direito Criminal, p.148, JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, p. 455 e SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível, p. 267. Este último autor analisa mais três casos supraleais de exculpação: o fato de consciência, a provocação de formação de legítima defesa e a desobediência civil, os quais não serão utilizados para os fins específicos deste trabalho.

¹³⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. Teoria do crime, p. 71.

¹³⁸ Nesse sentido, JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, p. 455 e SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível, p. 267.

diverso"¹³⁹. Logo, o fundamento do conflito de deveres como situação de exculpação supralegal, por inexigibilidade de comportamento conforme a norma, é a *escolha do mal menor*.

Juarez Cirino dos SANTOS trouxe uma visão inovadora acerca do conflito de deveres como causa supralegal de exculpação: o autor afirma que situações de marginalização do mercado de trabalho faz com que alguns indivíduos sejam "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)"¹⁴⁰.

Nestas situações, o crime constitui "*resposta normal* de sujeitos em *situação anormal*". Por essa razão, afirma Juarez Cirino dos SANTOS que "os critérios normais de valoração do comportamento individual devem mudar, utilizando pautas excepcionais de *inexigibilidade* para fundamentar hipóteses *supralegais* de exculpação por *conflito de deveres*, porque, afinal, o direito é a regra da vida"¹⁴¹.

Estar em situação de marginalidade e anomia, por falta de acesso aos meios institucionais para a obtenção de fins culturais, como lazer, saúde e educação, gera responsabilidade do ente garantidor dos direitos sociais e individuais.

"(...) não se pode esquecer que o condicionamento social e a completa ausência de socialização da população marginal, também chamada de *quarto estrato* ou *pobreza absoluta*, criam condições de desvio da conduta, quando não o impõem como forma única de sobrevivência nessa espécie de sociedade marginal, na qual os valores se invertem em relação à sociedade tradicional (...)"¹⁴².

¹³⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível, p.268.

¹⁴⁰ Idem, p. 269.

¹⁴¹ Idem, p. 269.

¹⁴² MACHADO, Luiz Alberto. Violência e criminalidade, p. 39.

Esta responsabilidade do Estado, e da sociedade em geral, ultrapassa o âmbito das relações eminentemente sociais, podendo ser analisada a partir dos mecanismos jurídicos utilizados pelo Direito Penal: "o mecanismo da produção das normas; o mecanismo da investigação e da aplicação das sanções às condutas desviantes; e o mecanismo da execução das penas e das medidas de segurança. Cada um desses mecanismos é responsável por uma pressão incentivadora da criminalidade violenta"¹⁴³.

Após toda esta exposição acerca do conceito, fundamento e da própria estrutura da culpabilidade, com vistas a apresentar um esboço geral da teoria, partiremos para a análise referente à exclusão social e seus efeitos na esfera do direito penal.

¹⁴³ Idem, p. 40-41. No mesmo sentido: STRECK, Lenio Luiz. Direito penal, criminologia e paradigma dogmático: um (re)pensar crítico, p.76.

PARTE II – CULPABILIDADE E EXCLUSÃO SOCIAL: A NEGAÇÃO DO PRINCÍPIO

CAPÍTULO 3 - A NOVA ORDEM MUNDIAL EXCLUDENTE

3.1. GLOBALIZAÇÃO NEOLIBERAL E DEMOCRACIA: ELEMENTOS PARA UMA ANÁLISE DA EXCLUSÃO SOCIAL

A finalidade desta seção é apresentar elementos para uma análise da exclusão social no Brasil, tendo em vista o conceito de democracia e, necessariamente, o de cidadania, em sua relação com o neoliberalismo.

E por que tratar do neoliberalismo? A resposta pode ser tirada do nosso momento histórico político, econômico e cultural, caracterizado por um processo de globalização, ou de globalizações, como afirma Boaventura de Sousa SANTOS¹⁴⁴, que traz resultados importantíssimos, que podem ser resumidos no esquecimento (ou negação?) de idéias importantes como as de pátria, soberania e Estado¹⁴⁵.

Tais idéias foram construídas na história das civilizações. Remetem-nos, por exemplo, à Grécia, bem como ao Iluminismo. Fazem-nos refletir acerca de conceitos necessariamente relacionados a essas idéias, e que as têm como pressupostos lógicos, como os conceitos de democracia e de cidadania.

O conceito de democracia foi sendo desenvolvido ao longo dos anos de acordo com o contexto histórico - político, econômico e cultural – ao qual estava

¹⁴⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *La Globalización del Derecho*, p. 39. O autor descreve os traços principais da globalização contemporânea, vistos desde as perspectivas econômica, política e cultural.

¹⁴⁵ SODRÉ, Nelson Werneck. *A Farsa do Neoliberalismo*, p. 18.

inserido, sempre relacionado a cidadãos; o conceito de democracia se relaciona intimamente com o de cidadania, no sentido de uma democracia de e para cidadãos, num sentido ativo, num sentido de exercício da cidadania.

Um dos elementos constitutivos da cidadania é justamente essa idéia de participação ativa. Não se é cidadão de forma passiva. Passivamente só se é súdito¹⁴⁶. E como exercitar a cidadania? ARISTÓTELES respondeu a essa questão de forma inversa, ou seja, a partir da afirmação de que cidadão é todo aquele que participa dos negócios da *pólis*, indicou quem não era cidadão, para então dizer quem o era. Não estavam incluídos no conceito, e, portanto, no exercício da cidadania, as mulheres, os estrangeiros, os escravos (que, para ele, o são por natureza) e os artesãos (estes de forma relativa, dependendo do tipo de organização da *pólis*, se aristocrática ou democrática). Restavam, então, os homens livres, ou seja, homens não privados de liberdade.

Este conceito de cidadania traz algumas questões cruciais: a idéia de inclusão (e, portanto, de exclusão) e a idéia de liberdade.

Falar em cidadania implica necessariamente falar em inclusão. Inclusão em quê? Inclusão na cidade, na vida social, na vida política¹⁴⁷. Inclusão no exercício da cidadania¹⁴⁸. E essa inclusão traz a idéia de liberdade, visto que o próprio conceito de

¹⁴⁶ Neste sentido, Agostinho Ramalho MARQUES NETO (Sobre o conceito e a prática da cidadania – e sua dissolução no mundo neoliberal, p. 217), fazendo referência a Rousseau, afirma: “ROUSSEAU, por sua vez, afirma, no *Contrato Social*, que o membro da comunidade política, quando considerado em sentido ativo, isto é, como direta ou indiretamente participante do poder de estabelecer as leis, que para ele é o poder soberano por excelência, se denomina cidadão; em sentido passivo, quer dizer, enquanto destinatário dessas leis e a seus imperativos obrigado, ele se chama súdito. Com efeito, ninguém é passivamente cidadão. O exercício da cidadania supõe ação na esfera pública”.

¹⁴⁷ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: o Juiz-cidadão, p. 32.

¹⁴⁸ E aqui faço já um comentário importante que será analisado na seção seguinte: a de que a exclusão não é algo que nasceu hoje, com as idéias neoliberais, mas algo que já está presente na história da humanidade.

cidadão, ou a própria definição de quem é cidadão no mundo grego, depende da oposição entre liberdade e necessidade: a liberdade pressupõe a superação da necessidade.

Com as idéias contratualistas, surgidas no momento da história em que se procurava uma explicação racional do mundo e da sociabilidade humana, o conceito de cidadão adquire um outro sentido. Aqui, cidadão é o titular originário de direitos, alguns renunciáveis, outros não¹⁴⁹.

Isso é consequência da própria hipótese contratualista, que se sustenta em uma ficção teórica: a do “estado de natureza” e a do “pacto social”. No estado de natureza, concebido como anterior à sociedade e constituído de indivíduos no sentido mais radical do termo (o que não se divide, o que não faz dois, mônadas), os direitos seriam ilimitados (no sentido de se confundirem com a liberdade de agir conforme seus apetites usando os meios que a razão indicasse como os mais adequados à satisfação desses apetites), sendo necessária a suposição de um acordo mútuo, isto é, de um pacto, com a necessária renúncia recíproca de direitos (contrato), a fim de garantir (de violações alheias) os direitos a que não se renunciou no contrato, ficando aberta a possibilidade de ampliação desses direitos na vida política, mediante o exercício da reivindicação, inerente à prática ativa da cidadania.

É no contexto dessa renúncia recíproca de direitos, que caracteriza o contrato político, que se constitui a moderna concepção liberal de soberania. O soberano seria o guardião do pacto, com a função de proteção e garantia do contrato. Essa proteção seria possível através da restrição da lei à liberdade individual, à liberdade do sujeito no que se refere aos seus direitos irrenunciáveis.

Esse contexto do liberalismo clássico, com a tentativa de consolidação da burguesia no poder, trouxe consequências marcantes para as idéias de cidadania e democracia: uma democracia representativa, com idéias de liberdade (liberdade de

¹⁴⁹ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: o Juiz-cidadão, p. 44.

negociação) e igualdade (igualdade formal, de todos perante a lei), exercida por cidadãos titulares de direitos legalmente previstos, visto que eles não se despojaram de todos os direitos, restando um núcleo mínimo do cidadão, “aquilo que resta do indivíduo depois do contrato”¹⁵⁰.

Com as idéias marxistas da preeminência do social sobre o individual e a afirmação de que a sociabilidade humana é forjada a partir do trabalho, a idéia de igualdade formal foi substituída pela de igualdade de condições e oportunidades e a cidadania neste momento adquire um novo sentido: sua efetivação “só pode se dar no interior da sociedade, o que implica a luta de classes. Daí que uma cidadania plena, para Marx, pressupõe a superação da luta de classes(...)”¹⁵¹.

E nos nossos dias? Qual o sentido de cidadania e de democracia?¹⁵²

Democracia pressupõe cidadania. Cidadania implica diferença. O conceito de democracia que utilizarei aqui é o desenvolvido por Agostinho Ramalho MARQUES NETO, pois entendemos ser de uma singular precisão e permite que se faça uma articulação com o neoliberalismo no sentido que precisamos nesta dissertação. “Democracia é espaço de coexistência de alteridade, democracia é ambiência política onde as diferenças podem coexistir”¹⁵³. Isso implica no reconhecimento do outro

¹⁵⁰ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na perspectiva da sociedade democrática, p. 32.

¹⁵¹ Idem, p. 44. Sobre o papel do Estado na transição do liberalismo para a social-democracia, Celso FURTADO acrescenta: “De agente defensor dos interesses patrimoniais, o Estado nacional evoluiu para assumir o papel de intérprete dos interesses coletivos e assegurador da efetivação dos frutos de suas vitórias. Esse processo deu-se mediante a crescente participação da população organizada no controle dos centros de poder, ou seja, a democratização do poder. Ora, por trás desse processo esteve a progressiva capacidade de organização das massas trabalhadoras. E por detrás, o Estado nacional que assegurava o nível de emprego da população mediante a proteção do mercado interno” (O Capitalismo Global, p. 22).

¹⁵² A importância desses conceitos, nesta pesquisa, repito, decorre da posterior análise da exclusão social, de uma exclusão da cidadania.

¹⁵³ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na perspectiva da sociedade democrática, p. 48.

enquanto outro, enquanto diferente. Sem esse reconhecimento não pode haver cidadania. “A dimensão propriamente política, indissociável do exercício da cidadania, se fundamenta numa ética de alteridade. O princípio que está por baixo dessa fundamentação, sustentando-a, é um princípio ético, o princípio da dignidade da pessoa humana, segundo o qual cada indivíduo é um fim em si mesmo, ainda que eventualmente possa ser meio para a consecução de outros fins”¹⁵⁴.

O neoliberalismo traz como consequência a suspensão desse princípio da dignidade da pessoa humana. Traz como consequência também, dentre outras, o apequenamento do Estado, enquanto Estado de bem-estar social e garantidor de direitos, o crescimento das taxas de desemprego, a deflação como condição para a recuperação dos lucros e o aumento da desigualdade social, tudo isso com a finalidade de reanimar o capitalismo avançado mundial¹⁵⁵.

Uma das consequências do liberalismo clássico, que atribuía ao Estado a tutela dos direitos dos indivíduos, foi a positivação do Direito, com a inserção no texto legal de garantias jurídicas, a serem efetivadas pelo Estado¹⁵⁶. Nisso, o neoliberalismo mostra o que traz de novo, o que traz de *neo*¹⁵⁷: dentre outras coisas, um utilitarismo

¹⁵⁴ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Sobre o conceito e a prática da cidadania - e sua dissolução no mundo neoliberal, p. 219.

¹⁵⁵ ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo, p. 15. Não nos interessa aqui se o neoliberalismo obteve êxito ou não quanto ao fim almejado, um “fim histórico”. Nesse sentido, ANDERSON afirma que economicamente o neoliberalismo não conseguiu nenhuma revitalização básica do capitalismo avançado; socialmente, obteve êxito, aumentando a desigualdade social, embora não tão diminuído o Estado de bem-estar social; e política e ideologicamente, obteve êxito ao disseminar a idéia de que “não há alternativas para os seus princípios, que todos, seja confessando ou negando, têm de adaptar-se a suas normas” (p. 23). O que é importante enfatizar é que, mesmo não alcançando o fim a que se propôs, os meios utilizados para tal obtenção acarretaram e ainda hoje acarretam consequências sociais importantes, como as citadas.

¹⁵⁶ MARQUES NETO, Agostinho. Neoliberalismo: o direito na infância, p. 226. Indicamos também a obra COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Jurisdição, Psicanálise e o mundo neoliberal.

¹⁵⁷ Sobre o neoliberalismo, Nelson Werneck Sodré afirmou que se trata de “um liberalismo novo, de novo tipo, diferente do liberalismo clássico, que surgiu e cresceu com o desenvolvimento do capitalismo na história”. Afirma que essa doutrina pretende o “fim da História”, tentando implantar na

exagerado, com o “abandono, em favor da eficiência econômica, de princípios éticos fundamentais, dos quais resultam relevantes conseqüências políticas e jurídicas”¹⁵⁸. Dentre as conseqüências políticas podemos citar, como já o fizemos no início desta seção, a progressiva dissolução de conceitos como os de democracia, cidadania, Estado, Nação e soberania¹⁵⁹.

A conseqüência do abandono de princípios éticos em favor da eficiência econômica, em favor do aumento da competição e da desigualdade social, pode ser entendida com o fato de que o neoliberalismo surgiu do ventre da globalização¹⁶⁰. O processo de globalização da economia é altamente propício para a consecução do projeto neoliberal.

A globalização pode ser analisada sob três perspectivas distintas: a econômica, a política e a cultural. Boaventura de Sousa SANTOS afirma que, no campo das relações econômicas, a globalização é levada a cabo pelos agentes da nova economia mundial (as empresas transnacionais)¹⁶¹. Na América Latina, este processo

mente de todos que não há alternativas: “é preciso que as áreas dominadas, cuja heterogeneidade não escapa à simples observação, aceitem mansamente o destino que é estabelecido pela ‘nova ordem’, em que o neoliberalismo é a doutrina essencial, fora da qual não há salvação. É preciso, portanto, que as áreas dominadas não só aceitem a dominação como acreditem nela, na inevitabilidade dessa dominação, na sua eternidade” (A Farsa do Neoliberalismo, p.4). Sobre o conceito de neoliberalismo: BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia.

¹⁵⁸ Idem, p. 231.

¹⁵⁹ Sobre alguns desses conceitos foi sendo dissolvido pelo ideário neoliberal, indico o texto "O direito na infância", p.231-232. O autor afirma, por exemplo, que a soberania se desloca do âmbito do Estado para o domínio do mercado; a cidadania vai perdendo seus sentidos jurídico (cidadania enquanto direito a ter direitos) e político (de participação ativa); a democracia não é mais uma necessidade lógica do sistema, como o era no liberalismo clássico. No mesmo sentido: SODRÉ, Nelson Werneck. op. cit., p. 18 e 19. Este autor afirma que o “neoliberalismo atirou ao lixo esse arsenal conceitual”, referindo-se a conceitos como os de pátria, soberania e Estado.

¹⁶⁰ SODRÉ, Nelson Werneck. A Farsa do Neoliberalismo, p. 19.

¹⁶¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. La globalización del derecho, p. 40: “Las principales características de esta nueva economía mundial son: obtención de recursos alrededor del mundo; sistemas de producción flexibles y costos de transporte bajos que permiten la producción de componentes industriales en la periferia e la exportación hacia el centro; surgimento de tres grandes bloques comerciales: os Estados Unidos, basado en relaciones privilegiadas con Canadá, México y

de globalização é obtido, segundo Marcos Roitman ROSEMAN¹⁶², através da integração das economias atrasadas ou dependentes ao mercado mundial, por via da implantação, nas esferas regionais, de empresas transnacionais.

A crescente presença dessas empresas transnacionais é um dos traços mais marcantes da globalização econômica¹⁶³ e dentre suas características podemos destacar a integração dos mercados financeiros mundiais e o crescimento singular do comércio internacional¹⁶⁴, contexto no qual se vê diminuído o espaço para a operação de políticas públicas.

A globalização da economia, da política e da cultura é o principal obstáculo à democracia, conforme bem afirmou Benny POLLACK¹⁶⁵, pois termina com a possibilidade de oferecer ao eleitorado alternativas, com um profundo déficit democrático no plano político, enquanto que no plano econômico há uma crescente desigualdade e pobreza e menos consciência democrática nos setores marginais. Na dimensão cultural, destaca-se o debate sobre o surgimento de uma cultura global ou mundial.

Todo esse processo traz como conseqüências um novo paradigma de emprego: mais flexível e desprovido de garantias de estabilidade¹⁶⁶.

América Latina; Japón, baseado en relaciones privilegiadas con los cuatro pequeños tigres y el resto de Asia Oriental; y Europa, basado en la Unión Europea y en relaciones privilegiadas con Europa Central y Oriental y África Septentrional”.

¹⁶² ROSEMAN, Marcos Roitman. América Latina en el proceso de globalización: los límites de sus proyectos, p. 2.

¹⁶³ DUPAS, Gilberto. Economia global e exclusão social, p. 13.

¹⁶⁴ Idem, p. 13.

¹⁶⁵ Em aula ministrada na Universidad Internacional de Andalucía, na IV Maestría en Teorías Críticas del Derecho y la Democracia en Iberoamérica, 1998.

¹⁶⁶ Gilberto DUPAS chega a afirmar que “em sociedades como as ocidentais, nas quais o emprego desempenha um papel central não somente no que se refere à obtenção de renda como na integração social do indivíduo e na própria formação de sua identidade pessoal, a mudança desse padrão tem causado perplexidade”, p. 16. Salo de CARVALHO, nesse sentido, afirma que “o primeiro passo para o processo de globalização econômica é dado pela flexibilização, isto é, a

“A maneira neoliberal de fazer a globalização consiste em reduzir empregos para reduzir custos, competindo entre empresas transnacionais, cuja direção se faz desde um ponto desconhecido, de modo que os interesses sindicais e nacionais quase não podem ser exercidos. A consequência de tudo isto é que mais de 40% da população latino-americana se encontra privada de trabalho estável e de condições mínimas de segurança (...)”¹⁶⁷.

Segundo Manuel Monereo PEREZ¹⁶⁸, todo este processo econômico constitui-se em uma nova etapa do capitalismo, em uma transformação de uma etapa do capitalismo para outra, para que o próprio sistema capitalista possa funcionar. Não se trata apenas de uma internacionalização econômica, acarretando mudanças de ordem política, social, cultural e no meio ambiente¹⁶⁹. Tais mudanças constituem o resultado da liberalização da circulação de capital, da desregulação e privatização dos setores públicos e serviços sociais. Para que isto seja possível, seria necessário o retrocesso do papel do Estado, eliminando tudo aquilo que dificulta o desenvolvimento livre da atividade empresarial privada, quer dizer, diminuir os controles fiscais, ecológicos, administrativos e penais.

Todo esse processo de globalização neoliberal, tal como se encontra estruturado e em funcionamento, traz como consequência necessária o aumento da desigualdade social e a ruína do Estado de bem-estar social, que é justamente o maior alvo do neoliberalismo, visto que garante e amplia direitos, tornando-se antieconômico

desregulamentação e a limitação das interferências governamentais, principalmente no que diz respeito aos tributos e ao mercado de trabalho”. (Garantismo e sistema carcerário: crítica aos fundamentos e à execução da pena privativa de liberdade no Brasil, p. 161).

¹⁶⁷ CANCLINI, Néstor García. Consumidores e Cidadãos, p. 42-43.

¹⁶⁸ Em aula proferida na Universidad Internacional de Andalucía, durante a IV Maestría en Teorías Críticas del Derecho y la Democracia en Iberoamérica.

¹⁶⁹ No mesmo sentido, Gilberto DUPAS: “Essas grandes alterações na lógica da produção global não têm impactos somente em nível macroeconômico. Invadem, também, a esfera individual ao modificar valores e padrões há muito sedimentados, estando aí uma das principais raízes do sentimento de insegurança que começa a se generalizar e que está subjacente à preocupação com a exclusão social, fortemente ligado às mudanças acarretadas no mercado de trabalho” (Economia global e exclusão social, p. 16).

e pouco competitivo em nível internacional. Da mesma forma, há transformação na organização do trabalho e na relação laboral, com a mercantilização dos direitos sociais.

Conforme veremos na seção seguinte, toda essa transformação do sistema capitalista de uma etapa para outra traz diversas conseqüências, dentre elas a mais importante é o aumento de desempregados e, em conseqüência, aumento da fome, do analfabetismo, da precariedade da saúde pública e da criminalidade. Por isso foi apresentado por Jose Luiz Monereo PEREZ um fator importante para a apresentação de qualquer alternativa de transformação democrática: a centralidade do trabalho, ou seja, a cidadania assentada no trabalho, como forma de dignificação da pessoa¹⁷⁰.

3.2. A CONSEQÜENTE EXCLUSÃO SOCIAL

“As conseqüências mais ostensivas do neoliberalismo, no caso brasileiro, estão no crescimento do desemprego. O desemprego é a face verdadeira do neoliberalismo. Seus efeitos são terríveis, como conhecem com clareza, assistindo as suas mazelas. Ele retira ao trabalhador as condições mínimas para lutar pelo salário. Hoje, o trabalhador luta, principalmente, pelo emprego. E está perdendo essa luta. O neoliberalismo reduz as massas trabalhadoras a legiões de desempregados que perambulam pelas ruas, dormem nas ruas e não encontram lar. O fenômeno é mundial, sem dúvida, porque a crise tem dimensões mundiais. Está gerando, inclusive e como um de seus males mais graves, o renascimento do fascismo e do nazismo, de todas as formas de violência contra o homem que pareciam superadas. Não estão superadas uma vez que se repetem as condições que as motivaram no passado. É a democracia que está em perigo, com o neoliberalismo. Ou o Brasil acaba com o neoliberalismo ou ele acaba com o Brasil”¹⁷¹.

É este trecho que finaliza o livro de Nelson Werneck SODRÉ. E é com este mesmo trecho que começaremos esta seção sobre a exclusão social.

¹⁷⁰ PEREZ, Jose Luis Monereo. La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de “desmercantilización”, p. 35.

¹⁷¹ SODRÉ, Nelson Werneck. A farsa do neoliberalismo, p. 120.

A exclusão não é novidade em nosso meio social. É resultado de todo um processo histórico, consequência da tendência à concentração de renda, desde principalmente a primeira revolução industrial, especialmente no setor agrícola, até o desenvolvimento posterior e a globalização da economia em nossos dias.

Antes de mais nada, é importante mencionar qual conceito de exclusão social iremos adotar nesta análise, visto que há sentidos diferentes atribuídos ao termo.

Uma idéia de exclusão que merece menção aqui é a apresentada por Enrique DUSSEL, ao tratar da Filosofia da Libertação¹⁷². A partir da problemática “centro-periferia”, DUSSEL analisa a situação dos países da América Latina como países periféricos, apresentando as vias possíveis da libertação das vítimas, fundamentada em uma ética da alteridade. Ele parte da idéia de totalidade – composta por entes (mediações) que empunhamos para alcançar o objetivo final da ação –, ou mundo, que é a totalidade dos entes com sentido, advertindo que não se trata de um mundo periférico de outros mundos, mas de um sistema de sistemas (econômicos, sociais,

¹⁷² A teoria de DUSSEL pode ser explicitada basicamente a partir de três categorias: a *liberdade*, possibilitada através da mediação: o homem determina-se por uma ou outra mediação porque é livre e “liberdade é justamente estar aberto a dever continuamente determinar-se por esta ou aquela possibilidade; este estar algumas vezes desconcertado e não saber o que escolher; este poder escolher e não escolher nada; esta capacidade ou senhorio sobre as mediações” (Filosofia na América Latina: Filosofia da Libertação, p. 44). Mas esta liberdade não é infinita. O homem, apesar de não ser absolutamente determinado, o é relativamente. Há uma determinação histórica que influi na sua ação; a *exterioridade*, que também pode ser designada como transcendentalidade interior e significa um “além” do sujeito no sistema, “além” de seu trabalho, de seu desejo, de seu projeto, de suas possibilidades, não significando que este “além” do horizonte do sistema é de forma absoluta, sem nenhuma participação no interior do sistema. Esta exterioridade aparece porque o outro é livre, porque mesmo sendo oprimido ou dominado, pode dizer o inesperado no mundo, no sistema; e a *libertação*: através dela se ultrapassa o horizonte do mundo, entra-se na nova realidade, na exterioridade futura. A libertação tem dois momentos de uma mesma atividade: negação da negação do sistema: “negar o negado pelo sistema é afirmar o sistema em seu fundamento, porquanto o negado ou determinado no sistema (o oprimido) não deixa de ser um momento interno no sistema. Pelo contrário, negar o negado no sistema, concomitantemente à afirmação expansiva daquilo que no oprimido é exterioridade (e por isso nunca esteve no sistema, porque é distinto, separado e fora desde sempre), tal duplo momento de uma só atividade é a libertação. Libertação é deixar a prisão (negar a negação) e afirmação da história que foi anterior e exterior à prisão” (Idem, p. 67).

políticos), em que homens são marginais¹⁷³ em relação a outros homens.

Outros sentidos ao termo são expostos por Gilberto DUPAS¹⁷⁴, que apresenta alguns níveis de exclusão: a) exclusão do mercado de trabalho; b) exclusão do trabalho regular; c) exclusão do acesso a moradias decentes e a serviços comunitários; d) exclusão do acesso a bens e serviços; e) exclusão dentro do mercado de trabalho; f) exclusão da possibilidade de garantir a sobrevivência; g) exclusão do acesso à terra; h) exclusão em relação à segurança (segurança física, segurança à sobrevivência ou segurança em relação à proteção contra contingências); i) exclusão dos direitos humanos.

Preferimos, entretanto, utilizar um conceito, do próprio DUPAS, que engloba todos os itens acima, feito a partir de uma análise econômica, na qual a questão da pobreza tem influência necessária, visto que “deve ser o foco da definição de exclusão social em países que não possuem um Estado de bem-estar social que garanta minimamente a sobrevivência de seus cidadãos”¹⁷⁵. Trata-se da chamada exclusão efetiva, que “ênfatiza a renda, a etnia e o gênero (na medida em que impliquem discriminação), as condições de moradia, e as condições de cidadania”¹⁷⁶.

¹⁷³ A palavra marginal está empregada aqui no sentido de “estar à margem de”, ou seja, estar fora de algo. Neste caso, trata-se de homens pertencentes a sistema ou sistemas que estão à margem de outros sistemas considerados “oficiais”.

¹⁷⁴ Além desses conceitos, Gilberto DUPAS apresenta a diferença entre “exclusão” e “sentimento de exclusão”, este último decorrente do fato de a sociedade contemporânea “centrar no consumo diferenciado boa parte da realização pessoal e social”, visto que a possibilidade de consumo aparece como principal sinal exterior de sucesso individual (Economia global e exclusão social, p. 17).

¹⁷⁵ DUPAS, Gilberto. Economia global e exclusão social, p. 24. E ele acrescenta que a pobreza é definida segundo a razoabilidade, através da idéia de linha de pobreza. Esta inclui, além de alimentos, moradia, saneamento e educação, e “aponta a renda monetária necessária para que um indivíduo possa ter acesso a uma cesta de bens e serviços essenciais à satisfação de suas necessidades básicas como o imprescindível para garantir a sobrevivência física”. Pobre é aquele cuja renda não atinge a indicada pela linha de pobreza.

¹⁷⁶ Idem, p. 24.

A pobreza seria, então, a principal dimensão da exclusão¹⁷⁷. O enfoque mais conveniente é a pobreza vista como dificuldade de acesso real (que depende principalmente da renda disponível) aos bens e serviços mínimos adequados a uma sobrevivência digna¹⁷⁸.

Ora, já afirmamos que o alvo principal do neoliberalismo, fundamentado na desigualdade e na competição¹⁷⁹, é o Estado de bem-estar social¹⁸⁰. Suas metas são a imbricação dos mercados e o debilitamento dos sistemas estatais¹⁸¹, gerando uma crescente concentração de renda, contrapartida do processo de exclusão social.

Já falamos também que uma das metas do ideário neoliberal é o desemprego, a fim de aumentar o lucro através da deflação. “Demitir para competir – eis o âmago

¹⁷⁷ No mesmo sentido, Nelson Werneck SODRÉ: “O Brasil, convém repetir essa verdade de há muito conhecida, apresenta uma sociedade que se constitui em modelo de desigualdade. Em 1986, 51,3% da renda total brasileira estavam concentrados em 10% da população. Hoje, dados de 1992 mostram que os 20% mais pobres ficam com 2,1% da renda e os 20% mais ricos ficam com 63%. A concentração da renda é um fenômeno mundial e assinala apenas a crise do capitalismo que, por isso mesmo, procura reordenar o mundo de acordo com os interesses dos que detêm a maior parcela do capital. É o mundo a que estamos assistindo, com as populações famintas caminhando desesperadamente em busca do trabalho, com ondas de migração inéditas na história, gerando conflitos por toda a parte. (...) Surgem, então, os contrastes mais escandalosos: de um lado, o avanço exponencial das técnicas industriais baseadas no aumento da produtividade, proporcionando uma reordenação do mercado de trabalho, e, de outro, as crescentes ondas de desemprego.” (A farsa do neoliberalismo, p. 21 e 22).

¹⁷⁸ E aqui relacionamos com o que foi dito na seção anterior sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento último de uma ordem democrática.

¹⁷⁹ Agostinho Ramalho MARQUES NETO afirma: “Vejo na competição não somente algo fundante e ineliminável no ser humano, como também necessário ao desenvolvimento social e pessoal. O problema está em deixar que tudo seja resolvido por essa via. A competição pode ser saudável, se sujeita à Lei. Mas é perversa se substitui a Lei, se ela, a competição, se torna a própria Lei. O primeiro e mais perverso efeito da competição no lugar da Lei é a exclusão social”. (Neoliberalismo: o direito na infância, p. 233).

¹⁸⁰ “Já não existe o equilíbrio garantido no passado pela ação reguladora do poder público. Disso resulta a baixa da participação dos assalariados na renda nacional de todos os países, independentemente das taxas de crescimento” (FURTADO, Celso. O Capitalismo Global, p. 29).

¹⁸¹ Idem, p. 29.

da lógica neoliberal”¹⁸². Essas duas realidades impedem a aquisição de renda fruto do trabalho ou através de programas públicos, e com isso o acesso aos bens e serviços necessários à sobrevivência.

No momento, é esse conceito de exclusão, relacionado à questão da pobreza, que nos interessa, visto que se relaciona necessariamente com a globalização neoliberal¹⁸³ de que tanto tratamos na seção anterior. Além disso, é esse parâmetro conceitual de exclusão, a pobreza, que nos permite entender os demais níveis de exclusão acima citados: de moradia, do mercado de trabalho, de acesso a bens e serviços, enfim, dos direitos humanos em geral.

Veremos na seção seguinte como essa exclusão efetiva pode ser considerada uma das causas do desconhecimento do direito.

3.3. A EXCLUSÃO SOCIAL COMO CAUSA DE DESCONHECIMENTO DO DIREITO

A análise que será feita aqui sobre o desconhecimento do direito tem seu fundamento na obra de Carlos CÁRCOVA, que trata da problemática sob o enfoque que nos interessa neste ensaio, relacionando à questão da opacidade do direito fatores como a pobreza e a marginalização, que, como dissemos, é a principal dimensão da exclusão. Além disso, a análise do desconhecimento do direito tem extrema importância nesta pesquisa pela estreita relação com o princípio da culpabilidade e seu fundamento de possibilidade de agir conforme a norma, o que tem como pressuposto a possibilidade de conhecimento e compreensão das normas jurídicas pelos sujeitos.

CÁRCOVA parte da idéia de que as normas jurídicas que regulam a vida em

¹⁸² MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo: o direito na infância, p. 235.

¹⁸³ Sobre esta relação: “A exclusão social é endêmica ao modelo neoliberal, pertence à sua lógica interna. As políticas sociais são, aí, meramente paliativas: a estrutura de exclusão permanece intacta. (MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo: o direito na infância, p. 235).

sociedade muitas vezes não são conhecidas ou compreendidas pelos sujeitos que a compõem, existindo, portanto, uma opacidade no jurídico. Não obstante a presunção de que o direito das sociedades modernas é conhecido por todos e que os homens, por serem livres e iguais perante a lei, estão capacitados para celebrar qualquer ato jurídico, eles praticam diversos atos diariamente e desconhecem o seu sentido jurídico. Apesar disso, é inescusável o desconhecimento da lei¹⁸⁴.

No direito penal, este desconhecimento pode ser distinguido da não-compreensão através do que afirma ZAFFARONI, no sentido de que a compreensão de uma norma implica, além do seu conhecimento, condições de internalizá-la, condições de que o sujeito assuma sua antijuridicidade, ou seja, de que a reconheça psicologicamente¹⁸⁵. Isto tem relação direta com o desenvolvimento cultural dos indivíduos, visto que “cuando ello esté obstado por un condicionamiento de tipo cultural, el reproche penal, en un sistema democrático, no podrá formularse”¹⁸⁶. Este condicionamento diz respeito à determinação histórica a que o sujeito está vinculado, conforme afirmou DUSSEL, que pode impedir a interiorização das normas jurídicas pelos indivíduos.

O desconhecimento do direito, para CÁRCOVA, depende do grau de desenvolvimento social, político, cultural e econômico de cada país e depende do lugar que os indivíduos ocupam na estrutura social. Isto é fator determinante na compreensão do direito pelos sujeitos sociais. Na realidade sócio-cultural brasileira são visíveis os grandes contingentes sociais em situação de postergação, pobreza ou atraso que produz marginalidade e anomia. A mensagem do ordenamento jurídico não chega à periferia da estrutura social, causando o fenômeno do desconhecimento ou

¹⁸⁴ Conforme tratamos na seção 2.2.1.

¹⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, p. 644 ss.

¹⁸⁶ Cf. CÁRCOVA, Carlos María. La opacidad del derecho, p. 79.

não-compreensão.

CÁRCOVA ressalta, contudo, que não se trata de dizer que esse fenômeno se aplica indistintamente a toda classe excluída e marginalizada. Há certos coletivos sociais que normalmente não são atingidos pelo fenômeno da opacidade: os transgressores habituais e os chamados “grupos de interesses” ou “novos movimentos sociais”¹⁸⁷. Os primeiros são aqueles que mantêm uma permanente relação com a autoridade repressiva, acarretando um conhecimento da lei ou de parte desta. No segundo grupo estão incluídos, por exemplo, o movimento dos “sem-terra” e o movimento feminista, que, em virtude da informação jurídica exigida por algumas reivindicações, a lei tende a ser conhecida por eles¹⁸⁸.

O desconhecimento do direito depende do grau de vulnerabilidade social, cultural e econômica do grupo que o padece. E, por conseguinte, a possibilidade de autodeterminação do sujeito em face da norma penal depende igualmente deste grau de vulnerabilidade, o qual determinará, segundo o enfoque que orienta este trabalho, a atribuição ou não do juízo de reprovabilidade ao autor de um ato ilícito, ou seja, a atribuição ou não do juízo de culpabilidade¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Ressaltamos, entretanto, que mesmo que esses coletivos sociais, por sua atividade, tomem possível o conhecimento das normas por seus integrantes, a compreensão é algo além do mero conhecimento da norma, por implicar a sua interiorização. Partindo da distinção conceitual entre conhecimento e compreensão, a que ZAFFARONI fez referência, como vimos, admitimos a *possibilidade* de que os indivíduos que integram esses coletivos sociais não compreendam a norma, não a internalizem, mesmo que as conheçam.

¹⁸⁸ CÁRCOVA faz a ressalva de que a temática tem sido absorvida pela questão da *ignorantia iuris*, que cometeu o grande erro de equiparar a todos, dos camponeses aos advogados. Este princípio da *ignorantia iuris* traz algumas questões importantes, tal como a função dogmática da lei, introduzida na modernidade burguesa por via do conceito de positividade, segundo a qual a lei deve ser aplicada porque obrigatória, mesmo quando desconhecida. Afirma ainda que é importante analisar, entretanto, a diferença conceitual entre o princípio da *ignorantia iuris* e o fenômeno da opacidade do direito, visto que enquanto a ignorância implica a não compreensão, o contrário torna-se questionável, pois a compreensão do direito está além do simples conceito de positividade, dado que depende de fatores culturais, sociais, políticos e econômicos (La opacidad del derecho, p. 23 ss.)

¹⁸⁹ Sobre culpabilidade e vulnerabilidade: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas, p. 270 ss.

O desconhecimento do direito abrange a ignorância de indivíduos ou grupos que, por razões culturais, sociais ou econômicas, se encontram de uma situação de marginalidade ou aculturação muito acentuada, e abrange também o desconhecimento parcial do ordenamento jurídico, que pode afetar inclusive um operador qualificado. Habitualmente, há uma idéia muito difusa, e não raro confusa, acerca do direito e uma instável compreensão da lógica interna do seu funcionamento.

A idéia de que o direito é conhecido foi criada para manter a ilusão de segurança jurídica, mas com o passar do tempo, aplicar esse princípio sem distinções atentaria contra o bem jurídico que pretende tutelar, ou seja, a segurança jurídica. E aqui é importante ressaltar que a idéia atual do princípio da culpabilidade penal foi criada para que, através de seu caráter garantidor, seja protegido o direito fundamental de liberdade. Todavia, a aplicação deste princípio de forma igual para todos os indivíduos, independentemente do meio social em que vivem, pode gerar, em certos casos, um atentado contra o próprio direito fundamental tutelado, conforme veremos no capítulo seguinte.

A não compreensão do direito é, quase sempre, subproduto da marginalidade, é resultado do aumento dos enormes contingentes sociais que vivem em condições subumanas, agravadas pela globalização capitalista e pela conseqüente reorganização planetária do sistema econômico ocidental, com a finalidade de liquidar o modelo do denominado “Estado providência” e, com isso, toda classe de política pública associada ao desenvolvimento ou à assistência social, questões que agora estão entregues à sorte imposta pela lógica do mercado.

A marginalidade decorre de diversos fatores, dentre os quais CÁRCOVA cita a *fome*, que hoje é um problema de distribuição e não mais de produção agrícola, a *exploração laboral de menores*, que em muitos países é dirigida a minorias étnicas ou a setores sociais discriminados, e o *desemprego*, que não é somente um problema do Estado, mas um problema da sociedade, visto que se requer, além da intervenção do poder público, uma ativa participação dos interlocutores sociais (empregadores e

sindicatos). Os principais protagonistas do desemprego são os integrantes dos setores vinculados ao sistema produtivo, por encontrarem-se ocupando postos marginais na economia.

Gabriel KESSLER¹⁹⁰ realizou um estudo sobre os impactos de ordem não econômica que o desemprego gera nos indivíduos e em suas famílias, observando que a possibilidade de reinserção do indivíduo tem relação com o maior ou menor tempo em que ele se encontre desempregado. O desemprego gera impacto familiar e extrafamiliar, com um processo de isolamento social, e, por conseguinte, perda de informação, compreensão e capacidade de interação.

Além da marginalidade, a anomia e a aculturação são fatores que geram a opacidade do direito.

A anomia pode ser resultante da simples ausência de normas ou da existência de normas ou ordenamentos contraditórios. O importante, porém, é analisar a anomia em relação ao conhecimento ou não conhecimento do direito, através da análise do pluralismo jurídico, como produto de fenômenos de aculturação.

Segundo CARBONIER¹⁹¹, não há um pluralismo jurídico, mas diferentes fenômenos de pluralismo, que competem com a ordem jurídica estatal. Neste sentido, tornam-se importantes os “fenômenos de grupo”, denominados de aculturação, situação que se apresenta quando há a insurgência de uma cultura estrangeira em uma cultura autóctone. Normalmente, a cultura pré-existente não desaparece, ressurgindo nas práticas cotidianas, nos costumes e nos cerimoniais.

Outra importante questão tratada por CÁRCOVA diz respeito à migração. A existência de estrangeiros produz transformações nas identidades nacionais, locais e culturais e gera “una multiplicidad de efectos y plantea nuevos desafios para la democracia, los derechos humanos, la tolerancia y otros valores propios de las

¹⁹⁰ Apud CARCOVA, p. 57.

¹⁹¹ Cf. CARCOVA, p. 70.

sociedades occidentales (...) vinculados al desarrollo de una sociedad plural, diversa, multirracial y multicultural”¹⁹².

A presença de estrangeiros na Europa, afirma o autor, produz impacto sob o ponto de vista jurídico, dado que as populações migrantes possuem cultura própria da qual nem sempre podem desvincular-se. Os conflitos surgem entre normas jurídicas e normas religiosas ou morais. São conflitos, por exemplo, entre cultura europeia e cultura africana e que envolvem não somente um direito e um costume, mas dois sistemas de valores e de vida distintos, com exigências opostas¹⁹³.

Outra questão relativa também ao pluralismo jurídico diz respeito à aparição de formas de criação de normas pelos setores populares, que exibem um alto grau de vulnerabilidade. Trata-se da emergência de um novo direito, distinto do estatal, com o fim de reger relações que este não contempla ou para regê-las de forma distinta: o pluralismo comunitário participativo, como afirma Antonio Carlos WOLKMER¹⁹⁴, que concebe a sociedade como um todo e é funcional na realização das justas aspirações populares e necessidades humanas. Não há que confundi-lo com outro tipo de pluralismo, como grupos ilegítimos e que não atuam eticamente.

Os fatores que produzem a opacidade do direito podem ser elencados da seguinte forma: *a marginalidade e a pobreza*, “con sus deletéreas secuelas de estigmatización, disgregación y pérdida de derechos”; *a aculturação e a anomia*,

¹⁹² Idem, p. 81.

¹⁹³ A afirmação é de Alessandra Facchi, citada por Cárcova, e faz referência às práticas de “excisión” em diversas populações africanas de religião mulçumana, cristã ou animista. Nestes casos, afirma Carlos Cárcova que há contradição entre os valores de nossa própria cultura. De um lado, os valores universais da integridade física e da igualdade entre os sexos e de outro a defesa das minorias, o direito às diferenças e o respeito ao pluralismo (Idem, p. 84).

¹⁹⁴ Cf. CÁRCOVA, Carlos María. La Opacidad del Derecho, p. 69. Sobre o pluralismo jurídico e a emergência de novos sujeitos coletivos, WOLKMER afirma que “os centros geradores de Direito não se reduzem tão-somente às instituições e aos órgãos representativos do monopólio do Estado, pois o Direito, por estar inserido nas e ser fruto das práticas e relações sociais cotidianas, emerge de vários e diversos centros de produção normativa” (Direito alternativo e movimentos sociais: novos paradigmas de juridicidade, p. 525).

“como referentes de una pluralidad conflictiva de ordenamientos jurídicos que, en el nivel de los súbditos, ocasiona incertidumbre, confusión, etc., respecto del derecho y de los derechos”; *um pluralismo nascido dos fenômenos migratórios* “que caracterizan la sociedad de fin del milenio y que expresa las crucialidades que deben afrontar las actuales sociedades multiétnicas y multiculturales”; e *um pluralismo que emerge das práticas dos setores populares*, “que busca llenar los vacíos dejados atrás por un Estado en retirada y por una juridicidad incapaz de satisfacer demandas generalizadas, que hacen a la protección de derechos y garantías fundamentales”¹⁹⁵.

Todos esses fatores – aliados às mudanças crescentes na economia e nos setores sociais e culturais da comunidade, decorrentes da globalização e da imposição de um modelo de sociedade neoliberal, trazendo como consequência a opacidade do direito e, mais que isso, a sua não compreensão, – constituem-se como a questão central desta pesquisa, pois servem como fatores de negação do juízo de culpabilidade e seu fundamento de “atuar conforme o valor, conforme a norma penal”. É a partir desta questão que concluiremos a pesquisa no capítulo seguinte.

¹⁹⁵ Idem, p. 119.

CAPÍTULO 4 – A NEGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

4.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

As análises feitas até o momento, nesta segunda parte da pesquisa, trataram de forma relativamente isolada os fenômenos da exclusão e da “opacidade do direito”. O objetivo deste capítulo é, a partir dos elementos trazidos daquela análise, relacionar a teoria da culpabilidade com a realidade social brasileira, tendo como fio condutor a teoria das subculturas criminais.

Inicialmente, ressaltamos que a teoria das subculturas criminais, formulada por teóricos da área da sociologia, será analisada aqui desde uma perspectiva de fora, ou seja, desde um ponto de vista de quem trabalha com o direito penal, a partir do que interessa à teoria da culpabilidade, a fim de buscar subsídios para as conclusões que pretendemos alcançar.

Para tanto, tomamos como base principalmente o pensamento de Alessandro BARATTA, que analisou a teoria das subculturas a partir de uma visão crítica da “ideologia da defesa social”¹⁹⁶, com o objetivo de negar os princípios dessa ideologia, na qual está incluído também o princípio da culpabilidade. O objetivo da nossa análise, entretanto, é diverso do visado por aquele autor, visto que não propomos aqui uma crítica aos princípios que norteiam o direito penal de um modo geral, mas uma crítica de um único princípio, não menos importante que os demais.

As considerações a serem feitas, na tentativa de uma construção

¹⁹⁶ Por "ideologia da defesa social" entende-se um conjunto de princípios norteadores do direito penal, formulados ao longo do desenvolvimento da criminologia tradicional sobre as idéias de crime, pena e direito penal, estando incluídos o princípio de *legitimidade*, princípio *do bem e do mal*, princípio de *culpabilidade*, princípio *da finalidade ou da prevenção*, princípio de *igualdade*, princípio *do interesse social e do delito natural* (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, p. 42). A título de ilustração: PAVARINI, Massimo. *Control y dominación*.

interdisciplinar¹⁹⁷, terão que suportar os limites impostos por qualquer prática teórica interdisciplinar, que se faz mediante recortes, privilegiando “um dos sentidos cruciais que a noção de interdisciplinaridade comporta: o de que o discurso e o campo de uma disciplina teórica podem *afetar* (e ser *afetados*) pelo discurso e pelo campo de outras disciplinas”¹⁹⁸. Esse recorte privilegiará a estreita relação que pode existir entre o erro de compreensão e a internalização de normas de culturas distintas da oficial, ou seja, de normas subculturais.

No capítulo anterior analisamos como essa nova ordem mundial econômica, denominada globalização neoliberal, causa o aumento da exclusão social. É importante ressaltar, entretanto, que não é nosso intuito aqui apresentar uma explicação das causas da criminalidade, problemática que está situada no centro de análise das teorias que serão agora tratadas. Nosso interesse é analisar a questão da interiorização e aprendizagem de normas “não-oficiais” por grupos inseridos em uma subcultura, ou seja, estudar como esta inserção causa uma não-compreensão do direito e de suas normas.

4.2. AS SUBCULTURAS CRIMINAIS

A teoria das subculturas criminais surgiu no momento em que a criminologia tradicional, mais precisamente o paradigma etiológico da criminalidade, estava sendo revisada de forma crítica pelos estudos no campo da sociologia.

Assim, a explicação das causas da criminalidade sofreu variações no decorrer da história da criminologia. Várias teorias surgiram a fim de contestar o paradigma etiológico da criminalidade. Uma delas foi a teoria estrutural-funcionalista,

¹⁹⁷ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. A interdisciplinaridade só existe na medida em que é construída: “Do êxito de um empreendimento interdisciplinar só *a posteriori* se pode falar; todo um poder criativo tem aí um lugar constitutivo” (Subsídios para pensar a possibilidade de articular Direito e Psicanálise, p. 22).

¹⁹⁸ Idem, p. 22.

fundada por Emile Durkheim¹⁹⁹ e posteriormente desenvolvida por Robert Merton²⁰⁰.

De acordo com esta teoria, o crime aparece não mais como fato patológico, mas sim como “um produto da estrutura social, absolutamente *normal* como o comportamento conforme às regras. Isto significa que a estrutura social não tem somente um efeito repressivo, mas também, e sobretudo, um efeito estimulante sobre o comportamento individual”²⁰¹, produzindo motivações, através de mecanismos de transmissão, tanto ao comportamento conforme à norma quanto ao comportamento contrário a esta, ambos da mesma natureza.

Portanto, a virada sociológica efetuada no âmbito da criminologia foi introduzida justamente pelas obras desses dois autores, constituindo a primeira alternativa clássica ao paradigma etiológico da criminalidade, fundamentada em caracteres diferenciais biopsicológicos do delinqüente²⁰², sendo fundada a chamada teoria estrutural-funcionalista do desvio e da anomia, que está situada justamente na origem de uma profunda revisão crítica da criminologia de orientação biológica e caracterológica.

Já foi dito que o fundamento da culpabilidade, do juízo de censura atribuído ao autor de um injusto penal, é o “poder agir de outro modo”, que está excluído nos casos de ausência de capacidade de vontade, ausência de consciência da ilicitude e presença de situações anormais deformadoras da vontade.

Esta questão da possibilidade de atuar conforme o direito traz necessariamente a discussão acerca da interiorização das normas jurídicas: para ser

¹⁹⁹ Sugerimos a obra DE LEO, Gateano. *Appunti di psicosociologia della criminalità e della devianza*.

²⁰⁰ Consultar BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, DE LEO, Gateano. *Appunti di psicosociologia della criminalità e della devianza*, e PAVARINI, Massimo. *Control y dominación*.

²⁰¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, p. 62.

²⁰² *Idem*, p. 59.

legítima a exigência de uma conduta culpável conforme o valor da norma é necessário que o agente tenha interiorizado esse valor.

O processo de interiorização é feito através de mecanismos que se encontram à disposição dos indivíduos na sociedade, para que alcancem fins culturais²⁰³. A estrutura cultural propõe metas, que se constituem em motivações ao comportamento dos indivíduos, e propõe modelos de comportamentos institucionalizados, “que resguardam as modalidades e os meios legítimos para alcançar aquelas metas. Por outro lado, todavia, a estrutura econômico-social oferece aos indivíduos, em graus diversos, especialmente com base em sua posição nos diversos estratos sociais, a possibilidade de acesso às modalidades e aos meios legítimos para alcançar as metas”²⁰⁴.

Pode haver, entretanto, discrepância entre fins culturais e meios institucionais, impulsionando o comportamento desviante. Quando houver uma forte discrepância entre normas e fins reconhecidos como válidos, por um lado, e as possibilidades de agir em conformidade com elas, de outro, estaremos diante da crise que se pode chamar de anomia²⁰⁵.

"Merton studia la società americana ed individua all'interno di quel sistema sociale una contraddizione fondamentale: quella fra la dimensione della struttura sociale e la dimensione della struttura culturale. Mentre da un punto di vista culturale tutta la società è investita da contenuti e da mete tendenzialmente omogenee ed uguali per tutti (le mete culturali del sistema americano sono facilmente evidenziabili ed evidenziate: il successo, il denaro, il

²⁰³ Idem, p. 63. O autor analisa o pensamento de Robert Merton, conforme a teoria funcionalizada da anomia.

²⁰⁴ Idem, p. 63.

²⁰⁵ Idem, p. 64. O autor refere-se à teoria mertoniana da anomia. Sobre o conceito de anomia segundo o estrutural-funcionalismo, Gian Luigi PONTI afirma: "L'anomia - quale frattura delle regole sociale e quale espressione della perdita di credibilità delle norme - è intesa come la conseguenza di una incongruità fra le mete proposte dalla società e la reale possibilità di conseguirle: una società ha caratteristiche di anomia quando la sua cultura propone delle mete senza che vengano a tutti forniti i mezzi per conseguirle" (Compendio di Criminologia, p. 258).

prestígio), a mesma sociedade não propõe o mesmo tipo de igualdade do ponto de vista das posições ocupadas no interior da estrutura social, para o cumprimento de suas metas. Anzi, a análise da estrutura social mostra uma forte diferenciação predominantemente em termos de classe social, para a qual a pressão cultural chega a indivíduos que se encontram em posições sociais diferenciadas”²⁰⁶.

Esta situação de anomia é comumente verificada na sociedade, visto que esta não permite a todos os membros, e na mesma medida, a possibilidade de atuação conforme a norma, que depende da posição que os indivíduos ocupam na sociedade²⁰⁷. “Isto cria uma tensão entre a estrutura social e os valores culturais e, conseqüentemente, diversos tipos fundamentais de respostas individuais – conformistas ou desviantes – às solicitações resultantes do concurso combinado dos valores e das normas sociais, ou seja, dos ‘fins culturais’ e dos ‘meios institucionais’”²⁰⁸.

Estas respostas individuais dependem do setor social em que os indivíduos se encontram e o comportamento criminoso se constitui em uma “reação inteiramente ‘normal’ a uma situação na qual existe uma acentuação cultural do sucesso econômico e que, contudo, oferece em escassa medida o acesso aos meios convencionais e legítimos de sucesso”²⁰⁹.

²⁰⁶ DE LEO, Gateano. *Appunti di psicosociologia della criminalità e della devianza*, p. 143.

²⁰⁷ Podemos relacionar isto ao que afirmou ZAFFARONI acerca da teoria da co-culpabilidade: justamente porque a sociedade não disponibiliza meios para que todos os indivíduos atuem em conformidade com o direito, deve arcar com o que ele chamou de co-culpabilidade.

²⁰⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, p. 64. São cinco os tipos de respostas individuais e foram elencados da seguinte forma: *conformidade*, que “corresponde à resposta positiva, tanto aos fins como aos meios institucionais e, portanto, ao típico comportamento conformista”; *inovação*, correspondendo “à adesão aos fins culturais, sem o respeito aos meios institucionais”; *ritualismo*, que “corresponde ao respeito somente formal aos meios institucionais, sem a persecução dos fins culturais”; *apatia*, que “corresponde à negação tanto dos fins culturais como dos meios institucionais”; e a *rebelião*, correspondendo “não à simples negação dos fins e dos meios institucionais, mas à afirmação substitutiva de fins alternativos, mediante meios alternativos”. A título de ilustração: PONTI, Gian Luigi. *Compendio di Criminologia*.

²⁰⁹ Cf. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, p. 65.

A crítica a essa discrepância entre fins culturais e acesso a meios institucionais foi formulada por Sutherland²¹⁰, visto que está autorizada a explicar a exposição dos estratos sociais inferiores à criminalidade, mas quando se trata da criminalidade de “colarinho branco”, deve-se questionar se esta pode ser explicada a partir dessa discrepância.

A conclusão a que chegou Sutherland foi a de que a “criminalidade, como qualquer outro modelo de comportamento, se aprende (aprendizagem de fins e de técnicas) conforme contatos específicos aos quais está exposto o sujeito, no seu ambiente social e profissional”²¹¹.

As teorias funcionalistas serviram de forma complementar à teoria das subculturas criminais. Há aí uma relação de compatibilidade, resultante da “diversidade de nível de discurso e dos conjuntos de fenômenos de que se ocupam, respectivamente”²¹².

A teoria das subculturas criminais é de fundamental importância à crítica que estamos fazendo ao juízo de censura penal, visto que, tendo como ponto de partida a realidade social, analisa a “diversidade estrutural das *chances* de que dispõem os indivíduos de servir-se de meios legítimos para alcançar fins culturais”²¹³. A teoria

²¹⁰ Cf. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, p. 66.

²¹¹ Idem, p. 66. “(...) *la delinquenza si apprende nello stesso modo col quale si impara ad essere onesti*, e l'essere criminali è solo la conseguenza di esser stati in rapporto con un'associazione in cui prevalevano valori in contrasto, per quanto attiene al rispetto della legge, con quelli della società in generali” (PONTI, Gian Luigi. *Compendio di Criminologia*, p. 246).

²¹² Alessandro BARATTA afirma que as duas teorias se desenvolvem sobre dois planos diferentes: a funcionalista “pretende estudar o vínculo funcional do comportamento desviante com a estrutura social” e a teoria das subculturas criminais “se preocupa principalmente em estudar como a subcultura delinqüencial se comunica aos jovens delinqüentes e, portanto, deixa em aberto o problema estrutural da origem dos modelos subculturais de comportamento que são comunicados”. (*Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, p. 69).

²¹³ Idem, p. 70. O autor, analisando a teoria desenvolvida por Cloward e Ohlin, afirma: “Segundo estes autores, a distribuição das chances de acesso aos meios legítimos, com base na estratificação social, está na origem das subculturas criminais na sociedade industrializada,

funcionalista da criminalidade serve como explicação da origem e da função das subculturas criminais em uma determinada sociedade, podendo ser integrada a partir do conceito de subcultura.

O conceito de subcultura aceita variações dentro dos estudos sociológicos. De modo geral, entretanto, o termo subcultura significa uma subcategoria de uma cultura mais ampla²¹⁴. Milton GORDON define subcultura como uma subdivisão da cultura nacional, composta pela combinação de vários fatores, como por exemplo o grupo étnico, a classe social e a religião²¹⁵.

especialmente daquelas que assumem a forma de bandos juvenis. No âmbito destas se desenvolvem normas e modelos de comportamento desviantes daqueles característicos dos estratos médios. A constituição de subculturas criminais representa, portanto, a reação de minorias desfavorecidas e a tentativa, por parte delas, de se orientarem dentro da sociedade, não obstante as reduzidas possibilidades legítimas de agir, de que dispõem”(p.70).

²¹⁴ O termo cultura, neste contexto, pode ser definido como o "conjunto de los instrumentos de los que dispone la mediación simbólica para permitir, al individuo o al grupo, el abordaje de lo real, entendiendo lo real como un constructo" (GÓMEZ, Manuel de Jesús Sabariego. Los límites culturales al desarrollo de las identidades colectivas, p.3). Ao analisar o pensamento de Joaquin Herrera FLORES, GÓMEZ afirma que o *diamante cultural* "propone una renovadora visión en el trasiego conceptual en torno a un acercamiento a la idea de cultura como el número y la relación existente entre sentidos y significados que se dan en un momento histórico y que generan determinadas prácticas, debemos pensar en esas prácticas como parte de esos procesos y relaciones que buscan abrir espacios por la dignidad humana" (Idem, p. 4). Os sujeitos sociais produzem significados e manifestações de uma cultura que determina sua posição na vida social. Estes sujeitos não são separados apenas por limites físicos, mas também por limites culturais, às vezes adotando a forma de estigma: "Por lo que hemos de contar con la existencia de espacios y momentos que no pueden ser internalizados en el constructo socio-cultural de un determinado grupo. Resulta impensable considerar siquiera lo ideal al margen d elo material, los agentes y actores producen significados, símbolos, usos, habilidades, historias, identidades, memorias, sueños que determinan su posición en la maraña de la vida social a la par que esta posición en las redes y las estructuras de la sociedad determina esos significados también, como mencionábamos anteriormente, en un *continuum* de procesos y prácticas inacabadas, abiertas, dinámicas, cambiantes, volátiles, caracterizadas básicamente por la inestabilidad, las tensiones y los conflictos, por lo que a poco que intentemos avanzar en el análisis de una sociedad nos daremos cuenta de que la cultura es de enorme importancia para entender los hechos y las acciones sociales" (Idem, p. 6).

²¹⁵ GORDON, Milton M. The concept of the sub-culture and its application, p. 32. Afirma o autor: "(...) the concept of *sub-culture* - a concept used here to refer to a sub-division of a national culture, composed of a combination of factorable social situations such as class status, ethnic background, regional and rural or urban residence, and religious affiliation, but *forming in their combination a functioning unity which has an integrated impact on the participating individual*".

Mavin WOLFGANG e Franco FERRACUTI afirmam que "el prefijo 'sub' denota nada más que una subcategoría de la cultura, una parte del todo total; no tiene forzosamente una connotación peyorativa salvo en los en que es vista con desestimación por los miembros del grupo afiliados al sistema de valores dominantes o contrario"²¹⁶. Para estes autores, una cultura implica um sistema social de valores cristalizado à parte do sistema social mais amplo, criando obstáculos à integração total, de modo a causar conflitos. O que ocorre é o isolamento normativo da subcultura: "Surgen valores compartidos que los miembros de la subcultura aprenden, adoptan e inclusive exhiben, y que diferen en cantidad y calidad de los de la cultura dominante. Así como el hombre nace dentro de una cultura, puede acontecerle también que nazca dentro de una subcultura"²¹⁷. Neste contexto subcultural, o homem:

"Nace biológicamente equipado para recibir y adaptar conocimientos acerca de sí mismo y de sus relaciones con otros. Sus primeros contactos sociales dan inicio a un proceso de coordinaciones que durará de por vida y en el que él va absorbiendo y adaptando ideas que le son transmitidas, ya sea de manera formal o informal, mediante la instrucción o los preceptos. Estas ideas representan *significados* inherentes a las costumbres, a las creencias, a los artefactos, y a sus propias relaciones con sus semejantes y con las instituciones sociales. Vistas como unidades separadas, estas ideas pueden pasar como *elementos culturales* que van encajando en ciertos patrones o configuraciones mentales que tienden a fijarse en sistemas integrales de significados"²¹⁸.

Os valores subculturais podem ser opostos ou apenas diferentes aos da cultura dominante. Para Marvin WOLFGANG e Franco FERRACUTI, os valores de uma subcultura não podem ser totalmente diferentes ou completamente opostos aos da sociedade de que faz parte, afirmando que o conflito "proviene del contraste entre dos o más sistemas normativos, uno de los cuales - por lo menos - mantiene una fuerte

²¹⁶ WOLFGANG, Marvin & FERRACUTI, Franco. La subcultura de la violencia, p. 114.

²¹⁷ Idem, p. 120.

²¹⁸ Idem, p. 120.

adhesión a un cuadro de valores morales que suelen estar codificados. Ser parte de la cultura más amplia supone que se comparten con ella ciertos valores relativos a los fines o los medios de la colectividad. Cuando la subcultura difiere nada más, pero no choca, representa una desviación tolerada"²¹⁹.

A transmissão dos valores é ponto fundamental da análise das subculturas. Esta transmissão pressupõe um processo de aprendizagem²²⁰, que, por sua vez, implica no estudo das variáveis da personalidade dos indivíduos: "Ya sea que las subculturas resulten, más que de ninguna otra cosa, de la interacción con la cultura dominante, o ya sea que su elemento de composición primaria sea el estar en contradicción o provocar un conflicto con la cultura más amplia, es un hecho que las variables de la personalidad desempeñan un papel propio en la aceptación o el rechazo de todos o de algunos de los valores subculturales"²²¹. Isto se explica porque os indivíduos são diferentes e têm reações diferentes, por mais que o processo de aprendizagem tenha originado motivos comuns.

Analizando a subcultura dos bandos juvenis – como um “sistema de crenças e de valores, cuja origem é extraída de um processo de interação entre rapazes que, no interior da estrutura social, ocupam posições semelhantes”²²² – Albert COHEN afirma

²¹⁹ WOF GANG, Marvin & FERRACUTI, Franco. La subcultura de la violencia, p. 122.

²²⁰ Um traço importante da teoria das subculturas é apresentado por Sutherland ao tratar dos crimes de colarinho branco. Partindo do pressuposto de que a criminalidade é aprendida, amplia a análise da explicação da delinquência aos setores economicamente mais favorecidos, onde a prática dos crimes de colarinho branco é bastante comum. Trata-se da teoria das associações diferenciais: a criminalidade é aprendida “em associação direta ou indireta com os que já praticaram um comportamento criminoso, e aqueles que aprendem este comportamento criminoso não têm contatos frequentes e estreitos com o comportamento conforme a lei. O fato de que uma pessoa torne-se ou não um criminoso é determinado, em larga medida, pelo grau relativo de frequência e de intensidade de suas relações com os dois tipos de comportamento. Isto pode ser chamado de processo de associação diferencial” (Sutherland, cf. BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal, p. 72).

²²¹ WOF GANG, Marvin & FERRACUTI, Franco. La subcultura de la violencia, p. 129.

²²² BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal, p. 73.

que a sociedade induz nos jovens dos estratos inferiores a incapacidade de adaptação aos padrões da cultura oficial²²³.

Há, então, um sistema de valores e normas da cultura oficial e, paralelamente a este, outros sistemas de valores e normas, interiorizadas pelos sujeitos também através de mecanismos de interação e de aprendizagem²²⁴, em concurso com os mecanismos do sistema oficial. Há uma determinação do comportamento desses sujeitos, fazendo com que se conclua que não é possível admitir que o delito seja a atitude contrária a um sistema de valores e normas gerais da sociedade, pois não há apenas um sistema de valores que atinja igualmente todos os grupos sociais, mas um pluralismo de subgrupos culturais²²⁵, “alguns dos quais rigidamente fechados em face do sistema institucional de valores e de normas, e caracterizados por valores, normas e modelos de comportamento alternativos àquele”²²⁶.

²²³ COHEN, Albert. *Delinquent Boys*, p. 65 ss.

²²⁴ Para uma análise mais profunda dos processos de aprendizagem, consultar WOLFGANG, Marvin & FERRACUTI, Franco. *La subcultura de la violencia*, p. 182-186.

²²⁵ Sobre o assunto, ver WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralidade alternativa no interior do direito oficial*. Afirma o autor que "para além da oficialidade global dos aparelhos de produção e distribuição da justiça estatal, subsiste, paralela, subjacente e concorrente, uma pluralidade de níveis autônomos e semi-autônomos de instâncias legislativas e instâncias jurídicas. Esses procedimentos societários não-estatais envolvendo a convenção de padrões normativos de conduta e a resolução consensual de conflitos, praticados informalmente por segmentos ou vontades individuais e coletivas, assumem características específicas de uma validade distinta e legítima, não menos verdadeira, podendo ser até mais justa e autêntica. Essas modalidades de práticas descentralizadas e mecanismos de auto-regulação informais provenientes fundamentalmente dos setores majoritários excluídos, marginalizados, reprimidos e injustiçados do todo societário compreendem aquilo que se passará a designar como o 'alternativo'". (p. 30-40). No mesmo sentido, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, a partir do estudo sociológico em uma favela do Rio de Janeiro, afirma que "existe uma situação de pluralismo jurídico sempre que no espaço geopolítico vigoram (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica" (*Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada*, p.46). A título de ilustração: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. *Movimentos sociais e práticas instituintes de direito*.

²²⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, p. 74.

A análise da teoria das subculturas criminais²²⁷ e sua compatibilização com a teoria funcionalista faz com que Alessandro BARATTA conclua que o núcleo teórico contido nessas teorias se opõe ao princípio da culpabilidade²²⁸. Compartilhamos desta conclusão.

O sistema penal protege valores considerados universais, compartilhados pela comunidade em geral, onde apenas uma minoria representa a “culpável e reprovável rebelião a respeito destes valores, orientando o próprio comportamento, mesmo *podendo fazer diversamente*, por critérios e modelos que não teriam natureza ética, mas ao invés, seriam a negação culpável do mínimo ético protegido pelo sistema penal (ideologia da maioria conformista e da minoria desviante, ideologia da culpabilidade, ideologia do sistema de valores dominante)”²²⁹.

E as razões disso podem ser vistas no que já foi afirmado: na sociedade há um pluralismo de subgrupos culturais com valores e normas diversos aos da cultura oficial, encontrando-se na base da criminalidade os mecanismos de aprendizagem e de interiorização de modelos de comportamento, os quais não diferem dos mecanismos que induzem o comportamento conforme as normas sociais gerais: "existe una impetuosa filtración de violencia que va impregnando el núcleo de valores que marcan el estilo de vida, los procesos de socialización, y las relaciones interpersonales de los individuos que viven bajo condiciones similares"²³⁰.

²²⁷ Consultar sobre o assunto também as obras: PAVARINI, Massimo. Control y dominación; PONTI, Gian Luigi. Compendio di Criminologia; DE LEO, Gaetano.; DIAS, Jorge de Figueiredo & ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena.

²²⁸ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal, p. 73-74.

²²⁹ Idem, p. 75.

²³⁰ WOF GANG, Marvin & FERRACUTI, Franco. La subcultura de la violencia, p. 169.

Analizando a subcultura da violência²³¹ especialmente nos casos de homicídio, Marvin WOLFGANG e Franco FERRACUTI afirmam é maior a probabilidade de um indivíduo cometer crimes quanto maior for o grau de interação com a subcultura: "Mientras más plena sea la integración del individuo en esta subcultura, más intensamente habrá de adherirse a sus prescripciones de comportamiento y normas de conducta integrándolas a la estructura de su propia personalidad"²³².

Surgiram indagações, contudo, acerca da existência de uma rígida separação entre os grupos sociais, capaz de impedir que as normas da cultura oficial sejam interiorizadas pelos indivíduos das subculturas, visto que esses indivíduos, de qualquer forma, fazem parte da estrutura social. SYKES e MATZA respondem a essa questão analisando as técnicas de neutralização, que são consideradas como uma forma de corrigir e integrar a teoria das subculturas.

As técnicas de neutralização constituem "formas de racionalização do comportamento desviante que são aprendidas e utilizadas ao lado dos modelos de comportamento e valores alternativos, de modo a neutralizar a eficácia dos valores e das normas sociais aos quais, apesar de tudo, em realidade, o delinqüente geralmente

²³¹ WOLFGANG e FERRACUTI apresentam sete proposições da tese da subcultura da violência: a) "ninguna subcultura puede divergir totalmente de la cultura de la que forma parte, ni tampoco contraponérsele en conflicto total"; b) "para dejar establecida la existencia de una subcultura de violencia no es preciso que los actores partícipes de estos valores fundamentales den manifestaciones de violencia en todas las circunstancias"; c) "la violencia como recurso potencial, o la presteza para recurrir a ella en diversas situaciones, indica el grado de difusión y penetración de esta corriente cultural"; d) "la afinidad subcultural con la violencia es compatible por todos los miembros de una subsociedad sin importar edades, pero dicha afinidad resalta más notablemente en los postreros años de la adolescencia y hasta la edad mediana"; e) "la contranorma es la abstención de la violencia"; f) "el desarrollo de actitudes favorables hacia la violencia, y el hábito de la misma dentro de las subculturas, implican por lo regular un aprendizaje del comportamiento y un proceso diferencial de aprendizaje, de asociación o de identificación"; g) "dentro de una subcultura, el recurso a la violencia no se considera necesariamente ilícito y quienes la emplean, por ende, no tienen que confrontar sentimientos de culpabilidad por razón de sus agresiones" (La subcultura de la violencia, p. 197-200).

²³² Idem, p. 193.

adere”²³³.

O indivíduo elabora mecanismos de justificação do seu comportamento desviante pela negação da própria responsabilidade: a) interpreta que foi levado pelas circunstâncias; b) nega a gravidade de sua conduta, ao interpretá-la como proibida mas não como imoral ou danosa; c) nega a vitimização, ao considerar que a vítima merece o tratamento sofrido; d) condena os meios de controle social que o reprovam, incluindo os sujeitos obedientes às leis e as instâncias oficiais de controle²³⁴.

Em conclusão, podemos afirmar que qualquer análise que se faça do princípio da culpabilidade deve implicar necessariamente a valoração das subculturas criminais. “Ignorar a teoria das subculturas e impor sistema homogêneo de valores demonstra característica intolerante do Direito Penal, típico dos sistemas inquisitoriais e ditatoriais, estruturados a partir de ideologias totalitárias”²³⁵.

4.2.1. As subculturas, o erro de compreensão e o conflito de deveres

Existem determinadas situações de incidência de erros de valoração que excluem ou reduzem a consciência da antijuridicidade, tornando inexigível uma conduta conforme o direito. Como vimos, são os chamados erros de proibição, que traduzem desconexões entre a representação e o valor representado – a falsa representação – e ainda a própria falta de representação.

A compreensão do injusto, nesses casos de representação falsa ou falta de representação, é afetada. Isto pode ocorrer em diversas situações, dentre as quais podemos citar os casos de *erro direto* que afeta o conhecimento da norma proibida, de *erro indireto*, que afeta o conhecimento de uma causa de justificação ou que pode

²³³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, p. 77.

²³⁴ *Idem*, p. 79.

²³⁵ CARVALHO, Salo. *A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização*, p. 69.

consistir na falsa suposição de um preceito permissivo não reconhecido pela lei e de *erro de compreensão*, que afeta a compreensão da antijuridicidade, mas não o conhecimento da norma²³⁶. Este último é o que nos interessa.

Já foi afirmado que o fundamento do juízo de culpabilidade é o poder de agir conforme o direito, cuja verificação depende da presença ou ausência de determinadas características do autor do injusto, dentre as quais a mais importante é a consciência da ilicitude, real ou potencial.

Isto tem sua explicação no fato de que só pode ser atribuído um juízo de censura a um sujeito, e conseqüentemente a cominação de uma pena, se este mesmo sujeito estruturou sua vontade conforme o direito, ou pelo menos era possível que ele a estruturasse dessa maneira, ou seja, que nas circunstâncias ele podia compreender que sua ação era proibida.

Para que um sujeito compreenda a antijuridicidade de um fato e, com isso, se motive de acordo com valores e normas, não basta que possa conhecê-las. A compreensão é uma instância superior e não mero conhecimento. Esta compreensão implica a internalização da norma, ou seja, fazer com que ela se torne parte do aparato psicológico, e depende de um conhecimento prévio das normas, para que em seguida elas possam ser internalizadas²³⁷.

Para que as normas sejam conhecidas, conforme vimos no capítulo anterior, é necessário que estejam presentes diversos fatores. Quando se trata de atribuir juízos de valor – e a censura é um juízo de valor –, se deve considerar o indivíduo como membro de uma sociedade e, mais ainda, como membro de uma sociedade situada, ou seja, de uma sociedade histórica, caracterizada por uma estrutura de poder e uma estratificação que trazem como conseqüência conflitos sociais e lutas de classe.

²³⁶ Conforme o pensamento de Eugenio Raúl ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI (Manual de Direito Penal Brasileiro).

²³⁷ Sobre o assunto, consultar Ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro.

A possibilidade de compreensão do injusto, conforme afirma Francisco Muñoz CONDE²³⁸, deve estar de acordo com as circunstâncias em que a ação foi realizada e com as características do agente, como, por exemplo, seu nível cultural e sua formação. No mesmo sentido afirma CÁRCOVA: “será necesario analizar las características de cada caso, teniendo en cuenta las condiciones del sujeto, su grado de instrucción, el medio cultural al que pertenece, la actividad que desempeña, la co-culpabilidad, las circunstancias del hecho, las contradicciones de la jurisprudencia o de los reglamentos, la oscuridad de la ley, etc”²³⁹.

A estrutura social e a estrutura cultural são determinantes para as motivações dos sujeitos a elas pertencentes. A dificuldade para a compreensão da antijuridicidade pode estar condicionada culturalmente e, com isso, pode tornar-se um erro invencível, dependendo da possibilidade de o sujeito efetivamente compreender ou não a proibição da norma. Eugenio Raúl ZAFFARONI, nesse sentido, afirma que “el condicionamiento cultural y su entidad están vinculados, en mayor o menor medida, con los respectivos contextos culturales escindidos. Cuanto mayor sea la separación, menor será la posibilidad de comprensión”²⁴⁰.

A questão a ser analisada diz respeito à possibilidade de incluir nas hipóteses de erro de compreensão culturalmente condicionados as ações praticadas por indivíduos inseridos em subculturas criminais, que atuam com consciência dissidente, assumindo que sua conduta é resultado de um sistema de valores distintos do oficial.

A compreensão da norma depende do desenvolvimento cultural dos indivíduos. Depende também, como já vimos, de vários outros fatores, dentre os quais

²³⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría Geral do Delito, p. 157. No mesmo sentido DOMETILA, Márcia Dometila Lima de. Fundamentação constitucional do Direito Penal, p. 68-69. Sobre a relação entre Direito Constitucional e Direito Penal, indicamos CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização.

²³⁹ CÁRCOVA, Carlos María. La Opacidad del Derecho, p. 79.

²⁴⁰ Cf. CÁRCOVA, Carlos María. La Opacidad del Derecho, p. 79.

podemos citar o desenvolvimento social, político e econômico do país, o lugar que os indivíduos ocupam na sociedade – visto que a mensagem do ordenamento jurídico nem sempre chega à periferia da estrutura social –, o grau de vulnerabilidade social, o desemprego e a pobreza, a aculturação e anomia e o pluralismo que emerge das práticas dos setores populares.

Na estrutura social há mecanismos à disposição dos indivíduos para que eles alcancem fins culturais. Nem todos, entretanto, têm acesso aos mecanismos institucionais, visto que estes dependem da estratificação social. Isso traz como resultado a resposta de minorias desfavorecidas e excluídas do acesso a meios legítimos, na tentativa de se orientarem dentro da sociedade²⁴¹.

Nas subculturas se desenvolvem normas e modelos de comportamento diversos dos característicos dos estratos médios. Trata-se, como vimos, de um sistema de valores e normas interiorizadas através de mecanismos de interação e de aprendizagem, em concurso com os mecanismos do sistema oficial. “Não existe, pois, *um* sistema de valores, ou *o* sistema de valores, em face dos quais o indivíduo é *livre* de determinar-se, sendo *culpável* a atitude daqueles que, *podendo*, não se deixam ‘determinar pelo *valor*’, como quer uma concepção antropológica da culpabilidade”²⁴².

A ação antijurídica de indivíduos excluídos dos meios de acesso a uma sobrevivência digna, ou seja, excluídos de bens e serviços que lhes garantam ao menos um mínimo de bem-estar social, deve ser analisada de acordo com os fatores sociais, econômicos e políticos de um país, e, principalmente, de acordo com a pluralidade

²⁴¹ Boaventura de Sousa SANTOS, após a análise de uma favela do Rio de Janeiro, afirmou que "o aumento da violência numa primeira da história de Pasárgada resulta obviamente de uma pluralidade de fatores. Entre eles apenas se referem dois que têm mais pertinência para os objetivos do presente estudo. Por um lado, a indisponibilidade ou inacessibilidade estrutural de mecanismos de ordenação e controle social próprios do sistema jurídico brasileiro e, por outro lado, a inexistência de mecanismos alternativos, de origem comunitária, capazes de exercer, ainda que de modo diferente e apenas nos limites da comunidade, funções semelhantes às dos mecanismos oficiais" (Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada, p. 48).

²⁴² BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal, p. 74.

cultural.

A existência de subculturas e, com isso, de sistemas de valores e de normas paralelos ao oficial é um dado da realidade que não pode ser ignorado, visto que podem implicar em erros de compreensão culturalmente condicionados, tornando inexigível um comportamento em conformidade com o direito. Se o princípio da culpabilidade se apresenta como uma garantia penal aos direitos individuais contra o arbítrio estatal, estes fatores devem ser levados em consideração.

Vale lembrar que todas estas questões referem-se igualmente à problemática da colisão ou conflito de deveres, a partir do resgate da tese da co-culpabilidade proposta por Eugenio Raúl ZAFFARONI.

As situações de marginalidade e anomia, com o conseqüente aumento da exclusão social dos economicamente menos favorecidos, é determinante para uma anormal motivação da vontade, justificando, assim, considerar tais situações sociais anormais como causa de exculpação supralegal, fundamentada pela "escolha do mal menor"²⁴³.

"Em sociedades pluralistas, as alternativas de comportamento individual seriam diretamente dependentes do *status* social de cada indivíduo, com distribuição desigual das cotas pessoais de liberdade e determinação conforme a respectiva posição de classe na escala social: indivíduos de *status* social superior, maior liberdade; indivíduos de *status* social inferior, maior determinação. Em conclusão, se a motivação anormal da vontade em condições sociais adversas, insuportáveis e insuperáveis pelos meios convencionais pode configurar situação de *conflito de deveres* jurídicos, então o conceito de *inexigibilidade de comportamento diverso* encontra, no flagelo real das *condições sociais adversas* que caracteriza a vida do povo das favelas e bairros pobres das áreas urbanas, a base de uma nova hipótese de exculpação supralegal, igualmente definível como *escolha* do mal menor - até porque, em situações sem alternativas, não existe espaço para a culpabilidade"²⁴⁴.

²⁴³ Sobre o assunto, ver seção 2.3.1.

²⁴⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível, p. 270.

4.3. A CULPABILIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM PRINCÍPIO QUE NEM SEMPRE GARANTE

Para abordar o tema dos direitos fundamentais, temos que nos remeter à origem do reconhecimento desses direitos, ou seja, ao processo que impulsionou as revoluções burguesas e as idéias liberais. Houve a revisão das estruturas políticas constitucionais a partir de novas bases, exigidas por uma nova classe social, com um discurso universalizante de reconhecimento dos direitos individuais, mesmo que um reconhecimento apenas formal, mas um importante reconhecimento que trouxe as bases para a atual democracia formal.

Posteriormente, com as idéias socialistas, surgiram os direitos sociais, que têm estreita relação com os direitos individuais, visto que são essenciais para que estes sejam alcançados. Os direitos fundamentais, portanto, devem ser entendidos como um todo, abrangendo os direitos individuais, sociais e os chamados direitos difusos.

Os direitos sociais são essenciais para a obtenção dos direitos individuais²⁴⁵. Uma das soluções para que se consiga alcançar um verdadeiro Estado Democrático de Direito, que realmente garanta os direitos fundamentais dos indivíduos, é a centralidade no trabalho²⁴⁶, ou seja, uma cidadania assentada no trabalho, para que as necessidades vitais dos indivíduos sejam protegidas e assim se possa falar em proteção dos direitos fundamentais. Após essa efetiva realização dos direitos sociais, os direitos individuais podem ser alcançados.

Este é o ponto principal desta pesquisa, visto que surge a questão sobre **como poder exigir** (justamente porque temos que supor que certos pressupostos estão presentes – consciência da antijuridicidade, imputabilidade e situações anormais

²⁴⁵ Sobre direitos fundamentais: CONOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição.

²⁴⁶ Como vimos, esta é uma das propostas apresentadas por Manuel Monereo PEREZ, ao tratar da questão da globalização neoliberal.

formadoras da vontade) que indivíduos que não obtiveram meios legítimos para adaptarem-se à cultura oficial, ou seja, indivíduos que não tiveram acesso aos direitos sociais, possam atuar de forma semelhante aos demais.

A análise da culpabilidade como um princípio garantidor de direitos²⁴⁷ é uma questão muito importante para o direito penal, visto que trata de questões relativas à punibilidade e, portanto, ao direito fundamental de liberdade individual. A grande questão a ser resolvida diz respeito à falta de proteção dos direitos sociais, com a conseqüente impossibilidade de alcance dos direitos individuais, fazendo com que alguns princípios ditos “garantidores” se tornem, em determinadas situações, inconcebíveis num Estado Democrático de Direito.

O princípio da culpabilidade surge como uma ruptura à responsabilidade penal objetiva, exigindo que o indivíduo seja punido na medida de sua culpabilidade. Esta medida, por sua vez, depende da (questionável) liberdade que o indivíduo tem de, no caso concreto, atuar conforme o valor, ou seja, a norma jurídica. Ao indivíduo só pode ser aplicada uma pena na medida em que seja possível exigir dele uma atuação conforme esse valor. Isto quer dizer que é a medida da culpabilidade que determina a responsabilidade penal do autor de um delito.

Do modo como está teorizado, o princípio da culpabilidade aparece como um princípio garantidor, visto que limita o poder arbitrário do Estado, que deve estar submetido à lei (ao princípio regulado na lei) e que, através desse limite imposto, subordina a atuação estatal ao direito fundamental de liberdade previsto na Constituição. Este princípio está revestido pelo vínculo negativo imposto à democracia política, gerado pelos direitos de liberdade que não podem ser violados. É, portanto, neste sentido teórico, um princípio garantidor do direito de liberdade dos indivíduos.

As garantias são técnicas previstas pelo ordenamento jurídico para

²⁴⁷ Não se trata de um aprofundamento na teoria do garantismo penal. Faremos referência aos aspectos que vão servir ao que está sendo fundamentado na dissertação .

possibilitar a máxima eficácia dos direitos fundamentais²⁴⁸. Essas mesmas garantias²⁴⁹, entretanto, podem servir como mais um fator de exclusão social e desrespeito aos direitos fundamentais individuais.

Isto pode ser visto, particularmente, na idéia atual do princípio da culpabilidade penal. Se analisarmos o princípio quando da sua aplicação à realidade social, perceberemos que em determinadas situações se trata de um princípio que, ao invés de garantir, desrespeita o direito fundamental de liberdade, previsto constitucionalmente.

Surge, então, o problema de que não basta a mera suposição de um “poder de agir conforme o direito” no momento do crime para que se verifique sua culpabilidade. Mais do que isso, é necessário ter-se em vista o meio social a que este sujeito está adaptado, em que (sub)cultura está inserido e que normas, princípios e valores ele incorporou. Logo, a aplicação do princípio deve ser feita a partir da realidade social na qual está inserido o sujeito, para que não se constitua em uma verdadeira ofensa aos direitos fundamentais dos cidadãos. Há previsão legal para a análise dos antecedentes e da conduta social quando da fixação da pena, conforme o artigo 59 Código Penal²⁵⁰. A ampliação deste com a inclusão da análise do meio social e cultural em que está inserido o agente é fundamental em um Estado Democrático de Direito.

²⁴⁸ De acordo com sua primeira acepção, o garantismo é expressado pelo princípio da legalidade, postulado jurídico sobre o qual descansa a função garantista do direito, segundo o qual são jurídicas somente as normas produzidas pelo Estado. As garantias aparecem como mecanismos para assegurar a efetividade dos direitos constitucionais, controlando e neutralizando o poder e o direito ilegítimos. O ponto de partida de uma teoria garantista são os direitos fundamentais previstos na Constituição. (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*). Sobre o conceito de garantias, ver CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, p. 110.

²⁴⁹ Aqui nos referimos à culpabilidade e seu fundamento.

²⁵⁰ Código Penal, artigo 59: "O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível".

Outra questão importante diz respeito à colisão que pode surgir entre direitos fundamentais. Se admitirmos que os limites do garantismo jurídico são os direitos fundamentais, no sentido de que não há justificativa quando houver lesões a direitos fundamentais, temos necessariamente que questionar quais direitos fundamentais servirão como limite – o direito fundamental de liberdade do indivíduo que cometeu o delito em situação de ausência de culpabilidade (ausência baseada em situações de exclusão social e não assimilação das normas “oficiais”), ou o direito fundamental lesionado?

Trata-se de questões de crucial importância para o direito na atualidade, visto que se referem a direitos individuais fundamentais, muitas vezes desrespeitados pelos socialmente “incluídos” que atuam no setor de decisão do sistema penal, que, de um modo geral, é dirigido aos outros, “excluídos”²⁵¹.

4.4. CULPABILIDADE E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL: O PAPEL DO JUIZ

Conforme já analisado nos capítulos anteriores, o fundamento da culpabilidade está no poder que o sujeito tem de motivar-se de acordo com a norma, isto é, de em determinada situação o sujeito ter o poder de estruturar sua vontade conforme o direito.

Esse poder de estruturação da vontade é o centro do questionamento desta pesquisa, visto que se pergunta como é possível a estruturação de uma vontade responsável e conforme o direito no sujeito, para que este se abstenha de praticar atos típicos e antijurídicos, levando-se em consideração que ele está marcado por um conjunto de caracteres e pressupostos, como os fatores ligados à sua formação social e

²⁵¹ "Na realidade, temos um Código Civil feito para os que têm, e um Código Penal feito para os que não têm nada..." (STRECK, Lenio Luiz. *Direito Penal, Criminologia e paradigma dogmático: um (re)pensar crítico*, p. 76). Remeto ainda o leitor ao primeiro capítulo da obra de eugenio Raúl ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI (*Manual de Direito Penal Brasileiro*), que trata da compartimentalização dos setores do sistema penal.

cultural.

Quando se diz que a missão do direito penal é a proteção da convivência humana²⁵², como uma ordem de paz e proteção, tem-se em vista o próprio desenvolvimento dessa convivência humana, a partir de regras sociais e jurídicas, estas últimas, porém, constituindo apenas parte do sistema, visto que “as sanções penais preventivas ou repressivas empregadas são inclusive intercambiáveis até certo ponto”²⁵³. O direito penal, assim, limita-se à proteção dos valores fundamentais da ordem social.

Esta proteção aos valores fundamentais é possível através dos mecanismos que o direito penal coloca à disposição dos cidadãos e dos operadores jurídicos. Dentre esses mecanismos de proteção, estão incluídas as garantias penais.

A função de garantia da lei penal é reconhecida no princípio de legalidade. Nesse sentido, o direito penal e a culpabilidade (que fundamenta e limita a aplicação da pena) não podem basear-se no direito consuetudinário ou na aplicação analógica da lei penal.

Aparece, então, a culpabilidade como fundamento da pena e como seu limite, tendo como um aspecto a garantia da limitação à atuação dos órgãos públicos estatais quando da imposição de uma sanção penal. A culpabilidade e o direito penal em geral aparecem como um limite à liberdade e também como um instrumento de liberdade

²⁵² Especificamente sobre esse assunto, JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, p. 1.

²⁵³ Assim se manifesta Hans-Heinrich JESCHECK: “La convivencia de las gentes se desarrolla en primer término conforme a las reglas tradicionales (normas), que en su conjunto integran el **orden social**. La vigencia de estas normas previamente dadas es en buena parte independiente de la coacción externa, porque descansa en el reconocimiento de su necesidad por parte de todos y se encuentran protegidas por sanciones inmanentes que reaccionan de modo automático frente a sus infracciones (represión social mediata). Existe un sistema global de “control social” cuyos titulares son las más variadas instituciones, como la familia, el municipio, la escuela, la Iglesia, las empresas, los sindicatos y las asociaciones. La Administración de Justicia Penal constituye sólo una parte de tal sistema, y las sanciones preventivas o represivas empleadas son incluso intercambiables hasta cierto punto” (Tratado de Derecho Penal, p. 1-2).

individual contra as agressões do Estado ou particulares.

Neste ponto verifica-se a estreita relação entre os valores constitucionais e o direito penal: a Constituição prevê garantias quando da aplicação da pena e há uma exigência de eticidade, baseada na dignidade da pessoa humana, que serve como fundamento e finalidade do *jus puniendi*²⁵⁴.

O princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento do nosso Estado Democrático de Direito e pode ser alcançado através da previsão legal de princípios fundamentais garantidores dos direitos tutelados pelo Estado (este é o caráter garantidor destes princípios constitucionais). Tais princípios fundamentais

"actuum conjugadamente, completando-se, condicionando-se e modificando-se em termos recíprocos. Desde logo, assentam numa *base antropológica comum* - homem como pessoa, como cidadão e como trabalhador -, o que aponta não apenas para o reconhecimento da dignidade humana e da autonomia individual perante o Estado (dimensão de Estado de direito), mas também para a inserção do homem livre num *processo democraticamente comunicativo* (princípio democrático) e para a garantia existencial do indivíduo nos planos econômico, social e cultural (princípio do Estado social).²⁵⁵"

²⁵⁴ Nesse sentido expressou-se Francesco PALAZZO: "No campo das relações entre política e direito penal, as modernas Constituições liberal-democráticas exercem uma recíproca influência racionalizadora, proporcionando, em consequência, forma jurídica às exigências que surgem, não raro, dissimuladas nas indistintas roupagens do 'direito natural'. Substancialmente, o elenco das Constituições reforça o vínculo – por assim dizer – entre política e direito penal, desdramatizando as relações problemáticas. Para tanto, leva em conta, em primeiro lugar, o perigo de uma instrumentalização política do direito penal, reforçando, de fato, os numerosos e crescentes *limites constitucionais garantidores*, tanto no plano formal como no substancial, da utilização da sanção criminal. Para isso, considera, em segundo lugar, a satisfação da assinalada exigência de eticidade, o que se dá por meio das várias afirmações constitucionais a propósito da intangibilidade da dignidade humana, bem como, de igual forma, os eternos problemas do fundamento e da finalidade do *jus puniendi* que podem encontrar uma solução parcial, quer quando seja possível reconduzir a ordem dos bens penalmente tutelados àquele vasto consenso democrático que serve de fundamento para a ordem dos valores constitucionais, quer, ademais, quando possibilite a valorização constitucional do direito penal, não somente como *limite à liberdade*, mas também como *instrumento de liberdade individual* contra as agressões provenientes do Estado ou de particulares", p. 18. Sobre essa dupla valorização constitucional do direito penal, que limita a liberdade e também a cria, ver JESCHECK, Tratado de Derecho Penal.

²⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição, p. 74. A título de ilustração: BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas.

O aspecto da culpabilidade como garantia penal em vista do princípio da dignidade da pessoa humana é de extrema importância para o direito penal moderno como fonte de transformação social.

Enfatizamos, pois, a necessária e urgente aplicação do princípio em vista da realidade social brasileira, tendo como parâmetro os direitos fundamentais constitucionalmente previstos e o princípio da dignidade da pessoa humana, em análise conjunta com os já analisados fatores que produzem a opacidade do direito, bem como as mudanças de ordem econômica, política, social e cultural (de fato, uma nova ordem mundial), decorrentes da globalização neoliberal (ou talvez do neoliberalismo global).

Vale lembrar que, diante desse novo modelo neoliberal, as garantias já elencadas e previstas no texto constitucional vêm-se ameaçadas. Agostinho Ramalho MARQUES NETO, analisando algumas das consequências do neoliberalismo no campo do Direito, enquanto instância de garantia de direitos, afirma: “Assiste-se, ainda, à realização do que HAYEK preconizava já na década de 40: um direito que não implicasse necessariamente em garantias para o futuro. Com isso, vão-se dissolvendo aos poucos a eficácia e o próprio conceito de direitos adquiridos (transformados subrepticamente, na linguagem do poder, em *privilégios* adquiridos), de atos jurídicos perfeitos e de coisa julgada. Nesse processo, as garantias jurídicas vão sendo substituídas pelas garantias de mercado: em última instância, é o interesse do empresário que garante o consumidor! Ora, se o Direito não pode garantir que o consumado ao império da lei atual valha para o futuro, não pode, a rigor, garantir mais nada! A garantia de direitos para o futuro é um pressuposto necessário do Estado

"A Constituição de 1988, fundamentando o Estado Democrático de Direito, por ela criado, na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), teria, necessariamente, de contemplar, como corolário dessa dignidade, o princípio da culpabilidade (inciso LVII do artigo 5º, ao qual se conexionam princípios outros, como o da presunção da inocência, o da individualização da pena, enfim, todo aquele feixe de princípios que materializam aquele outro 'do devido processo legal'" (CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. Fundamentação constitucional do Direito Penal, p. 64).

Democrático de Direito”²⁵⁶.

Nesse contexto, como afirmado, a culpabilidade, conforme os conceitos atuais, merece uma aplicação adaptada ao meio social. O princípio da culpabilidade, aliado a seu presumido poder de agir conforme o direito, pode ser efetivado quando aplicado como garantia a indivíduos socialmente incluídos, mas nem sempre se efetivará como garantia quando se tratar de indivíduos pertencente a subculturas. Ressaltamos que tampouco isto é uma regra geral. A atuação do operador jurídico é de fundamental importância neste contexto.

Já nos referimos brevemente ao caráter garantidor do princípio da culpabilidade. Este caráter traz algumas implicações teóricas, tais como a sujeição do juiz à Constituição e sua função de garantidor do cidadão contra as violações de qualquer nível da legalidade por parte dos poderes públicos, cabendo a ele interpretar a lei conforme a Constituição e questionar sua validade quando houver contraste insanável entre lei constitucional e lei infraconstitucional. Aparece, então, o juiz com papel de garantidor dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, “precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y a cada uno de manera incondicionada (...). Puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y no de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como lícitos, los actos a través de los cuales aquéllos se ejercen”²⁵⁷.

A neutralidade do juiz só deve ser admitida nos casos de vínculo com os poderes da maioria, conforme afirmou Luigi FERRAJOLI. Nesse sentido, é fundamental um juiz neutro, ou, talvez seja melhor, um juiz “desvinculado”.

Cabe ao juiz atribuir juízos de valor. Censurar é atribuir um juízo, uma

²⁵⁶ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo: o direito na infância, p. 226.

²⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. El derecho como sistemas de garantías, p. 66.

valoração. Esta valoração só pode ser atribuída por um juiz investido em sua prática judicante, naquilo que ele tem de subjetividade. A existência de juízes imparciais, investidos em uma neutralidade e aplicando o direito nos exatos limites dos preceitos legais há de ser questionada.

"O jurista tradicional vai além, consegue esquecer a relação entre direito e sociedade. Ele isola, separa o direito da sociedade, dos problemas econômicos e políticos da sociedade, problemas de riqueza e pobreza, porque há os ricos e os menos ricos e os pobres... Ele (o jurista tradicional) consegue esquecer os problemas do poder, porque há governantes e governados, e também opressores e oprimidos... Assim pensando e fazendo, o jurista tradicional pesquisa o direito num vácuo, num espaço não fantasioso, não imaginário, mas num espaço que não tem paredes e portas. E neste espaço sem paredes e portas, o jurista tradicional exige, pretende ser absolutamente imparcial, neutro"²⁵⁸.

Conforme Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, "desde logo é preciso que fique claro que não há imparcialidade, neutralidade e, de conseqüência, perfeição na figura do juiz, que é um homem normal e, como todos os outros, sujeito à história de sua sociedade e à sua própria história"²⁵⁹. E continua mais adiante:

"Não é possível jogar uma partida honesta ou justa contra quem se esconde sob máscaras tais como as de 'objetividade' ou 'neutralidade'. Até mesmo porque sabe-se que tais referências têm como função principal a ocultação dos conflitos sócio-econômico-políticos. Em outras palavras: *democracia - a começar a processual - exige que os sujeitos se assumam ideologicamente*. Por esta razão é que não se exige que o legislador, e de conseqüência o juiz, seja tomado completamente por neutro, mas que procure, à vista dos resultados da Ciência do Direito, assumir um compromisso efetivo com as reais aspirações das bases sociais. Exige-se não mais a neutralidade, mas a *clara assunção de uma postura ideológica*, isto é, que sejam retiradas as máscaras hipócritas dos discursos neutrais, o que

²⁵⁸ BROUSSARD, Domenico Corradini. Os direitos fundamentais e o primeiro dever fundamental, p. 13.

²⁵⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal, p. 36. No original, o texto está em negrito. Sobre este tema, indicamos AZEVEDO, Plauto Faraco de. Aplicação do Direito e contexto social, e CARVALHO, Amilton Bueno de. Atuação dos juízes alternativos gaúchos no processo de pós-transição democrática (ou uma práxis em busca de uma teoria).

começa pelo *domínio da dogmática*, apreendida e construída na base da *interdisciplinaridade*²⁶⁰.

O lugar do juiz não é “um lugar de neutralidade. A neutralidade é a dissolução do lugar do Juiz, o que não quer dizer que o Juiz deva ser sectário, partidário etc. Mas o Juiz está implicado subjetivamente na sua função”²⁶¹ e, nesse sentido, ele responde por sua prática, podendo flexibilizar a aplicação da lei. “Longe de uma neutralidade, o que é necessário, efetivamente, é uma exposição subjetiva, é um engajamento”²⁶².

O papel do juiz aponta para o lugar do Outro, da lei simbólica, por isso é um lugar de extrema dignidade²⁶³. Como afirma DUSSEL, “o direito do outro, fora do sistema²⁶⁴, não é um direito que se justifique pelo projeto do sistema ou por suas leis. Seu direito absoluto, por ser alguém, livre, sagrado, funda-se em sua própria exterioridade, na constituição real de sua dignidade humana”²⁶⁵. O outro, antes de tudo, é outro histórico-popular, social. É rosto de um sexo, de uma geração, de uma classe social, de um grupo cultural.

O princípio da culpabilidade relaciona-se com liberdade de escolha entre

²⁶⁰ Idem, p. 43.

²⁶¹ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na perspectiva da sociedade democrática, p. 50.

²⁶² Idem, p. 50.

²⁶³ Idem, p. 50.

²⁶⁴ Enrique DUSSEL afirma que o sujeito é parte de sistemas, mas há momentos em que ele mostra toda a sua exterioridade, a sua alteridade, e revela-se como exterior ao sistema de instrumentos, como uma liberdade que interpela, que provoca. A partir de então, ele mostra que não é algo, mas alguém. Este alguém se mostra como outro quando irrompe como o mais extremamente distinto, não-habitual, como o pobre, oprimido. Ser outro significa ser exterior à totalidade, ser rosto interpelante. Sem exterioridade ou sem incondicionalidade da conduta não há liberdade. (Filosofia na América Latina: Filosofia da Libertação).

²⁶⁵ DUSSEL, Enrique. Filosofia na América Latina: Filosofia da Libertação, p. 58.

possibilidades, que, todavia, são historicamente limitadas. Há uma determinação histórica que influi na liberdade do homem, visto que este é, antes de tudo, histórico-popular, pertencente a uma determinada classe social ou grupo cultural. Não existe a tal liberdade de escolha entre diversas possibilidades, da qual todo homem teoricamente estaria investido.

O sistema impõe ao sujeito, com valores, normas e costumes próprios, que observe e obedeça o direito da totalidade, o direito tido como oficial e imperante. O Outro é deslocado de seu próprio centro para o centro da totalidade alheia.

Parece certo que uma solução seja a conscientização, isto é, a implicação subjetiva dos juízes e demais operadores do direito, para que atuem eticamente, sempre em face do princípio da dignidade da pessoa humana e no sentido de uma ética da alteridade²⁶⁶, utilizando o direito penal como fonte de transformação social e como fonte de justiça, que encontra seu fundamento se relacionada com valores de liberdade, igualdade e dignidade humana²⁶⁷.

"Eis aí, de modo esquemático, o dilema hoje enfrentado pelo Judiciário brasileiro - ao menos em suas instâncias inferiores: cobrir o fosso entre esse sistema jurídico-positivo e as condições de vida de uma sociedade com 40% de seus habitantes vivendo abaixo da linha

²⁶⁶ Agostinho Ramalho MARQUES NETO, sobre esse assunto, afirma que “a alteridade é a contraface do sujeito. Sem o outro, sem diferença, não pode haver sujeito. Assim como os antigos gregos vincularam a ética à política, a Arte Mestra, e assim como os modernos pretenderam organizar arquitetonicamente os princípios de uma política racional, sem qualquer sustentação ética ou teleológica, não caberá a nós, nos dias que correm, reivindicar uma política e um direito vinculados à ética, a valores éticos que sejam sua condição de possibilidade? Não seria a partir dessa vinculação que o sistema jurídico poderia fundamentar sua pretensão de autonomia, construindo para si mesmo o espaço de sua “maioridade” e escapando ao infantilismo a que o modelo neoliberal parece querer condená-lo? A aposta na via ética, quer dizer, no desejo, é uma reafirmação da pulsão de vida: *‘A ética é o triunfo de Eros, a máxima expressão de Eros’*, disse certa vez o filósofo italiano DOMÉNICO CORRADINI, num encontro de Filosofia do Direito realizado na cidade do México” (Neoliberalismo: o direito na infância, p.227).

²⁶⁷ Como bem afirmou David Sánchez RUBIO em aula proferida na Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana Santa Maria de la Rábida, durante a “IV Maestría en Teorías Críticas del Derecho y la Democracia en Iberoamerica. Alternativas Democráticas ante el siglo XXI”, quando tratava do tema “Democracia e Justiça”.

de pobreza, em condições subumanas, na consciência de que a atividade judicial extravasa os estreitos limites do universo legal, afetando o sistema social, político e econômico na sua totalidade. Com a expansão dos direitos humanos, que nas últimas décadas perderam seu sentido 'liberal' originário e ganharam uma dimensão 'social', ficou evidente que pertencer a uma dada ordem político-jurídica é, também, desfrutar do reconhecimento da 'condição humana'. Quando essas condições não são efetivamente dadas, os segmentos mais desfavorecidos se tornam **párias**, no sentido dado ao termo por Hannah Arendt. Esse tem sido o grande paradoxo dos direitos humanos - e também dos direitos sociais - no Brasil: apesar de formalmente consagrados pela Constituição, em termos concretos eles quase nada valem quando homens historicamente localizados se vêem reduzidos à mera condição genérica de 'humanidade'; portanto, sem a proteção efetiva de um Estado capaz de identificar as diferenças e singularidades dos cidadãos, de promover justiça social, de corrigir as disparidades econômicas e de neutralizar uma iníqua distribuição tanto de renda quanto de prestígio e de conhecimento"²⁶⁸.

A aplicação do direito pelo juiz aponta para a necessidade de repensar o próprio fundamento da culpabilidade, ou ao menos ampliar as hipóteses de aplicação do erro de proibição aos casos de falta de consciência da antijuridicidade por erros de compreensão culturalmente condicionados e aceitar como causa supralegal de exculpação os conflitos de deveres em situações de marginalidade e pobreza, onde uma conduta conforme o direito é inexigível.

²⁶⁸ FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da Justiça Brasileira, p. 5.

CONCLUSÃO

A culpabilidade é um dos temas mais fascinantes do Direito Penal, pois tem como fundamento a liberdade individual de escolha e relaciona-se diretamente com a aplicação da pena, adquirindo, com isso, um caráter garantidor de fundamental importância em um Estado Democrático de Direito.

Justamente por assumir esse caráter de garantia individual perante a atuação estatal, escolhemos como objeto central deste estudo o seu próprio fundamento, a partir da idéia de que todo princípio deve ser aplicado de acordo com o contexto social, econômico e político em que os sujeitos estão inseridos.

Temos a esperança de que o objetivo proposto foi alcançado: analisar a culpabilidade e o pluralismo (sub)cultural no Brasil, gerado por todo um processo de globalização neoliberal, com vistas a questionar se a aplicação do princípio da culpabilidade cumpre com seu papel de garantia penal, alertando para a importância da figura do juiz no processo de transformação da sociedade, com vistas à justiça social.

A crítica proposta pretendia direcionar-se a um dos fundamentos da aplicação da pena e ao próprio Direito Penal de um modo geral, caracterizado por fazer parte de um sistema penal injusto e extremamente excludente.

Neste sentido, resgatamos teorias criminológicas que têm estreita relação com a questão do pluralismo cultural, como a teoria funcionalista e a teoria das subculturas criminais.

Após termos chegado ao “fim” da pesquisa, resta-nos abrir o diálogo e expor algumas conclusões. Uma conclusão inicial foi a constatação de que a análise conjunta entre Criminologia e Direito Penal é de extrema importância. Apesar de serem disciplinas autônomas, com objetos de estudos distintos, a questão criminal, ou melhor ainda, o fenômeno criminal é, em ambas, ponto comum.

Com efeito, o crime é o grande problema da Criminologia e do Direito Penal,

apesar de serem analisados de forma distinta: a Criminologia utiliza conhecimentos teóricos das ciências sociais e faz uma profunda revisão crítica dos institutos do sistema penal, encarando o crime não mais como um dano social ou um ente jurídico, tampouco tentando encontrar as suas causas em fatores variados, mas analisando o crime como uma construção social, a partir dos processos de criminalização e descriminalização. Neste sentido, o próprio Direito Penal torna-se objeto de estudo da Criminologia.

O Direito Penal, ao contrário, analisa o crime juridicamente, como uma ação típica, antijurídica e culpável. Enquanto esta disciplina decompõe analiticamente estes elementos conceituais, criando uma teoria do fato punível, a Criminologia analisa a própria origem dos princípios norteadores deste conceito, de forma a questionar sua efetiva aplicação como princípios de justiça.

Nesta esteira, aparece o princípio da culpabilidade, que tem origem no classicismo do século XVIII, completando o conceito jurídico de crime e servindo para limitar a atuação do Estado quando da aplicação da sanção penal. Pretende ser uma garantia jurídica contra o abuso estatal e é conceituada pela doutrina penal como o juízo de reprovação atribuído ao autor de um tipo de injusto.

Após toda a evolução do conceito da culpabilidade, chegou-se à idéia de que o fundamento do direito punir é a presumida liberdade individual de escolha. A pena pode ser aplicada a sujeitos livres para escolher entre praticar um crime ou não praticá-lo. Daí a formulação que culpabilidade é o “poder de agir conforme o direito”. Inobstante todas as críticas feitas a essa idéia de livre-arbítrio, a doutrina não encontrou um suporte mais adequado para a limitar a aplicação da pena.

Com isso, a atual concepção da culpabilidade, importada da Alemanha, vem sendo aplicada no Brasil como forma de justificar a sanção penal.

Nossa análise, neste momento, chegou ao seu ponto fundamental: quais critérios serão utilizados para a aplicação do juízo de censura penal, já que seu fundamento é uma presumida liberdade de escolha, indemonstrável no caso concreto?

E como aplicar este princípio em uma sociedade caracterizada pelo pluralismo, ou seja, pela diferença? Como aplicar a reprovabilidade e respeitar os direitos fundamentais proclamados em um Estado Democrático de Direito? Enfim, como respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana?

Tais questionamentos estiveram presentes ao longo de todo este trabalho e podemos afirmar que, após a exposição, chegamos às seguintes conclusões:

1. A culpabilidade, para respeitar princípios como o da dignidade da pessoa humana e o princípio ético da alteridade, deve ser adaptada à realidade brasileira. Esta realidade brasileira está marcada por uma exclusão social que se agrava a cada dia, decorrente, dentre outros fatores, do processo de globalização neoliberal, o que causa o desconhecimento do direito e a sua não-compreensão por indivíduos que não têm acesso aos meios institucionais fundamentais à consolidação dos direitos sociais e individuais.

2. Além do conseqüente fenômeno da opacidade do direito, a situação de marginalização gera uma pluralidade de subculturas criminais, onde indivíduos passam, normalmente desde a infância, por um processo de aprendizagem de normas subculturais, opostas às normas oficiais, ou por um processo de aprendizagem de técnicas que neutralizam a antijuridicidade dos seus atos.

3. Neste sentido, alguns elementos do juízo de censura, como a consciência do injusto, podem estar ausentes. A consciência da antijuridicidade, referindo-se à compreensão de que a ação é proibida, está excluída nas hipóteses de erro de proibição, dentre os quais destacamos o erro de compreensão culturalmente condicionado. A exigibilidade de um comportamento conforme o direito é excluído nas hipóteses de situações anormais que deformam a vontade do agente, como por exemplo o conflito de deveres. Trata-se de causa supralegal de exculpação.

4. O fato de determinados indivíduos estarem inseridos em uma subcultura não pode não ser suficiente para configurar hipóteses de exclusão da culpabilidade. Entretanto, é relevante considerar que a inserção em subculturas, algumas das quais

rigidamente fechadas em relação à cultura oficial, com normas e valores próprios, pode consistir em um fator de ausência de reprovabilidade.

5. Neste momento, surge o importante papel do juiz, como ator em um processo judicial e detentor do poder de decidir casos concretos. Inicialmente, o juiz deve ter a consciência de que sua função é revestida de um caráter ético e que ele está inserido em uma sociedade contextualizada, cujos valores evoluem com o passar do tempo. Além de assumir esta postura ética, deve implicar-se subjetivamente, como cidadão, cuja função principal é a de justiça social, a partir do respeito às diferenças.

6. Ademais, é fundamental que o juiz analise a compartimentalização do sistema penal, cujos setores estão isolados, num jogo de “faz-de-conta”: o juiz, ao aplicar uma pena, acredita que esta atingirá a sua finalidade ressocializadora e reintegradora, fingindo não enxergar as suas verdadeiras conseqüências.

7. Por fim, o juiz, o aplicador do direito de um modo geral e o teórico do direito devem levar em consideração que os direitos fundamentais e suas garantias estão previstos na Constituição Federal brasileira, que tem como um de seus princípios centrais o da dignidade da pessoa humana. Logo, a constitucionalização do Direito Penal é um caminho que deve ser seguido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACCIOLY NETO, Francisco. *Alcides Munhoz Neto e o erro em matéria penal*. Curitiba: JM, 1998.
- ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. IN: SADER, Emir & GENTILI, Pablo [Org.]. *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado Democrático*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996, p. 9-23.
- 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.
- AZEVEDO, Plauto faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.
- BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1998.
- BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Estatui o Código Penal Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BROUSSARD, Domenico Corradini. Os direitos fundamentais e o primeiro dever fundamental. IN: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Ano 30. n. 30. Curitiba: Editora UFPR, 1998, p. 11-23.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. 3ª ed., tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 1972.
- CANCLINI, Nestor García. *Consumidores e Cidadãos: conflitos multiculturais da globalização*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999.
- CANOTILHO, J.J. & MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. Valladolid: Trotta, 1998.
- CARRARA, Francesco. *Programa do Cruso de Direito Criminal: parte geral*. v.1.

São Paulo: Saraiva, 1957.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Atuação dos juízes alternativos gaúchos no processo de pós-transição democrática (ou uma práxis em busca de uma teoria). IN: *Direito Alternativo. Seminário Nacional sobre o uso alternativo do direito*. Rio de Janeiro: 1993, p. 29-32.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de Carvalho. *Fundamentação constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Fabris, 1992.

CARVALHO, Salo de. *A Política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização*. 2.ed. Rio de Janeiro: LUAM, 1997.

_____. *Garantismo e Sistema Carcerário: crítica aos fundamentos e à execução da pena privativa de liberdade no Brasil*. Tese de Doutorado apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1999.

COHEN, Albert K. *Delinquent Boys*. New York: The Free Press, 1963.

CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal: curso completo*. São Paulo: Saraiva, 1999.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Jurisdição, Psicanálise e o mundo neoliberal. IN: *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996, p. 39-76.

_____. O papel do novo juiz no processo penal. IN: *Direito Alternativo. Seminário Nacional sobre o uso alternativo do direito*. Rio de Janeiro: 1993, p. 33-43.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DE LEO, Gaetano. *Appunti di Psicosociologia della criminalità e della devianza*. Parte primeira. Roma: Bulzoni, 1984.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade – Culpa – Direito penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo & ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: homem delinqüente e sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, estado e o futuro do capitalismo*. 2.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

DUSSEL, Enrique. *Filosofia na América Latina: Filosofia da Libertação*. 2ª ed, v.1, São Paulo: Loyola e UNIMEP, 1985.

FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma

- avaliação da justiça brasileira. IN: *Direito Alternativo. Seminário Nacional sobre o uso alternativo do direito*. Rio de Janeiro: 1993, p. 5-11.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. 2.^a ed. Madrid: Trotta, 1997.
- _____. *El Derecho como sistema de garantías*. Conferência proferida nas jornadas sobre “A crise do direito e suas alternativas”, organizadas pelo Consejo General del Poder Judicial, Madri, 1992.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. 15.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FURTADO, Celso. *O Capitalismo Global*. 4.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1998.
- GÓMEZ, Manuel Jesús Sabariego. *Los límites culturales al desarrollo de las identidades colectivas: políticas para una nueva ecología social de la identificación*. (inédito).
- GORDON, Milton M. The concept of the sub-culture and its application. IN: *The Sociology of Subcultures*. Berkeley: Glendessary, 1970, p. 31-36.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Granada: Comares, 1993.
- MACHADO, Luiz Alberto. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- _____. Estado de necessidade e exigibilidade de outra conduta. IN: *Revista dos Tribunais*, n. 447. Curitiba: 1973, p. 293.
- _____. Violência e criminalidade. IN: *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*. v.1. 1979, p. 35-49.
- MARQUES, Allana Campos. *Culpabilidade Penal*. Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Contemporâneo e suas Instituições Fundamentais do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos. Curitiba, fev. 1998.
- _____. *Imputabilidade Penal*. Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. São Luís, março 1997.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Ciência do Direito: conceito, objeto, método*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- _____. Neoliberalismo: o direito na infância. IN: ESCOLA LACANIANA DE PSICANÁLISE DO RIO DE JANEIRO. *Anais do Congresso Internacional de Psicanálise e suas Conexões: Trata-se uma Criança*. Tomo II. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 1999.
- _____. O Poder judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: o Juiz-cidadão. IN: *Revista ANAMATRA*, Ano 6, n.º 21, Out/Nov/Dez/1994, p. 30-50.
- _____. Sobre o conceito e a prática da cidadania – e sua dissolução no mundo neoliberal. IN: *Congresso Internacional de Psicanálise e suas Conexões: o adolescente e a modernidade*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2000, p. 211-

221.

- _____. *O Direito na era da globalização*. Conferência proferida na Pontifícia Universidade Católica do Paraná promovida pelo Diretório Acadêmico. Curitiba, 13 mar. 1998.
- _____. Subsídios para pensar a possibilidade de articular Direito e Psicanálise. IN: *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996, p. 17-37.
- MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Ariel Derecho, 1962.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 29.^a ed., v.1. São Paulo: Saraiva, 1991.
- PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. 6.ed. México: Siglo Veintiuno, 1998.
- PEREZ, Jose Luis Monereo. La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de “desmercantilización”. In: *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. Set. 1995.
- PONTI, Gian Luigi. *Compendio di Criminologia*. 2.ed. Milão: Libreria Cortina, 1980.
- RAMÍREZ, Juan Bustos. *Manual de Derecho Penal Español: parte general*. Barcelona: Ariel, 1984.
- ROSENMAN, Marcos Roitman. *Las razones de la democracia*. Toledo: Sequitur, 1998.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. Madri: Civitas, 1997.
- RUBIO, David Sánchez. Límites y ambigüedades del concepto de democracia en America Latina. In: *Praxis*. Costa Rica: Universidad Nacional Deredea, n.52, 1997.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *La Globalización del Derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Santafé de Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- _____. *Teoria do Crime*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- SODRÉ, Nelson Werneck. *A Farsa do Neoliberalismo*. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Graphia, 1998.
- SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. Movimentos sociais e práticas instituintes de direito: perspectivas para a pesquisa sócio-jurídica no Brasil. In: *Ensino Jurídico OAB: 170 anos de cursos jurídicos no Brasil*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1997.
- STRECK, Lenio Luiz. Direito Penal, Criminologia e Paradigma Dogmático: um (re)pensar crítico. IN: *Livro de Estudos Jurídicos*. v.11. Rio de Janeiro: Instituto de

Estudos Jurídicos, 1995, p. 69-85.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VELO, Joe Tenyson. *O juízo de censura penal: o princípio da exigibilidade de conduta diversa e algumas tendências*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal: parte geral*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán: parte general*. 11.^a ed., Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1970.

WOLFGANG, Marvin E. & FERRACUTI, Franco. *La subcultura de la violencia: hacia una teoría criminológica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Acadêmica, 1995.

_____. Direito alternativo e movimentos sociais: novos paradigmas de juridicidade. IN: *Doutrina*. v.1. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1996, p. 522-526.

_____. Pluralidade alternativa no interior do direito oficial. IN: *Revista de Direito Alternativo*. n.3. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 39-43.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 2.ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá: Temis, 1988.

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

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	1
PARTE I – PARA PENSAR A CULPABILIDADE	5
CAPÍTULO 1 – A CULPABILIDADE NA TEORIA DO CRIME	5
1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	5
1.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE CULPABILIDADE	6
1.2.1. A teoria psicológica	6
1.2.2. A teoria normativa	9
1.3. O FUNDAMENTO DO JUÍZO DE CENSURA	13
1.3.1. Livre-arbítrio e determinismo	15
1.3.2. Outras correntes	24
1.3.3. A co-culpabilidade	27
1.4. TIPICIDADE, ANTIJURIDICIDADE E CULPABILIDADE	27
CAPÍTULO 2 - ELEMENTOS DA CULPABILIDADE	33
2.1. IMPUTABILIDADE	33
2.2. CONSCIÊNCIA DA ANTIJURIDICIDADE	39

2.2.1. Erro de proibição	41
2.2.2. Erro de compreensão	47
2.3. EXIGIBILIDADE DE COMPORTAMENTO DIVERSO	50
2.3.1. Conflito de deveres	52
PARTE II – CULPABILIDADE E EXCLUSÃO SOCIAL: A NEGAÇÃO DO PRINCÍPIO	55
CAPÍTULO 3 - A NOVA ORDEM MUNDIAL EXCLUDENTE	55
3.1. GLOBALIZAÇÃO NEOLIBERAL E DEMOCRACIA: ELEMENTOS PARA UMA ANÁLISE DA EXCLUSÃO SOCIAL	55
3.2. A CONSEQÜENTE EXCLUSÃO SOCIAL	63
3.3. A EXCLUSÃO SOCIAL COMO CAUSA DE DESCONHECIMENTO DO DIREITO	67
CAPÍTULO 4 - A NEGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE	74
4.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	74
4.2. AS SUBCULTURAS CRIMINAIS	75
4.2.1. As subculturas, o erro de compreensão e o conflito de deveres	86
4.3. A CULPABILIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM PRINCÍPIO QUE NEM SEMPRE GARANTE	91

4.4. CULPABILIDADE E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL: O PAPEL DO JUIZ94

CONCLUSÃO103

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS107

ÍNDICE112