

**A NECESSÁRIA REVALORIZAÇÃO DA CULPABILIDADE NO CONCURSO DE PESSOAS** | *A NECESSARY REVALUATION OF CULPABILITY WHEN CRIME IS COMMITTED BY TWO PEOPLE OR MORE*

GUSTAVO OCTAVIANO DINIZ JUNQUEIRA

**RESUMO** | O presente trabalho busca desenvolver, em primeiro, um breve diagnóstico sobre a crise que envolve a construção dogmática da culpabilidade, e os problemas enfrentados na análise do concurso de pessoas. A lei é ignorada ao tentar individualizar as responsabilidades. Deve ser ainda analisada a importância da consideração da vulnerabilidade na aferição da culpabilidade, mormente nos países periféricos, com destaque para os casos envolvendo poderosos e vulneráveis. Por fim, será verificada a influência de novas formas de imputação, em especial a imputação pretensamente subjetiva pela teoria da cegueira deliberada, como mecanismo que ao mesmo tempo facilita a padronização das tipificações e dificulta a análise da individual responsabilidade. A metodologia contará com pesquisa bibliográfica e documental, com o emprego de abordagem hipotético-dedutiva e dialética.

**PALAVRAS-CHAVE** | Culpabilidade. Responsabilidade. Vulnerabilidade.

**ABSTRACT** | *This study seeks to develop, first, a brief diagnosis of the crisis involving the dogmatic construction of culpability and the problems encountered in the analysis of crimes committed by two people or more. Law is ignored when trying to individualize liability. Furthermore, the importance of the vulnerability in assessing guilt, especially in peripheral countries, with emphasis on cases involving powerful and vulnerable parties should be analyzed. Finally, this text will verify the influence of new forms of imputation, especially the allegedly subjective liability by the willfull blindness as a mechanism that both facilitates the standardization of convictions and brings difficulties to the analysis of individual liability. This study is a literature review that employs a hypothetical, deductive, and dialectic approach.*

**KEYWORDS** | *Culpability. Liability. Vulnerability.*

## 1. INTRODUÇÃO

A tradicional construção dogmática da culpabilidade entra em crise com a derrocada da crença naturalista no livre-arbítrio. A perda da base dogmática teve como consequência não apenas uma miríade de novas propostas, mas a desvalorização da estrutura, uma vez que, mormente fora da academia, já não conta com um discurso persuasivo. Se é tão duvidosa sua estrutura teórica, como pode ser a chave de uma decisão de diminuição ou mesmo afastamento da punição já construída a partir da certeza do injusto?

A análise da desvalorização da culpabilidade ganha especial contorno nos casos de concurso de pessoas: a adoção padronizada da teoria monista, com forte influência da premissa causal da equivalência dos antecedentes, facilita a decisão judicial sobre a imputação, descarregando, sobre todos os envolvidos, penas dentro dos mesmos marcos legais. A pouca clareza da legislação sobre a individualização da responsabilidade após a definição do injusto – problema mais grave no Brasil do que em outras legislações, como o Código Penal colombiano, que prevê com clareza a participação e em alguns casos a vincula à redução de pena (Art. 30) – acentua a não isonômica divisão de responsabilidade e distribuição de punições.

Nos países periféricos, é conhecida a consequência óbvia da aplicação da lei pautada em uma igualdade nominal (todos sempre iguais), ou sem isonomia (que exige tratar os diferentes de acordo com suas diferenças): os poderosos acabam por sofrer sanções penais menores do que deveriam, e os vulneráveis maiores, reproduzindo a consagrada máxima de Baratta (1999, p.161) sobre a desigual distribuição das oportunidades e custos sociais. No concurso de pessoas envolvendo poderosos e vulneráveis, o desprezo à vulnerabilidade na distribuição das responsabilidades apenas acentua o papel seletivo,

discriminatório e opressivo do direito penal nos países periféricos. Basta pensar no uso de mulas para o tráfico de drogas, ou mesmo uso de subempregados ou terceirizados para a prática de desmatamentos criminosos.

Interessa por fim notar que a adoção de novas formas de imputação desenvolvidas para substituir a inoperância do Estado na persecução penal, mormente nos casos de crimes de colarinho branco, apenas facilitará a padronização das responsabilidades nos casos referidos de concurso de pessoas entre vulneráveis e não vulneráveis. Destaca-se aqui, para fins ilustrativos, a doutrina da cegueira deliberada.

O problema a ser enfrentado pode ser ilustrado em duas situações: **Situação 1:** grande criminoso, detentor de grande poder econômico e político, por meio de gerentes, contrata Pedro, indivíduo miserável e com pouca instrução. Pedro é arrimo de família, pois sua esposa está desempregada, e os filhos já começam a ter que abandonar a escola para vender produtos nos faróis. Pedro recebe grande quantia para que transporte de um local a outro, determinada carga, sem especificar se se tratam de drogas, armas, cigarros falsificados ou produtos eletrônicos oriundos de importação sem o recolhimento de tributos. Apanhado pela polícia com drogas ilícitas, será incriminado como autor de tráfico de drogas, principal responsável, com pena completa, pois realizou o verbo “transportar”. **Situação 2:** Carlos, sujeito miserável, que vive em bairro afastado e sem mínimas condições de saneamento básico, com detritos espalhados nas ruas e terrenos, é contratado por grande empresa para conduzir caminhão ou carroça e despejar detritos industriais em região aparentemente abandonada, mas que é parque florestal protegido por lei. Carlos será condenado pela prática do crime ambiental como autor, com pena completa, pois praticou o verbo típico.

O presente trabalho buscará desenvolver, em primeiro, um breve diagnóstico sobre a crise que envolve a construção

dogmática da culpabilidade. Após, será feita análise sobre a adoção da teoria monista no concurso de pessoas e o esforço legislativo, muitas vezes insuficiente e ignorado, em permitir a correta distribuição de responsabilidades após a certeza sobre a identidade do injusto. Em seguida, a importância da consideração da vulnerabilidade na aferição da culpabilidade, mormente nos países periféricos, com destaque para os casos de concurso de pessoas envolvendo poderosos e vulneráveis. Por fim, com o objetivo de realizar prognóstico sobre a evolução do tema, será verificada a influência de novas formas de imputação, em especial a imputação pretensamente subjetiva pela teoria da cegueira deliberada, como mecanismo que ao mesmo tempo facilita a padronização das tipificações e dificulta a análise da individual responsabilidade.

A metodologia contará com pesquisa bibliográfica e documental, com o emprego de abordagem hipotético-dedutiva e dialética, buscando demonstrar que é necessária uma evolução da tradicional compreensão dogmática da culpabilidade, partindo do confronto dos parâmetros atuais de censurabilidade, lastreados na igualdade formal, com a realidade impregnada de desigualdade material.

## **2. A RUPTURA DA BASE DOGMÁTICA DA CULPABILIDADE**

É repetida e quase banalizada a afirmação de que a obediência à culpabilidade ou a um princípio da culpabilidade é necessária para um Direito Penal respeitoso à dignidade da pessoa humana e adequado aos valores de um Estado Democrático de Direito. A culpabilidade é ou deveria ser o momento culminante do indivíduo e da crítica humanista na teoria do crime, ou, nas palavras de Bettiol: “A culpabilidade é sem dúvida um dos elementos do crime e é precisamente o elemento que, mais do que qualquer outro, exprime o embasamento humano e moral

sobre o qual se construiu a noção de crime” (2000, p. 318). Nada ou pouco adianta a insistência na ideia se a construção de sentido da culpabilidade não se mostra forte e consensual o suficiente para orientar decisões e limitar a responsabilidade. Daí a necessária questão: O que é culpabilidade? Qual culpabilidade?

A expressão “culpabilidade” tem sentido sabidamente equívoco, mas desde logo o foco do presente trabalho parte da estrutura analítica tripartida de crime e destaca o estrato relacionado à responsabilização individual, diretamente relacionada à proteção da dignidade da pessoa humana. Não é objetivo do presente trabalho, o histórico completo sobre a reprovabilidade pessoal, pelo que desde logo reconhecemos na escola clássica a base da moderna estrutura da culpabilidade: o dogma/premissa do livre-arbítrio, base do contrato social (LOCKE, 1998, p. 499), pois apenas o homem livre poderia deliberar sobre os termos do “contrato”, fruto de um antropocentrismo compreensível e a nosso ver exagerado (ou ao menos com exagerada confiança na virtuosa racionalidade humana). O livre-arbítrio foi historicamente a mais consensual base do juízo de reprovação. No Brasil, Chaves Camargo (1994, p.64) sintetizava que “a culpa está intimamente relacionada com a própria existência do homem enquanto ser racional. O homem age na busca desta racionalidade, tentando superar, através do pensamento lógico, sua irracionalidade”. Em Carrara (2002, p.49), “a teoria da imputação considera o delito nas suas puras relações com o agente, e este, por sua vez, em sua relação com a lei moral, conforme os princípios do livre-arbítrio e da responsabilidade humana, princípios que são imutáveis, não se alterando com o decorrer dos tempos ou o variar dos povos e costumes”. O livre-arbítrio persiste como a principal base da responsabilidade individual (com a ressalva da escola positiva, que apregoa responsabilidade social) mesmo no apogeu do finalismo de Welzel, com o aspecto antropológico, caracterológico

e categorial (1976, p. 98).

É previsível que, com a alardeada derrocada da premissa do livre-arbítrio, que pauta a discussão sobre a culpabilidade por mais de um século, o conceito sofra uma crise de sentido, e não há outra base dogmática suficientemente construída no cenário pós-finalista. Os funcionalistas não conseguiram mínimo consenso. Em sentido ilustrativo, podemos mencionar Roxin (1998, p.18), que nega expressamente o livre-arbítrio e propõe como base a acessibilidade normativa, ou seja, a análise se ao autor era psicologicamente acessível uma alternativa de comportamento conforme o Direito (ROXIN, 1999, p. 807). Em Jakobs (1997, p.590), a culpabilidade é absolutamente vinculada à necessidade da pena, totalmente desvinculada do livre-arbítrio e mesmo de juízos de censura. Figueiredo Dias (2007, p. 521) volta a tratar da responsabilidade pela formação do caráter expressa no fato.

Evidente que uma nova base para a culpabilidade ainda não foi construída, e parece que o único consenso é a negação ou gradual afastamento da base do livre-arbítrio. Como a mera negação (ausência) não pode ser base para uma construção dogmática, a força da culpabilidade como limitadora do poder de punir do Estado também é esvaziada, perdendo força persuasiva na academia e, especialmente, nos Tribunais.

### **3. A TEORIA MONISTA: TODOS RESPONDEM PELO MESMO CRIME**

A percepção do injusto primeiramente em sua face objetiva resulta de um “treinamento” histórico, visto que já constava do rígido contorno “objetivo-subjetivo” proposto por Liszt, e poderia se justificar também em face do repúdio ao direito penal do autor, que tem como característica a análise, a princípio, das características do sujeito, e, então, da conduta praticada (subjetivo – objetivo). Reconhecido o injusto a princípio em sua face objetiva,

a adoção da teoria monista parece ser consequência esperada, quer expressamente na legislação, como no caso brasileiro (Art. 29 do Código Penal: *Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade*), quer nas decisões dos Tribunais. Inegável aqui a influência da teoria da equivalência dos antecedentes, consagrada no art. 13 do Código Penal Brasileiro para a indicação da relação de causalidade: se se considera causa todo evento sem o qual o resultado não teria ocorrido nas mesmas circunstâncias, todos que colaboram para a prática do injusto são causadores e devem responder, a princípio, pelas penas cominadas.

A análise da face subjetiva do crime (ainda sem a consideração da responsabilidade individual, que é deixada para a culpabilidade) vem apenas em um segundo momento, na investigação dos limites do dolo e da culpa. Além de ser posterior, ou seja, já condicionada e influenciada pelas conclusões a valorações sobre o injusto objetivo, trata-se de investigação sobre objeto difuso, de complicada comprovação. Como já antecipava Welzel, é impossível objetivar o que é, por natureza, subjetivo (1976, p.216). O grau de certeza encontrado na comprovação do injusto objetivo jamais será repetido em sua face subjetiva, pelo que é sempre exigida uma dose de intuição ou mesmo ousadia do julgador para limitar subjetivamente a imputação já definida no injusto objetivo.

A tendência, assim, é que todos os que colaboram venham a responder precisamente pelo mesmo injusto, com rara importância para a cooperação dolosamente distinta ou para o reconhecimento da ausência de dolo. Nos casos usados a título de ilustração, pouco se questiona a prova da ciência de Pedro sobre o objeto transportado, ou mesmo sobre a consciência de Carlos acerca da área de preservação. Pelo contrário, percebe-se tendência doutrinária e jurisprudencial na busca de instrumentos que permitam aumentar a referida padronização na imputação,

presumindo o dolo de todos os colaboradores ou exigindo menor esforço probatório para a comprovação da extensão do liame subjetivo, como a teoria da cegueira deliberada, ou mesmo leituras equivocadas sobre o domínio do fato.

#### **4. A NECESSÁRIA REVALORIZAÇÃO DA CULPABILIDADE:**

##### **4.1. A interferência dos fatores sociais na culpabilidade tradicional**

A igualdade foi celebrada como valor maior do humanismo, com lugar na tríade que inspira a revolução francesa, marco inicial da idade moderna: 'Liberdade, Igualdade, Fraternidade'. A igualdade nominal, no entanto, não é nada fraterna. Pelo contrário, quanto maior a desigualdade entre os homens, mais cruel e iníquo é o tratamento igualitário. Equiparar o vulnerável ao poderoso é exigir dele menos do que pode ou deve oferecer.

Os países periféricos têm índices notáveis de desigualdade interna, com grande concentração de riqueza e educação formal em uma pequena parcela da população, e uma grande base de miseráveis a sustentar a pirâmide.

Partindo de tal premissa, é questionável desde a perspectiva tradicional de culpabilidade se a liberdade (livre-arbítrio) pode ser presumidamente a mesma entre estratos social e culturalmente tão diversos. A resposta é evidente, e negativa. O homem é, sem dúvida, de alguma forma, condicionado por seu meio. Como destaca García-Pablos de Molina:

A ciência vê hoje no delinquente uma pessoa normal, um homem de seu tempo, isto é, um ser condicionado, como todos, pelo seu complexo hereditário, como também pelos demais e pelo seu entorno social, comunicativo, aberto e sensível a



um contínuo e dinâmico processo de interação com outros homens, com o meio (...) (2000, p. 19).

O sistema de justiça penal não pode persistir alheio à realidade, encastelado em abstrações e descompromissado com uma discussão crítica sobre seu papel social. No entanto, é o que hoje ocorre e se percebe, por exemplo, na análise da culpabilidade: ao invés de reconhecer o homem pelo prisma da modernidade, em abordagem holística e multidisciplinar, retoma-se – como demonstrado no decorrer do trabalho – o dogma simplista do tecnicismo jurídico-penal, que abomina a interferência de outras ciências e métodos que não o abstrato-lógico-jurídico, e o homem é sempre considerado “homem médio”, *bonus pater familias*, com suas invencíveis críticas. A política criminal e a criminologia são marginalizadas, eis que “complicam” o raciocínio com a inserção de novos elementos como os objetivos político-criminais e o contexto pessoal e social do infrator (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 19). Contrariando tal tendência, entendemos que diante da perspectiva funcionalista e da permeabilidade da criminologia crítica como vetor interpretativo para os princípios constitucionais penais, não há mais alibi para a resistência à ciência penal total como base direta para a decisão.

A mensuração da culpabilidade deve ponderar a realidade, não como deveria ser ou como é mais cômoda ao aplicador, mas sim se aproximando, ao máximo, da realidade. A impossibilidade de perfeita captação da realidade não resulta necessariamente na solução mais cômoda, como a total ficção. Faz-se aqui necessário, como é comum nas ciências do dever ser, o raciocínio da maximização: a consideração da realidade deve, ao máximo, influenciar um correto e individualizado juízo de culpabilidade. Considerada a conduta em sua realidade, deixa o sujeito de responder por terceiros, e é diminuída a influência dos preconceitos do aplicador do direito ou de tendências aleatórias

impostas sazonalmente pelos meios de comunicação... A sanção deve ser concretamente limitada ao máximo, somente, em função do fato cometido (COBO DEL ROSAL e QUINTANAR DÍEZ, 2004, p. 48), mas para o respeito ao juízo de culpabilidade de acordo com os parâmetros da ciência jurídica penal e constitucional atual, deve ser avaliada a situação singular de cada qual e só pode ser aplicada legitimamente a pena a partir da noção específica de quem foi o indivíduo que praticou o crime e qual a necessidade, na hipótese singular, de sanção com fins comunicativos e de possível reintegração social. Fora daí, há apenas uma culpabilidade formal, distanciada dos cânones constitucionais.

Adoutrina tradicional nega a possibilidade de abrandamento da pena com base nas específicas circunstâncias sociais e econômicas, com todos os seus reflexos nos impulsos e sentimentos. É exigido um fictício “filtro pleno de racionalidade”, próprio de um antropocentrismo clássico extremado. A lição de Lyra, aqui, enfatiza a exigência:

O organismo nasce aparelhado para adaptar-se à vida. Sabe-se que não existe ação, moral ou imoral, conforme ou contrária à lei, sem concurso emocional. Todos sofrem as influências dos fatores emocionais, e, vivendo em sociedade, têm o dever primário de elevar, purificar e disciplinar suas emoções. O homem pode e deve fazê-lo. As contingências, compreensivas da humanidade, não podem atenuar a pena. A vida impõe ao indivíduo, com a intensidade de suas lutas e a excitação progressiva do ambiente, a resistência correspondente (LYRA, 1975, p. 92).

Com todo respeito, quer se exigir do ser humano que não seja emocionalmente humano, ou, ainda, que todos tenham igual capacidade de se deixar motivar pela norma, mesmo sendo

desiguais as circunstâncias econômicas, sociais e culturais. É a reprovação do “homem concreto” que despreza as circunstâncias concretas e é construída com base nas expectativas sobre o “o homem médio” ou “abstrato” em circunstâncias “normais”, imaginadas pelos detentores do poder de elaborar a norma. O equívoco é evidente.

É da aceitação de que a culpabilidade se refere ao homem do fato concreto (o que, aliás, dá razão de ser à função jurisdicional do Estado – dizer o direito no caso concreto), que “se abandona el heroe da historia que todo le puede, por el hombre de carne y hueso” (PARMA. 1997, p. 63). O homem de “carne e osso” não é invencível ou simplesmente heroico: é muito mais complexo, e há de ser considerado em toda sua peculiaridade porque são suas características próprias que lhe dão dignidade e, enfim, humanidade, e é na culpabilidade que a humanidade do direito penal se deixa transparecer.

É necessária a redescoberta da diversidade dos indivíduos (SILVA SANCHES, 2000, p.46). Não se trata de grande novidade, eis que as diferenças entre os homens sempre foram percebidas, embora normalmente utilizadas para marginalizar os chamados “menos favorecidos” – com a discriminação dos portadores de deficiência física, mulheres, pobres, os afastados da educação formal, que tantas vezes foram internados ou concentrados em campos e asilos para tratamento ou integração social.

Na situação número 1, em que Pedro foi contratado para transportar carga desconhecida, deveria ser relevante sua percepção dos fatos de acordo com sua história de vida, ou seja, Pedro certamente imagina que transporta algo indevido, mas acredita realmente que não pratica grave crime, pois não é dono dos objetos, não os produziu, não os revenderá... é apenas um transportador, um empregado, um terceirizado. Quando transporta milhões de reais em mercadorias lícitas que pouco compreende, em nada se relaciona com o produto transportado, recebendo

apenas o pagamento pelo frete, mas se transporta mercadorias ilícitas é punido como se dono fosse. No segundo caso, dadas as condições de vida de Carlos, é exagerada a exigência sobre a total compreensão do ilícito: mais que a ausência de educação formal sobre a importância do meio-ambiente, Carlos convive cercado por detritos e ainda que tenha ouvido falar sobre o parque florestal, dificilmente compreenderia a lesividade de sua lesão, mormente por se sentir, mais uma vez, empregado, sob ordens, imaginando que qualquer responsabilidade seria do empregador. Nos dois casos abordados, o déficit de motivação ou compreensão é tido como irrelevante nos tribunais, pois a) como é comum na população, a pouca educação formal, o menor desvalor sobre a falha compreensão poderia atenuar a pena em grande número de casos, impedindo o rigor penal desejado pela chamada “opinião pública”; b) os operadores do sistema de justiça, que pertencem a favorecido grupo econômico dotado de educação formal e aproximação com os bens tutelados, não sentem empatia com os réus, e não há compreensão, mas apenas censura ao diferente e c) como o Estado tem dificuldade para processar e condenar os “empregadores”, e quer mostrar números sobre as condenações, toda a culpa acaba por recair nos contratados, vulneráveis e descartáveis.

O resultado é o incremento da seletividade do sistema, que mais uma vez se organiza em todas as duas estruturas - criminalização primária e secundária – para atingir apenas o elo vulnerável no concurso de pessoas.

#### **4.2. A proposta crítica da culpabilidade por vulnerabilidade: uma necessária abordagem nos países periféricos**

A maioria dos brasileiros, assim como a maioria da população mundial, não tem o acesso esperado – ou pretensamente esperado – à educação formal e à convivência

com todos os valores que fundam, em regra, a elaboração dos ordenamentos, produto da minoria que detém o poder. Bens jurídicos como patrimônio, família (no sentido tradicional), honra, inviolabilidade de domicílio e tantos outros estão tão distantes do cotidiano da população que o mecanismo da alteridade não se apresenta: é bem mais difícil respeitar no outro algo que o sujeito não se concebe como merecedor, ou seja, um bem cuja ausência o sujeito é levado a compreender como normal. Ora, se ele nunca teve patrimônio, família, honra, saúde, etc... é difícil compreender que tais bens mereçam respeito. O sujeito que nasce, cresce e persiste residindo em uma casa invadida, consequência das miseráveis condições dos projetos de habitação, tem especial dificuldade de compreender o que é o domicílio alheio, ou mesmo o patrimônio. Aliás, especificamente em relação ao patrimônio, é demagógico exigir que uma criança que nunca teve um brinquedo seu, sempre dividindo ou se apropriando de coisas comuns (pedras, pequenos animais) como objetos lúdicos possa compreender, como imaginava o legislador, os motivos pelos quais outra criança pode trazer consigo tantos brinquedos e estar imune à disputa física por eles. Alijado do carinho de pais ou responsáveis desde a mais tenra idade, é exagerado obrigar um jovem a compreender e respeitar a família, impondo-lhe penas pela afronta a um bem que ele jamais foi chamado a compreender ou valorizar: sem acesso à rede de saúde pública desde o seu nascimento, informado pela mídia e percebendo no cotidiano, pessoas ricas e “vencedoras” – aos olhos da ética do consumo atual –, servindo-se de drogas, é clara a dificuldade para compreender o bem jurídico saúde pública, protegido nos crimes de tráfico. O raciocínio é válido para muitas outras situações

Não há verdadeira liberdade para a formação da personalidade e mesmo para a prática de atos determinados para o economicamente desfavorecido que, analfabeto, tenta emprego inacessível, ainda que busque a alfabetização tardia.

Ou ainda, como assinala Nogare, de:

que adianta ao pobre imaginar escolher seu trabalho, seu salário, seus divertimentos, se não tem possibilidade de conseguir o emprego desejado, se deve conformar-se ao salário de fome que recebe, se lhe falta dinheiro para procurar um divertimento? Nada vale ao rapaz optar livremente pela profissão desejada, se não tem recursos para realizar suas aspirações, se lhe falta tudo, até os sapatos para ir à escola e o dinheiro para comprar os livros (NOGARE, 1982, p.12).

Inegável pela evidência que fatores socioeconômicos interferem na capacidade de motivação que o sujeito pode ter em razão da norma, quer pela dificuldade de acesso à norma em si ou ao cenário em que ela foi planejada, quer por não ter acesso aos valores que a fundaram. A possibilidade de se orientar de acordo com a norma não pode ser aferida em momento isolado, como um corte presumido da realidade, mas sim compreendida como processo, como formação. Se o sujeito não vivenciou a dinâmica cultural dos donos do poder que consolidou determinados valores a ponto de cristalizá-los na norma penal, há que se reconhecer sua menor motivabilidade, como sintetiza Dometila de Carvalho:

O indivíduo, a atuar, o faz dentro de uma estrutura sócio-cultural que o determina, impondo-lhe seu sistema de valores. Em conseqüência, a culpabilidade, diante da violação de uma norma penal, só existe na medida em que o infrator tenha vivenciado, pelo processo socializador, o conteúdo material da norma infringida e ainda do infrator, ao qual foram negados pelo Estado os direitos sociais

necessários ao seu pleno desenvolvimento (art. 6º da Constituição Federal), não se pode exigir uma responsabilidade (culpabilidade) nos moldes do comumente exigível daqueles infratores sócio-financeiramente bem situados, safos da carência resultante do não gozo dos direitos sociais (1992, p. 72).

A primeira ferramenta conceitual consagrada na academia – e rechaçada nos tribunais – para a atribuição de relevância aos fatores sociais foi a chamada co-culpabilidade. No Brasil, a introdução do conceito de co-culpabilidade é sempre atribuída a Zaffaroni (2002, p. 269), que em sua obra reconhece a essência nos escritos de Marat, para quem “si para mantener la sociedad es necesario obligarles a respetar al orden establecido, ante todo, debe satisfacerse todas sus necesidades (...) Solamente después de haber cumplido todas las obligaciones con sus miembros es cuando tiene derecho a castigar a los que violan sus leyes” (2000, p. 68). Se o Estado não cumpre seus deveres com prestações positivas (bens) a todos, mas apenas à parcela da população, não é legítimo que possa exigir dos excluídos (aqueles que não recebem prestações positivas) o conformismo, o cumprimento dos deveres e a submissão às regras. Em síntese, Zaffaroni argumenta que se a sociedade contribui para a formação do âmbito de organização do sujeito, e o faz de forma negativa, a sociedade deve arcar com o peso da infração resultante da má formação da personalidade do infrator (ZAFFARONI; PIERANGELLI, 2002, p. 611). Em outras palavras, o sujeito é a todo tempo lembrado pela mídia e por seus pares de seu “dever de ser vencedor”, símbolo hoje diretamente relacionado ao consumo (carros, roupas, relógios, calçados, casas...), mas de um lado não é treinado ou capacitado para alcançar tais objetivos dentro das regras do ordenamento.

Não é treinado para obediência ao ordenamento, pois muitas vezes convive em espaço dominado pelo crime organizado, em comunidades abandonada pelo Estado sem estrutura mínima de educação, saúde e segurança. Como não existem vácuos de poder, é comum que o crime organizado domine o espaço abandonado pelo Estado, e muitas vezes assuma a responsabilidade de providenciar ambulâncias, espalhar homens armados nas ruas para garantir (alguma) ordem e até mesmo promover atividades para os jovens. O chefe da organização criminosa é o símbolo mais próximo do “vencedor”, com carros, roupas, relógios... Os jovens são “treinados”, assim, para reproduzir o comportamento do ídolo, formando uma subcultura criminal.

Não é capacitado, pois a miséria econômica em regra se repete na absoluta escassez de estrutura para a educação formal e inviabilidade de crédito. A criança desde logo tem a presença na escola desestimulada por professores mal remunerados e desmotivados, carência de material didático mínimo e pouca importância para o rendimento escolar. Sem educação formal mínima, as portas do mercado de trabalho formal são fechadas, restando apenas o mercado informal e os subempregos, que impõem castas sociais na medida em que impedem chance de ascensão à grande maioria.

Não há também capacitação na medida em que o crédito é negado àquele que não pode oferecer garantia de renda ou de patrimônio. Assim, fica cerceado o empreendedorismo que poderia permitir a ascensão econômica e a busca do referido sucesso. A conclusão inarredável é que o caminho previsto no ordenamento tem entrada bastante estreita, e aqueles que não conseguem trilhá-lo são “empurrados” para a informalidade e para ilegalidade. Ainda que muitos resistam, é compreensível que alguns se deixem levar por tal impulso causado pela injusta estrutura social, como já diagnosticava Merton (1970, p.145).



Se há um impulso orientando o comportamento, há influência na liberdade para tomada de decisão entre o lícito e o ilícito, e tal impulso – de responsabilidade da sociedade – deve ser considerado na aferição da reprovabilidade pela prática do injusto, atenuando-o. O raciocínio, que parece ser bastante evidente em suas premissas e na adequação à definição tradicional de culpabilidade, é totalmente desprezado por grande parte da academia (talvez por sua inspiração criminológica, alvo de preconceito pelos estudiosos de dogmática) e pelos Tribunais.

Ainda sob a perspectiva crítica, ganha corpo na academia, mormente na América do Sul, a chamada culpabilidade por vulnerabilidade, também capitaneada por Zaffaroni (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, p. 656). Aqui, o autor não abandona a culpabilidade tradicional por sua importância ética e consolidado papel de filtro de responsabilidade, mas acrescenta um ingrediente relacionado à vulnerabilidade diante dos sistemas de criminalização. A premissa, oriunda da criminologia crítica, parte do papel seletivo do direito penal, quer na criminalização primária, quer na secundária. A legislação tende a criminalizar mais, com maior clareza e penas mais altas comportamentos comuns nas classes menos favorecidas e mais distanciadas do poder. A polícia costuma ser treinada para combater a criminalidade da massa, com desforço físico e armas, e é pouco exigida e treinada para enfrentar crimes econômicos e financeiros. Como exemplo, interessa destacar que nos concursos públicos brasileiros para carreiras policiais, é comum a exigência de perfeita forma física com exercícios, corrida e até mesmo natação, além de conhecimento profundo sobre crimes como tráfico de drogas, furto e roubo. É pequena a cobrança sobre crimes de colarinho branco, e não há exame sobre matemática financeira, contabilidade e direito orçamentário. É evidente que tais diferenças são sentidas na atuação policial, muito mais incisiva sobre os pobres e vulneráveis. É frequente a revista pessoal e constrangedora na

entrada de eventos nas comunidades mais pobres, mas nunca se viu atuação semelhante da polícia na entrada de badalados restaurantes ou casas noturnas caras. No sistema de justiça, é evidente ser mais fácil a empatia do acusado e do julgador pelo réu que frequenta os mesmos lugares (clubes, restaurantes...), tem pronúncia parecida, vestimentas. É menor a chance de empatia com jovens com roupas tidas como exóticas, linguagem que se distancia do padrão formal e costumes distantes do julgador.

Se é inegável a seletividade, deve ser reconhecida categoria dogmática capaz de exercer papel contra-seletivo, e a culpabilidade, estrato no qual a história de vida do sujeito pode ser considerada, parece ser o “local” mais adequado.

A culpabilidade por vulnerabilidade não substitui a tradicional, mas é apenas um filtro necessário diante da percepção da seletividade do direito penal, ainda mais grave e cruel nos países periféricos, em razão da já assinalada desigualdade social. Ensina Zaffaroni que:

a culpabilidade por vulnerabilidade não é uma alternativa à culpabilidade enquanto reprovação ética, mas sim uma superação que, como todo processo dialético, conserva sua síntese. Afirmada a culpabilidade ética como culpabilidade pura pelo fato, conforme o âmbito de autodeterminação com o qual o sujeito pode deliberar e mensurada (a culpabilidade) conforme um certo grau de reprovação, a culpabilidade pelo esforço do sujeito para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade se opõe, como atenuante da desconsideração da seletividade e na medida que corresponde, se sintetiza uma culpabilidade normativa que pode reduzir, mas nunca ampliar (ZAFFARONI; ALAGIA;

SLOKAR, 2011, p .656).

A culpabilidade por vulnerabilidade, apesar de exigir uma madura autocrítica do sistema de justiça de sua intrínseca seletividade, permitiria uma mais adequada distribuição dos ônus sociais, exigindo e cobrando menos daqueles lançados à vulnerabilidade, diminuindo assim, ao menos no âmbito penal, a marginalização e a exclusão dos mesmos de sempre, como nas situações referidas.

## **5. AS NOVAS FORMAS DE IMPUTAÇÃO – A TENDÊNCIA À PADRONIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE**

O sistema de justiça é cada vez mais exigido, diante do incremento do espaço de litigiosidade inerente ao aumento da complexidade das relações sociais. Na medida em que um maior número de relações é travado, é comum que um maior número de conflito apareça, mormente com o desaparecimento dos espaços de solução extrajudicial do conflito, como família e comunidade. Em uma sociedade globalizada, na qual muitos negócios são travados com pessoas estranhas, é também esperado que o espaço de solução extrajudicial dos conflitos seja diminuído, aumentando a busca por socorro em sentenças judiciais.

A expansão do Direito Penal, já diagnosticada por Silva Sanches (2013, p.33), tem como efeito o inchaço do sistema penal, e é ainda mais sensível nos países periféricos, onde os novos gestores da moral são mais numerosos. São muitos os grupos que não tiveram voz e hoje conseguem espaço de expressão na mídia (em especial nas redes sociais) e organização para impor sua vontade nas eleições, chamando a atenção dos grandes veículos de comunicação e dos políticos profissionais. A demanda de tais grupos por novas criminalizações, assim, se soma ao grito tradicional por maior rigor nas leis e nas penas.

A prestação de justiça penal, assim, na mesma toada de tantos outros serviços públicos, não consegue atender a demanda, e passa a revelar sua fragilidade na demora na prestação do serviço (no Brasil é comum que um processo penal perca três ou quatro anos para sentença definitiva, e alguns casos se arrastam muito mais) e na desorganização. A reação esperada seria um incremento da estrutura, que é impossível em razão do alto custo do serviço e dos poucos recursos públicos. Reações menos legítimas passam então a frutificar, como o uso de modelos de decisão que muitas vezes desrespeitam a individualidade dos casos, o incremento do custo do acesso à justiça e mesmo a criação de instrumentos dogmáticos que diminuam a necessidade de tempo e energia para a prolação de uma sentença condenatória penal. É sobre o último caso que queremos nos debruçar.

A teoria da cegueira deliberada é adotada há mais de um século na Inglaterra e nos Estados Unidos. Na América do Sul, sempre foi preferida a construção da responsabilidade subjetiva nos moldes da doutrina alemã, com a dicotomia dolo e culpa.

No entanto, dada a dificuldade para demonstrar o dolo em determinados casos, em especial no tráfico de drogas e na lavagem de dinheiro, a teoria ganha crescente adoção dos países latinos, mesmo à revelia de alteração legislativa.

A dificuldade para a demonstração do dolo não é nova, e sempre se mostrou como mecanismo de equilíbrio do sistema: sem prova do dolo, passa a ser analisada a viabilidade de punição por crime culposos, se demonstrada a quebra de cuidado. Na ausência de descuido relevante ou mesmo de relevância penal para o descuido (ausência de tipicidade culposa), a solução era absolutória. Em suma, na ausência de prova sobre a tipicidade subjetiva, o desate era absolutório, em face do *in dubio pro reo*. Rompendo com tal tradição histórica de forma inovadora, a teoria da cegueira deliberada vem compensar a dificuldade de produzir

prova em crimes nos quais a existência de bem jurídico é bastante controversa, e por consequência a prova do dolo ou da culpa na lesão ao pretense bem é ainda mais complicada, como no caso de tráfico de drogas, lavagem de dinheiro ou mesmo crimes ambientais. Em poucas palavras, como o Estado-Acusação sentiu dificuldade em produzir a prova do dolo nos referidos crimes, preferiu adotar construção dogmática que dispense a prova – e em outras palavras a face subjetiva do injusto – para alcançar mais cômoda condenação.

Nos casos examinados, a cegueira deliberada se encaixa perfeitamente na conduta de Pedro. Aqui, o autor não sabe o que transporta, e não se interessou em obter a informação que poderia ser, a princípio, acessível, mas já não importa ao Estado se aceitou o risco de levar drogas ou se acreditou sinceramente que se tratava apenas de mercadoria sem recolhimento de tributos: responderá necessariamente pelo crime doloso, qualquer que seja o objeto material, em uma autêntica presunção de dolo, ou ainda, presunção de responsabilidade “subjetiva” (que sempre foi tratada como responsabilidade objetiva). Percebe-se claramente que a mera consciência da ilicitude da conduta, aqui, “substitui” o dolo, facilitando a produção de prova para a condenação, pois o Estado não precisa mais demonstrar que o sujeito sabia o que fazia, bastando a demonstração do assentimento sobre a ilicitude do fato.

Nas várias leituras da teoria do domínio do fato presentes na academia, nenhuma apregoa a admissão de “menor” prova ou prova menos contundente para a comprovação do liame subjetivo necessário para o reconhecimento do concurso de pessoas. No entanto, partindo mais uma vez da dificuldade na produção da prova, pelos motivos já repetidos (excesso de demanda...), muitos tribunais passam a admitir, implícita e até mesmo explicitamente, que a prova do liame subjetivo seja mais ‘fraca’, aproximando-se de uma responsabilidade objetiva (se participa da associação

criminosa, responde pelos crimes praticados), permitindo desde logo a condenação pelos crimes praticados pelo grupo.

Neste ponto, vale apenas lamentar que as novas construções dogmáticas não tendem a colaborar para uma valorização da culpabilidade e o reconhecimento dos fatores sociais na ponderação da culpabilidade e da individualização da pena. Pelo contrário, tendem a fomentar a padronização das condenações.

## 6. CONCLUSÃO

É muito difícil para qualquer Estado admitir as suas desigualdades sociais, e assumir no âmbito normativo que tais desigualdades devem ser consideradas na aplicação da sanção penal é reconhecer que a referida desigualdade é estrutural, perene, o que contraria o discurso político-eleitoreiro da esperança de avanço social rápido e das fórmulas mágicas de combate à pobreza e à marginalização. Há séculos, as desigualdades são percebidas e acentuadas, mas os donos do poder político (e penal) insistem no discurso da sazonalidade das mazelas sociais, e na desnecessidade de mecanismos que busquem reequilibrar a divisão dos custos e sofrimentos, como a sanção penal.

Cumpra à academia assumir seu papel de formadora de pessoas conscientes e maduras para compreender que o mundo é desigual, os países periféricos são ainda mais desiguais e é responsabilidade social daqueles que assumem o poder por fatores econômicos, educacionais ou eleitorais atuar para a criação e consolidação de instrumentos que permitam a imediata diminuição da discriminatória seletividade penal. Se a desigualdade for diminuída no futuro, os referidos instrumentos entrarão em desejável desuso. Desejável, mas pouco provável, dada a tendência capitalista da acumulação. Inequívoca, no entanto, a necessidade urgente de tais instrumentos.

Pedro não deveria ser condenado com pena equiparada ao proprietário da droga, ao grande traficante. A pena deveria ser atenuada por condições sociais como desemprego, miséria da família, pouca instrução formal resultante do descaso do Estado, entre outras. Não deveria sequer ser condenado por crime doloso sem prova do dolo. Carlos não deveria ser condenado com pena equivalente ao patrão interessado pelo depósito dos detritos. A pena deveria ser atenuada em razão do contexto no qual foi criado, em especial a pouca atenção à saúde pública e ao urbanismo. Questionável, mais uma vez, se deveria ser condenado sem certeza sobre seu dolo.

É fato que, diante da já comentada propagação de um direito penal massificado, em que a produtividade é analisada pelo número de denúncias, defesas ou sentenças, a proposta de humanização e individualização de tratamento dos acusados em um processo penal parece utópica, mas tal sentimento cético não pode prevalecer. O caminho a ser trilhado deve ser o da humanização, ainda que a realidade pareça tender ao contrário. E se parece utópico, como repetia Galeano, é para isso que serve a utopia: para fazer caminhar.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos; Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BETTIOL, Guisepppe. *Direito Penal*. Campinas: Red Livros, 2000.

CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal. Parte Geral. Vol. I*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama

Campinas: LZN Editora, 2002.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. 1ª edição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.

CHAVES CAMARGO, Antonio Luis. *Culpabilidade e Reprovação Penal*. 1ª edição. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

COBO DEL ROSAL, Manuel; QUINTANAR DÍEZ, Manuel. *Instituciones de Derecho Penal Español. Parte General*. Madrid: Edita Cesej (Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas), 2004.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo I. *questões Fundamentais. A Doutrina geral do Crime*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS de Molina, Antonio. *Criminologia*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal*. Tradução de Joaquim Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2ª edição. Madrid: Marcial Pons: 1997.

LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Trad. FISCHER, Júlio. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998.

LYRA, Roberto. *Direito Penal Normativo*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1975.



MARAT, Jean Paul. *Plan de Legislación Criminal*. Buenos Aires: Editorial Hamurabi, 2000.

MERTON, Robert K. *Sociologia – Teoria e Estrutura*. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1970.

NOGARE, Pedro Dalle. *Humanismos e Anti – Humanismos*. 7ª edição. Petrópolis: Editora Vozes Ltda, 1982.

PARMA, Carlos. *Culpabilidad. Lineamentos para su estudio*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1997.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de La Teoria Del Delito*. Trad. LUZON PEÑA, Diego – Manuel; DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel; VICENTE REMESAL, Javier de. 1ª edição (reimpressão). Madrid: Editorial Civitas, S.A, 1999.

ROXIN, Claus. Trad. NATSCHERADETZ, Ana Paula dos Santos Luís. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3ª edição. Lisboa: Veja Gabinete de Edições Ltda, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús – Maria. *Política Criminal y Persona*. 1ª edição. Buenos Aires: Ad – Hoc, 2000.

SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. *A Expansão do Direito Penal*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3ª Edição. São Paulo: RT, 2013.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman. Parte General*. Trad. BUSTOS RAMÍREZ, Juan; YÁÑEZ PÉREZ, Sérgio. 11ª edição. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1976.

ZAFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 4ª edição revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar. 2011

Recebido em | 16/01/2018

Aprovado em | 05/07/2018

Revisão Português/Inglês | Letícia Gomes Almeida

## **SOBRE O AUTOR**

### **GUSTAVO OCTAVIANO DINIZ JUNQUEIRA**

Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Mestre em Direito Penal pela PUCSP. Professor de Direito Penal da Graduação e do Pós-Graduação *stricto sensu* da PUCSP. Defensor Público do Estado de São Paulo. E-mail: gjunq@terra.com.br.