

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
Faculdade de Direito
Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais

LUÍSA MATTOS DA SILVA

**A CULPABILIDADE PELA VULNERABILIDADE NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO**

Porto Alegre
2023

LUÍSA MATTOS DA SILVA

**A CULPABILIDADE PELA VULNERABILIDADE NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Profa. Dra. Vanessa Chiari Gonçalves

Porto Alegre
2023

CIP - Catalogação na Publicação

Mattos da Silva, Luísa

A culpabilidade pela vulnerabilidade no direito penal brasileiro / Luísa Mattos da Silva. -- 2023. 61 f.

Orientadora: Vanessa Chiari Gonçalves.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Porto Alegre, BR-RS, 2023.

1. culpabilidade pela vulnerabilidade. 2. realismo jurídico-penal marginal. 3. dogmática Penal. 4. princípios constitucionais penais. I. Chiari Gonçalves, Vanessa, orient. II. Título.

LUÍSA MATTOS DA SILVA

**A CULPABILIDADE PELA VULNERABILIDADE NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do título de bacharela em Ciências
Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do
Sul.

Orientadora: Profa. Dra. Vanessa Chiari
Gonçalves

Aprovada em: _____ de _____ de 2023.

BANCA EXAMINADORA:

Profa. Dra. Vanessa Chiari Gonçalves (orientadora)

Profa. Dra. Ana Paula Motta Costa

Prof. Dr. Pablo Alflen

Dedico este trabalho a todos aqueles que
não perderam a capacidade de se
sensibilizar com a dor e o sofrimento alheios.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Silvana e Luiz Fernando, por todo o amor e incentivo que sempre me dispensaram. Vocês foram essenciais ao longo dessa trajetória.

Às amigadas que fiz durante a graduação, especialmente à Inajara Pereira e à Taís Machado, essas duas mulheres incríveis com quem eu dividi os desafios e as conquistas a cada semestre do curso.

Um agradecimento muito especial, também, à minha amiga e colega de final de curso, Maria Elisabete Passos, e ao casal que eu conheci graças a ela, a Maiara e o Paulo. O apoio de vocês foi muito importante para que eu concluísse com excelência mais essa etapa!

Aos amigos Ana e João, que sempre se fizeram presentes e que me acompanham desde muito antes dessa jornada que agora se encerra.

Obrigada por todo o apoio e carinho! Amo cada um de vocês.

Por fim, mas não menos importante, um agradecimento muito especial a todos os professores que cruzaram o meu caminho, desde o ensino fundamental até a graduação, e que me incentivaram a sempre ter uma visão crítica a respeito não só do Direito, mas da sociedade em geral.

Os ninguéns: os filhos de ninguém, os donos
de nada.

Os ninguéns: os nenhuns, correndo soltos,
morrendo a vida, fodidos e mal pagos:
Que não são embora sejam.

Que não falam idiomas, falam dialetos.

Que não praticam religiões, praticam
superstições.

Que não fazem arte, fazem artesanato.

Que não são seres humanos, são recursos
humanos.

Que não tem cultura, têm folclore.

Que não têm cara, têm braços.

Que não têm nome, têm número.

Que não aparecem na história universal,
aparecem nas páginas policiais da imprensa local.

Os ninguéns, que custam menos do que a bala que
os mata.

(Eduardo Galeano)

RESUMO

O presente trabalho trata da culpabilidade pela vulnerabilidade, conceito dogmático elaborado pelo penalista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, com vistas a analisar a sua compatibilidade com o modelo penal de garantias adotado pela Constituição de 1988. A pesquisa inicialmente busca expor os fundamentos e os fins que orientam essa construção teórica, com enfoque nas contribuições criminológicas do *labeling approach*, que apontam para a natureza seletiva dos sistemas penais. Para aprofundar a análise, o trabalho opta por selecionar e analisar dados estatísticos acerca do sistema penitenciário brasileiro. O exame de tais dados aponta para a inequívoca seletividade do sistema penal brasileiro, mostrando a pertinência que a construção dogmática de Zaffaroni assume para a contenção do poder punitivo no Brasil. Diversos são os pontos de convergência entre a culpabilidade pela vulnerabilidade e os princípios constitucionais penais, revelando, assim, a possibilidade de sua aplicação no direito penal brasileiro. Por fim, a pesquisa analisa possíveis formas de instrumentalização da culpabilidade pela vulnerabilidade, seja através de dispositivos já presentes na legislação penal, seja através de mecanismos supralegais.

Palavras-chave: Culpabilidade pela vulnerabilidade; Realismo jurídico-penal marginal; Dogmática Penal; Princípios constitucionais penais.

ABSTRACT

The present work deals with the culpability by vulnerability, a dogmatic concept elaborated by the Argentine penalist Eugenio Raúl Zaffaroni, with a view to analyzing its compatibility with the penal model of guarantees adopted by the 1988 Constitution. The research initially seeks to expose the foundations and purposes that guide this theoretical construction, focusing on the criminological contributions of the labeling approach, which point to the selective nature of penal systems. To deepen the analysis, the work chooses to select and analyze statistical data on the Brazilian prison system. The examination of such data points to the unequivocal selectivity of the Brazilian penal system, showing the relevance that Zaffaroni's dogmatic construction assumes for the containment of punitive power in Brazil. There are several points of convergence between culpability by vulnerability and constitutional penal principles, thus revealing the possibility of its application in Brazilian criminal law. Finally, the research analyzes possible ways of instrumentalizing culpability by vulnerability, either through devices already present in Brazilian criminal legislation or through supra-legal mechanisms.

Keywords: Culpability by vulnerability; Marginal legal-realism; Penal dogmatics; Constitutional penal principles.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A CULPABILIDADE PELA VULNERABILIDADE	14
2.1 Precedente Histórico: A Noção de Cculpabilidade	15
2.2 A Evolução Para a Culpabilidade Pela Vulnerabilidade	21
2.2.1 Pressupostos e finalidades	21
2.2.2 A culpabilidade pela vulnerabilidade propriamente dita	24
2.2.3 Estatísticas: um olhar para a realidade do sistema penitenciário brasileiro.....	27
3 A CULPABILIDADE PELA VULNERABILIDADE E O SISTEMA PENAL DE GARANTIAS ADOTADO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988	31
3.1 O Princípio da Igualdade.....	33
3.2 O Princípio da Culpabilidade.....	34
3.3 O Princípio da Individualização Da Pena.....	36
3.4 O Princípio da Proporcionalidade.....	37
3.5 O Princípio da Intervenção Mínima	39
4 POSSÍVEIS FORMAS DE APLICAÇÃO DA CULPABILIDADE PELA VULNERABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	41
4.1 Como Circunstância Judicial	41
4.2 Como Atenuante Inominada	48
4.3 Como Causa Supralegal De Exculpação – Inexigibilidade De Conduta Diversa	50
4.4 Como Causa Legal De Exculpação – Coação Moral Irresistível	54
5 CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS.....	58

1 INTRODUÇÃO

A culpabilidade, enquanto elemento estrutural do conceito analítico de crime, consiste em um juízo que possibilita que, uma vez presentes a tipicidade e a antijuridicidade, a conduta delituosa seja reprovada a seu autor, mediante a imposição de uma pena. Ou seja, no limite é a culpabilidade o elemento da teoria do delito que de fato autoriza que o poder punitivo (pena) seja exercido sobre pessoas concretas. Trata-se, portanto, de um conceito central na dogmática penal, o elo entre a teoria do delito e a teoria da pena. Não por outro motivo, ao longo do desenvolvimento dogmático, foram inúmeras as propostas de formação desse conceito.

Entretanto, as contribuições da criminologia da primeira metade do século XX, especialmente a teoria da reação social e do etiquetamento social, ao apontarem para a inexistência de uma ontologia do delito e para a natureza seletiva dos sistemas penais, levaram o direito penal a uma profunda crise discursiva. Afinal, uma vez constatada a seletividade dos sistemas penais, toda a dogmática penal ficou deslegitimada, dado que o discurso jurídico-penal sempre foi o encarregado de reafirmar o exercício de poder de todo o sistema penal. Nesse contexto, o debate acerca da culpabilidade, como não poderia deixar de ser, não passou ileso.

Assim, a partir do final da década de 1980, valendo-se dessas contribuições criminológicas, bem como de dados concretos acerca do real exercício do poder punitivo na região marginal da América Latina, Eugenio Raúl Zaffaroni passa a defender enfaticamente a reconstrução do direito penal da região, com a intenção de conter a irracionalidade inerente ao exercício do poder punitivo, ainda mais evidente nos países latino-americanos. No plano da teoria do delito, ao se debruçar sobre o seu elemento mais importante, o autor propõe, então, a tese da culpabilidade pela vulnerabilidade.

O presente trabalho pretende, então, responder à seguinte pergunta: “a culpabilidade pela vulnerabilidade é compatível com o modelo penal adotado pela CF/88? Se sim, os dispositivos já existentes no Código Penal possibilitam aplicar essa teoria na dosimetria da pena?”. Com isso, busca-se contribuir e enriquecer o debate acerca de mecanismos que podem (e devem) ser empregados, a nível dogmático, com o fim de conter a seletividade de nosso sistema penal.

A pertinência da pesquisa se explica (neste momento mais do que em qualquer outro) na medida em que, no ano de 2021, o Brasil alcançou a marca de 820.689

peças encarceradas, figurando no ranking dos países com as maiores populações carcerárias do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos e da China. Das mais de 820 mil pessoas sob custódia do Estado, tem-se que a maioria são homens, jovens e negros, demonstrando, assim, a inequívoca seletividade do sistema penal brasileiro, e a urgente busca por mecanismos de contenção do poder punitivo, exercido majoritariamente sobre pessoas marginalizadas.

Como marco teórico da pesquisa, adota-se o pensamento de Eugenio Raúl Zaffaroni, por ser um autor latino-americano com vasta produção teórica acerca do real funcionamento dos sistemas penais na região marginal da América Latina e com notório comprometimento em pensar instrumentos de contenção da dor e do sofrimento gerados por estes sistemas.

O método utilizado é o hipotético-dedutivo. A abordagem realizada toma como base essencialmente textos acadêmicos sobre a temática, valendo-se, também, de dados estatísticos acerca do sistema prisional brasileiro. Assim, a pesquisa realizada é de cunho essencialmente descritivo.

No primeiro capítulo do texto busca-se explorar a culpabilidade pela vulnerabilidade, iniciando pela primeira contribuição teórica acerca do tema, presente no pensamento de Jean Paul Marat, passando por seu antecedente histórico (a noção de coculpabilidade), as suas insuficiências teóricas e o caminho trilhado até se chegar na culpabilidade pela vulnerabilidade propriamente, para então explicar no que ela consiste, quais os seus fundamentos teóricos e os fins que orientam a sua criação.

Na sequência, como escopo principal do estudo, pretende-se verificar a compatibilidade da culpabilidade pela vulnerabilidade com o paradigma garantista orientador da CF/88. Para tanto, realiza-se a análise dessa construção teórica à luz de princípios constitucionais penais, como o princípio da culpabilidade, da individualização da pena, da intervenção mínima e da proporcionalidade.

No terceiro capítulo, propõem-se possíveis formas de instrumentalização da culpabilidade pela vulnerabilidade no Direito Penal brasileiro, tanto por meio de dispositivos já presentes em nosso Código Penal, como através de mecanismos supralegais. A título ilustrativo, discorre-se quanto à possibilidade de aplicação dessa construção teórica ao delito de tráfico de drogas praticado em duas circunstâncias distintas.

Por fim, reflete-se acerca da importância que construções dogmáticas como a da culpabilidade pela vulnerabilidade, que visam à contenção do poder punitivo,

possuem para os países marginais da América Latina. Destaca-se a relevância ainda maior que essa teoria possui para o contexto do exercício do poder punitivo no Brasil, atualmente país com a terceira maior população carcerária do mundo, composta majoritariamente por indivíduos que historicamente foram marginalizados.

2 A CULPABILIDADE PELA VULNERABILIDADE

A culpabilidade, na dogmática penal contemporânea, é entendida como um juízo de reprovação que se formula ao autor do injusto (conduta típica e antijurídica), possibilitando que a ele seja aplicada a punição estatal, consubstanciada na pena. Ou seja, é através da culpabilidade que se verifica se é possível reprová-lo a seu autor e, em sendo possível, impor a este uma pena, a ser graduada segundo o grau dessa reprovação. Para tanto, necessário que estejam presentes os chamados elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade, quais sejam, a imputabilidade, a consciência da ilicitude (potencial ou real) e a exigibilidade de conduta diversa.¹

Todavia, nem sempre a culpabilidade foi entendida dessa forma. Ao longo do desenvolvimento dogmático, foram inúmeras as propostas de formulação do conceito.² Com efeito, alguns teóricos defendiam a culpabilidade como fundamento da pena, outros como limite. Outros, nem como fundamento nem como limite, motivo pelo qual reivindicavam a sua substituição, evidenciando, assim, que não havia (assim como ainda não há) um consenso mínimo sobre o que é e para que serve tal construção dogmática, apesar da disposição legal constante em várias legislações no sentido de que “a medida da pena é a medida da culpabilidade”.³

Tal gama de concepções heterogêneas e incompatíveis acerca do conceito dogmático de culpabilidade caracteriza o que Eugenio Raúl Zaffaroni identifica como “crise do discurso jurídico-penal”, a qual alcançou o seu ápice a partir das críticas deslegitimantes do exercício de poder do sistema penal oriundas do marxismo, do estruturalismo, do paradigma da dependência, do interacionismo simbólico e da fenomenologia. Estas últimas teorias, nas palavras de Zaffaroni, “ao explicarem a

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 16. ed, São Paulo: Saraiva, 2011. Volume 1. p. 387

² Na concepção psicológica da culpabilidade, por exemplo, esta era entendida unicamente como uma relação psíquica (que poderia ser traduzida em dolo ou culpa) entre o agente e o fato delituoso; na concepção normativa, como um juízo de reprovação composto pela (a) imputabilidade, (b) dolo ou culpa e (c) exigibilidade de comportamento conforme a norma; por fim, no finalismo, era entendida como um juízo de reprovação composto pela (a) imputabilidade, (b) potencial consciência da ilicitude e (c) exigibilidade de conduta conforme o Direito. Em: TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 219-230

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Hacia um realismo jurídico penal marginal**. Buenos Aires: Monte Avila Editores Latina, 1993. p. 95

micro-operatividade das agências do sistema penal, protagonizaram uma deslegitimação irreversível”.⁴

Assim é que, a partir do final da década de 1980, frente à tamanha deslegitimação promovida por tais contribuições teóricas, Zaffaroni compreende a necessidade de empreender esforços para reconstruir a dogmática jurídico-penal, de modo a torná-la um instrumento de contenção do poder punitivo, com ênfase nos países latino-americanos, onde o exercício de poder dos sistemas penais se dá com ainda mais rigor. Dessa forma, no plano da teoria do delito, desenvolve o conceito de culpabilidade pela vulnerabilidade.

Neste capítulo tratar-se-á de analisar os fundamentos e os fins que orientam essa elaboração dogmática, bem como a sua definição. Antes, porém, faz-se necessário expor a primeira tentativa de formulação do conceito, qual seja, a noção de cculpabilidade, bem como suas insuficiências teóricas e o caminho trilhado até se chegar no conceito de culpabilidade pela vulnerabilidade.

2.1 Precedente Histórico: A Noção de Cculpabilidade

Foi o revolucionário francês Jean Paul Marat (1743-1793) quem, a partir de uma lógica contratualista, primeiro chamou a atenção para o fato de que se o Estado não oportuniza a todos os seus cidadãos as mesmas oportunidades de autorrealização, relegando alguns à miséria, em uma clara afronta ao princípio da igualdade, tal Estado não estaria autorizado a reprovar juridicamente com a mesma intensidade pessoas que ocupam posições sociais distintas, em decorrência justamente dessa oferta desigual de oportunidades por parte do Estado. Nas palavras do próprio autor:

se a sociedade os abandona, retornam ao estado de natureza e recobram pela força, os direitos que somente alienaram para obter vantagens maiores; toda autoridade que se lhes oponha será tirânica e o juiz que os condene à morte não será mais que um simples assassino.⁵

Como se pode observar, ainda não se tratava, aqui, de uma construção dogmática de culpabilidade, mas apenas de uma concepção bastante incipiente que

⁴ Ibid., p. 18

⁵ Jean Paul Marat. **Plan de Législation criminelle**. Paris, 1974, *apud* ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José E. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9. ed., rev. e atual. Parte Geral, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 238

serviria de base à noção de coculpabilidade, posteriormente desenvolvida em alguns países do chamado socialismo real.

Assim, a noção de culpabilidade que posteriormente foi desenvolvida nestes países, denominada de coculpabilidade, baseava-se na fórmula segundo a qual a ordem jurídica, ao reprovar um indivíduo pelo cometimento de um delito, baseando-se na noção de que dele era exigível a motivação na norma, não poderia desconsiderar as condições sociais do agente no momento de precisar tal exigibilidade, a menos que tal ordem jurídica possibilitasse a todos os cidadãos as mesmas condições de autorrealização.⁶ É dizer: para que a punição estatal fosse justa e legítima, seria condição fundamental que todos os cidadãos tivessem tido, no ponto de partida, as mesmas oportunidades⁷, ou seja, que a eles o Estado tivesse garantido o acesso a direitos fundamentais básicos, como saúde, educação, emprego, moradia e alimentação.

Do contrário, entendia-se que haveria uma coculpabilidade do Estado e da sociedade em relação àquele autor do delito a quem haviam sido sonegadas oportunidades de desenvolvimento. Desde esta perspectiva, o agente seria culpável em razão das condições sociais proporcionadas a ele⁸, contanto que fosse possível estabelecer uma relação plausível entre estas e a natureza do delito cometido.

Neste ponto, cabe referir que a coculpabilidade pressupunha que o conteúdo da culpabilidade deveria ser fornecido não por um âmbito de autodeterminação absoluto e impermeável a influências externas - como pregado pela Escola Clássica, com a noção de livre-arbítrio -, mas, antes, pela noção de que a capacidade do indivíduo de determinar-se é fortemente influenciada por condições sociais e econômicas, sobretudo nas sociedades de consumo, marcadas pela acentuada competitividade entre os cidadãos.

Por conseguinte, essa construção teórica buscava reconhecer que o Estado, ao se omitir na garantia de direitos individuais e sociais básicos, acabava colocando indivíduos em posições sociais distintas e, dessa forma, contribuindo para que

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Ediar, 1999. Tomo 4. p. 65.

⁷ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. A culpabilidade compartilhada como princípio mitigador da ausência de efetivação dos direitos humanos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 184, p. 55-65, out./nov. 2009. Trimestral. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194947>. Acesso em: 25 jan. 2023. p. 57-28

⁸ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 74

peças em condições sociais desfavoráveis praticassem determinados tipos de delitos. Dessa forma, da culpabilidade do agente do fato delituoso seria, então, retirada a parcela de culpabilidade atribuível ao Estado e à sociedade, o que redundaria em uma redução da magnitude da sanção penal a ser imposta a este agente, ou, a depender do grau de vulnerabilidade deste, em uma exclusão da própria culpabilidade e, conseqüentemente, da sanção penal.

Comungando com tal entendimento, a partir do início da década de 1980, em razão do desnudamento promovido pelas ciências sociais e criminológicas acerca do real funcionamento dos sistemas penais, Zaffaroni passou a incorporar a tese da coculpabilidade em suas obras, chegando a afirmar o seguinte:

Todo o sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade.⁹

No entanto, ainda no final da década de 1980, o autor portenho, após identificar falhas teóricas na noção de coculpabilidade, passa a defender um conceito diverso de culpabilidade, consistente na culpabilidade pela vulnerabilidade, a ser adiante analisada.

Por ora, há que se reconhecer que a teoria da coculpabilidade teve certa repercussão na produção acadêmica brasileira acerca da temática - em que pese se verifique, com alguma frequência, uma confusão entre a noção de coculpabilidade e a culpabilidade pela vulnerabilidade.

Atribui-se tal repercussão ao grande mérito da coculpabilidade, que foi permitir que se impusesse, ainda que de forma simbólica e pela via do Poder Judiciário, uma sanção ao Estado-Administração pelo descumprimento de seu dever de prestação estatal¹⁰, alinhando a responsabilidade do acusado com a do Estado e, com isso, fazendo sentar no banco dos réus, ao lado desses mesmos réus, a sociedade que os produziu.¹¹ Além disso, outro grande mérito dessa construção teórica foi possibilitar a

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José E. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. Parte Geral, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 529

¹⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 86

¹¹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 102

incorporação de dados da realidade ao juízo de reprovação, promovendo a igualdade material de sujeitos em sede de individualização da pena.

Todavia, apesar destes significativos avanços, fato é que essa construção dogmática não deixou de incorrer em certas insuficiências teóricas, posteriormente identificadas e apontadas por Zaffaroni, Alagia e Slokar como sendo: a) a insistência na ideia (estigmatizante) de que a pobreza era a causa do delito, desconsiderando, assim, que, em realidade, o crime permeia todas as camadas sociais; b) corrigindo-se o problema anterior, a consequência lógica da aplicação da coculpabilidade seria gerar um menor poder punitivo sobre os pobres, e um maior poder punitivo sobre os ricos, ou seja, mais garantias e mais contenção do poder punitivo para a criminalidade “grosseira”, e menos garantias e menos contenção do poder punitivo para os crimes mais bem estruturados, como os de natureza política e empresarial. Isso, no limite, não representaria mais do que uma supressão dos mecanismos de contenção do poder punitivo, uma vez que a excepcional habilitação deste poder sempre acaba por encontrar uma forma de se generalizar. Quer dizer, a coculpabilidade, ao permitir o exercício de um maior poder punitivo sobre as camadas economicamente mais abastadas, mais cedo ou mais tarde acabaria por permitir que se exercesse um maior poder punitivo sobre todas as camadas sociais; e c) a desconsideração da seletividade do poder punitivo, ao pressupor que este é distribuído igualmente sobre a população.¹²

De fato, ao estabelecer uma relação direta e necessária entre pobreza e criminalidade, a coculpabilidade não deixou de incorrer em um determinismo que na prática não se verifica. Vários são os estudos no campo da criminologia que apontam para a existência de múltiplos fatores determinantes de condutas delitivas, não se podendo atribuir única e exclusivamente ao modelo econômico capitalista a causa de todos os delitos.

Nesse aspecto, vale destacar, por exemplo, as contribuições promovidas por Edwin Sutherland, através de seus estudos acerca da “criminalidade de colarinho branco” - termo cunhado pelo próprio Sutherland. Com efeito, em 1949 (ano da primeira publicação da obra “*White collar crime*”), o sociólogo do delito evidenciou a falsidade do discurso até então existente nas teorias gerais de que o crime tinha origem na pobreza e nas patologias a ela relacionadas, vez que, ao analisar uma amostra de 70

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro e Slokar, Alejandro. **Manual de Derecho Penal: Parte General**. 2. ed, Buenos Aires: Ediar, 2007. p. 514

grandes corporações norte-americanas, constatou que estas violavam a lei com grande frequência – sem que, contudo, suas condutas fossem sequer interpretadas como crime e, na maioria dos casos, tratadas como tais.¹³ A este propósito, indo um pouco além, Alessandro Baratta ainda refere que um dos motivos para esse tratamento “diferenciado” seria a limitada perseguição a esse tipo de delito e a escassa incidência social das sanções a eles correspondentes, especialmente quando se tratam de crimes de natureza econômica e quando os autores dessas infrações detêm elevado prestígio social.¹⁴

Além disso, a desconsideração da seletividade do sistema penal é também uma falha conceitual bastante significativa da noção de coculpabilidade. Isso porque, a partir do paradigma do *labeling approach*, constatou-se a inexistência de uma ontologia do desvio e, em seu lugar, a existência de processos seletivos de criminalização primária e secundária.

Pela relevância que esse paradigma criminológico possui para compreensão do tema, necessário tecer breves considerações acerca dos seus principais pontos.

Inicialmente, há que se destacar que o paradigma epistemológico característico do *labeling approach* é composto essencialmente por duas correntes da sociologia norte-americana: o interacionismo simbólico e a etnometodologia, inspirada pela sociologia fenomenológica. Juntas, estas correntes compreendem que o estudo da sociedade e da realidade social (no que se insere o estudo do desvio) envolve o estudo dos processos que constituem essa realidade social, que não existe objetivamente, uma vez que é o produto de uma construção social.¹⁵

Nesse sentido, esclarece Baratta que, enquanto que os criminólogos tradicionais até então buscavam responder perguntas do tipo “quem é criminoso?” “como se torna criminoso?”, os teóricos do interacionismo simbólico passaram a questionar “quem é definido como desviante?” e, em última análise, “quem define quem?”.¹⁶ Ainda, Vera Batista refere que o *labeling approach* “seria o estudo da “formação de identidade desviante” e das agências de controle social.”¹⁷

¹³ Sutherland, Edwin H. **El delito de cuello blanco**. Trad. Rosa del Olmo. Madri: La Piqueta, 1999.

¹⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. Tradução de: Juarez Cirino dos Santos. p. 103

¹⁵ Ibid., p. 87

¹⁶ Ibid., p. 88-89

¹⁷ BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 75

Por conseguinte, dentro do quadro teórico do *labeling approach*, buscando compreender os processos mediante os quais a criminalidade e o criminoso são socialmente construídos, constatou-se a existência de dois processos principais: os processos de criminalização primária e os processos de criminalizações secundária.

Por “processo de criminalização primária”, entende-se a elaboração de leis penais por parte de agências políticas (parlamento, executivo), ou seja, a elaboração de um ato formal programático, na medida em que se estabelece um programa que deve ser cumprido por outras agências – as agências de criminalização secundária (policiais, promotores, juízes, advogados). Estas últimas atuam justamente no processo de criminalização secundária, o qual consiste em uma ação punitiva exercida sobre pessoas concretas.¹⁸

Com base nesses dois processos, de acordo com o *labeling approach*, a seletividade do sistema penal se explica em razão de que: 1) de um lado, o programa estabelecido pelas agências políticas no processo de criminalização primária é muitíssimo vasto, dado o grande número de condutas criminalizadas; 2) de outro, há uma limitada capacidade operacional das agências do sistema – facilmente verificável em razão da enorme diferença entre a quantidade de crimes que são praticados em uma sociedade e a quantidade dessas condutas que realmente chega ao conhecimento das agências de criminalização secundária. Como consequência, para que as agências de criminalização secundária não se tornem inoperantes, elas inevitavelmente aderem ao caminho da seleção.

No entanto, para que essa seleção se perfectibilize, são necessários certos critérios. Estes critérios acabam sendo condicionados tanto pelo poder de outras agências (como as políticas e as de comunicação social), como pela própria limitação operativa da seleção criminalizante – ou seja, opta-se pelo mais simples, o que se traduz em selecionar preferencialmente (i) aqueles que cometem os crimes mais facilmente detectáveis e (ii) aqueles que causem menos problemas (por sua incapacidade de acesso ao poder político e econômico).¹⁹ Em complemento a essa concepção, Baratta refere que somente uma perspectiva macrosociológica é capaz de explicar essa seleção da população criminosa, uma vez que:

¹⁸ BATISTA, Nilo; Zaffaroni, Eugenio Raúl et al. **Direito penal brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. Volume 1. p. 43

¹⁹ Ibid., p. 46

[...] se partirmos de um ponto de vista mais geral, e observamos a seleção da população criminosa dentro da perspectiva macrossociológica da interação e das relações de poder entre os grupos sociais, reencontramos, por detrás do fenómeno, os mesmos mecanismos de interação, de antagonismo e de poder que dão conta, em uma dada estrutura social, da desigual distribuição de bens e de oportunidades entre os indivíduos. Só partindo deste ponto de vista pode-se reconhecer o verdadeiro significado do fato de que a população carcerária, nos países da área do capitalismo avançado, em sua enorme maioria, seja recrutada entre a classe operária e as classes economicamente mais débeis.²⁰

Portanto, diante desse quadro revelado pelas teorias do etiquetamento social, a seletividade do sistema penal não mais pôde ser desconsiderada, de modo que a noção de coculpabilidade passou a demandar um aprimoramento teórico. Tratar-se-á adiante do processo mediante o qual se chegou a uma versão mais complexa do conceito.

2.2 A Evolução Para a Culpabilidade Pela Vulnerabilidade

A partir das falhas teóricas identificadas na tese da coculpabilidade, mas sem desconsiderar a sua importante contribuição no debate acerca da contensão da irracionalidade do exercício do poder punitivo, Zaffaroni passou a defender um conceito muito mais complexo e elaborado de culpabilidade, o qual denominou de culpabilidade pela vulnerabilidade, a ser detidamente analisado adiante.

Porém, antes de se adentrar propriamente na definição da culpabilidade pela vulnerabilidade, com vistas a possibilitar uma melhor compreensão do tema, se faz necessário tecer algumas considerações acerca dos pressupostos que servem de base para essa construção teórica, bem como os fins que orientam a sua criação.

2.2.1 Pressupostos e finalidades

Desde o final da década de 1980, mas mais precisamente com a publicação da obra *“Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal”*, Zaffaroni passa a defender enfaticamente a necessidade de reconstrução da dogmática jurídico-penal latino-americana. Duas foram as principais causas para essa tomada de posição do autor.

²⁰ BARATTA, Alessandro, op. cit., p. 106.

A primeira delas foi a constatação do que o próprio Zaffaroni define como “crise do discurso jurídico-penal”, ou seja, o momento em que a falsidade do discurso na região se tornou tão evidente, que a sua manutenção passou a ser insustentável.²¹ Tal “crise” referida pelo autor foi promovida especialmente pelas descobertas da criminologia da segunda metade de século XX, como o paradigma da reação social e o *labeling approach*, os quais, juntos, abalaram profundamente o campo da criminologia liberal, ao constatarem não a existência de uma ontologia do delito, mas, antes, de processos de criminalização primária e secundária (acima mencionados).

Essas descobertas promovidas pelo campo da criminologia, somadas a uma detida análise da real dinâmica do exercício de poder punitivo na região da América Latina, constituem justamente a segunda causa principal para que o autor desse início a esse esforço de reconstruir a dogmática-jurídico penal da região.

Cumprе esclarecer que o enfoque dado por Zaffaroni na região da América Latina se dá pelo fato de que nesta região do planeta a deslegitimação dos sistemas penais é ainda maior. Nas palavras do próprio autor:

A dor e a morte que nossos sistemas penais semeiam estão tão *perdidas* que o discurso-jurídico penal não pode ocultar seu desbaratamento valendo-se de seu antiquado arsenal de racionalizações reiterativas: achamo-nos, em verdade, frente a um discurso que se desarma ao mais leve toque com a realidade.²²

Diante desse cenário, a ideia central que passa a permear a obra de Zaffaroni é a busca de uma dogmática jurídico-penal liberal (de garantias) realista, associada das ciências sociais, não legitimante do poder punitivo e adaptada ao momento atual da região latino-americana. E tal empreendimento é feito mediante uma análise denominada pelo autor de “realismo jurídico-penal marginal”.

Cabe referir que o “realismo”, aqui, é uma referência àquelas teorias oriundas da fenomenologia, segundo as quais a estrutura do objeto avaliado não é modificada pelo valor jurídico, pois é anterior e independente deste. Segundo Zaffaroni, ao contrário do idealismo, o realismo permite valorizar um mundo não moldado segundo às necessidades do sujeito que avalia.²³

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 16

²² Ibid., p. 12

²³ Ibid., p. 188

Já “marginal”, refere-se a uma característica que nós, moradores de locais marginalizados do poder mundial devemos assumir, enquanto pressuposto necessário para superarmos tal condição. Aliás, convém mencionar que é justamente em razão dessa condição marginal, provocada pelos processos de colonização promovidos por países europeus em nossos territórios, que os países da região apresentam problemas comuns, relacionados à guerra às drogas, conflitos armados e limpeza étnica.²⁴

Pois bem. Frente à deslegitimação do sistema penal, pelos motivos já expostos, toda a dogmática penal também fica deslegitimada, dado que o discurso jurídico-penal sempre foi o encarregado de reafirmar o exercício de poder de todo o sistema penal.

No campo político-criminal, surgem, então, duas correntes: o minimalismo e o abolicionismo penal. A primeira reconhece a deslegitimidade apenas dos sistemas penais contemporâneos, legitimando sistemas penais baseados em um direito penal mínimo. Já a segunda reconhece a deslegitimidade não só dos sistemas penais contemporâneos, mas de qualquer outro sistema penal.

Seja como for, cabe referir que na visão de Zaffaroni, ambas tratam de propostas político-criminais, de modelos de sociedade e, portanto, são incapazes de fornecerem soluções concretas e imediatas aos operadores das agências judiciais. O autor reconhece que o mais urgente é caminhar em direção a uma redução do sistema penal, seja como passo mediato ou como passo final, sobretudo porque a demora na concretização desse objetivo é, ao menos na realidade dos países latino-americanos, contada em mortes.²⁵

Outro ponto a ser destacado e que serve de norte à construção da culpabilidade pela vulnerabilidade é a defesa de Zaffaroni acerca da possibilidade de reconstruir a dogmática jurídico-penal nos moldes de um direito humanitário, ou seja, de um discurso de contenção do exercício de poder criminalizante e de vigilância. Para isso, explica Zaffaroni que o direito humanitário, ao reconhecer a guerra enquanto um ato de poder irracional e atuar de modo a ampliar o seu poder de limitação da violência

²⁴ FERREIRA, Carolina Costa; MACHADO, Erica Babini Lapa do Amaral. Da crítica à criatividade: reflexões sobre o realismo de Eugenio Raúl Zaffaroni diante dos desafios da criminologia crítica brasileira. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 16, n. 2, p. 1-22, nov. 2020. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3872>. Acesso em: 05 jan. 2023. p. 13

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Hacia um realismo jurídico penal marginal**. Buenos Aires: Monte Avila Editores Latina, 1993. p. 44

por ela gerada, não a legitima, assim como o direito penal não deve legitimar o sistema punitivo, senão atuar de modo a contê-lo.

A visão que Zaffaroni tem de qual deve ser a função desempenhada pelo direito penal é, pois, bastante clara, e pode ser sintetizada na seguinte frase: “ou o direito penal serve para conter limites ou reduzir um poder deslegitimado, ou não serve para nada.”²⁶

2.2.2 A culpabilidade pela vulnerabilidade propriamente dita

Tomando por base a natureza seletiva do sistema penal, bem como o fato de que o espaço de exercício de poder (de contenção) da agência judicial é limitado, surge a necessidade de reconstrução da dogmática jurídico-penal, desde o ponto de vista do realismo jurídico-penal marginal, de modo a possibilitar uma atuação racional do Poder Judiciário, segundo critérios éticos e não legitimantes da irracionalidade característica do exercício do poder punitivo.

Na consecução desse objetivo, expõe Zaffaroni que a culpabilidade de ato, muito embora tenha a grande vantagem de incorporar dados psicológicos, indicadores de um catálogo de condutas possíveis de serem tomadas pelo agente em determinada circunstância, não é, isoladamente, adequada para a quantificação da culpabilidade, tampouco consiste em um juízo ético e não legitimante do poder punitivo, dado que toma por base somente o âmbito de autodeterminação, desconsiderando, assim, a seletividade do sistema penal.²⁷

Nesse panorama, o autor propõe, então, a culpabilidade pela vulnerabilidade como antítese da culpabilidade de ato. Passar-se-á a analisar como ela se constrói no âmbito da teoria do delito.

Conforme extensamente referido no tópico anterior, a degradação geral das condições sociais constitui uma característica comum aos países latino-americanos, influenciando tanto o âmbito de autodeterminação dos sujeitos excluídos socialmente (a nível micro), como a magnitude em que o exercício do poder punitivo é exercido sobre essas pessoas (a nível macro).

²⁶ Ibid., p. 13

²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro e Slokar, Alejandro. **Manual de Derecho Penal: Parte General**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2007. p. 511

Todavia, pontua Zaffaroni que para que a ação criminalizante se opere, não basta que o indivíduo se encontre em um estado de vulnerabilidade (baixa escolaridade, desemprego, contato anterior com o sistema de justiça criminal etc), sendo necessário que se faça um certo esforço para alcançar o que Zaffaroni denomina de situação concreta de vulnerabilidade. Dito de outro modo, a seleção se produz em razão de uma situação de vulnerabilidade, que leva em conta o estado de vulnerabilidade, mas não se esgota nele.

Esclarece Zaffaroni que “uma pessoa se coloca em situação de vulnerabilidade quando o sistema penal a seleciona e a utiliza como instrumento para justificar o seu próprio exercício de poder”.²⁸ Isso porque é o grau de vulnerabilidade²⁹ ao sistema que determina a seleção, e não o delito cometido, dado que “há muitíssimos mais injustos penais iguais e piores que deixam o sistema penal indiferente”.³⁰

Nesse sentido, a culpabilidade pela vulnerabilidade estabelece o critério segundo o qual quanto maior o esforço exercido pelo indivíduo para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade, assim contribuindo para o fortalecimento do sistema punitivo, menor será o espaço de exercício de poder da agência judicial para impedir o prosseguimento do processo de criminalização em curso ou, ao menos, para reduzir a intensidade da resposta criminalizante.³¹

Assim, de modo a identificar essa situação de vulnerabilidade do agente, Zaffaroni estabelece critérios – os quais denomina de *fatores* de vulnerabilidade, que podem ser divididos em dois grupos: (i) a posição ou o estado de vulnerabilidade; e (ii) o esforço pessoal para a vulnerabilidade. O primeiro fator, do estado de vulnerabilidade, é condicionado socialmente, ou seja, representa o risco que a pessoa corre simplesmente por pertencer a uma classe, grupo, minoria, ou por se encaixar em um estereótipo. Já o segundo fator, do esforço pessoal para a vulnerabilidade, é predominantemente individual, refletindo o grau de risco em que a própria pessoa se coloca, em razão de um comportamento individual. Nesse sentido, o cometimento do

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 268

²⁹ O termo “vulnerabilidade”, portanto, deve ser aqui interpretado como *risco de seleção*.

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 268

³¹ Nesse aspecto, aponta Zaffaroni (**Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 245): “O poder seletivo do sistema penal elege alguns candidatos à criminalização, desencadeia o processo de sua criminalização e submete-o à decisão da agência judicial, que pode autorizar o prosseguimento de ação criminalizante já em curso ou decidir pela suspensão da mesma.”

delito é considerado uma parte do esforço que a pessoa empreende para a vulnerabilidade.³²

Importante pontuar que, desde essa perspectiva, o autor da conduta delitiva deve responder em razão do esforço pessoal para a vulnerabilidade, não sendo admissível, em qualquer hipótese, uma reprovação pelo estado ou posição de vulnerabilidade. Além disso, a reprovação que aqui se faz é uma reprovação estritamente jurídica, desprovida de qualquer caráter moral.

Para a compreensão da operatividade da culpabilidade pela vulnerabilidade, pode-se imaginar o seguinte: uma pessoa que parte de uma posição/estado de vulnerabilidade muito baixo, precisa realizar um esforço bastante considerável para alcançar um alto nível de vulnerabilidade. É o caso, por exemplo, dos autores de crimes organizados, como os delitos de colarinho branco, ou crimes de homicídio e genocídio. Por outro lado, para uma pessoa que parte de um estado de vulnerabilidade elevado, é necessário pouco esforço para alcançar a situação de vulnerabilidade, nada impedindo, claro, que esse indivíduo realize um grande esforço para se colocar em uma situação ainda maior de vulnerabilidade - ao cometer, por exemplo, homicídios ou crimes sexuais.³³

Logo, em regra, de acordo com Zaffaroni, “a posição ou estado de maior vulnerabilidade dará origem a um baixo nível de culpabilidade pela vulnerabilidade, dado que o esforço pessoal para a vulnerabilidade por parte da pessoa não é muito elevado.”³⁴ No ponto, fazendo uma aproximação com o *labeling approach*, pode-se pensar, por exemplo, naqueles indivíduos que já tiveram contato com o sistema penal e, em razão desse contato, carregam o estigma de criminoso. No caso dessas pessoas, como o esforço que elas precisam fazer para alcançar a situação vulnerável é cada vez menor (à medida que vão tendo contato com o sistema penal), menor deverá ser a resposta criminalizante (imposição de pena por parte da agência judicial).³⁵ Por outro lado, quando o esforço para a vulnerabilidade for muito elevado,

³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 270

³³ Seja como for, fato é que a maioria dos criminalizados parte de um estado de vulnerabilidade elevado e precisa realizar um esforço muito pequeno para alcançar a situação de vulnerabilidade, dado que é muito mais fácil para o sistema penal selecionar aqueles que mais se encaixam no estereótipo de “criminoso”, quais sejam, jovens, negros e moradores de bairros periféricos.

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 273

³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 273-274

menor deve ser o esforço da agência judicial em buscar reduzir o limite de pena imposta, sob pena de sofrer desprestígio, críticas, e até mesmo perda de poder.

Dessa forma, a culpabilidade penal passa a ser compreendida, desde a teoria de Zaffaroni, como um juízo necessário para vincular de forma personalizada o injusto ao seu autor, mediante (a) um juízo de reprovabilidade baseado no âmbito de autodeterminação da pessoa no momento do delito (culpabilidade de ato) e (b) um juízo de reprovabilidade pelo esforço pessoal para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade, descontando do autor do fato o correspondente ao seu mero estado de vulnerabilidade (culpabilidade pela vulnerabilidade).³⁶

Assim sendo, a relação entre a culpabilidade de ato e culpabilidade pela vulnerabilidade pode ser compreendida da seguinte forma: a culpabilidade de ato estabelece sempre o limite máximo de tolerância de irracionalidade inerente à pena, enquanto a culpabilidade pela vulnerabilidade atua de modo a reduzir esse limite máximo. Ou seja, o limite máximo (magnitude 0) é dado pela culpabilidade de ato, ao passo que o espaço de poder da agência judicial para quantificar a pena abaixo desse limite (magnitude -1, -2, -3) é dado pelo esforço feito pela pessoa para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade frente ao poder punitivo.³⁷

Por conseguinte, aponta Zaffaroni para a possibilidade de se pensar a culpabilidade de ato pura como elemento estrutural do conceito de crime e a culpabilidade pela vulnerabilidade como elemento quantificador da pena.

2.2.3 Estatísticas: um olhar para a realidade do sistema penitenciário brasileiro

Uma vez compreendidos os fundamentos teóricos, os objetivos principais e o modo como opera a culpabilidade pela vulnerabilidade, neste momento faz-se necessário realizar breves apontamentos acerca da realidade do sistema penitenciário brasileiro, com vistas a demonstrar a seletividade do nosso sistema penal e a consequente relevância que essa construção teórica possui para a contenção do exercício de poder punitivo no Brasil.

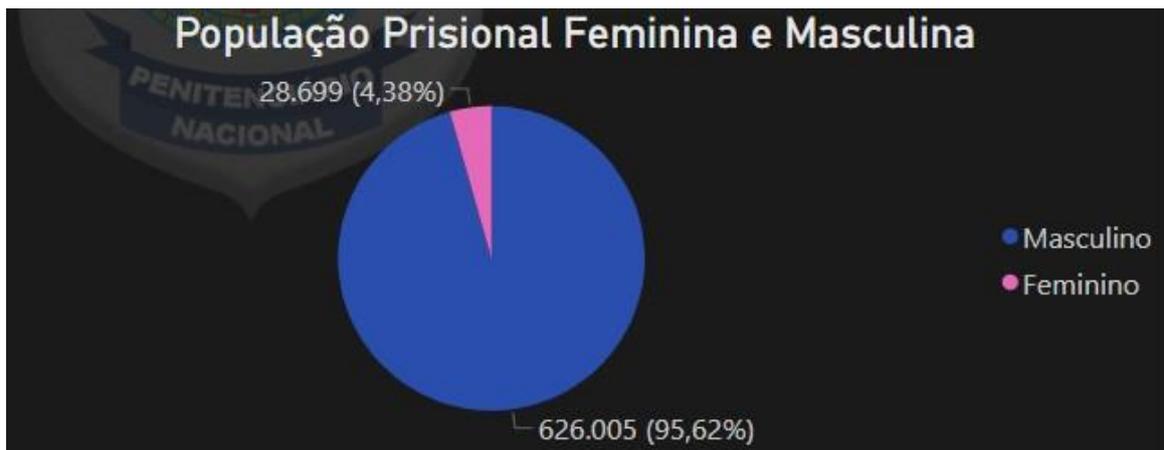
³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro e Slokar, Alejandro. **Manual de Derecho Penal: Parte General**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2007. p. 520

³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Hacia um realismo jurídico penal marginal**. Buenos Aires: Monte Avila Editores Latina, 1993. p. 111

Inicialmente, cabe destacar que, de acordo com dados coletados pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2022, no ano de 2021, o Brasil alcançou a marca de 820.689 pessoas sob custódia do Estado³⁸, figurando no ranking dos países com as maiores populações carcerárias do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos e da China.³⁹

Com uma das maiores populações prisionais do mundo, cabe nos questionarmos, então, quem são os presos no Brasil. Nesse sentido, tem-se que dados recentes revelam que o perfil da população brasileira encarcerada é majoritariamente composto por homens, jovens e negros. Além disso, os tipos penais com maior incidência entre a população carcerária são os crimes contra o patrimônio e aqueles previstos na Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06). É o que demonstram os gráficos subsequentes:

Gráfico 1 – Distribuição da população presa por gênero (*)



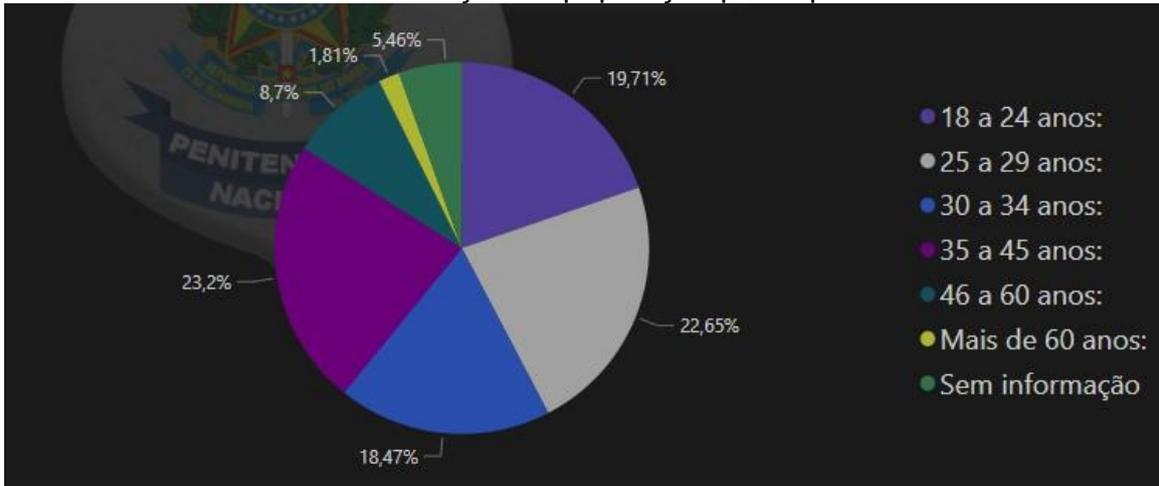
Fonte: SISDEPEN (2023)

(*) Os dados correspondem ao período de janeiro a junho de 2022 e foram baixados do site do Sisdepen no dia 20/03/2023. O cálculo percentual refere-se a presos em celas físicas a nível estadual e não considera no total da população prisional os custodiados pela polícia.

³⁸ LAGRECA, Amanda; BARROS, Betina; SENNES, Iara (ed.). As 820 mil vidas sob a tutela do Estado. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022**, [S. L.], v. 16, p. 396-425, ago. 2022. Anual. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=15>. Acesso em: 13 mar. 2023. p. 396

³⁹ De acordo com o levantamento da World Prison Brief, plataforma da University of London que mapeia os sistemas prisionais do mundo, o Brasil possui a terceira maior população de presos em âmbito global. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All. Acesso em: 13 mar. 2023.

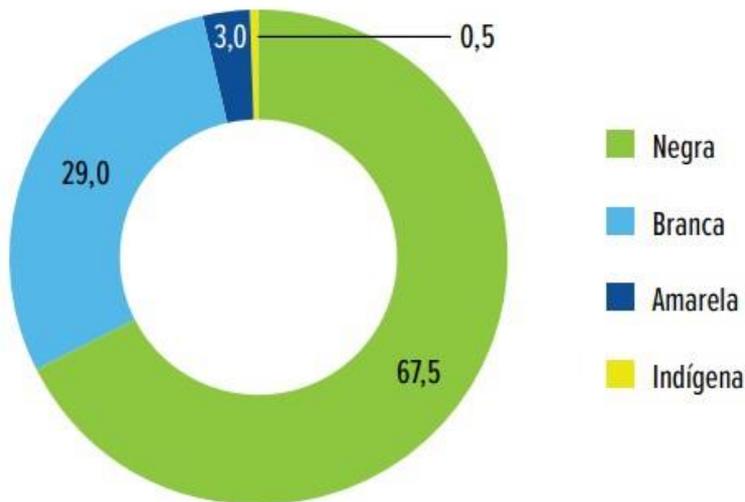
Gráfico 2 – Distribuição da população presa por faixa etária (*)



Fonte: SISDEPEN (2023)

(*) Os dados correspondem ao período de janeiro a junho de 2022 e foram baixados do site do Sisdepen no dia 20/03/2023. O cálculo percentual refere-se a presos em celas físicas a nível estadual e não considera no total da população prisional os custodiados pela polícia.

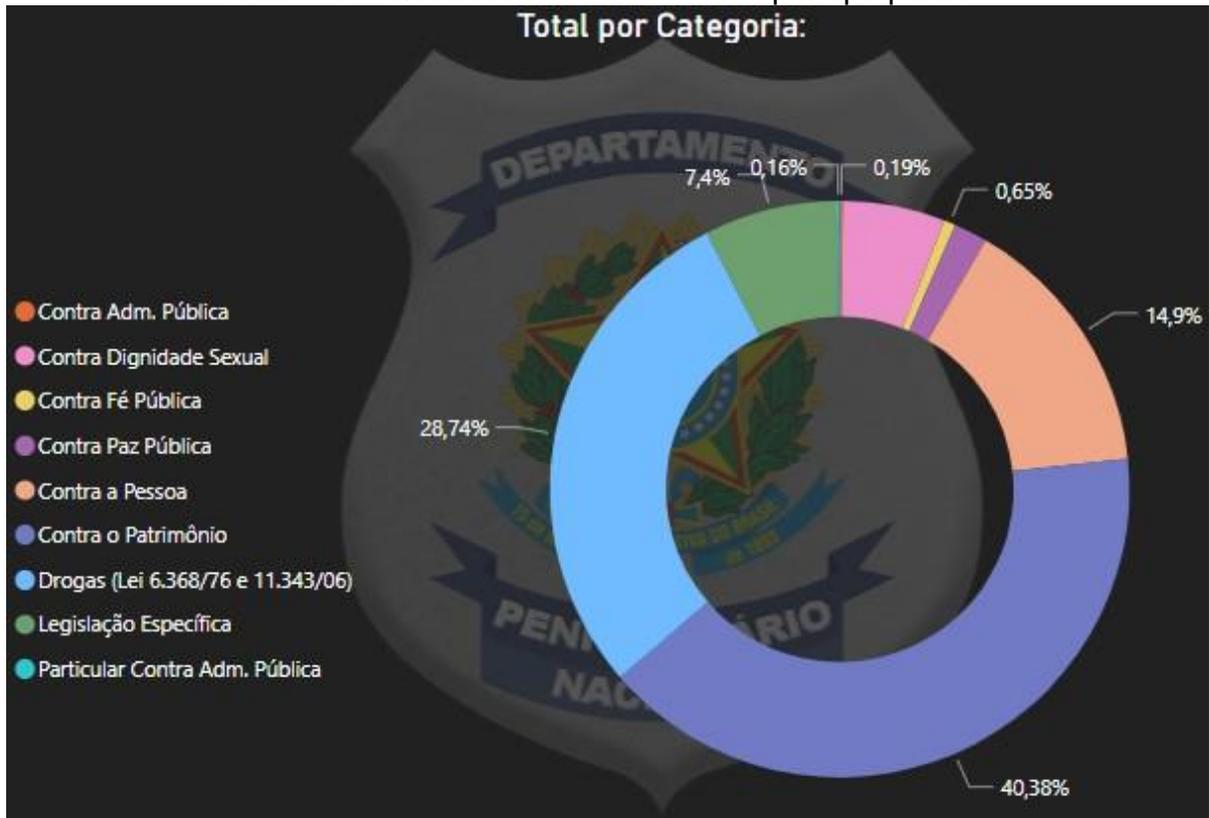
Gráfico 3 – Distribuição da população presa por raça/cor



Fonte: Relatórios Estatísticos - Analíticos do Sistema Prisional Brasileiro. Departamento Penitenciário Nacional. Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Fonte: Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2022)

Gráfico 4 – Quantidade de incidências por tipo penal (*)



Fonte: SISDEPEN (2023)

(*) Os dados correspondem ao período de janeiro a junho de 2022 e foram baixados do site do Sisdepen no dia 20/03/2023. O cálculo percentual refere-se a presos em celas físicas a nível estadual e não considera no total da população prisional os custodiados pela polícia.

Com base na análise de tais dados, resta, portanto, demonstrada a seletividade do sistema penal brasileiro. E como apontado por Zaffaroni ao tratar da natureza seletiva dos sistemas penais, aqui o exercício de poder punitivo não foge à regra: opta-se por criminalizar preferencialmente aqueles que cometem os crimes mais facilmente detectáveis (tráfico de drogas e crimes contra o patrimônio) e praticados por indivíduos historicamente marginalizados (majoritariamente homens negros).

Diante desse cenário, elaborações teóricas como a culpabilidade pela vulnerabilidade, voltadas à contenção da irracionalidade do exercício do poder punitivo, revelam-se extremamente pertinentes no contexto brasileiro. Por esta razão, no próximo capítulo veremos como a culpabilidade pela vulnerabilidade se relaciona com o paradigma garantista constitucional, buscando possíveis pontos de contato entre a construção dogmática de Zaffaroni e o modelo penal adotado pela CF/88.

3 A CULPABILIDADE PELA VULNERABILIDADE E O SISTEMA PENAL DE GARANTIAS ADOTADO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Apresentada a culpabilidade pela vulnerabilidade, seu antecedente histórico, os fundamentos e os fins que orientam a sua criação, bem como os dados estatísticos que comprovam a seletividade do sistema penal brasileiro, neste item procurar-se-á analisar essa construção teórica à luz dos princípios constitucionais penais, de modo a identificar possíveis pontos de contato entre as garantias afirmadas constitucionalmente e os pressupostos e efeitos que acompanhariam uma possível aplicação da culpabilidade pela vulnerabilidade no Direito Penal brasileiro.

Para tal análise, parte-se do pressuposto de que, em um Estado Democrático de Direito, tal como afirmado expressamente no art. 1º, *caput*, da CF/88⁴⁰, o Direito Penal deve estar subordinado aos princípios previstos na Constituição.

Não por outro motivo que se afirma que a legitimidade do Direito Penal passa pela sua adequação material à Constituição. Quer dizer, a Constituição figura como um verdadeiro quadro referencial obrigatório à atividade de punir, de modo que os princípios e direitos fundamentais nela consagrados devem ser observados tanto pelo legislador penal quanto pelo operador jurídico.⁴¹

Nesse sentido é que autores como Luciano Feldens afirmam a existência de uma “reserva constitucional de Direito Penal”, uma vez que a Constituição atua, ao mesmo tempo, como limite material e como fundamento normativo do Direito Penal. Ou seja, de um lado, atua impondo uma intervenção penal mínima. De outro, uma intervenção penal necessária.⁴²

Complementando tal concepção, Nucci refere que, no campo penal e processual penal, a primazia dos princípios constitucionais deve ser respeitada com

⁴⁰ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, **constitui-se em Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 fev. 2023.

⁴¹ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudências dos tribunais de direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 33

⁴² *Ibid.*, p. 53

ainda mais razão, por se tratar de esferas do direito que lidam diretamente com a liberdade do indivíduo.⁴³

Assim, justamente em razão da existência dessa cadeia de princípios ou máximas que visam a limitar o exercício do poder punitivo do Estado, que Carvalho afirma ser o modelo penal adotado pela CF/88 um modelo de garantias.⁴⁴ Nesse sentido, no entendimento do autor, mais do que necessário que o operador jurídico adote uma conduta comissiva, interpretando e filtrando os institutos jurídico-penais sempre à luz do texto constitucional.⁴⁵

Nessa tarefa de interpretação do ordenamento jurídico infraconstitucional a partir dos princípios constitucionais deve, portanto, o operador jurídico ter em mente que os princípios afirmados na Constituição *obrigam* a adoção de condutas necessárias para a promoção de um estado de coisas, não se constituindo em meras recomendações a serem seguidas, vez que se situam no plano deontológico.⁴⁶ Ou seja, os princípios, embora dotados de generalidade, possuem um caráter normativo, de observância obrigatória. Em arremate a essa concepção, afirma Alberto Barros Lima:

Os princípios constitucionais penais são, é possível dizer, uma exigência de racionalização e legitimação, imposta pela Carta Constitucional, para elaboração e operacionalização do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito. São limites democráticos que estreitam e condicionam tanto as possibilidades de formulações legislativas penais referentes à privação da liberdade e da vida humana, direitos fundamentais, quanto à atuação judicial concernente à interpretação das regras criminais existentes.⁴⁷

Desse modo, compreendida a supremacia normativa dos princípios constitucionais penais em face da legislação penal infraconstitucional, impõe-se uma investigação acerca de possíveis pontos de convergência entre as garantias afirmadas constitucionalmente em matéria penal e a culpabilidade pela vulnerabilidade. A justificar a necessidade de tal tarefa, tem-se a busca pela

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4. ed. São Paulo: Grupo Gen, 2015 *E-book*. ISBN 978-85-309-6296-8. Disponível em:

<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6296-8/>. Acesso em: 05 fev. 2023. p. 30

⁴⁴ CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. *E-book*. ISBN 9786555592122. Disponível em:

<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592122/>. Acesso em: 28 nov. 2022. p. 279

⁴⁵ CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 159-160

⁴⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 104

⁴⁷ LIMA, Alberto Jorge Correia de B. **Direito Penal Constitucional: A imposição dos princípios constitucionais penais, 1ª edição**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2012. *E-book*. ISBN 9788502146426. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502146426/>. Acesso em: 23. jan. 2023. p. 65

concretização dos princípios e garantias constitucionais, com a conseqüente contenção da irracionalidade inerente ao exercício do poder punitivo, tão característica do sistema penal brasileiro.

Passa-se, assim, a analisar a culpabilidade pela vulnerabilidade à luz de alguns princípios constitucionais penais.

3.1 O Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade, previsto no art. 5º, *caput*, da CF/88, no seu aspecto formal, impõe não só o tratamento equânime dos cidadãos perante a lei (ao se dirigir ao aplicador da lei – judicial e administrativo), mas também uma limitação ao legislador, ante a vedação de elaboração de leis que resultem em um tratamento desigual entre cidadãos baseado em fundamento que não seja razoável ou que não vise a um fim legítimo.⁴⁸

Todavia, este princípio não se esgota apenas no aspecto formal (igualdade perante a lei), mas vai além, consagrando a chamada igualdade material (ou substancial), que visa “assegurar algum grau de igualdade perante a vida”.⁴⁹

Desse modo, no intento de promover a igualização material entre os sujeitos é que se permite ao legislador estabelecer diferenciações de tratamento, desde que os critérios de diferenciação empegados sejam adequados e proporcionais aos fins que se almejam com a desigualdade de tratamento, e desde que esses fins almejados sejam compatíveis com os interesses protegidos na própria Constituição. É dizer: a diferenciação de tratamento imposta por determinada lei somente será válida e estará em consonância com o princípio da igualdade se constituir uma relação harmônica entre o critério distintivo e o tratamento jurídico diverso, com um objetivo que seja alinhado com os interesses protegidos na própria Constituição.⁵⁰

No entanto, conforme já referido, o princípio da igualdade não se dirige apenas ao legislador, devendo ser observado, também, pelo juiz nos casos a ele submetidos, haja vista se tratar de elemento essencial da própria democracia. Nesse sentido, no

⁴⁸ BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. *E-book*. ISBN 9786555596700. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 20 mar. 2023. p. 225

⁴⁹ *Ibid.*, p. 226

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 21

caso da aplicação da culpabilidade pela vulnerabilidade, verifica-se que o princípio da igualdade restaria contemplado, vez que este instituto permite a igualização material dos sujeitos em sede de individualização da pena.

E isso porque, ao considerar elementos que distinguem os indivíduos dentro de uma sociedade, como raça, gênero e classe social (e que são determinantes do processo de seleção do sistema penal), a culpabilidade pela vulnerabilidade erige tais fatores como critérios de diferenciação a serem utilizados no momento da dosimetria da pena, impondo um tratamento jurídico diverso em comparação com aqueles cujas características pessoais e condições sociais não atraem com a mesma intensidade a seletividade do poder punitivo.

O critério de diferenciação pressuporia, então, a seletividade do sistema penal, reconhecendo que o seu alvo principal são pessoas pertencentes a classes sociais mais baixas, e que geralmente se enquadram no estereótipo de “criminoso”.

Nesse passo, ao juiz caberia verificar, caso a caso, o estado de vulnerabilidade do agente para, então, impor uma sanção penal distinta, deixando de reprovar com a mesma intensidade autores de fatos delituosos que se encontram em diferentes situações de vulnerabilidade frente ao poder punitivo.

3.2 O Princípio da Culpabilidade

De acordo com Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar, o princípio da culpabilidade é o mais importante daqueles que derivam diretamente do Estado Democrático de Direito, justamente porque imputar a um indivíduo um dano ou perigo de dano a um bem jurídico, apenas com base na causação do resultado, sem uma prévia constatação de vínculo subjetivo, equivale a rebaixar o autor à condição de *coisa causante*.⁵¹ Logo, o princípio da culpabilidade veda a imputação a alguém de um resultado acidental e imprevisível, bem como que se pretenda punir um indivíduo quando a este não tiver sido possível conhecer a ilicitude de sua conduta e adequá-la ao direito nas circunstâncias do caso concreto. Esses dois níveis do princípio da culpabilidade refletem-se, respectivamente, nas máximas de que não há crime sem culpa e nem pena sem exigibilidade.

⁵¹ BATISTA, Nilo; Zaffaroni, Eugenio Raúl et al. **Direito penal brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. Volume 1. p. 245

Em complemento a essa ideia, Juarez Cirino dos Santos refere que o princípio da culpabilidade proíbe que se puna pessoas sem que estejam presentes os requisitos do juízo de reprovação. Assim, pessoas inimputáveis, por serem incapazes de compreender a norma e, por conseguinte, determinarem-se conforme a compreensão desta, não podem ser punidas. Da mesma forma, pessoas imputáveis, mas que, em razão de estarem em situação de erro de proibição inevitável, não podem conhecer a ilicitude de suas condutas e, por consequência, adequá-las ao direito, também não poderão sofrer sanção penal. Por fim, pessoas imputáveis e conhecedoras da proibição do fato, também não poderão ser punidas quando o tiverem realizado em contexto anormal (inexigibilidade de conduta diversa).⁵²

A inexigibilidade de conduta diversa encontra amparo na legislação penal brasileira no artigo 22 do Código Penal, sob a forma da coação moral irresistível e da obediência hierárquica. Em que pese a previsão legal dessas duas hipóteses, a doutrina e a jurisprudência entendem a inexigibilidade de conduta diversa como uma fórmula ampla, abrangendo hipóteses supralegais.⁵³

Nesse aspecto específico, verifica-se uma correlação entre a culpabilidade pela vulnerabilidade e o princípio da culpabilidade, notadamente em relação à causa de exclusão de culpabilidade consistente na inexigibilidade de conduta diversa supralegal. E isso porque a culpabilidade pela vulnerabilidade, ao incorporar os dados da realidade, permite constatar que o agente da conduta delitiva, nas circunstâncias em que atuou, dado o estado de vulnerabilidade em que se encontrava, teve o seu âmbito de autodeterminação tão reduzido ao ponto de não ser dele exigível a adoção de uma conduta alternativa. No próximo capítulo abordaremos mais detalhadamente essa hipótese de aplicação.

Por ora, tem-se que a culpabilidade pela vulnerabilidade é plenamente compatível com o princípio da culpabilidade, materializando-o e otimizando-o ao

⁵² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 4

⁵³ Como exemplo desse entendimento, tem-se a aceitação jurisprudencial de que o delito de apropriação indébita previdenciária, quando cometido em situação financeira de penúria ao ponto de não se poder exigir outra conduta, acarreta na exclusão da culpabilidade.

proporcionar a exclusão de culpabilidade por ocasião do reconhecimento, no caso concreto, de inexigibilidade de conduta diversa.⁵⁴

3.3 O Princípio da Individualização da Pena

O princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, inciso XLVI, da CF/88, indica que as penas não podem ser fixas (como critério geral). O que se busca com tal princípio, portanto, é limitar a sanção de acordo com o grau de culpabilidade do autor do fato, impondo uma adequação quantitativa e qualitativa em todos os níveis de manifestação do poder punitivo (Legislativo, Judiciário e Executivo).⁵⁵

No nível do Poder Legislativo, a individualização da pena verifica-se quando, no processo de criminalização primária, ocorre a definição da conduta delitiva, a pena a ela aplicável, bem como a sua quantidade mínima e máxima. Destaca-se, ainda, que nessa primeira fase de individualização preponderam critérios políticos, sociais, econômicos e ideológicos.⁵⁶

Na etapa subsequente, tem-se a denominada *individualização judicial*, realizada em sede de sentença condenatória.⁵⁷ Nessa etapa, o juiz, atentando-se para as circunstâncias judiciais (art. 59, *caput*), circunstâncias agravantes e atenuantes (arts. 61 a 66), bem como causas especiais de aumento e de diminuição (previstas na parte geral e especial do Código, bem como na legislação extravagante), estabelece a quantidade de pena, o regime inicial de cumprimento, e a possibilidade (ou não) de substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas.

Por fim, a última etapa do processo de individualização da pena compreende a chama *individualização executiva*, tendo por referência os limites delimitados em sentença condenatória.⁵⁸ Nessa etapa é que se verifica, além de benefícios como o livramento condicional e o indulto, o direito à progressão, à remição, à detração e à comutação.

⁵⁴ No próximo capítulo será abordado, mais detidamente, como a culpabilidade pela vulnerabilidade pode acarretar na exclusão de culpabilidade do agente, utilizando-se, a título ilustrativo, o delito de tráfico de drogas.

⁵⁵ CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. E-book. ISBN 9786555592122. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592122/>. Acesso em: 28 nov. 2022. p. 288

⁵⁶ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 149

⁵⁷ Ibid., p. 149

⁵⁸ Ibid., p. 150

Seja em qual for o nível que o princípio da individualização se manifeste, leciona Guilherme de Souza Nucci que a função precípua desse comando constitucional é evitar a padronização dos indivíduos, buscando a justa fixação da sanção penal, de acordo com os contornos objetivos e subjetivos do delito.⁵⁹ No mesmo sentido e de forma bastante clara, Boschi refere que o princípio da individualização constitui garantia que previne o tratamento de massa em direito penal.⁶⁰

Nesse aspecto, verifica-se que a culpabilidade pela vulnerabilidade vai ao encontro de tal mandamento, sobretudo no que toca à sua observância na *individualização judicial*, à medida que propõe que o agente responda em razão do esforço pessoal para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade. E, como o esforço será maior ou menor de acordo com as circunstâncias do caso e as condições sociais de cada indivíduo, conforme já explicitado no capítulo anterior, a consideração de tais elementos, no momento da dosimetria da pena, revela uma clara otimização desse princípio.

3.4 O Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade constitui uma consagração do constitucionalismo moderno, tendo sido recepcionado pela Constituição de 1988 por meio de diversos dispositivos, como o art. 5º, inciso XLVI (exigência de individualização da pena), art. 5º, inciso XLVII (vedação de determinados tipos de sanções penais) e art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV (admissão de sanções mais severas para crimes mais graves).

Por esse princípio, deve haver um equilíbrio entre a gravidade do delito e a sanção a ele correspondente, tanto em nível abstrato (do legislador) quanto em nível concreto (judicial), de modo a evitar intervenções desnecessárias e exageradas do Estado na esfera de liberdade dos cidadãos.

Assim, tem-se que o princípio da proporcionalidade é constituído por três princípios parciais, sendo eles: o princípio da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Os dois primeiros têm como objeto a otimização

⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4. ed. São Paulo: Grupo Gen, 2015. *E-book*. ISBN 978-85-309-6296-8. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6296-8/>. Acesso em: 05 fev. 2023. p. 193

⁶⁰ BOSCHI, José Antonio Paganella, op. cit., p. 53

das possibilidades da *realidade*, do ponto de vista da adequação e da necessidade dos meios em relação aos fins propostos, suscitando, por exemplo se a pena criminal é um meio adequado (entre outros) para a proteção de determinado bem jurídico (finalidade), e se a pena é também um meio necessário (entre outros meios adequados) para essa finalidade de proteção de bens jurídicos.⁶¹

Já o princípio da proporcionalidade em sentido estrito tem por objeto a otimização de possibilidades *jurídicas*, ou seja, debruça-se acerca da proporcionalidade entre a pena criminal (meio) e a proteção dos bens jurídicos (finalidade), investigando se a pena criminal cominada/aplicada (considerada como meio adequado e necessário ao nível da realidade) é proporcional em relação à gravidade abstrata/concreta da lesão ao bem jurídico.⁶²

Em complemento a essa noção, Juarez Cirino dos Santos refere que o princípio da proporcionalidade se desdobra em uma dimensão abstrata e outra concreta. Na dimensão abstrata, o princípio da proporcionalidade é direcionado ao legislador, limitando a criminalização primária aos casos de graves violações de direitos humanos e impondo a cominação de penas conforme a natureza e a extensão do dano social produzido pela conduta delituosa. Com base no princípio da proporcionalidade abstrata, por exemplo, a pena imposta por lesões contra a propriedade não poderia ser superior àquela imposta por lesões contra a vida (diferentemente do que ocorre na legislação brasileira).⁶³

Por outro lado, na dimensão concreta, o princípio da proporcionalidade é direcionado ao juiz, permitindo equacionar os custos individuais e sociais da criminalização secundária em relação à aplicação e execução da pena, em uma verdadeira análise de custo/benefício.⁶⁴

Neste aspecto, cabe ao juiz observar que os custos sociais da equação crime/pena são significativamente maiores do que os benefícios, sobretudo quando falamos de custos sociais específicos a serem suportados pelo condenado e seus familiares (mas também por toda a sociedade), com um agravamento do conflito social gerado pela criminalização secundária (basta pensar, por exemplo, na guerra às drogas) e com a imposição de custos sociais muito maiores a condenados

⁶¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 50

⁶² *Ibid.*, p. 50-51

⁶³ *Ibid.*, p. 51

⁶⁴ *Ibid.*, p. 52

pertencentes às camadas sociais mais baixas, que são, conforme já visto no capítulo anterior, a clientela preferencial do nosso sistema penal.⁶⁵

Com base nisso, e em obediência ao princípio da proporcionalidade concreta, cabe ao juiz decidir conforme critérios compensatórios das desigualdades sociais da criminalização secundária, com o objetivo de neutralizar ou reduzir a seletividade característica do sistema penal, fundada em critérios como raça, classe social, falta de emprego, favelização, entre outros.

Por consequência, verifica-se uma plena sintonia entre o princípio da proporcionalidade (sobretudo na sua dimensão concreta) e os fins que orientam a aplicação da culpabilidade pela vulnerabilidade. Com efeito, a culpabilidade pela vulnerabilidade pode aqui ser entendida como um dos critérios compensatórios a ser empregado pelo juiz criminal de modo a reduzir a seletividade do sistema de justiça criminal, por meio da consideração do estado de vulnerabilidade dos criminalizados e do esforço pessoal para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade.

Assim, a título exemplificativo, tem-se que a pena a ser imposta àquele indivíduo que, em razão de seu estado de vulnerabilidade, não precisou realizar maiores esforços para alcançar a situação de vulnerabilidade, deverá ser proporcionalmente menor do que a pena a ser imposta àquele que, partindo de um estado de vulnerabilidade muito baixo, realizou um grande esforço para chegar na situação concreta de vulnerabilidade.

3.5 O Princípio da Intervenção Mínima

Pelo princípio da intervenção mínima, tem-se que somente se deve recorrer ao direito penal naquelas situações em que as soluções para os conflitos sociais ofertadas por instrumentos jurídicos não-penais se mostrem insuficientes para a tutela de determinado bem jurídico. Desse modo, como corolário do princípio da intervenção mínima, tem-se a fragmentariedade do direito penal, que se reflete na noção de que a este ramo do direito é reservado a tutela dos bens jurídicos mais relevantes face a violações de maior gravidade.⁶⁶

⁶⁵ Ibid., p. 52

⁶⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 82-83

Essa subsidiariedade do direito penal se justifica pela importância e valorização que a dignidade da pessoa humana e a liberdade individual ocupam no Estado Democrático de Direito, não podendo sofrerem restrições tão severas como as que decorrem de uma sanção penal, quando outros ramos do ordenamento jurídico forem capazes de tutelar com eficiência os bens jurídicos ameaçados. Complementando essa concepção, Cezar Roberto Bitencourt refere que:

o princípio da *intervenção mínima*, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a *criminalização* de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável.⁶⁷

Em uma interpretação mais ampla, também pode-se dizer que o princípio da intervenção mínima determina que a própria imposição da pena criminal seja realizada de modo estritamente proporcional à natureza e à extensão do dano causado pela conduta delitiva, evitando-se, assim, intromissões exageradas na esfera de liberdade dos indivíduos.

Nesse sentido, verifica-se que a culpabilidade pela vulnerabilidade se coaduna com este princípio, haja vista que tem como escopo principal justamente limitar o exercício de poder punitivo, evitando sanções desproporcionais e ilegítimas.

Além disso, a culpabilidade pela vulnerabilidade também possibilita à agência judicial que interrompa processos de criminalização já em curso, sobretudo quando estes processos envolverem delitos contra o patrimônio e de tráfico de drogas, e sempre que for possível verificar o elevado estado de vulnerabilidade do agente e o baixo esforço pessoal deste para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade, uma vez que, nestes casos, a imposição de uma pena revelaria-se desproporcional à natureza do dano causado, figurando uma intervenção máxima e ilegítima na esfera de liberdade destes indivíduos.

⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 16. ed, São Paulo: Saraiva, 2011. Volume 1. p. 43

4 POSSÍVEIS FORMAS DE APLICAÇÃO DA CULPABILIDADE PELA VULNERABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Identificada a compatibilidade da culpabilidade pela vulnerabilidade com os princípios constitucionais penais, neste capítulo far-se-á uma análise das possíveis formas de instrumentalização dessa construção dogmática a partir de dispositivos presentes no Código Penal brasileiro. A título ilustrativo, tratar-se-á de expor a possibilidade de aplicação da culpabilidade pela vulnerabilidade ao delito de tráfico de drogas.

Tal esforço investigativo se justifica em razão da necessária concretização dos princípios constitucionais em matéria penal, de modo a um só tempo fortalecer o modelo penal garantista inaugurado pela CF/88 e limitar o exercício de poder punitivo, alcançando-se, assim, a finalidade precípua da culpabilidade pela vulnerabilidade.

4.1 Como Circunstância Judicial

O Código Penal brasileiro elenca, em seu artigo 59, uma série de circunstâncias judiciais que devem ser apreciadas pelo juiz no momento da fixação da pena-base: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima. Tais elementos moduladores, por não estarem previamente conceituados em lei, tampouco definidos como sendo critérios de aumento ou de diminuição da pena, dependem exclusivamente do arbítrio do operador jurídico – daí porque recebem o nome de circunstâncias *judiciais*.⁶⁸

No entanto, por mais que se afirme que as circunstâncias judiciais sejam critérios limitadores da discricionariedade judicial, devendo o juiz respeitar os parâmetros fixados pelo legislador, fato é que há uma grande margem de discricionariedade nessa etapa da dosimetria da pena – em regra em desfavor do condenado.

Assim sendo, antes de adentrar-se propriamente na análise da possibilidade de instrumentalização da culpabilidade pela vulnerabilidade como circunstância judicial, necessário tecer algumas ponderações acerca dos motivos que fazem com

⁶⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 528

que a discricionariedade judicial, presente nesta etapa da dosimetria da pena, acabe se revertendo em prejuízo daqueles selecionados e submetidos ao processo de criminalização. A compreensão de tais motivos é essencial para justificar uma alteração no conteúdo e no sentido a ser atribuído a cada uma das circunstâncias judiciais, nas quais se insere a culpabilidade.

Pois bem. A parte final do art. 59 do CP, ao determinar o estabelecimento da quantidade de pena aplicável conforme seja “necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”, impõe que as finalidades de reprovação e prevenção sejam utilizadas para fundamentar e, ao mesmo tempo, quantificar a sanção penal, em uma clara violação ao princípio do *ne bis in idem* e ao próprio texto constitucional, vez que a CF/88 não adotou qualquer discurso legitimador da pena - pelo contrário, fixou regras com o escopo de impor limites ao exercício do poder punitivo.⁶⁹

Não obstante essa ausência de conformação ao texto constitucional, necessário pontuar que os escopos de reprovação e de prevenção geral e especial (positivas e negativas) a que atrelada a fixação da pena⁷⁰, revelam-se inadequados também em outros sentidos. Vejamos, então, alguns deles, tomando como base essencialmente as críticas oriundas da teoria agnóstica da pena, elaborada por Zaffaroni e Nilo Batista.^{71 72}

A noção de reprovação, ainda hoje muito associada à ideia de retribuição penal, possui como uma de suas bases de justificação a equivocada ideia de que o indivíduo violador da norma, ao atuar de modo desvirtuado em relação ao “não desviante”, rompe o pacto social firmado sobre bases equânimes e justas e, em razão disso, se

⁶⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 122

⁷⁰ Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos (**Direito Penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 525) refere que a lei penal brasileira assume expressamente as teorias unificadas da pena, uma vez que o objetivo de reprovação é medido pela retribuição equivalente, por um lado, e o objetivo da prevenção abrange a prevenção especial e a prevenção geral por outro lado.

⁷¹ A teoria agnóstica da pena, esclarece Juarez Cirino dos Santos (**Direito Penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 440-441), toma como base os modelos ideais de estado de polícia e estado de direito, que coexistem no interior do Estado em relação de exclusão recíproca. Dessa forma, do ponto de vista político-criminal, a teoria agnóstica, ao negar tanto as funções declaradas como as funções reais da pena, busca reduzir o poder punitivo do estado de polícia e ampliar o estado de direito, pelo reforço do poder de decisão das agências judiciais.

⁷² Para uma posição em sentido contrário, ver: Congresso Nacional do Conpedi, 17., 2008, Brasília.

Dilemas e Utopias Quanto aos Fundamentos da Pena: Uma Reflexão a Partir do Debate Entre Carlos Santiago Nino e Eugênio Raul Zaffaroni. Vanessa Chiari Gonçalves. Brasília: Congresso Nacional do Conpedi, 2008. Disponível em:

http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/14_736.pdf. Acesso em: 22 fev. 2023.

torna passível de (uma justa) retribuição pelo mal causado.⁷³ No entanto, ao conceber, nestes termos, a sanção penal como algo justo, desconsidera-se a desigual distribuição do poder punitivo sobre os indivíduos em uma mesma sociedade e, ao mesmo tempo, permite que se associe o discurso jurídico-penal ao moral, possibilitando a criminalização e conseqüente punição de comportamentos inadequados desde o ponto de vista da moral dominante.

Porém, em um Estado de direito, não há (ou pelo menos, não deveria haver) espaço para a reprovação moral de um indivíduo por parte do Estado, o que se depreende a partir dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da lesividade e da secularização. Para além disso, a ideia de majorar a reprimenda com fundamento na necessidade de reprovar moralmente a conduta praticada constitui verdadeiro ato de fé, qual seja, crer que o mau procochado pelo delito é efetivamente compensado com o mau decorrente da pena imposta.⁷⁴ Em complemento, assinala Juarez Cirino dos Santos que a retribuição do crime, nestes termos, não é nem democrática nem científica. Não é democrática, porque no Estado Democrático de Direito o poder é exercido em nome do povo – e não em nome de Deus -, e o Direito Penal tem por objetivo tutelar bens jurídicos, e não realizar vinganças. Lado outro, não é científica pois o pressuposto da retribuição do crime é um dado indemostrável: a liberdade de vontade do ser humano.⁷⁵

Ademais, da mesma forma que a finalidade de reprovação, o escopo da prevenção previsto na parte final do art. 59 do CP também se mostra incompatível com o paradigma constitucional garantista.

Inicialmente, porque as teorias da prevenção geral negativa e positiva da pena autorizam a imposição de penas por motivos estritamente utilitários, promovendo a instrumentalização de indivíduos para que outros não cometam atos delitivos.

Com efeito, a prevenção geral negativa aparece na forma de intimidação penal, ou seja, espera-se que a ameaça da pena desestimule as pessoas de praticarem crimes.⁷⁶ Desde essa perspectiva, a imposição de uma pena mais elevada é vista como adequada, dado que assim poderá servir para intimidar ainda mais os cidadãos, fazendo com que se abstenham de praticar delitos. Todavia, com isso acaba-se

⁷³ ROIG, Rodrigo Duque Estrada, op. cit., p. 123

⁷⁴ Ibid., p. 127

⁷⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 432-433

⁷⁶ Ibid., p. 435

abrindo margem para a violação do princípio da culpabilidade, já que se possibilita que a pena seja fixada em patamar superior àquele indicado pela culpabilidade.⁷⁷ Como exemplo, pode-se pensar na seguinte situação: sob o pretexto de que o crime de roubo teve um aumento estatístico em sua incidência, o juiz opta por aumentar a pena do sentenciado que incorreu neste tipo penal, como forma de desestimular os demais.

Verifica-se, assim, que o problema de atrelar a fixação da pena à função preventivo-geral negativa é que a sanção deixa de guardar proporcionalidade com o fato concreto, para guardar proporcionalidade com o impacto que um possível sancionamento maior possa ter sobre os indivíduos não criminalizados. Contrapondo tal concepção, refere Juarez Cirino dos Santos que “não é a gravidade da pena – ou o rigor da execução penal -, mas a certeza (ou a probabilidade) de punição que pode desestimular o autor de praticar crimes.”⁷⁸

Por outro lado, a prevenção geral positiva, ao atribuir à pena a função de apaziguamento de uma sensação de insegurança pública e de reafirmação da confiança dos cidadãos na norma, também se mostra incompatível com os limites constitucionais. Primeiro, porque, ao graduar a pena, não deve o juiz se deixar conduzir pelos temores da sociedade, dado que compete ao legislador captar os temores e demandas sociais. Segundo, porque utilizar a pena como mecanismo de adesão normativa torna o Direito Penal instrumento de imposição de valores ético-sociais dominantes, desconsiderando-se que o sistema penal é pautado pela seletividade.⁷⁹

Outrossim, necessário observar, pela leitura da parte final do art. 59 do CP, que o legislador não impõe a persecução apenas das finalidades preventivo-gerais, abrangendo, também, a prevenção especial (positiva e negativa), a qual também se mostra incompatível com o paradigma constitucional limitador.

Em relação à prevenção especial negativa, essa incompatibilidade é verificada com base nos efeitos que essa finalidade da pena gera: com o intuito de neutralizar o indivíduo, de modo que este fique incapacitado para a prática de novos crimes durante

⁷⁷ ROIG, Rodrigo Duque Estrada, op. cit., p. 129

⁷⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 436

⁷⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada, op. cit., p. 132

a execução da pena, acaba-se por estimular sanções desproporcionais.⁸⁰ Ainda, essa concepção também fomenta na coletividade a ideia (estigmatizante) de que aquele que comete um delito é um elemento desagregador da coesão social, um criminoso perigoso que oferece risco a todos que cruzarem o seu caminho.

Já no que toca à prevenção especial positiva, o problema decorrente de sua adoção como fim a ser alcançado pela pena é a postergação de concessão de liberdade ao acusado, enquanto este não alcançar o ajustamento sociomoral.⁸¹ Além disso, autoriza que o indivíduo reincidente seja novamente encaminhado ao cárcere, intensificando, assim, os efeitos estigmatizantes da prisão sobre aquele tido como “contumaz delinquente”.⁸² Neste ponto específico, cabe retomar as contribuições das teorias do etiquetamento social, apenas para pontuar que elas, ao analisarem o efeito da aplicação da etiqueta de criminoso sobre os indivíduos criminalizados, colocaram em dúvida justamente essa função de prevenção especial atribuída à pena.⁸³

Enfim, resta evidente que a persecução das finalidades de reprovação e prevenção no momento de fixação da pena acaba por habilitar fortemente o poder punitivo, sobretudo quando se determina que tais finalidades devam ser perseguidas simultaneamente, conforme estabelece o *caput* do art. 59 do CP.

Diante desse quadro, necessário pensar novas formas de compreensão acerca do sentido e das finalidades a serem atribuídas a cada uma das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, de modo a compatibilizá-las com o sentido político-criminal redutor de danos estabelecido pela Constituição de 1988.⁸⁴

No caso da circunstância judicial da culpabilidade, um passo importante em direção a essa nova interpretação é a necessária superação da identificação da noção de culpabilidade com a ideia de reprovação, fato que viola frontalmente o princípio da separação entre direito e moral. A esse propósito, ao tratar da ideia de culpabilidade no Estado Democrático de Direito, Salo de Carvalho pontua que:

[..] apesar dos limites traçados pela estrutura constitucional, o juízo de culpabilidade, no atuar cotidiano dos atores do sistema penal, não raras vezes ingressa na esfera do íntimo como juízo de reprovação e, no limite da patologia, opera como instrumento de valoração do caráter e/ou da periculosidade do autor do fato. E esta tendência inquisitória de julgar

⁸⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 434

⁸¹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada, op. cit., p. 133

⁸² ROIG, Rodrigo Duque Estrada, op. cit., p. 134

⁸³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. Tradução de: Juarez Cirino dos Santos. p. 90

⁸⁴ Ibid., p. 121

moralmente o autor do fato, e não normativamente o fato do autor, ganha especial relevo no direito penal brasileiro no momento da aplicação da pena.⁸⁵

E de fato, de acordo com a doutrina tradicional, a culpabilidade é entendida como um juízo de censura que se faz ao autor do fato delituoso que é imputável e que escolheu livremente praticar a conduta, ciente de sua ilicitude. Esse juízo de censura decorre de um juízo de valor, realizado pelo juiz no caso concreto.⁸⁶

Em sentido um pouco mais amplo, outros autores referem que a culpabilidade é um juízo de reprovação que se faz ao autor e ao crime por ele cometido.⁸⁷ Já Francisco de Assis Toledo leciona que vigora no direito penal brasileiro uma concepção mista, ou seja, adota-se o direito penal do fato, mas também se considera o autor.⁸⁸

Na busca por uma possível nova interpretação a ser dada à culpabilidade, vinculando-a a um juízo estritamente objetivo de responsabilidade jurídica, tem-se que a culpabilidade pela vulnerabilidade, tal como proposta por Zaffaroni, parece atender satisfatoriamente a esse escopo. Com efeito, o autor argentino também entende que a culpabilidade de ato tem como objeto a reprovação da conduta em si praticada, e não a personalidade do agente, tal como ocorre na culpabilidade de autor. Porém, conforme já visto no primeiro capítulo, o autor reconhece que a culpabilidade de ato, por si só, não é suficiente para embasar um juízo de reprovação ético, carecendo de um conceito que incorpore os dados da seletividade do sistema penal, o que vem a ser a culpabilidade pela vulnerabilidade.

Assim é que Zaffaroni sugere uma distinção entre a culpabilidade de ato pura (como fundamento da pena) e a culpabilidade pela vulnerabilidade (como elemento quantificador da pena). É justamente esta última concepção que poderia servir como nova interpretação a ser dada à culpabilidade enquanto circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, atendendo aos fins redutores estabelecidos pela CF/88.

⁸⁵ CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. E-book. ISBN 9786555592122. Disponível em:

<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592122/>. Acesso em: 28 nov. 2022. p. 278

⁸⁶ BRANDÃO, Claudio. **Curso de Direito Penal - Parte Geral, 2. ed.** São Paulo: Grupo GEN, 2010. E-book. ISBN 978-85-309-3792-8. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3792-8/>. Acesso em: 05 fev. 2023. p. 374/375

⁸⁷ NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1.** São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559642403. Disponível em:

<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642403/>. Acesso em: 05 fev. 2023. p. 695

⁸⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 251.

A culpabilidade pela vulnerabilidade enquanto circunstância judicial possibilitaria ao juiz verificar a situação de vulnerabilidade do agente, com base em uma análise de seus *fatores* de vulnerabilidade. Com isso, aqueles indivíduos que partem de um estado de vulnerabilidade elevado (com baixo grau de escolaridade, pouco ou nenhum acesso ao mercado de trabalho, reincidentes etc) e que realizam pouco esforço para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade (cometendo algum delito grosseiro, como, por exemplo, o furto), fariam jus a uma maior redução de pena, inclusive com a fixação da pena-base abaixo do mínimo legal.

No ponto, não se desconhece que as circunstâncias judiciais, quando utilizadas em benefício do réu, na prática acabam servindo apenas para neutralizar circunstâncias negativas, tendo a sua efetividade redutora suprimida pela impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo indicado no tipo penal, quando presentes apenas circunstâncias positivas. Todavia, isso decorre de equivocado entendimento segundo o qual a pena-base deve ser estabelecida entre o mínimo e o máximo cominados, quando, na realidade, seguindo-se a perspectiva constitucional redutora, o mínimo legal da pena cominada deveria servir apenas como ponto de partida do processo intelectual de determinação da pena, e não como limite inferior.⁸⁹

Superada essa equivocada compreensão, tem-se que por meio da culpabilidade pela vulnerabilidade, o agente passaria a ser reprovado segundo o esforço pessoal para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade, de modo que quanto maior o esforço, maior o grau de culpabilidade pela vulnerabilidade, e “quanto maior for o grau de culpabilidade pela vulnerabilidade, menor deve ser (porque também menor pode ser) o interesse da agência judicial em limitar a pena.”⁹⁰

Importante salientar que a reprovação pelo esforço pessoal aqui não corresponde a uma censura, mas tão somente a uma constatação ou responsabilidade estritamente jurídica, sem qualquer valoração moral. Nas palavras do próprio Zaffaroni:

Não obstante, insistimos em que a agência judicial não formula nenhuma “reprovação” ao esforço pessoal para a vulnerabilidade, pois se trataria de uma reprovação sempre deslegitimada, já que sua tradução em uma pena constitui um mecanismo reprodutor violento, mas, diante da necessidade de eleger a quem se permitirá fazer a “cobrança” e “quanto será cobrado”, age

⁸⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 528

⁹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 275

valendo-se de algo mais aproximado a uma reprovação legítima dentre os que o exercício de poder do sistema penal possa lhe oferecer.⁹¹

Dessa forma, verifica-se que é plenamente possível (e necessário) que a atual interpretação dada à culpabilidade enquanto circunstância judicial seja substituída pela noção de culpabilidade pela vulnerabilidade.

Reforçando tal entendimento, tem-se que a legislação penal brasileira já prevê, na Lei dos Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/98), que o estado de vulnerabilidade do agente constitui circunstância que atenua a pena. Com efeito, dispõe o art. 14, inciso I, da referida lei: “Art. 14. São circunstâncias que atenuam a pena: I - baixo grau de instrução ou escolaridade do agente [...]”.

Por fim, também o Código de Processo Penal, em seu art. 187, § 1º, ao estabelecer que na primeira parte do interrogatório judicial, deverá o juiz perguntar sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade e vida pregressa do acusado, permite que se busque, no caso concreto, informações acerca do estado de vulnerabilidade do agente, a ser posteriormente levado em conta no momento de uma eventual condenação (ou até mesmo absolvição).

4.2 Como Atenuante Inominada

Ao contrário das circunstâncias judiciais previstas no *caput* do art. 59 do Código Penal, as agravantes e atenuantes genéricas têm o seu conteúdo pré-estabelecido em lei, motivo pelo qual são designadas de circunstâncias *legais*. As agravantes constam nos arts. 61 e 62, ao passo que as atenuantes, nos arts. 65 e 66, todos do CP. Ambas integram a segunda fase de dosimetria da pena, e o resultado de sua operacionalização é a denominada pena provisória.⁹²

As agravantes e atenuantes apresentam duas características fundamentais: a) são genéricas, ou seja, aplicáveis a todos os fatos puníveis; e b) são obrigatórias, devendo agravar ou atenuar a pena sempre que verificadas no caso concreto e desde

⁹¹ Ibid., p. 272

⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Volume 1. p. 671

que não constituam, qualifiquem ou privilegiem o tipo penal.⁹³ Além disso, a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes é determinada exclusivamente pelo arbítrio do juiz, dependendo, sempre, de fundamentação concreta.

Nesse passo, possível dizer que a atenuante inominada do art. 66 do CP⁹⁴ revela-se como uma segunda possível forma de instrumentalização da culpabilidade pela vulnerabilidade no direito penal brasileiro. Isso porque ela autoriza que a pena seja reduzida em razão de outras características relevantes do fato, anteriores ou posteriores ao crime, não previstas em lei, mas capazes de influir no juízo de reprovação pela realização do delito. E desde a perspectiva da culpabilidade pela vulnerabilidade, o estado de vulnerabilidade e o esforço pessoal para a vulnerabilidade constituiriam justamente essas características relevantes do fato (anteriores a ele), capazes de interferirem na quantidade de pena a ser imposta.

Entende-se, portanto, que caberia a aplicação da culpabilidade pela vulnerabilidade como atenuante inominada em duas situações diversas: 1) nos casos em que a combinação do estado de vulnerabilidade e o esforço pessoal para a vulnerabilidade fosse insuficiente para caracterizar uma situação de exculpação; 2) quando adotada a interpretação tradicional de culpabilidade, enquanto circunstância judicial, na primeira fase da dosimetria da pena.

Na análise das possíveis formas instrumentalização da culpabilidade pela vulnerabilidade, é necessário levar em conta, ainda, que o emprego como atenuante inominada possui a vantagem de que, ao contrário do que ocorre com as circunstâncias judiciais, há entendimento crescente na doutrina e jurisprudência brasileira no sentido de que as atenuantes são circunstâncias que sempre atenuam a pena, ainda que isso implique em uma fixação abaixo do mínimo cominado, uma vez que a própria redação do art. 65 do CP assim prevê⁹⁵, além de que entendimento em sentido diverso contraria o princípio da individualização da pena.⁹⁶

⁹³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 538

⁹⁴ “Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.” BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 04. dez. 2022.

⁹⁵ “Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: [...]” BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 04. dez. 2022.

⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Volume 1. p. 673

Reforçando a possibilidade de aplicação da culpabilidade pela vulnerabilidade como circunstância legal de atenuação da pena, tem-se que, conforme referido no tópico anterior, a própria Lei dos Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/98) já prevê que o estado de vulnerabilidade do agente (no caso, o baixo grau de escolaridade ou instrução) constitui causa apta a atenuar a sanção penal.

Com isso, refuta-se o entendimento presente em parte da doutrina no sentido de que o emprego da culpabilidade pela vulnerabilidade como circunstância legal causaria uma vulgarização do instituto da atenuante genérica.⁹⁷ Se o próprio legislador, em dado momento, entendeu que condições sociais, como o baixo grau de instrução do agente, são circunstâncias relevantes para atenuar a pena, descabe falar em vulgarização do instituto. Além disso, os autores que sustentam tal posicionamento desconsideram o fato de que é o Estado quem, ao mesmo tempo em que não cumpre a sua função constitucional de garantia de direitos fundamentais individuais e sociais, atua seletivamente, por meio das agências de criminalização secundária, de modo a submeter a processos criminalizantes, na imensa maioria dos casos, indivíduos a quem ele mesmo sonou condições minimamente dignas de vida.

Portanto, entende-se que plenamente possível a aplicação da culpabilidade pela vulnerabilidade como atenuante inominada do art. 66 do Código Penal, atendendo-se aos ditames constitucionais de limitação do exercício de poder punitivo, bem como aos fins propostos pela construção dogmática da culpabilidade pela vulnerabilidade.

4.3 Como Causa Supralegal de Exculpação – Inexigibilidade de Conduta Diversa

No capítulo anterior, ao tratarmos do princípio da culpabilidade, vimos que um dos requisitos do juízo de culpabilidade é a exigibilidade conduta diversa, ou, dito de

⁹⁷ Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. *E-book*. ISBN 9786559642403. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642403/>. Acesso em: 05 fev. 2023. p. 483), embora se referindo à noção do coculpabilidade, refere o seguinte: “Ainda que se possa concluir que o Estado deixa de prestar a devida assistência à sociedade, não é por isso que nasce qualquer justificativa ou amparo para o cometimento de delitos, implicando fator de atenuação da pena. Aliás, fosse assim, existiriam muitos outros “coculpáveis” na rota do criminoso, como os pais que não cuidaram bem do filho ou o colega na escola que humilhou o companheiro de sala, tudo a fundamentar a aplicação da atenuante do art. 66 do Código Penal, vulgarizando-a.”

outro modo, a exigibilidade de conduta conforme o direito. Esse requisito permite verificar se a ação ou omissão que se pretende punir poderia ter sido de algum modo evitada pela pessoa do acusado. Tal possibilidade de evitar a conduta criminosa é decisiva para a apuração da responsabilidade penal, pois, uma vez constatado que ao agente não era possível, nas circunstâncias em que atuou, ter evitado o cometimento do delito, não há como dizer que agiu culpavelmente, não podendo, por conseguinte, ser penalmente responsabilizado pelo fato.⁹⁸

Na lição de Francisco de Assis Toledo, o pressuposto da noção de inexigibilidade de conduta diversa é a “motivação normal”, ou seja, a existência de uma certa normalidade das circunstâncias que envolveram e poderiam ter interferido no ato volitivo do agente, de modo que, sempre que essas circunstâncias se apresentem anormais, deve-se suspeitar da presença de anormalidade também no ato volitivo.⁹⁹

Nesse sentido, em que pese o art. 22 do Código Penal brasileiro preveja apenas duas hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa (a coação moral irresistível e a obediência hierárquica), de modo a pensar hipóteses de inexigibilidade de outra conduta ainda não previstas em lei, e compatíveis com os postulados da culpabilidade pela vulnerabilidade, lança-se a seguinte provocação:

Um jovem negro, morador da periferia de um grande centro urbano, 5º filho de uma mãe solo, nunca frequentou a escola. Ao longo de sua adolescência, viu seus amigos serem mortos por bala perdida, em razão de conflitos entre agentes do Estado e traficantes locais. Cresceu vendo o tráfico como a instituição que providencia proteção, acesso a serviços e atividades de lazer. Desde a perspectiva do grupo social a que esse jovem pertence, ser bem-sucedido significa crescer na única atividade próspera disponível na periferia: ser gerente do tráfico. E, como o destino de uma morte precoce e violenta parece ser inescapável, sabe que ao trilhar este caminho ao menos poderá ter reconhecimento social, além do que conseguirá garantir mais conforto a sua mãe, que poderia parar de trabalhar, podendo desfrutar de uma aposentadoria com dignidade.

Seria possível, diante das condições específicas de vida deste jovem, em grande parte decorrentes da completa omissão estatal na efetivação dos direitos

⁹⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 327-328

⁹⁹ Ibid., p. 328

individuais e sociais mais básicos, reprová-lo por não ter se motivado na norma, embora consciente da proibição de traficar drogas?

Para responder essa indagação, é necessário levar em conta o seguinte: para este jovem, traficar é uma atividade inspirada por valores morais - ele almeja ter reconhecimento social, proporcionar melhores condições de vida para si e para sua mãe. Da mesma forma que, para um jovem branco de classe média, trabalhar como agente do mercado financeiro também é uma atividade inspirada por valores morais (ainda que distintos) como adquirir um carro, uma casa, ter *status*. Veja-se que ambos são inspirados por valores próprios da realidade social em que estão inseridos, e nenhum busca, com o exercício de suas respectivas atividades, causar mal a outros indivíduos.

Poder-se-ia argumentar, no entanto, que aquele que faz da traficância de drogas a sua atividade profissional estaria causando mal à coletividade, por comercializar substâncias causadoras de dependência química. Todavia, há que se pontuar que, no caso da comercialização de drogas, os usuários se apresentam voluntariamente para a aquisição dessas substâncias, as quais vão lhes proporcionar prazer, de modo que se falar em geração de dor se mostra completamente deslocado da realidade. O mesmo se diga em relação àqueles que ingerem bebidas alcoólicas e fumam cigarro – não há qualquer atribuição de responsabilidade penal a quem comercializa tais substâncias, sob o argumento de que causam dependência química, muito embora sejam tão ou mais nocivas do que determinadas substâncias entorpecentes.

Nesse passo, respondendo à pergunta acima formulada, teríamos que o jovem do exemplo fornecido não merece reprovação (ao menos, não no sentido de imposição de uma sanção criminal por parte do Estado), uma vez que as circunstâncias sociais em que se desenvolveu não lhe permitiram optar por um outro projeto de vida. Em verdade, sequer é possível afirmar que este jovem escolheu um estilo de vida contrário ao Direito: ele apenas se rendeu ao único projeto de vida suficientemente digno a seu alcance.

No caso abordado, está-se diante de uma situação em que a possibilidade de exercício do poder punitivo estatal restaria inviabilizada diante de reiteradas falhas na promoção de direitos fundamentais em áreas como assistência social, educação, trabalho, segurança, lazer, saneamento e habitação, que redundaram na impossibilidade do indivíduo de escolher um projeto de vida ético e moral conforme o

Direito. Reforçando tal entendimento, Guimarães bem pontua que não se pode admitir que o primeiro contato do Estado com o cidadão se dê na esfera punitiva (cidadania negativa).¹⁰⁰

No entanto, uma conclusão como esta somente pode ser alcançada por meio de um juízo de culpabilidade que leve em conta a seletividade do sistema penal brasileiro e a realidade social em que inserido o agente. No ponto, retomam-se os dados estatísticos de nosso sistema penitenciário, que revelam a clientela preferida de nosso sistema penal: homens, jovens e negros, criminalizados principalmente em razão da prática de crimes patrimoniais, tráfico de drogas, associação para o tráfico, e outros delitos previstos na Lei de Drogas.

A culpabilidade pela vulnerabilidade, ao incorporar justamente esses dados, e atuar de modo a complementar a culpabilidade pelo fato, fornece os subsídios necessários para identificar tais situações de inexigibilidade de conduta diversa.

Importante salientar, no entanto, que o que se busca aqui não é legitimar todo e qualquer ato delituoso praticado por indivíduos excluídos socialmente. O que se pretende é que determinados injustos, quando praticados segundo projetos de vida éticos, cuja adoção se mostrou a única possível, não recebam o rótulo de delitos e seus autores não sofram a estigmatização decorrente do processo de criminalização secundária.

Assim, o reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa ficaria restrito aos casos em que: 1) a conduta criminalizada cometida é inspirada por um projeto de vida moral, que inclui sempre o outro, ficando excluídos, assim, todos os atos praticados com violência, ou que demonstrem completa indiferença pela natureza humana; 2) os valores morais que informam o projeto de vida ético sejam legitimados no interior do grupo social em que inserido o agente; 3) restar demonstrado que o Estado, através de reiteradas falhas, não criou condições que permitissem ao agente formar um projeto de vida diverso e conforme o Direito.¹⁰¹

Uma vez verificados estes critérios no caso concreto, mediante a análise dos fatores informadores da culpabilidade pela vulnerabilidade, torna-se imperiosa a exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, posto que o Estado

¹⁰⁰ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. A culpabilidade compartilhada como princípio mitigador da ausência de efetivação dos direitos humanos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 184, p. 55-65, out./nov. 2009. Trimestral. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194947>. Acesso em: 25 jan. 2023. p. 61

¹⁰¹ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 204

Democrático de Direito não pode ser invocado para legitimar um exercício de poder arbitrário, e, por consequência, deslegítimo. Sobretudo quando este Estado não garante a todos os seus cidadãos os mesmos direitos e oportunidades.

4.4 Como Causa Legal de Exculpação – Coação Moral Irresistível

A coação moral irresistível, prevista no art. 22 do Código Penal, consiste em uma das hipóteses previstas em lei que conduzem à exclusão de culpabilidade, ante a inexigibilidade de conduta diversa. Por coação moral irresistível entende-se tudo o que pressiona a vontade impondo certo comportamento, reduzindo ou excluindo o poder de escolha do agente. Assim, em que pese a vontade do agente exista, ela não é livremente formada.¹⁰²

Como o legislador brasileiro não definiu as hipóteses em que há coação moral irresistível, essa tarefa ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência, que estabeleceram alguns requisitos gerais, como: 1) a existência de uma grave ameaça (irresistível), dirigida ao próprio coagido ou a pessoas queridas ligadas a ele; 2) a possibilidade real de que o coator concretize o mal ameaçado; e 3) que o mal seja iminente, ou seja, que o coator tenha condições de cumprir a ameaça logo após a recusa do coagido.¹⁰³

Entretanto, na busca por uma nova interpretação a ser dada ao direito penal brasileiro, inspirada pelas contribuições do realismo jurídico-penal marginal de Zaffaroni, entende-se imprescindível pensar outras situações (não tão evidentes) em que é possível reconhecer que o agente atua sob coação moral irresistível.

Nessa perspectiva, por exemplo, tem-se o delito de tráfico de drogas praticado por mulheres que tentam ingressar com substâncias entorpecentes em estabelecimentos prisionais. Na maioria desses casos, essas mulheres se encontram em um estado de vulnerabilidade muito elevado, ao ponto de impedir que suas vontades sejam livremente formadas. E são diversos os fatores que podem levar a essa situação, desde o desamparo econômico, nos casos em que o filho ou companheiro segregado contribuía com o sustento do lar, até o abalo emocional, ante temor constante de que seus filhos ou companheiros sofram algum tipo de violência

¹⁰² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Volume 1. p. 421

¹⁰³ Ibid., p. 422

dentro da prisão. Trata-se, portanto, de circunstâncias que revelam um elevado estado de vulnerabilidade, fazendo com que se submetam ao risco e à humilhação de serem elas também criminalizadas, ao tentarem ingressar com drogas nos estabelecimentos prisionais.

Assim, ao analisar essa conduta desde a perspectiva da culpabilidade pela vulnerabilidade, poderia se pensar que essas mulheres realizam um esforço considerável para se colocar em uma situação de vulnerabilidade frente ao poder punitivo, uma vez que tentam ingressar com drogas em estabelecimentos custodiados pelo próprio Estado. Porém, a própria culpabilidade pela vulnerabilidade também permite verificar, no caso concreto, o elevado estado de vulnerabilidade dessas mulheres, permitindo concluir que agem com poder de escolha significativamente reduzido. Aliás, a própria circunstância em que o delito é cometido revela essa significativa redução do poder de escolha, uma vez que se estivessem em condições normais para formarem livremente as suas vontades, certamente não aceitariam o risco elevadíssimo de serem flagradas com drogas por ocasião de revista íntima.

Logo, não seria possível dizer que essas mulheres, com suas condutas, estariam contribuindo para o fortalecimento do sistema punitivo (no sentido empregado por Zaffaroni ao referir que a própria prática do delito revela uma parte do esforço pessoal para a vulnerabilidade). Além disso, não seria nem mesmo justo exigir dessas mulheres que se mantivessem em conformidade com o Direito, sobretudo quando se veem, conforme já referido, sozinhas e desamparadas frente ao encarceramento de seus filhos ou companheiros.

5 CONCLUSÃO

A culpabilidade pela vulnerabilidade, tal como proposta por Eugenio Raúl Zaffaroni, insere-se em um projeto de dogmática jurídico-penal de garantias, que visa à limitação do poder punitivo nos sistemas penais da América Latina. Trata-se, como visto ao longo do trabalho, de um importante mecanismo a ser utilizado pela agência judicial no exercício de seu limitado poder de contenção do poder punitivo.

Dessa forma, mediante uma análise de dados estatísticos acerca do sistema penitenciário brasileiro, foi possível constatar a seletividade de nosso sistema penal, que seleciona como principais candidatos ao processo de criminalização secundária indivíduos com características bastante definidas: homens, jovens e negros, majoritariamente envolvidos em delitos contra o patrimônio e aqueles previstos na Lei de Drogas.

Diante desse quadro, demonstrou-se a relevância que a culpabilidade pela vulnerabilidade assume para o direito penal brasileiro e, assim, procedeu-se à análise dessa construção teórica à luz dos princípios constitucionais penais, identificando-se diversos pontos de contato entre a culpabilidade pela vulnerabilidade e o paradigma garantista orientador estabelecido pela Constituição de 1988. A otimização dos mandamentos constitucionais, com uma possível aplicação dessa teoria, restou evidenciada, uma vez que tanto o modelo penal constitucional como a culpabilidade pela vulnerabilidade buscam limitar o exercício de poder punitivo estatal.

Demonstrada a compabilidade entre a construção dogmática de Zaffaroni e o modelo penal adotado pela CF/88, em um segundo nível de análise apurou-se que a culpabilidade pela vulnerabilidade é passível de instrumentalização no direito penal brasileiro por meio de dispositivos legais já existentes em nossa legislação. Como exemplo, apontou-se a possibilidade de aplicação da culpabilidade pela vulnerabilidade como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, em substituição ao tradicional conceito de culpabilidade, exigindo-se, para tanto, a desvinculação da análise das circunstâncias judiciais às finalidades de reprovação e prevenção da pena – as quais se mostram inalcançáveis e reprodutoras de significativos prejuízos aos réus.

Constatou-se, também, a possibilidade de instrumentalização da culpabilidade pela vulnerabilidade como atenuante inominada do art. 66 do CP e como causa

supralegal de exculpação, aplicando-se ao delito de tráfico de drogas, desde que preenchidos certos requisitos.

Por fim, analisou-se a possibilidade de instrumentalização da culpabilidade pela vulnerabilidade como causa legal de exculpação, prevista no art. 22 do Código Penal. Neste último caso, defendeu-se a aplicação da culpabilidade pela vulnerabilidade ao delito de tráfico de drogas praticado por mulheres que tentam ingressar com substâncias entorpecentes no interior de estabelecimentos prisionais, por ocasião de visitas a seus filhos e companheiros, apontando-se para o elevado estado de vulnerabilidade em que elas se encontram, capaz de configurar uma coação moral irresistível, ensejadora de exclusão de culpabilidade.

Buscou-se, com o presente trabalho, dar visibilidade ao relevante projeto empreendido por Zaffaroni na busca pela reconstrução da dogmática jurídico-penal na região marginal da América Latina, com enfoque para a contribuição teórica do autor na teoria do delito, traduzida na culpabilidade pela vulnerabilidade.

Pode-se dizer que os resultados foram satisfatoriamente alcançados, na medida em que se demonstrou a compatibilidade da culpabilidade pela vulnerabilidade com o modelo penal adotado pela CF/88, bem como apontou-se possíveis formas de aplicação dessa construção teórica em nosso direito.

Com isso, pretendeu-se fomentar o debate acerca da urgente necessidade de se pensar, em nível dogmático, instrumentos de contenção do poder punitivo a serem adotados pelo Poder Judiciário brasileiro, dotando de racionalidade e coerência as decisões judiciais na seara penal. Tal urgência se justifica na medida em que já somos o país com a terceira maior população carcerária do mundo, composta, essencialmente, por pessoas historicamente marginalizadas e relegadas à própria sorte pelo Estado brasileiro, não sendo plausível que fechemos os olhos para essa dura realidade.

Como perspectiva teórica do delito, a culpabilidade pela vulnerabilidade nos possibilita exatamente isso: que não desconsideremos a seletividade de nosso sistema penal, e que atuemos de modo incansável na busca de fazer do direito penal o instrumento maior de contenção do poder punitivo.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. *E-book*. ISBN 9786555596700. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 20 mar. 2023.

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

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BRANDÃO, Claudio. **Curso de Direito Penal - Parte Geral, 2ª edição**. São Paulo: Grupo GEN, 2010. *E-book*. ISBN 978-85-309-3792-8. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3792-8/>. Acesso em: 05 fev. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 fev. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 04. dez. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 04. dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 04 dez. 2022.

BRASIL. Sisdepen. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Dados Estatísticos do Sistema Penitenciário**. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: 20 mar. 2023.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. E-book. ISBN 9786555592122. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592122/>. Acesso em: 28 nov. 2022.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Congresso Nacional do Conpedi, 17., 2008, Brasília. **Dilemas e Utopias Quanto aos Fundamentos da Pena: Uma Reflexão a Partir do Debate Entre Carlos Santiago Nino e Eugênio Raul Zaffaroni**. Vanessa Chiari Gonçalves. Brasília: Congresso Nacional do Conpedi, 2008. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/14_736.pdf. Acesso em: 22 fev. 2023.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudências dos tribunais de direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Culpabilidade pela vulnerabilidade: uma introdução aos seus pressupostos, fundamentos e controvérsias. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [S. L], v. 120, p. 41-73, jun. 2016. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000184ac633a7713e19b1c&docguid=I76d9c67023c211e6bb33010000000000&hitguid=I76d9c67023c211e6bb33010000000000&spos=1&epos=1&td=322&context=61&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 24 jan. 2022.

FERREIRA, Carolina Costa; MACHADO, Erica Babini Lapa do Amaral. Da crítica à criatividade: reflexões sobre o realismo de Eugenio Raúl Zaffaroni diante dos desafios da criminologia crítica brasileira. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 16, n. 2, p. 1-22, nov. 2020. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3872>. Acesso em: 05 jan. 2023.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. A culpabilidade compartilhada como princípio mitigador da ausência de efetivação dos direitos humanos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 184, p. 55-65, out./nov. 2009. Trimestral. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194947>. Acesso em: 25 jan. 2023.

LAGRECA, Amanda; BARROS, Betina; SENNES, Iara (ed.). As 820 mil vidas sob a tutela do Estado. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022**, [S. L], v. 16, p.

396-425, ago. 2022. Anual. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=15>. Acesso em: 13 mar. 2023.

LIMA, Alberto Jorge Correia de B. **Direito Penal Constitucional: A imposição dos princípios constitucionais penais, 1ª edição**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. *E-book*. ISBN 9788502146426. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502146426/>. Acesso em: 23. jan. 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. *E-book*. ISBN 9786559642403. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642403/>. Acesso em: 05 fev. 2023

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4. ed. São Paulo: Grupo Gen, 2015 *E-book*. ISBN 978-85-309-6296-8. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6296-8/>. Acesso em: 05 fev. 2023.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco**. Madri: La Piqueta, 1999. Tradução de: Rosa del Olmo.

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

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

WORLD PRISON BRIEF (Reino Unido) (org.). **Highest to Lowest - Prison Population Total**. 2023. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All. Acesso em: 13 mar. 2023.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991. Tradução de: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Hacia um realismo jurídico penal marginal**, Buenos Aires: Monte Avila Editores Latina, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito penal brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. Volume 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Ediar, 1999. Tomo 4.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et. al. **Manual de derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José E. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9ª ed., rev. e atual. Parte Geral, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.