

A ETERNIDADE DA MAÇÃ¹: UM ESTUDO DE CASO ACERCA DA (NÃO) RECEPÇÃO DA CULPABILIDADE PELA VULNERABILIDADE NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

THE ETERNITY OF THE APPLE: A CASE STUDY ABOUT THE (NON) RECEPTION OF CULPABILITY FOR VULNERABILITY IN THE COURT OF JUSTICE OF MINAS GERAIS

JOÃO VITOR CALIGARIS BERNADINO²

RESUMO

Seja por uma origem religiosa ou secular, o sistema jurídico penal se encontra refém da racionalidade penal moderna, incapaz de conceber o crime sem que venha atrelado à imposição de uma pena aflictiva. No entanto, a fim de proteger o cidadão do arbítrio estatal, o ideal não é legitimar a punição, mas limitar o poder de punir. Graças à natureza da epistemologia científica, desviante e crítica, começam a surgir inovações em matéria penal mais bem relacionadas aos direitos humanos: entre elas, a culpabilidade pela vulnerabilidade. Neste artigo, portanto, o objetivo é distinguir a teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade da teoria da coculpabilidade, apresentando os principais atributos e potenciais críticas e investigar como é recepcionada a culpabilidade pela vulnerabilidade no TJMG, analisando criticamente um julgado. O trabalho, de natureza qualitativa, baseou-se no método exploratório de pesquisa documental e bibliográfica, a fim de aplicá-las em estudo de caso crítico. A análise da apelação indica que a culpabilidade pela vulnerabilidade, além de ser desacertadamente confundida com a tese da coculpabilidade, aparenta não possuir previsão legal para ser acatada e sua recepção estimularia o aumento da impunidade e da criminalidade, apesar de referida argumentação não proceder. Dessa forma, embora estejam sendo criadas pequenas antessalas no sistema jurídico que permitam o questionamento da ciência penal dominante, com as quais foi possível pensar a aplicação de um instituto mais humano como a culpabilidade pela vulnerabilidade, os

¹ O título do artigo é uma referência à outra obra, *vide* FERRAZ, Flávio Carvalho. A eternidade da maçã: Freud e a ética. 2. ed. São Paulo: Escuta, 1994, na qual se exploram os conceitos de consciência moral, renúncia e culpabilidade em Freud. Optou-se por esse título para que se pudesse destacar, desde o começo, a intersecção que se verá presente ao longo de todo o artigo entre as esferas religiosas e penais e a influência justaposta entre elas.

² Graduando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU/MG). O presente artigo é resultado de pesquisa de iniciação científica voluntária (PIVIC), de mesmo nome, realizada durante a graduação de Direito na Universidade Federal de Uberlândia (UFU/MG), sob orientação da Profa. Dra. Beatriz Corrêa Camargo.

Artigo recebido para publicação em 22/10/2023 e aprovado para publicação em 04/01/2025.

elementos conservadores e punitivos, de origem religiosa e secular, permanecem um obstáculo epistemológico na realidade da racionalidade penal moderna.

Palavras-chave: Culpabilidade pela vulnerabilidade. Jurisprudência mineira. Legitimidade da pena. Racionalidade penal moderna. Religião e Direito Penal.

ABSTRACT

Whether due to religious or secular origins, the criminal legal system finds itself hostage to modern criminal rationality, unable to conceive of crime without being linked to the imposition of a distressing penalty. However, in order to protect citizens from state discretion, the ideal is not to legitimize punishment, but to limit the power to punish. Thanks to the nature of scientific, deviant and critical epistemology, innovations in criminal matters that are better related to human rights are beginning to emerge: among them, culpability for vulnerability. In this article, therefore, the objective is to distinguish the theory of culpability for vulnerability from the theory of coculpability, presenting the main attributes and potential criticisms and to investigate how culpability for vulnerability is received in the TJMG, critically analyzing a judgment. The work, of a qualitative nature, was based on the exploratory method of documentary and bibliographical research, in order to apply them in a critical case study. The analysis of the appeal indicates that culpability for vulnerability, in addition to being wrongly confused with the thesis of coculpability, appears to have no legal provision to be accepted and its reception would encourage an increase in impunity and crime, despite the aforementioned argument not being valid. In this way, although small anterooms are being created in the legal system that allow the questioning of the dominant criminal science, with which it was possible to think about the application of a more human institute, the conservative and punitive elements, of religious and secular, remain an epistemological obstacle in the reality of modern criminal rationality.

Keywords: Guilt for vulnerability, Jurisprudence from Minas Gerais, Legitimacy of the penalty, Modern criminal rationality, Religion and Criminal Law

1 INTRODUÇÃO

*Man muss noch Chaos in sich haben, um einen tanzenden Stern gebären zu können
(NIETZSCHE, 1883-1891)³.*

³ Em português: é preciso ter caos dentro de si para gerar uma estrela dançante (tradução livre). A frase representa, na obra de Nietzsche, o custo do autoconhecimento e da verdadeira liberdade.

O que se apreende da dogmática penal moderna é uma aceção de culpabilidade que não se preocupa em investigar a fundo o conteúdo adstrito ao comportamento do sujeito e às normas principiológicas primevas ao sistema penal, mas em realizar um juízo de censura refratado e responsável por retirar a identidade do sujeito - similar às epistemologias do positivismo (LOUREIRO, 2019; ZAFFARONI/SLOKAR/ALAGIA, 2002).

Em grande parte, as normas morais, religiosas e seculares que influenciaram o fundamento do direito penal contribuíram para o protagonismo da finalidade preventiva e dissuasiva da pena e a legitimidade do poder punitivo. Logo, frequentemente a norma de comportamento é associada em unísono com a norma de sanção, preferencialmente a pena aflitiva, compreendida como o melhor meio de subsunção da reprovação ao comportamento indesejado (PIRES, 2004, p. 44).

Nessa lógica, a sociedade acaba vítima de um comportamento punitivista, incapaz de conceber um fato gerador de delito sem que ele venha logo em seguida acompanhado de uma punição. A obrigação moral de punir forma, portanto, o que hoje na dogmática penal é compreendida como racionalidade penal moderna, em que se inverte, inclusive, a necessidade de limitação do poder punitivo para a legitimação da punição (PIRES, 2004, p. 44).

Logo, partindo-se da premissa de que o direito penal não trata os sujeitos de maneira equânime e de que as agências dessa estrutura, inaptas de seguir por completo o organograma criminal dado por quem legisla, acabam por escolher os sujeitos a serem captados pelo sistema penal a partir de seu nível de vulnerabilidade ao poder que pune (ZAFFARONI/SLOKAR/ALAGIA, 2002, p. 652), mostra-se cabível acreditar que a sanção penal outorgada sobre o indivíduo criminalizado está mais relacionada a essa própria posição de vulnerabilidade do que o comportamento por si efetuado. Nesse sentido, existem aqueles que, embora sejam autores de fatos delituosos que lesionem a sociedade, permanecem imunizados ao poder punitivo (LOUREIRO, 2019, p. 18).

Por isso é que se afirma que a culpabilidade dependente de um simples juízo de censura não é suficiente para fundamentar de maneira racional a responsabilização penal do sujeito e a própria obrigação da pena, afinal, são ingredientes que moldam uma ferramenta de

exercício de poder punitivo arbitrário e violento (LOUREIRO, 2019, p. 18). Nesse cenário, a culpabilidade não deveria ser pensada como uma justificção para a obrigação da pena, e sim como um meio de se restringir o poder de punir (ZAFFARONI/SLOKAR/ALAGIA, 2002, p. 653; ZAFFARONI, 2004, p. 34).

A intenção do artigo, portanto, seria, primeiramente, em compreender o porquê se pune quem se pune. Entendia-se que poderia existir discursos justificantes de um pensamento punitivista que havia sido disseminado na sociedade, cujas raízes datam de princípios morais e seculares advindos de dois períodos: o ápice do Catolicismo como religião oficial do Império Romano e o Iluminismo marcando a era dos países nacionais e dos contratos sociais. Para tanto, foi realizada uma pesquisa exploratória de base qualitativa nos principais sites de busca à procura de artigos, monografias e obras outras que investigassem e relacionassem a simbiose existente entre direito penal e religião; justiça e igreja – isto será demonstrado no Tópico 1.

Em seguida, compreendido o porquê punir, deve-se pensar em como punir. Sobremaneira, o artigo entendeu como melhor ferramenta a oferta de uma ideia de culpabilidade que sirva como atributo de frenagem, através do qual, ao sujeito que tiver incorrido em um delito, ainda lhe será proposta uma oportunidade de ajuda em ser afastado das reproduções jurídicas do comportamento delituoso. Foram muitas as correntes de dogmática penal que se esforçaram por dar um conceito de culpabilidade que fosse abarcada por uma fundamentação racional ao explicar a reprovação do sujeito que cometeu um delito. Nem todas, ao que aparenta, no espaço entre o causalismo, atingindo, inclusive, o funcionalismo, aprofundaram de maneira satisfatória a verdadeira razão por que se censura o sujeito (motivo pelo qual se reprova o agente, *vide* LOUREIRO, 2019, p. 17), a não ser, dentre as doutrinas funcionalistas, uma exceção que desponta de forma promissora: a dogmática teleológico-funcional redutora de Eugenio Raúl Zaffaroni (2002; 2003; 2004) ao trazer seu conceito de culpabilidade pela vulnerabilidade, a ser melhor explorado a seguir. Também sob a mesma base metodológica anteriormente mencionada, referido quadro da arte estará mais bem detalhado no Tópico 2.

Entendida a definição de culpabilidade pela vulnerabilidade, feita sua distinção da coculpabilidade e demonstrado o local em que ela se encontra dentro da teoria do delito, ao artigo começa a ser importante a investigação, então, de como é recepcionado o instituto nos tribunais brasileiros. Afinal, uma vez resolvido que 1. se deve punir, mas 2. punir somente quando indispensável, isto é, quando não puder incidir, por exemplo, o instituto da culpabilidade pela vulnerabilidade, é fundamental que se entenda 3. na prática, como ele deve ser (e como está sendo) aplicado. Investigar-se-á, pois, imagina-se que ela pode ser recepcionada, mas não o é. Trata-se, portanto, de um estudo de caso.

Para o estudo de caso, o artigo pretende se limitar ao âmbito das decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG)⁴. O estudo foi feito através de pesquisa realizada no site do TJMG, na aba de pesquisa jurisprudencial, especificamente no campo de Inteiro Teor dos acórdãos, com a busca pelas palavras-chave “culpabilidade pela vulnerabilidade”, optado pelo filtro único “escolhido o E” e ordenado pela data de julgamento, cujo resultado revelou o total de 105 acórdãos. Deles, foi pinçado uma apelação criminal em especial, para realizar uma análise crítica do julgamento⁵. A escolha da apelação se deu por acreditar que ela abarcaria todas as hipóteses referentes ao instituto, quais sejam: ele ser confundido pelo magistrado com a teoria da coculpabilidade e ser recusado por a) acreditarem que sua recepção aumentaria a impunidade; b) por entenderem não existir previsão legal para sua recepção; e c) não enxergarem o porquê optar pela aplicação de um meio novo e incerto, em já existindo o meio antigo, certo e melhor, qual seja, a sanção punitiva. A análise crítica se encontra no Tópico

⁴ Analisar as decisões de outros tribunais fugiria do escopo e dos objetivos do trabalho de entender como é recepcionado o instituto pelo tribunal mineiro, assim como dificultaria a análise pela extensão da amostragem. Logo, o recorte geográfico se justifica por conta da proximidade com o contexto de Minas Gerais e pela possibilidade da própria pesquisa. Além disso, embora seja feita o estudo de caso de uma apelação em específico, a relação do entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais quanto à recepção do instituto da culpabilidade pela vulnerabilidade está elencada na nota de rodapé nº 39.

⁵ TJ-MG - Apelação Criminal 1.0112.09.093564-7/001, Relator(a): Des.(a) Corrêa Camargo, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 12/02/2014, publicação da súmula em 18/02/2014.

3. Em seguida, estão apresentados os resultados obtidos, para concluir o artigo, e as referências observadas.

2 DO DIVINO AO CONTRATO: TRILHANDO AS ORIGENS DA SOCIEDADE E DESVENDANDO OS PORQUÊS DA PUNIÇÃO

A máxima *iubi Homo ibi societas, iubi societas ibi ius*⁶ (POIARES/DIAS, 2020, p. 311) exala o símbolo do papel que a norma jurídica exerce na organização e controle sociais, afinal, não se esmiúça da sociedade o seu “discurso jurídico atuante, capaz, por sua própria força, de produzir efeitos” (BOURDIEU, 2011, p. 249), sem que se perca sua própria essência como representante amplificador do cenário cultural, social, histórico e político de um povo (POIARES, 2018).

Na visão de Hulsman, a sociedade una, legalmente falando, teria advindo de duas possíveis origens: religiosa ou secular. Em sendo seu berço a Religião, a sociedade teria tido gênese a partir da ordem divina para que o povo fosse regido pelos Dez Mandamentos (TANGERINO, 2011, p. 140). Do período conturbado em que os cristãos eram perseguidos, até atingirem a esplendorosa liberdade na união política com o poder imperial romano, o cristianismo, em menos de um século, outorgou-se sob as sociedades consideradas “bárbaras” e alterou universalmente as existências dos territórios conquistados (SOBRAL, 1990).

Por outro lado, na segunda hipótese de origem, mais relacionada ao estado e aos hábitos do século, apontar-se-ia que a gênese se deu no momento em que pessoas livres decidiram obrigar entre si um contrato social, sendo, então, a sociedade um conglomerado jurisdicionado pelo Estado. Nesse conglomerado, compartilhar-se-ia valores e propósito comuns, em uma dinâmica relacional permanente e reciprocamente pertencente (HULSMAN, 1984, p. 205).

⁶ Em português: onde o homem está, há sociedade, e onde está a sociedade, há direito (tradução livre).

Em síntese, em meio ao *perpetuum* social e humano, justifica-se o punir baseado na fundamentação seja do querer/exigir 1. divino, 2. patriarcal/real/governamental, ou 3. minoritário do povo (JAREBORG, 2012, p. 116), pois “somente enquanto empregada a justiça criminal em nome de Deus ou de leis consuetudinárias pode-se punir com uma boa consciência” (RADBRUCH, 1952, p. 132). Não nos é relevante, porém, discutir acerca da criação original, tal qual estivéssemos presos em um dilema de causalidade.

O fato é que a religião cristã, em estabelecer um ponto fulcral na civilização ocidental, como em sua ideologia acerca do que entende pelas espécies de pecado, culpa, responsabilidade, penitência e redenção, foi responsável por elaborar uma estrutura normativa que correlacionava a retribuição do mal enquanto elemento canônico da reparação (GENTIL, 2009, p. 16). Essas raízes que se embrenham fundo no solo histórico deixam marcas ainda que no campo de outras ciências: o direito penal, levantando-se como um sistema, acaba por incutir essas espécies. Traduz-se, assim, a ideia de pecado no conceito de crime; à de penitência, o de pena. E retribuir o mal, isto é, punir, seria a ferramenta responsável por redimir o delinquente/pecador (GENTIL, 2009, p. 18).

Desde pronto, tem-se estipulada a coexistência simbiótica entre os cosmos político e religioso, na medida em que as questões da Igreja eram, conjuntamente, da Justiça (FOUCAULT, 2013). As normas religiosas, presentes na educação desde o nível básico, trabalham a fim de infundir o binômio infração-castigo, buscando afastar o sujeito do pecado. Da mesma forma, assim o faz o ordenamento jurídico: estipula comportamentos indesejáveis, nomeados de infrações penais, e a eles atribui uma sanção, para que elas sejam dissuadidas (GENTIL, 2009, p. 239). Dito de outra forma: outorga um juízo de valor negativo sob a conduta de um sujeito se ele optasse por realizar uma ação que fosse diretamente contra os valores que ele, enquanto parte da sociedade, considerasse importante.

Nessa relação simbiótica, as semelhanças são palpáveis: não somente na escolha dos bens (jurídicos penais) fundamentais a serem valorados/tutelados, pela relevância dos mesmos advir do pensamento de defesa de uma ideologia dominante, como a vida, a propriedade e a

honra⁷, mas também na operacionalidade de ambos se basear em um sistema repressor. E, ainda que o Direito Penal se destaque das demais ciências quando o assunto tratado é a culpa por ultrapassar uma barreira compulsória e atingir um caráter coativo de fato (devido à pena), ele não funcionaria sem elas: é necessário que haja uma “continuação de um conjunto de instituições públicas e privadas (família, escola, formação profissional etc.) cuja tarefa consiste igualmente em socializar e educar para a convivência entre os indivíduos por meio da aprendizagem de determinadas pautas de comportamento” (MUÑOZ CONDE, 2005, p. 17-19). As normas penais, sozinhas, seriam ineficazes para sustentar o sistema de valores que controla uma sociedade – dessa maneira, as instâncias de controle formal sucedem as informais, e quando a família, os amigos e os fiéis da mesma religião falham, o Estado intervém (SABADELL, 2003, p. 133).

Com isso, tem-se uma linha de montagem pré-definida: a ciência penal cumpre seu papel após o delito e a condenação, ao evidenciar, para o sujeito, a compreensão do porquê o crime é algo inadequado, isto é, a compreensão só vem da ameaça de sanção. Essa função basta – e a ordem jurídico-penal não sente necessidade em explicar – pois as demais ordens normativas sociais, como a religiosa, já se encarregaram de ilustrar a inadequação de delinquir (GENTIL, 2009, p. 18). Quer-se dizer: elas se complementam; preenchem-se. A partir, então, da ameaça de sanção ao criminoso, o direito penal formula toda a teoria da pena, alicerçada na finalidade preventiva, que se subdivide na categoria especial (para o delinquente) e geral (à sociedade).

A crença na capacidade de prevenir pela ameaça da sanção está ligada à ideia de ressonância que o Código Penal (CP) carrega no antro da sociedade graças à repercussão que a Parte Especial causa na consciência coletiva (POIARES/DIAS, 2020, p. 313). Di-la ser capaz,

⁷ Essa relação é tão bem construída, imperativa e naturalizada, que mesmo movimentos a favor dos direitos humanos, na contemporaneidade, vão ceder para percepções punitivas, em uma lógica racional e penalmente primitiva, de que o valor de proteção de um bem está atrelado diretamente ao tamanho da repressão e da pena para a sua lesão. Logo, paradoxalmente, na busca de defender os direitos humanos abstratos, colocam na linha de frente do ataque os direitos humanos concretos - é um pensamento aquiniano, de que quanto mais o bem nos é caro, mais sentimos a vontade de lesá-lo para mostrar que ele é válido (PIRES, 2012).

devido às representações sociais, de se propagar no imaginário como o resultado da junção dos sentimentos que a sociedade gera do próprio CP e das expressões e manifestações dos valores que estão na sua essência comunitária (COSTA, 2007).

Essa definição parece apontar para uma capacidade flexível e adaptativa da ciência penal, que acompanharia a evolução da sociedade e o desenvolvimento de suas normas e anseios. Pires, no entanto, advoga que os princípios fundamentais que cercearam a criação do Direito Penal lhe foram tão caros que, ainda na modernidade, ao se deparar com questões punitivas, ele retorna aos ideais de civilidade e da capacidade de dissuasão da pena às ações indesejáveis (PIRES, 2012). O direito reforça, portanto, um imaginário de que as pessoas, ao tomar decisões, optariam pelo cálculo de custo e benefício (levadas pelas emoções), em uma realidade na qual os sujeitos abandonaram essa lógica e seguiram pela racionalidade de risco⁸, o que nos revela um descompasso e uma ineficiência do Direito Penal ao seu próprio ambiente.

Investir na finalidade preventiva e dissuasiva da pena provoca outra consequência. Ocorre que quando a norma de comportamento é levantada, ela sempre vem acompanhada da norma de sanção, que pode ser morte/castigo corporal, prisão e multa. Porém, graças à influência principiológica medieval, é a pena aflitiva que será trazida ao centro do diagnóstico identitário do sistema penal, afinal, é tida como a melhor ferramenta de comunicação da reprovação ao comportamento indesejado.

Convence-se, por conseguinte, a sociedade de que norma de comportamento e pena aflitiva não podem existir uma sem a outra, o que nos leva a uma sinédoque: não há crime sem pena (PIRES, 2004, p. 42). Dessa maneira, ao categorizar uma espécie mais ampla – sistema penal – como se restrito fosse – a pena -, leva-se, a cabo, a “uma ontologização da estrutura normativa do direito penal moderno”, pois “se o crime é definido dessa maneira, será criado dessa maneira” (PIRES, 2004, p. 42). Com isso, cumpre afirmar que, no geral, o sistema jurídico se encontra preso à racionalidade penal moderna, que não consegue conceber o crime sem

⁸ A racionalidade de risco, ao liberar o sujeito de uma amarra do custo do processo, entende que ele reflete segundo sua capacidade subjetiva de consolidação da conduta com sucesso, o que abarca uma maior liberdade cognitiva (PIRES, 2012).

uma pena. A certeza da pena, aqui, torna-se mais relevante que sua severidade, logo, em sendo crível que a pena aflictiva cumpre em dissuadir, o sistema jurídico tem de optar por punir sempre que for possível - há uma obrigação moral em punir⁹.

Grotius, porém, ressalva que há uma má compreensão acerca da obrigação de punir. Ele constrói uma analogia do direito de punir com o direito de declarar guerra, estipulando que o ato de nascimento da possibilidade de punir está no crime, não no delinquente (PIRES, 2004, p. 44). Observa-se, pois, que sua colocação é cristalina: o crime só eleva aquele culpado à aptidão de ser punido, sendo uma condição, e não obrigação. Logo, Grotius, como o sistema penal, conserva um valor medieval, mas, aqui, está o princípio da última *ratio*¹⁰. Defender-se-ia que, se o crime é um mal que deve ser combatido, só se pode combatê-lo com o mal (a pena aflictiva) se não houver outra forma de fazer justiça. No entanto, na racionalidade penal moderna, dilui-se o caráter jurídico do princípio, restando-lhe uma faceta política; situacionalmente seletiva (PIRES, 2004, p. 45).

Não é rara a associação da criminalização como o último recurso, o caminho extremo para problemas extremos. Da mesma forma, também não rara é a ausência de estima pelo princípio na prática (JAREBORG, 2012, p. 119). Por vezes, ela é empregada como o primeiro recurso (*sola ratio*). Para Jareborg (2012), isso se deve, geralmente, ao fato de o recém criado delito não gerar um custo instantâneo que prejudique a proposta orçamentária das autoridades da Justiça Criminal. Logo, acaba por resultar em uma inflação legislativa hodiernamente.

O autor, no entanto, pressupõe que ao Estado não cabe intervir sempre. Se a intervenção for indispensável, o apoio, o auxílio e o suporte devem ser considerados antes das opções coercitivas. Se a coação for indispensável, não deve ser resumida nas sanções. Se as sanções forem indispensáveis, o direito privado deve preceder o direito público (JAREBORG, 2012, p. 119).

⁹ São os pensamentos de Beccaria e Kant por trás da teoria da dissuasão e da retribuição, respectivamente, *vide* PIRES, 2004, p. 44.

¹⁰ É válido destacar as conotações diversas oferecidas ao princípio em JAREBORG, 2012; DUBBER, 2019.

No mesmo sentido, Roxin, ao tratar sobre a característica da punição como *ultima ratio* de política social, demonstra que o direito penal possui, também, um caráter fragmentário (ROXIN, 1997, p. 25). Isso porque, ao defender que o direito penal não é o único caminho oportuno para alcançar o objetivo de salvaguardar bens jurídicos (*Rechtsguter*), devendo privilegiar inicialmente o restante do “arsenal do ordenamento jurídico” e evocá-lo apenas quando os outros caminhos (civis, administrativos, sanções não criminais) falharem, ele nos revela que a salvaguarda do direito penal é subsidiária. Em assim sendo, ele salvaguardaria somente certos *Rechtsguter*, sendo essa proteção seletiva, ao invés de geral (JAREBORG, 2012, p. 120).

Vago, variado em significado e sem conteúdo ou força vinculante: assim caracteriza Markus Dubber (2019) o princípio da *ultima ratio*, que, apesar de trazido à tona com frequência na figura de pilar do direito penal e da política criminal, não possuiria verdadeiro impacto – isto é, seria falho na tentativa de descrever uma prática atual. Para lhe abarcar fundamento, sentido ou historicidade, o princípio da *ultima ratio* deveria vir acompanhado do princípio da autonomia, de outra forma, não poderia contribuir para o desenvolvimento de uma análise crítica do direito, sendo, na melhor das hipóteses, inútil (DUBBER, 2019, p. 38).

A racionalidade penal moderna é, portanto, um impeditivo epistemológico aos saberes penais e às inovações em matéria penal, e, se não a primeira, talvez a principal mentira do sistema penal. Considerando-se o distanciamento crítico que é salutar no desenvolvimento de qualquer pesquisa, torna-se complexo pensar em ferramentas de atualização do sistema de maneira efetiva quando estão capturadas e feitas reféns outras possibilidades que não a punitivista/a pena aflitiva, vendida como a única e a melhor. Logo, os saberes não se veem capazes de trabalhar com o sistema de pensamento e as práticas institucionais da maneira como gostariam de descrever e analisar.

O desafio do Direito na contemporaneidade seria, então, em “repensar os critérios da punição”, isto é, buscar “os conceitos e princípios que determinam as penas” (PIRES, 2012) e o porquê se pune quem se pune. Devido à vivência coletiva em um *Rechtsstaat* (Estado de Direito) social/liberal/conservador democrático, desaprova-se o aproveitamento da lei penal

simplesmente por desejarmos ou por tradição, ou por Deus ordenar ou por aparentar ser uma forma eficaz de atingir determinado objetivo (JAREBORG, 2012, p. 116). O que deve ser feito, portanto, é dirimir sobre a limitação do poder de corpos legislativos eleitos democraticamente a fim de legislar acerca da utilização do poder de punir. Como, então, restringir esse poder?

Por isso, embora a Igreja e a religião cristã sejam institutos com séculos de história, e cujos valores estão embricados em lei, a evolução da sociedade faz com que as previsões religiosas não se perpetuem de forma intocada na era da secularização do direito (POIARES/DIAS, 2020, p. 320). Começa a irromper, vagarosamente e nas antessalas da ciência penal, inovações em matéria da acepção da culpa e, principalmente, da culpabilidade que colocam em xeque uma configuração conservadora e punitivista como defendida enquanto a Igreja ocupava lugar central na configuração jurídico-material. E é saudável que seja assim. O questionamento dessa influência é um dos objetivos finais da Ciência: testar o passado, por métodos fundamentados, a fim de entendermos melhor o presente, que contribui, *in casu*, para a percepção e sensibilização da evolução futura do Direito Penal (POIARES/DIAS, 2020, p. 321).

3 DA VAGUEZA CONCEITUAL À CULPABILIDADE PELA VULNERABILIDADE: DESDOBRAMENTOS E CRÍTICAS NA CONSTRUÇÃO DA TEORIA PENAL

Não há em qualquer ordem jurídica no mundo um conceito positivo e juridicamente vinculante de culpabilidade¹¹. Quando muito, podemos encará-la com um olhar afastado e encontraremos pedaços de elementos que nos auxiliam a montar um quebra-cabeça mais amplo do que é a culpabilidade penal, formada (de modo pressuposto, além de demais partes) pela intencionalidade do agente, via de regra, calculada positivamente devido aos conceitos de dolo e de culpa (GÜNTHER, 2017, p. 1055). Porém, mesmos nesses momentos, estaremos diante de uma definição inconclusiva, vulnerável a várias exceções que lhe provocam conflitos. Acerca das excludentes de culpabilidade, trataremos a seguir.

¹¹ Não há nenhuma frase em texto legal como: “há culpabilidade do autor quando...” (GÜNTHER, 2017, p. 1055).

Deixados o excesso de vagueza conceitual e de decisória acerca da culpabilidade de lado, ao menos na atribuição, a doutrina percebe de forma consensual que remonta ao sistema Liszt-Beling a teoria do delito, por se tratar do primeiro momento em que as quatro categorias principais apareceriam de maneira conjunta - ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade (COUSO SALAS, 2006, p. 72; FERRAZ, 2016, p. 3). Elas vão se ver reproduzidas em teorias posteriores, mesmo que ordenadas em distintas combinações.

Na teoria do delito de Liszt, a culpabilidade era localizada no centro da relação subjetiva entre o fato e o autor, o que significa dizer que a culpabilidade “é a responsabilidade do autor pelo ato ilícito que realizou. O juízo de culpabilidade expressa a consequência ilícita (*Unrechtsfolge*) que traz consigo o fato cometido, e se lhe atribui à pessoa do infrator. À desaprovação do ato, soma-se a que recai sobre o autor” (LISZT, 1927, p. 375). Com essa denotação, percebe-se apontamentos germinativos de uma culpabilidade que existia enquanto limitação da punição.

Também em Liszt, despontam-se noções acerca da relação entre o direito penal e a política criminal, colocando-lhes, muitas vezes, em choque constante. Em que pese a influência do positivismo jurídico na construção da visão do autor acerca do direito penal, é notório perceber como ele esvazia referido campo de dimensões sociais e políticas a fim de que seja considerado ciência. Seria, portanto, ciência “jurídica em sentido próprio”, na medida em que pousasse sua atenção em análises conceituais de regulamentações jurídico-positivas e a ordenação do sistema (ROXIN, 2000, p. 12-15).

Tal ciência penal jurídica viria acompanhada de mais uma adjetivação: integrada (*gesamte Strafrechtswissenschaft*), pois deveria coordenar o Estado no enfrentamento do delito com especial cuidado com os objetivos e prejuízos considerado (LISZT, 1970, p. 3). Logo, em Liszt, entender-se-ia que o Direito Penal estaria relacionado com o poder punitivo estatal, mas um poder cerceado juridicamente – ele seria a “infranqueável barreira da política criminal”, ou melhor, a “Carta Magna do delinquente” frente às investidas da política criminal (LISZT, 1970, p. 80). Nesse sentido, se a culpabilidade era o limite da punição e o Direito Penal a barreira infranqueável da política criminal, à pena restaria a função de prevenção do delito,

a fim de proteger o indivíduo diante do Estado (COUSO SALAS, 2006, p. 79-80). Ao menos, era o que aparentava.

A limitação do poder de punir em Liszt, porém, não se concretiza ausente de críticas. Embora mascarado pelo invólucro aparentemente científico, ao esvaziar o direito penal dos elementos sociais e políticos, o positivismo jurídico entrega o direito, novamente, ao âmbito da moral, como na Santa Inquisição. No entanto, a destoar do período, troca-se o satânico pelo antissocial na figura de quem era maligno e deveria ser extirpado. Seja pelo padre ou pelo psiquiatra, pouco importaria nas mãos de quem se daria a execução da pena aflitiva – o foco, na verdade, volta-se ao efeito a ser atingido com ela, quer dizer, ao controle das classes identificadas como perigosas por acreditar que, assim, estabilizar-se-ia o poder. É nesse momento, a partir de critérios deliberativos com carga religiosa e de risível cientificidade, que o direito penal volta a se aproximar da fase inquisitiva medieval (FERRAJOLI, 2002, p. 218).

O quadro de exceções que vêm a afastar a culpabilidade, ao qual fizemos referência no início, não se apresenta em um rol taxativo e sequer possui validade que transcenda as variações de tempo e de espaço, isto é, que se perpetue. Pelo contrário, as excludentes se transformam constantemente, seja em um aspecto cultural ou histórico. Não obstante, caso inexista uma causa excludente de culpabilidade (ou causa de exculpação) aplicável ao autor do delito, imediatamente (dispensando qualquer outro fundamento extra) se aplica o entendimento de que ele atuou culpavelmente. Logo, em matéria de direito penal, todo “delinquente” é considerado culpável, exceto se um “déficit interno ou externo” (GÜNTHER, 2017, p. 1056) apontar em uma direção oposta.

Nesse sistema de “regra e exceção”¹² formulado pelo legislador, a práxis jurídico-penal deveria atuar mediante um procedimento de presunção permissível de refutação: o sujeito

¹² Nesse juízo de presunção de normalidade criado, a regra seria o que é achado regularmente na população em determinado período, ou seja, o que seria considerado “normal” (GÜNTHER, 2017, p. 1057). O sujeito não enquadrado no déficit dito, ou que não estivesse passando por uma conjuntura/um contexto extremamente difícil no instante do ato é visto como capaz de se regular segundo o direito e de impedir a lesão ao bem jurídico. Afinal, se a maioria dos destinatários do texto legal consegue atuar segundo o direito em circunstâncias normais, por

seria culpável todas as vezes em que não conseguisse refutar, utilizando-se das circunstâncias excepcionais, a “responsabilidade que *prima facie* lhe foi atribuída” (GÜNTHER, 2017, p. 1057). Portanto, a culpabilidade penal seria, assim, o que “sobra” quando inexistem as exceções legais (GÜNTHER, 2017, p. 1056). Em que pese a maioria ser elencada como parâmetro de medida mínima de autocontrole e capacidade de compreensão, a formar, por conseguinte, a presunção de normalidade, revela-se que esse diagnóstico do conceito jurídico-penal de culpabilidade é feito, principalmente, sobre elementos empíricos, mas não somente, pois existem também razões normativas na decisão da sociedade de imputar o autor pelo delito.

Com a presunção de normalidade, “a capacidade individual torna-se uma ficção necessária ao Estado”, logo “(...) o autor torna-se vítima da coletividade”, passando “a ter de sofrer no interesse dela” (KOHLRAUSCH, 1910, p. 26). O oxímoro da presunção de normalidade também influenciou posicionamentos que cerceavam a culpabilidade isoladamente à normatividade ou a funcionalidade. Sendo assim, culpável seria o sujeito sobre o qual a sanção imposta demonstraria a atuação necessária para que referido fim socialmente desejado fosse realizado (GÜNTHER, 2017, p. 1065). No entanto, a razão entre fato, culpa e pena não se torna identificável sem destacar referência ao grau de envolvimento interno do autor do delito no momento da execução da ação (GÜNTHER, 2003, p. 263). Por isso, a noção jurídica-penal da culpabilidade resultaria em um limite normativo às penas com função preventiva.

Devido à incongruência, diversos penalistas postulam por um posicionamento agnóstico acerca do conceito jurídico-penal. Desse modo, defenderiam que “a culpabilidade deve ser entendida como agir ilícito apesar da idoneidade do autor para ser destinatário de normas” (ROXIN, 2006, *apud* GÜNTHER, 2017, p. 1064). Diferentemente, porém, da maioria das doutrinas negativas, Zaffaroni (2004, p. 36) advoga por uma “doutrina negativa e agnóstica da pena”, a qual, em sendo uma versão “mediata” do abolicionismo, traria a consciência realista que ele apenas tangencia, vez que, além de respeitar uma pauta ética dos direitos

consequente, também o sujeito seria capaz. Dessa forma, a maioria se torna referência geral de capacidade média em que será utilizada a base para avaliar os autores dos delitos (GÜNTHER, 2017, p. 1057).

fundamentais, poderia ser colocada em prática de pronto, ao invés de esperar por realizações utópicas. Nessa versão, ficaria claro que ao direito penal não cabe funções assumidamente preventivas – em sendo inidôneas -, tampouco reais do poder punitivo – por contrariarem uma ótica de proteção dos direitos humanos. Tão somente, em que pese a pena ser uma expressão do poder punitivo, a ela restaria o estado de “coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem (...) detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes” (ZAFFARONI, 2003, p. 99).

Percebe-se, só então, que o objetivo final não é abolir o direito penal, e sim reduzi-lo a uma função unicamente limitadora do poder punitivo, em tal nível que, sobre ele sim, seja possível (pelo menos idealmente) uma futura superação (ZAFFARONI, 2003, p. 105). Logo, a tática seria abordar o direito penal sobre uma ótica “mínima”, enquanto “passagem ou trânsito para o abolicionismo”, até que, em um cenário utópico, ele seja suprimido, vez que não há agências estatais executoras de uma política criminal repressiva, sendo possível, pois, que os embates usufruam de uma solução menos violenta que a pena (JOFFILY, 2011, p. 122). Dessa maneira, se os objetivos do abolicionismo não são realizáveis no agora, e se são necessárias as estipulações de planos e métodos capazes de mitigarem os danos gerados por um sistema que é seletivo e opressor em sua essência com urgência, poder-se-ia propor, por exemplo, a modificação do próprio lócus da culpabilidade, introduzindo, na atualidade, uma inovação: a culpabilidade pela vulnerabilidade.

Antes de alcançá-la, porém, é mister que se apresente sua antecessora e fundadora – a teoria da coculpabilidade¹³. A teoria da coculpabilidade se inscreve diametralmente oposta à culpabilidade normativa. Ao propor a diminuição, e, em certas visões, o afastamento do atributo reprovável de uma conduta efetuada pelo sujeito segundo a verificação do ambiente social em que ele faz parte, a tese busca influenciar na seleção, no *quantum* e na execução da

¹³ Há, segundo a literatura comparada, quatro maneiras de se legislar a co-culpabilidade dentro do direito penal brasileiro: enquanto circunstância judicial, acrescida no caput do art. 59; enquanto atenuante genérica, componente do art. 65; enquanto causa geral de diminuição de pena, com parágrafo acrescido no art. 29; e, por fim, enquanto causa legal de exculpação (LOUREIRO, 2019, p. 170).

pena e, inclusive, no processo penal. Verificar-se-á, portanto, a fragilidade do estado de vida, a restrição de seu aproveitamento social e a ausência de chances a fim de que o sujeito mudasse de hierarquia social através de meio lícitos - enfim, em síntese, as situações influentes de real inviabilização de oportunidades, como “baixo nível de escolaridade, desemprego ou subemprego, maior exposição a doenças em razão da falta de políticas preventiva de saúde, insalubridade e falta de segurança nos locais de moradia etc.” (LOUREIRO, 2019, p. 137; SANTOS, 2021, pp. 70-75).

Sua fundamentação se dá na identificação de que o poder estatal não consegue desempenhar o seu papel constitucional em oferecer aos indivíduos os direitos fundamentais, o que ocorre de maneira mais agravada nos integrantes de renda mais baixa do país, levando a crer que esses mesmos indivíduos teriam uma menor reprovabilidade no comportamento delituoso (SANTOS, 2021, pp. 70-75). Quer dizer, ao não ofertar as mesmas possibilidades de saúde e educação, por exemplo, o poder estatal alentaria para certos sujeitos, geralmente em situação de pobreza, um leque de escolhas e um grau de autodeterminação restringidos.

À medida que se consolida que “a ordem sustentada pelo direito” deixa de ofertar um cenário equânime de escolhas, entende-se que os mais favoráveis (com mais poder) deveriam responder, ao menos em parte, pelos menos favoráveis - por isso, a denominação coculpabilidade (FERRAZ, 2016, p. 7). Nesse sentido, seria lógico concluir que o Estado tem de responder pela parte de responsabilidade que o cabe, ao reprimir a atuação do poder punitivo sobre uma circunstância formulada por ele mesmo. Afinal, censurar no mesmo nível as pessoas em situação de privilégio comparada àquelas em posição de pobreza agravada apontaria para um esquecimento do princípio da igualdade; ao menos, enquanto tratamento isonômico para aqueles em situação similar (FERRAZ, 2016, p. 7).

Com a recepção das críticas à teoria da coculpabilidade, contudo, entende-se que há um problema de racionalidade na noção proposta. Significa dizer: é racional uma epistemologia que legitime o poder-dever das agências judiciais de punir os sujeitos praticantes de delitos, quando o faz por conta de um contexto de escassez que o assombra e que o coloca em frente à mira da seletividade do sistema penal, mas que não puna de igual forma outro sujeito que

tenha praticado o mesmo comportamento, unicamente por ele não ter sido captado? Ou, ainda, como intitulado por Hamilton Ferraz (2016, p. 7) de “crise” da “reprovação personalizada”: “por que a mim, por que não a outros que fizeram o mesmo”.

Logo, a teoria da corresponsabilidade do Estado, nos crimes contra o patrimônio, consegue lançar luz aos sujeitos que tiveram suas condutas reprovadas e censuradas em um cenário de miserabilidade e baixa autodeterminação. Porém, ela assoma de maneira incompleta na restrição do poder de punir nos casos em que a conexão entre a posição social do sujeito e a efetuação da conduta delituosa não esteja tão clara (LOUREIRO, 2019, p. 184), ou, como prefere Zaffaroni/Slokar/Alagia (2002, p. 657), completa de pressupostos falsos. Nesse âmbito, são tecidas críticas importantes à teoria da coculpabilidade, que nos ajudam a diferenciá-la da culpabilidade por vulnerabilidade. Elas se referem, basicamente, a saber:

1. Ao raciocínio dedutivo (e capcioso) que se poderia fazer de que a miserabilidade teria uma relação causal com a conduta delituosa/“a pobreza é a causa de todos os delitos” (FERRAZ, 2016, p. 7)/criminalidade é efeito da pobreza (ZAFFARONI/SLOKAR/ALAGIA, 2002, p. 657). Esse raciocínio resgataria a visão de se punir a pessoa do criminoso e não a conduta, o que incorreria em um determinismo social, afinal, afirmar-se-ia que seu contexto social anômalo o restringiu de uma maneira tão imperiosa que nenhuma outra ação seria esperada do sujeito, a não ser o delito cometido – em um cenário de exculpação pela inexigibilidade de conduta diversa, torna-se um grave reflexo à determinação do indivíduo e sua liberdade volitiva. Defende-se, porém, que determinado contexto anômalo de influência somente reduziria as escolhas que o sujeito poderia tomar, o que o levaria a um embate de deveres, cuja razoabilidade a que ele optasse não seria questionada (LOUREIRO, 2019, pp. 184-186).

Em uma sociedade que se diminuiu a diferença social, em tese, o que sobraria da criminalidade seria majoritariamente resultante de fatores individuais. Porém, acreditar nessa ideia seria desconsiderar que a criminalidade alcança todos os estratos sociais, diferenciando apenas a incidência dessa criminalização, que prevaleceria setores vulneráveis. Logo, representaria uma ideologia similar à criminologia progressista/ao paradigma etiológico do positivismo, que associa a criminalidade apenas ao crime registrado

(ZAFFARONI/SLOKAR/ALAGIA, 2002, p. 657) - por isso, “capcioso”, dada a existência já fundamentada de estudos que o contraditam (LOUREIRO, 2019, pp. 184-186);

2. À legitimação de um discurso punitivo destinado aos sujeitos mais pobres, criando um embate mais desigual entre as classes e beneficiando a classe da elite. Significa dizer que se a escassez de recursos leva a um aumento da posição de criminoso, e ela é verificada nas classes mais baixas, então restaria justificado que quem deve ser punido são os pobres, no lugar dos ricos, agravando a disparidade social e demarcando os primeiros em uma figura de desviante estigmatizante e perpetuando uma repetição cíclica entre aplicação da violência e geração da criminalidade - isto é, autorizaria um aumento do poder decisório de punição para as classes hegemônicas sobre as classes subalternas, rememorando um direito penal classista (FERRAZ, 2016, p. 7).

No entanto, desde uma perspectiva trazida pela teoria da reação social, tem-se um possível entendimento de delito que se contrapõe ao que interliga a pobreza ao crime. Percebe-se ele como um atributo forjado por quem tem poder decisório às condutas que os interessam, logo, o delito não seria um acontecimento com existência *a priori*. Ele, na verdade, sequer existe: em seu lugar, há embates aleatórios, que são pincelados como criminosos, e, se ele não existe, não tem como ter sido causado por algo – como a pobreza (LOUREIRO, 2019, pp. 187-188). Pelo contrário dessa relação simbiótica, o que se tem é um relacionamento justaposto, quer dizer, aquele que é pobre e realiza determinada conduta é selecionado a ser compreendido enquanto criminoso, o que deságua no próximo item;

3. À ignorância da tese da coculpabilidade acerca da cooptação pelo sistema penal (ou, como prefere Zaffaroni/Slokar/Alagia (2002, p. 657), à “irrelevância/subestimação da seletividade criminalizante”), que sequestra os indivíduos das classes altas, que também podem recair em posição de vulnerabilidade. O segundo item deságua, portanto, aqui, pois centrar o problema da captação do sistema penal sob a rubrica de valores financeiros afastaria uma visão

macro sobre a real aparência do poder punitivo, que é seletivo por natureza¹⁴. Dessa forma, ele não distinguiria quem é pobre de quem é rico, mas produziria uma cooptação totalmente arbitrária, a depender de quem determina as classificações (LOUREIRO, 2019, p. 188) - em outras palavras, “fosse rico ou fosse pobre o selecionado (...), sempre o será com bastante arbitrariedade” (FERRAZ, 2016, p. 7).

Em síntese, percebe-se que a culpabilidade, como foi concebida, seria engolfada pela seletividade estrutural do poder punitivo, não sendo, inclusive, parelha ao conceito agnóstico de pena, acolhido por seu autor (FERRAZ, 2016, p. 7). Passa-se a encampar, então, a culpabilidade pela vulnerabilidade, cujo conceito trazido por Eugenio Raúl Zaffaroni permanece em desenvolvimento em certa escala pela doutrina nacional. Teoricamente complexa, resulta de uma série de conclusões criminológicas sobre o sistema penal e a função a ser ocupada pelo direito penal a partir destas investigações (FERRAZ, 2016, p. 2).

A culpabilidade pela vulnerabilidade, por conseguinte, surge de um contexto em que, uma vez solidificada a sistematização da seleção penal, a postura a ser assumida pelas agências judiciais, na verificação da culpabilidade do sujeito, deveria ser com foco redobrado ao percurso do processo de criminalização, não somente na liberdade de autodeterminação do autor na situação que se sucedeu. Logo, ao considerar a seletividade, ela advoga pela noção de que o poder punitivo escolhe seus alvos a partir de sua vulnerabilidade, e não autodeterminação (ZAFFARONI/SLOKAR/ALAGIA, 2002, p. 654; FERRAZ, 2016, p. 7).

Assim, operar-se-ia a atuação do poder restritivo de punir em uma valoração mais racional. Norteadada pela razão também seria, a par de um Estado Democrático de Direito, um conceito de culpabilidade que reúna tanto a culpabilidade normativa, que guarda em si o limite máximo que a conduta possa ser reprovável, quanto a culpabilidade que atine à vulnerabilidade

¹⁴ Sobre a seletividade natural do sistema penal e sua legitimação, Zaffaroni/Slokar/Alagia (2002, p. 653) afirmam que a censura legal é diferente da ética justamente por ser pensada exclusivamente para aqueles selecionados. Significa dizer: o Estado não age de maneira ética e sim utiliza de elementos formais éticos para censurar os selecionados pelo poder punitivo de forma personalizada. Por essa irracionalidade perpétua do poder punitivo, imbricada em sua estrutura, e pelo inescapável fracasso ético da seletividade, Zaffaroni/Slokar/Alagia (2002, p. 653) complementam, é que a culpabilidade deveria reprová-lo indivíduo com base na vulnerabilidade.

do sujeito em relação à seleção do sistema penal enquanto contrabalança do juízo de reprovação (LOUREIRO, 2019, p. 188). À antítese da culpabilidade de ato, dá-se a concepção de culpabilidade pela vulnerabilidade, que engloba as noções de seletividade e vulnerabilidade (LOUREIRO, 2019, p. 189).

Seria justamente na medida de esforço empregada pelo sujeito a fim de atingir a posição real de vulnerabilidade que se constataria um valor racional na culpabilidade (ZAFFARONI/SLOKAR/ALAGIA, 2002, p. 682; ZAFFARONI, 2004, p. 38). Afinal, em uma relação proporcional, quanto mais aumentasse essa medida, também mais seria diminuída a possibilidade das agências judiciais de restringir a intervenção penal (LOUREIRO, 2019, p. 205-206; SANTOS, 2021, pp. 76-77). Logo, a medida seria um critério (e não um alvo de reprovação) aplicável pelo magistrado no momento de decidir em quais situações caberia sua atuação no sentido de impedir a perpetuação do processo de criminalização ou mesmo de amenizar a punição deflagrada.

Em suma, destacam-se quatro características consideradas na culpabilidade pela vulnerabilidade: (i) a periculosidade do sistema penal, definida como “a maior/menor probabilidade de criminalização secundária sobre uma pessoa”; referido grau de periculosidade é dado pelos componentes do (ii) “seu estado de vulnerabilidade perante o sistema penal”; que, por sua vez, é integrado aos (iii) dados que compõem sua “posição dentro da escala social” (seja status social, classe, trabalho, renda, etc.); e, por fim, o (iv) “esforço para a vulnerabilidade” (ZAFFARONI/SLOKAR/ALAGIA, 2002, p. 654; FERRAZ, 2016, p. 7).

Referida censura pelo esforço pessoal a fim de atingir a situação concreta de vulnerabilidade seria “legítima”, pois seria a medida da ação do sujeito “conspirando contra o próprio direito penal, (...) voltado à pacificação e contenção de violência” (FERRAZ, 2016, p. 7). Significa dizer que a medida do esforço pessoal para a vulnerabilidade se traduz na contribuição subjetiva às pretensões legitimantes do poder punitivo, e, dessa forma, contrária às finalidades redutoras do direito penal. Logo, tem-se um direito penal que atua através de um poder redutor contraseletivamente, regendo-lhe de maneira racional segundo seus limites (FERRAZ, 2016, p. 7).

Porém, apesar de majoritariamente a relação entre poder e vulnerabilidade ao poder punitivo ser inversa, vez que o poder atua enquanto garantia de cobertura contra o sistema penal, ele não é distribuído somente com base no estado de vulnerabilidade – afinal, embora as pessoas que partilhem de um estado de vulnerabilidade similar tenham frequentemente os mesmos riscos de criminalização, o poder punitivo também teria parte selecionando, destas, aqueles que ele criminalizaria (ZAFFARONI/SLOKAR/ALAGIA, 2002, p. 654).

Existiria, por conseguinte, uma conexão triangular a envolver a posição de vulnerabilidade, a autonomia na efetuação do delito e a medida subjetiva responsável pela criminalização. Ela funcionaria da seguinte forma: quanto maior fosse a vulnerabilidade social, menor seria a autonomia e a medida que teria que perseguir para incorrer na ameaça de ser criminalizado, logo, menor, também, seria a culpabilidade pela vulnerabilidade (LOUREIRO, 2019, pp. 208-209; SANTOS, 2021, pp. 76-77). Em outras palavras, as pessoas com renda mais alta e mais próximas do poder teriam o risco de criminalização menor, devido ao baixo estado de vulnerabilidade e alta cobertura (ZAFFARONI/SLOKAR/ALAGIA, 2002, p. 654).

O raciocínio contrário é válido de igual maneira, mas nele, em sendo maior o nível de culpabilidade pela vulnerabilidade, fundaria a disposição mais baixa da agência judicial em restringir a intervenção e amenizar a sanção penal (LOUREIRO, 2019, pp. 208-209; SANTOS, 2021, pp. 76-77). Da mesma forma, aqueles com renda mais baixa e mais distantes do poder, teriam um risco considerável, tendo em vista o alto estado de vulnerabilidade e baixa ou inexistente cobertura. Ainda assim, “alguns dos primeiros são selecionados; e, entre os últimos, embora sejam selecionados com muito mais frequência, são sempre uma pequena minoria” (ZAFFARONI/SLOKAR/ALAGIA, 2002, p. 654, tradução livre).

Na mesma toada, para Zaffaroni/Slokar/Alagia (2002, p. 655), ser capaz de elaborar uma reprovação formalmente ética é um pressuposto da censura do esforço de vulnerabilidade. Não considerar esse pressuposto seria admitir uma anomalia - passaríamos a exigir que se abstenham das situações de risco as pessoas mais expostas a elas; ou seja, que a desvantagem social eleva a necessidade de cuidado perante a periculosidade do sistema penal e do subsequente risco de criminalização.

Com isso, percebe-se que a culpabilidade pela vulnerabilidade não se distancia por completo da coculpabilidade. Pelo contrário, ela reconhece e pega para si um elemento caro ao seu conceito: a ideia de que se nenhuma sociedade consegue aplicar uma mobilidade vertical livre ao ponto de propiciar a seus habitantes o mesmo espaço social, a reprovação deve ser adaptada casuisticamente ao espaço social que a pessoa teve. Essa responsabilização compartilhada apresenta uma qualidade realista em uma construção de culpabilidade normativa, usualmente arraigada em raízes idealistas (ZAFFARONI/SLOKAR/ALAGIA, 2002, p. 656).

Contudo, ainda nesses casos, o julgador não poderia elencar a culpabilidade pela vulnerabilidade acima do limite máximo cunhado pela culpabilidade de ato. Significa dizer que a primeira só será encampada enquanto razão de diminuição da culpabilidade identificada por conta da realização de conduta delituosa, e jamais enquanto elemento de extrapolação dela (LOUREIRO, 2019, p. 211). Nesta sintonia, se identificada a existência dos componentes da culpabilidade de ato e, por conseguinte, mensurado o limite máximo da reprovação do comportamento do sujeito, o cálculo da culpabilidade por vulnerabilidade tem a capacidade de diminuir e, inclusive, afastar a culpabilidade pelo delito (ZAFFARONI/SLOKAR/ALAGIA, 2002, p. 682) – porém, jamais a majorar (ZAFFARONI/SLOKAR/ALAGIA, 2002, p. 656)¹⁵ -, o que a distingue como uma fase mitigatória da culpabilidade de ato.

Logo, a culpabilidade pela vulnerabilidade não foi pensada para substituir a culpabilidade de ato, e sim para contrapô-la como sua “antítese redutora” (LOUREIRO, 2019, p. 212; ZAFFARONI, 2004, p. 39), afinal, objetiva a cercear a força da sanção penal que seria plausível baseada nos atributos formais da culpabilidade. Nesse sentido, se essa propunha a presunção da reprovabilidade do agente, a culpabilidade pela vulnerabilidade se opõe à culpabilidade puramente normativa ao propor aspectos carregados de mínima racionalidade

¹⁵ Por esse motivo, menciona-se que a culpabilidade pela vulnerabilidade não surge como uma alternativa a uma culpabilidade como reprovação ética, e sim como uma etapa superior, que, como qualquer processo dialético, a preserva em sua síntese (ZAFFARONI/SLOKAR/ALAGIA, 2002, p. 656). Nesse sentido, a culpabilidade normativa que resulta da síntese seria o esforço ético e legítimo do conhecimento jurídico-penal para reduzir o resultado da culpabilidade formalmente ética (ZAFFARONI/SLOKAR/ALAGIA, 2002, p. 656).

(ZAFFARONI, 2004, p. 39). Isso não significa dizer, ainda, que ela resultaria em uma culpabilidade de autor.

Embora o que seja avaliado possa ser entendido como um grau de esforço pessoal exercido pelo sujeito a fim de atingir a situação de vulnerabilidade, buscando a limitação da sanção criminalizante, não se pode confundir com uma análise feita pelo julgador do caráter e da personalidade do sujeito (LOUREIRO, 2019, p. 213). Nesse sentido, o que será avaliado, muitas vezes, é a contribuição subjetiva do sujeito na consolidação do poder punitivo, atributo esse diretamente em a ver com a sua ação.

Dessa forma, percebe-se que a culpabilidade pela vulnerabilidade transforma a culpabilidade penal em um conceito mais amplo, a ser observado diante de duas fases. Em um primeiro momento, analisar-se-á a culpabilidade de ato, cuja redução ou exclusão dependerá da culpabilidade pela vulnerabilidade, a qual representa o segundo momento da culpabilidade penal (LOUREIRO, 2019, p. 214).

Na elaboração do juízo normativo-valorativo¹⁶, a autoridade buscará de início a existência dos requisitos normativos da culpabilidade: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Ultrapassada essa verificação, deve-se, então, investigar o grau de esforço exercido pelo sujeito a fim de alcançar a situação de vulnerabilidade; dessa percepção, deve-se deduzir o nível máximo de poder limitador a ser utilizado na mitigação do processo criminalizante (LOUREIRO, 2019, p. 214). Esse é o novo locus da culpabilidade penal contemporânea¹⁷.

¹⁶ Para uma análise mais aprofundada sobre a valoração da culpabilidade pela vulnerabilidade, *vide* ZAFFARONI, 2004, p. 44.

¹⁷ A culpabilidade pela vulnerabilidade não é isenta de críticas, tampouco. Dentre elas, Ferraz (2016, p. 9) indica existir um “moralismo” e um “ponto de fragilidade teórica” quando confrontado com o princípio jurisdicional da refutabilidade das hipóteses, pois seria difícil para o julgador delimitar tanto o estado de vulnerabilidade como o esforço individual do sujeito para alcançá-lo, o que abriria margem para um subjetivismo judicial e uma ausência de controlabilidade das decisões judiciais. Nesse aspecto, Zaffaroni (2004, p. 42) menciona ser indesejável, de fato, a intervenção de valores subjetivos nas decisões judiciais, porém, em qualquer outro caso do cotidiano, já não haveria a garantia dessa exclusão absoluta e afirma que “no fundo, não existem (...) construções da conexão punitiva como conceitos descritivos puros; trata-se de falsas concepções descritivas, tão valorativas quanto as outras”. Para outras críticas, que, devido ao limite amostral desse artigo, não puderam ser abrangidas em sua completude, como a compatibilidade constitucional da culpabilidade pela vulnerabilidade, a possibilidade de ser

4 RECEPÇÃO DA CULPABILIDADE PELA VULNERABILIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS: UM ESTUDO DE CASO

O documento compreendido como o objeto para o estudo de caso aqui analisado é uma apelação criminal¹⁸, proposta para discordar da sentença que condenava o autor no delito de tráfico minorado, abarcado pela Lei nº. 11.343/06, especificamente no *caput* do art. 33 do Código Penal. Na condenação, o autor recebeu uma pena de sete anos de reclusão, em regime fechado, além de outra pecuniária, avaliada em setecentos dias-multa, na razão de um trigésimo do salário-mínimo do ano de 2014.

Embora nesse caso específico tenhamos nos deparado com um delito de tráfico, a grande maioria observada nas decisões julgadas pelo relator, dos crimes que pleiteiam o reconhecimento da coculpabilidade (e, por conseguinte, da culpabilidade pela vulnerabilidade), estão relacionados com os delitos contra o patrimônio, isto é, furtos e roubos. A saber, no levantamento realizado pela autora Milenny Lee Marins (2022, p. 165), os delitos mais observados na Primeira Instância, dos casos em que se tratava da discussão acerca da recepção da teoria da coculpabilidade, foram o furto qualificado, o furto simples e o roubo majorado. Em sentido similar, na Segunda Instância, os delitos que mais apareceram foram o roubo majorado, o furto qualificado e o tráfico de drogas. Se analisadas as instâncias conjuntamente, 74,78% das decisões tratavam acerca dos crimes contra o patrimônio.

Os levantamentos acerca da teoria da coculpabilidade podem ser aproveitados de maneira similar para a teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade, vez que a jurisprudência aparenta não as distinguir, utilizando em suas fundamentações argumentos a favor ou contra tanto da “teoria da coculpabilidade” ou do “princípio da vulnerabilidade”. Discutir sobre para

um equivalente funcional da periculosidade positivista ou a nebulosidade interpretativa na intervenção do agente provocador, *vide* FERRAZ, 2016; LOUREIRO, 2019.

¹⁸ TJ-MG - Apelação Criminal 1.0112.09.093564-7/001, Relator(a): Des.(a) Corrêa Camargo, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 12/02/2014, publicação da súmula em 18/02/2014.

quais crimes estão sendo pedidas as atenuantes através da tese da vulnerabilidade é importante para entender, afinal, o seu escopo de atuação - pois, segundo parte da doutrina (SANTOS, 2021, p. 85), ela serviria para resolver apenas os crimes de menor complexidade. Muitas, contudo, foram as verificações de delitos cometidos sob emprego de violência ou grave ameaça, arma de fogo, ou, conforme será analisado aqui, uma grande quantidade de substâncias ilícitas e entorpecentes, caracterizando crime hediondo.

No caso concreto, o autor do delito, de fato, foi encontrado com 38 invólucros plásticos, usufruindo de 31,6g de cocaína e 19,4g de crack, representadas por 72 pedras. Embora controvertido nos votos dos desembargadores, a diversidade de substâncias, bem como a nocividade e a quantidade delas, foi ímpar para que o revisor vencesse o relator na decisão de que o crime seria compreendido enquanto hediondo.

Não entraremos, contudo, no debate do que significa o bem jurídico tutelado ser a saúde pública, vez que o delito do tráfico poderia ser compreendido como mera transação consensual. Tampouco discutiremos acerca dos delitos hediondos, rol que aparenta ser mais político do que jurídico. Afinal, no substrato da prática legislativa criminal, está se tornando um desafio habitual o aumento de pedidos de alterações de leis criminais. Em grande parte, obstam pelo aumento das penas a fim de que solucionem os problemas reais que o Direito Criminal encara. Os legisladores, por vezes, são, assim, influenciados pela teoria da persuasão de que mais leis gerarão menos crimes, mas nem todos possuem o conhecimento para formulá-las (PIRES, 2012).

Além disso, quando há a comoção pública envolvida como se ocorre nos casos dos delitos hediondos, ocorre a difusão dos interesses envolvidos pró ou contra o réu. Logo, perde-se a harmonia das “relações de força entre o promotor (ou a administração pública) e a defesa (ou requerente)” (PIRES, 2004, p. 60). Seria uma forma eficaz de se democratizar o sistema penal, ainda mais se considerando que muitos dos réus possuem origem nas classes menos favorecidas com pouco acesso a advogados? Nesse sentido, Pires (2004, p. 60) conclui que os tribunais estão permitindo serem influenciados a decidir em função do público ou de outros

efeitos externos possíveis que não envolvidos na construção da justiça na análise do caso¹⁹. É o que analisaremos.

De início, faz-se importante identificar as teses da defesa na apelação. Milenny Lee Marins (2022, p. 168) conclui que a quase totalidade das sentenças e acórdãos não abarcam no relatório a argumentação da defesa na acepção ou não da teoria da coculpabilidade (e de igual modo para a teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade). Quando aparentes no relatório, seja na Primeira ou na Segunda Instância, a dependência química se destaca como um dos fundamentos principais da defesa. Relaciona-se ela com o dever omissivo do Estado de salvaguardar a juventude e as comunidades carentes. Nesse nexos causal, devido à omissão, não seria lógico exigir uma postura totalmente diversa da praticada pelo autor do delito, portanto, seria razoável e importante a atenuação da pena ou a exclusão da culpabilidade.

Além da dependência química (7%), em Segunda Instância, outros argumentos são recorrentes: vulnerabilidade do agente (6%), indiferença estatal, exclusão social, estado de necessidade, coculpabilidade às avessas, omissão estatal e vivência em condições precárias (MARINS, 2022, p. 169). No caso da apelação criminal em específico, foi observado que a defesa se sustentou em uma argumentação principiológica, trazendo ao jogo princípios como o da presunção de inocência e do *in dubio pro reo* para afastar a imputação devido ao acervo probatório defectível, e o princípio da vulnerabilidade, para que seja reconhecida a atenuante e as circunstâncias judiciais favoráveis do art. 59 do Código Penal. Ao que aparenta, também a defesa falha em distinguir entre as teorias da coculpabilidade e da culpabilidade pela vulnerabilidade.

Por fim, convém analisar o que, ao presente artigo, é-nos mais caro: a (não) recepção da tese da culpabilidade pela vulnerabilidade no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Sobre a

¹⁹ De certa forma, seria esperado e razoável admitir que a vítima seja punitivista e queira a punição. Porém, o processo penal não serve e não deve servir como um instrumento da vítima, a fim de evitar a instrumentalização do processo vitimológico. O processo penal, então, não tem como intuito principal a satisfação da vítima ou sua vingança, embora ela possa se sentir profundamente lesada e ter interesse na vingança, a fim de que não se reviva a vingança privada.

teoria da co-culpabilidade (e, por conseguinte, da culpabilidade pela vulnerabilidade), vemos os destaques a seguir:

(i) A teoria da co-culpabilidade ou o princípio da vulnerabilidade do agente não podem ser erigidos à condição de verdadeiro prêmio para os que não assumem a sua responsabilidade social e fazem da criminalidade um meio de vida.

(ii) Referida atenuante, todavia, somente pode ser aplicada quando observada alguma situação relevante ocorrida antes ou após a prática do delito, o que não se verificou na espécie.

(iii) A condição socioeconômica, financeira e profissional do réu, conforme declarado à f. 111, não permitem, contudo, a aplicação da teoria da co-culpabilidade.

(iv) Os baixos salários, a falta de estudo e a miserabilidade em que vivem muitos brasileiros não podem justificar por si só a aplicação da teoria da co-culpabilidade ou do princípio da vulnerabilidade do agente, pois há outros meios de vencer as dificuldades do que praticar delitos.

(v) As alegações da defesa, desta forma, não impõem por si só a aplicação da atenuante em análise, devendo restar evidenciado algum fato relevante, e específico que não seja comum a inúmeras outras pessoas para o reconhecimento da mesma.

(vi) Se aplicássemos a teoria e o princípio em análise apenas por ser o agente pobre, com pouco estudo ou porque eventualmente seja usuário de drogas, estaríamos incentivando a prática reiterada de crimes.

Em relação a eles, várias observações são pertinentes. De início, as expressões “verdadeiro prêmio” (i) relacionado a inocentar aqueles que “fazem da criminalidade um meio de vida” (i) e “meios de vencer” (iv) fazendo menção à labuta diária por que vivem os brasileiros, remete-nos a um jogo; uma competição, da qual um lado sairá vencedor. Por certo, se vencer está atrelado ao não cometimento de delitos, o autor da apelação criminal está do lado dos perdedores. E, enquanto perdedor, ele não tem direito ao prêmio, mas à punição, que aqui representa o lado ruim do binômio vitória/derrota. Assim são construídas as bases que

fundamentam as nossas prisões, das quais se espera que, embora o tratamento humilhante, não formem criminosos reincidentes.

Afinal, o que estimularia a reincidência não seria o poder punitivo, mas a falta dele. Esse raciocínio é visto na demonstração de que a impunidade, isto é, o fato de se aplicar a teoria para reduzir, ou excluir, a culpabilidade do agente incentivaria a “prática reiterada de crimes” (vi). Percebe-se, ainda, que nos casos em que o réu tem condições de pagar um advogado particular (graças a sua “condição socioeconômica”, iii), ele é sumariamente afastado da possibilidade de cabimento na tese da culpabilidade pela vulnerabilidade, mas a situação se repete mesmo nos casos em que o réu vem representado pela defensoria pública, isto é, nas situações em que ele é compreendido como “pobre” (vi). Os desembargadores justificam, então, que a aplicação só seria possível nos casos em que houvesse um “fato relevante”, “específico” (v) e único do agente, ou seja, uma característica ou evento que ele não compartilhasse com outros.

Ao que aparenta, mesmo a posição do agente sendo alterada e ainda que o tipo delitivo mude, ninguém conseguiu apresentar um fato, para os desembargadores, que justifique a aplicação da mencionada tese, visto que, no período de 2014 até 2022, ela não foi recepcionada segundo a reiterada argumentação²⁰. A jurisprudência também não parece se

²⁰ Na maioria dos julgados, ela é rapidamente recusada, sem maior análise. Cf. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução Penal 1.0686.17.007180-3/001. Relator: Desembargadora Maria das Graças Rocha Santos. 14 set. 2022; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes e de Nulidade 1.0027.20.008648-9/002. Relator: Desembargador Flávio Leite. 18 mar. 2022; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 1.0027.20.008648-9/001. Relator: Desembargador Wanderley Paiva. 28 jul. 2021; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 1.0016.19.000959-3/001. Relator: Desembargador Corrêa Camargo. 04 set. 2019; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 1.0145.17.009703-7/001. Relator: Desembargador Catta Preta. 31 mai. 2019; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 1.0707.16.002013-7/001. Relator: Desembargador Corrêa Camargo. 18 nov. 2016; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 1.0704.15.011121-6/001. Relator: Desembargador Corrêa Camargo. 30 ago. 2016; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 1.0134.15.006549-5/001. Relator: Desembargador Wanderley Paiva. 03 jun. 2016; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 1.0704.14.013148-0/001. Relator: Desembargador Corrêa Camargo. 01 dez. 2015; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 1.0707.14.017305-5/001. Relator: Desembargador Corrêa Camargo. 20 out. 2015; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 1.0015.14.003639-1/001. Relator: Desembargador Corrêa Camargo. 14 jul. 2015; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 1.0112.09.093564-7/001. Relator: Desembargador Corrêa Camargo. 18 fev. 2014; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 1.0647.20.001348-8/001. Relator: Desembargador Bruno Terra Dias. 25 fev. 2022. Em outros, porém, os julgadores aparentam admitir que as teses poderiam ser

importar em formalizar uma explicação padronizada de que fato poderia ser esse, o que nos indica que os julgadores possam acreditar que não existe um fato, afinal, capaz de se enquadrar na justificação da teoria. Outra indicação de ausência de padronização da jurisprudência é que em alguns casos a teoria já foi recepcionada²¹.

No entanto, não é a própria culpabilidade normativa, um juízo de regra e exceção, em que o autor é via de regra considerado culpado, a menos que, dentro das exceções estabelecidas, consiga refutar o porquê não agiu dentro da presunção de normalidade? Dito de outra forma: já não se avalia o autor do delito com o raciocínio de tentar entender o porquê ele decidiu diferente do que a maioria das pessoas o faria? Nesse caso, o agente deveria apresentar um “fato relevante”, além de “específico” e único, que não compartilhasse com os outros, mas que, dentro do nexos causal e da presunção de normalidade, justificasse a maioria das pessoas a adotarem a mesma conduta. Aparenta-nos não só contraproducente, mas impossível de se provar.

Não é a intenção, porém, descredibilizar o juízo construído pelos desembargadores. Pelo contrário, afirma-se ter existido fidelidade por parte deles para com a jurisprudência e o tribunal, assim como o posicionamento ter sido sólido, no sentido de julgarem dentro da lei. Destaque ainda maior ao relator, pois mesmo na dosimetria tentou julgar da forma mais benéfica e humana, dentro do possível, estabelecendo dois anos e dois meses de reclusão, 216 dias-multa, com a possibilidade de cumprimento em regime aberto e com a substituição da

recepcionadas, se melhor fundamentadas, embora todos também tenham recusado sua aceção depois da análise. Cf. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 1.0707.17.006529-6/001. Relator: Desembargador Alexandre Victor de Carvalho. 28 jul. 2021; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 1.0287.16.006233-0/001. Relator: Desembargador Alexandre Victor de Carvalho. 06 mai. 2020; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 1.0362.15.000842-7/001. Relator: Desembargador Rubens Gabriel Soares. 07 mar. 2018; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 1.0707.15.031704-8/001. Relator: Desembargador Rubens Gabriel Soares. 12 mai. 2017; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 1.0362.15.009817-0/001. Relator: Desembargador Rubens Gabriel Soares. 04 mai. 2017; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 1.0362.15.005530-3/001. Relator: Desembargador Rubens Gabriel Soares. 07 out. 2016; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 1.0394.11.000339-6/001. Relator: Desembargador Rubens Gabriel Soares. 30 set. 2016; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 1.0223.14.007925-0/001. Relator: Desembargador Amauri Pinto Ferreira. 25 fev. 2015.

²¹ Um exemplo é o seguinte julgado: TJ-RS - Apelação Crime Nº 70002250371, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 21/03/2001.

pena por duas restritivas de direitos. Apesar disso (ou devido a isso), o relator foi vencido pelo revisor.

Acredita-se, ainda, que o réu, de fato, formulou precariamente sua defesa e se confundiu em sua explicação. A materialidade e a autoria estão comprovadas. Tampouco é incômodo as críticas tecidas pelos desembargadores à teoria da coculpabilidade, vez que são compartilhadas no presente artigo. Concorde-se que a miserabilidade, por si só, não é uma justificativa para a aceção da teoria e que ela formula um alvo de reprovação sob aqueles que possuem baixas condições financeiras. De fato, na coculpabilidade soa hipócrita responsabilizar apenas o Estado pelo contexto em que o sujeito se encontra à época do delito, devendo trazer ao banco dos réus outros componentes, como os pais, a escola, a sociedade, os colegas de trabalho, entre outros, o que banaliza a teoria, assim como argumenta o revisor²².

No entanto, na culpabilidade pela vulnerabilidade toda essa influência externa se torna uma só no reflexo que traz ao atributo da autonomia, isto é, em como restringe ou expande os horizontes decisórios que podem ser tomados pelo sujeito que praticou o delito, porém, não são os responsáveis pela ação realizada, e sim a própria contribuição do agente para se ver colocado na posição de vulnerabilidade e de ameaça a ser criminalizado que representará o verdadeiro peso na aferição de sua culpabilidade. Portanto, o que se provoca é como a argumentação foi construída pelos desembargadores (com uma especial crítica tecida ao posicionamento punitivista do revisor – feito “da forma mais rigorosa possível”), apoiados em um legalismo excessivo, e na confusão que possam ter feito entre as teorias, mantidas nos anos subsequentes.

O fato é que tratar as duas teorias como se a mesma fossem trazem consequências perigosas ao acusado. Na teoria da coculpabilidade, como visto, não é fácil passar da reprovação sumária, vez que o simples fato de o sujeito possuir baixo nível de escolaridade, ser

²² Em seu voto, menciona: “Aliás, fosse assim, existiriam muitos outros “co-culpáveis” na rota dos criminosos, como os pais que não cuidaram bem do filho ou colega na escola que humilhou o companheiro de sala, tudo a fundamentar a aplicação da atenuante do art.66 do Código Penal, vulgarizando-a”.

desempregado, entre outras circunstâncias e características já o faria apto à atenuação ou exclusão da culpabilidade, por conta da corresponsabilidade estatal, o que nos aparenta ilógico. Mesmo que os magistrados tentem amenizá-la, permitindo que ela seja analisada no mérito e considerando que bastaria a comprovação de um fato único que realize a formalização do nexo causal entre delito e a vulnerabilidade, a fundamentação permanece difícil de ser aceita e também de ser comprovada.

No entanto, o magistrado afirma que *nem o princípio da vulnerabilidade* poderia ser aceito, referindo-se à tese da culpabilidade pela vulnerabilidade, o que pode não ser de toda verdade. Ainda que culpável nos pressupostos da culpabilidade normativa, ao réu seria oferecida a possibilidade de que fosse aferível 1. seu nível de vulnerabilidade social, 2. sua autonomia decisória no momento da conduta e 3. quanto contribuiu para ocupar a posição de criminalizado. Há de se refletir: o acusado teve que se esforçar muito para, naquele local, com as características que possui, diante das circunstâncias que o cercavam, ser identificado como alguém perigoso? Um criminoso em potencial? Aqui, essa argumentação parece fazer mais sentido; permite melhores ferramentas à defesa e também um maior espectro de análise e de decisão por parte do magistrado.

Nesse sentido, se aceita, a atenuação da culpabilidade e consequente diminuição da pena poderia refletir na decisão, por exemplo, do revisor, fazendo com que ela, apesar de sua postura *mais rigorosa* (lê-se: punitivista) *possível*, aproximasse-se da pena razoável dada pelo relator. Além disso, essa aferição seria realizada por profissionais capacitados, com sorte cientistas sociais, psicólogos, entre outros, o que contribuiria para uma maior justiça social e uma transdisciplinaridade do direito penal. Por conseguinte, as teorias então devem ser vistas de maneira distinta como são em essência, e aos magistrados caberá a decisão: se forem compreender ambas conjuntamente²³, como estão fazendo (tese da coculpabilidade *ou* princípio da vulnerabilidade), devem 1. analisar a coculpabilidade em seu mérito, investigando

²³ É preferível que à defesa já tenha se exigido que tenham argumentado no sentido de uma ou de outra, ou ainda de ambas, desde que fundamentadas e comprovadas dentro de suas próprias exigências distintas e específicas.

se o fato relevante foi comprovado e indicando, quando não, quais fatos seriam aceitos dentro dessa margem, a fim de vincular o entendimento do Tribunal, ou 2. se forem recusar a culpabilidade pelo risco de estimularem um alvo de reprovação, devem realizar a aferição exigida na culpabilidade pela vulnerabilidade, com apoio de profissionais competentes.

Embora mencionada distinção possa ser importante em busca de um norteamento racional, pode ser que seja função da defesa argui-la em julgados futuros, o que não foi feito da melhor forma até então, e pode ser que para o julgador não tenha feito diferença em sua decisão, vez que essa parece ser uma inovação cujo salto talvez seja maior do que o direito penal e a jurisprudência estão dispostos a dar. A sua não recepção, afinal, parece estar mais conectada ao posicionamento punitivista dos julgadores e à epistemologia funcional da pena, que à própria argumentação da defesa e realização concreta dos fatos ocorridos, vez que não estamos falando de um alvo de reprovação, mas de um critério aferível (isto é, à defesa existe a possibilidade de comprovar e arguir), e nem sequer de um estímulo à impunidade, mas de uma criminalização justa.

Se não conseguimos imaginar uma sociedade sem a presença do sistema penal e se ele irá impactar a vida de tantos brasileiros, que ao menos sejam ofertadas ferramentas para que ele possa amenizar o dano causado por situações que possui responsabilidade própria envolvida; por suas limitações e pelos erros que não pode consertar. Não é uma premiação, como é argumentado frequentemente, mas uma compensação; uma retratação. Nesse sentido, a racionalização do direito penal até então não se apresenta libertadora; pelo contrário, vem sendo justamente quem pune.

5 CONCLUSÕES

Investigou-se no presente artigo como refrear o sistema penal punitivo, que, ao legitimar a punição, buscou-nos fazer acreditar na mentira de que não existe outra opção, tanto para nós enquanto sociedade (que é punir), quanto para aquele que transgredir o pacto social (que é ser punido; e ser punido, por vezes, com a maior rigidez e violência possível). Como visto,

em um primeiro momento, perseguiu-se o porquê se pune quem se pune, percorrendo atrás das raízes seculares e religiosas que justificaram por séculos a simbiose existente entre a visão pecaminosa e o delito, a culpa cristã e a culpabilidade penal, a ontologização do direito penal moderno e, em seguida, a racionalidade penal moderna.

Em um segundo momento, em que se inquiriu como punir, discutiu-se a proposição enunciada pela tese da coculpabilidade. No entanto, apesar de suas contribuições em pensar em fatores externos ao delito para influir na contenção do poder punitivo, e, com isso, possibilitar ao réu um tratamento mais racional e condizente com sua realidade, ela acaba por incorrer em graves problemáticas. A saber, ela formularia uma concepção de culpabilidade extremamente arraigada em elementos econômicos, o que poderia permitir a interpretação de que a pobreza estaria diretamente relacionada ao comportamento criminoso. Com isso, também contribuiria para um recrudescimento penal sobre a população com menor renda, ocasionando uma distinção de tratamento punitivo para as classes e um agravamento da desigualdade social. Por fim, ela desconheceria a própria estrutura sistemática de seleção do sistema penal, que opera de forma arbitrária, podendo, portanto, também captar aqueles que fossem integrantes de classes mais abastadas.

Na teoria, portanto, a sua concepção já encontra difíceis obstáculos a serem ultrapassados. Embora na prática seja parecido, pois, conforme vimos, majoritariamente ela é recusada de pronto, e quando não recusada, não consegue passar do momento avaliativo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, é pela própria prática que conseguimos enxergar um futuro para a teoria: pálido, mas existente. A prática, então, resolveria as limitações da teoria, e daria uma nova conceituação à teoria da coculpabilidade. Porém, pelas próprias incoerências, percebeu-se que ela divergia em muito do que a doutrina propunha para a aceção da culpabilidade pela vulnerabilidade, embora muitos pensadores não as distinguissem. Tão somente, escolheu-se em aprofundar a culpabilidade pela vulnerabilidade, no que se percebeu ser o instituto com as melhores proposições de reformulações de uma ideia de culpabilidade que fosse regada, minimamente, de racionalidade.

A culpabilidade por vulnerabilidade insurge não como uma rival da culpabilidade de ato, prestes a tomar seu lugar, e sim como um suporte de apoio, isto é, sua síncrese restritiva, capaz de frear a punição do sistema penal a ser posta a partir dos atributos formais da culpabilidade. Logo, propô-la é uma maneira de oferecer uma nova resposta à antiga culpabilidade puramente normativa, que pressupõe a reprovabilidade do sujeito, resposta essa moldada na figura de uma culpabilidade com uma parcela necessária de racionalidade.

Porém, da análise da Apelação Criminal em específico, percebeu-se que a não recepção da teoria da culpabilidade se dá, em grande parte, se não em todos os casos, sob os mesmos termos da rejeição da teoria da coculpabilidade, até pelo fato de elas serem consideradas em conjunto, pela confusão que se faz sobre as mesmas. Notou-se, também, que se não confundida a teoria da coculpabilidade com a culpabilidade pela vulnerabilidade, as decisões poderiam ter um resultado diferente, vez que se exigiria um raciocínio distinto em suas análises, e, o motivo pelo qual recusaram a aplicação da coculpabilidade não se repete na teoria aqui presente. Na maior parte dos casos, como visto, a culpabilidade pela vulnerabilidade acaba por alentar à diminuição da culpabilidade de ato, o que contribui para a restrição do poder de punir do Estado através da decisão por uma sanção mais branda do que antes seria permitido.

Conclui-se que, na Apelação em tela, pululam aos olhos as características *punitivistas* (e não somente legalistas), pois, pela visão dos magistrados, pode-se argumentar que só estavam aplicando a lei. Existe racionalidade nesse raciocínio lógico. De fato, estavam, e ela por certo existe, mas, geridos pela racionalidade penal moderna, a lei que conhecem é a que mais pune (e nem sempre a que melhor cabia). Logo, agiam sob *sentimentos de guerrilha* (contra a impunidade, e não a favor dos punidos). E, ao fim, pintavam o cenário de um jogo, que não deve ser dado de prêmio aos criminosos, e sim aos vencedores, isto é, às vítimas (ou melhor, à saúde pública, como o delito se trata de tráfico de drogas), contudo sem perceberem, que, ao fazê-lo, também se colocavam como *jogadores*.

Se podemos concluir resolutos que, apesar da teoria coculpabilidade possuir relevância no âmbito da ciência penal, ela teria incidência prática *com muita dificuldade*,

enxerga-se um cenário semelhante à culpabilidade pela vulnerabilidade, porém, com uma pequena esperança de que, ao ser uma novidade desviante, ela seja capaz de alterar o cenário legislativo penal contemporâneo e perdure mais do que a maçã.

REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução de Fernando TOMAZ. “História & Sociedade”, n.º 6. Edições 70: Lisboa, 2011.

COSTA, José de Faria. **Direito Penal Especial (Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

COUSO SALAS, Jaime. **Fundamentos del derecho penal de la culpabilidad**: historia, teoría y metodología. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

DUBBER, Markus. Ultima ratio como caveat dominus: princípios jurídicos, máximas de polícia e análise crítica do Direito. Trad. Lucas Minorelli e Marcelo Buttelli. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 18, n. 75, p. 7-40, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ, Flávio Carvalho. **A eternidade da maçã**: Freud e a ética. 2. ed. São Paulo: Escuta, 1994.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Culpabilidade pela vulnerabilidade: uma introdução aos seus pressupostos, fundamentos e controvérsias. **RBCCrim**, v.120, 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Nascimento da Prisão. Introdução de António Fernando CASCAIS e tradução de Pedro Elói DUARTE. “Biblioteca de Teoria Política”, n.º 9. Lisboa: Edições 70, 2013.

GENTIL, Plínio Antônio Britto. **A educação pelo castigo, na perspectiva da religião católica e do direito penal**. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de São Carlos, São Carlos: UFSCAR, 2009.

GÜNTHER, Klaus. O desafio naturalístico de um direito penal fundado na culpabilidade. **Revista Direito GV [online]**. 2017, v. 13, n. 3, p. 1052-1077. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/2317-6172201741>>. Acessado em: 11 mai. 2023.

GÜNTHER, Klaus. Voluntary action and criminal responsibility. *In*: MAASEN, Sabine; PRINZ, Wolfgang; ROTH, Gerhard (Org.). **Voluntary action**. Brains, minds, and society. Oxford, 2003. HULSMAN, Louk. **La criminología crítica y el concepto de delito**. Capítulo de Universidad de Medellin. Criminologia Crítica. I Seminário. Medellín, 1984.

JAREBORG, Nils. A criminalização como último recurso (ultima ratio). **Revista Jurídica**. Porto Alegre, v. 416, p. 115-133, 2012.

JOFFILY, Tiago. **Direito e Compaixão**: discursos de (des)legitimação do poder punitivo estatal. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

KELSEN, Hans. **Théorie générale des normes**. Paris: PUF, 1979.

KOHLRAUSCH, Eduard. Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung. *In*: **Festgabe für Karl Güterbock**. Berlin, 1910.

LISZT, Franz von. Die Zukunft des Strafrechts. *In*: **Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge**. Berlin: 1970, t. II.

LISZT, Franz von. **Tratado de Derecho penal**. Traduzido da 20a. ed. alemã, por Luis Jiménez de Asúa. Madrid: Editorial Reus, 1927, t. II.

LISZT, Franz von. Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen auf die Grundbegriffe des Strafrechts. *In: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Berlin: 1970, t. II.

LOUREIRO, Bruna Gonçalves da Silva. **Culpabilidade e vulnerabilidade**: proposta para um novo conceito de culpabilidade penal. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

MARINS, Milenny Lee Cabral. A teoria da coculpabilidade na justiça estadual mineira: um estudo empírico-quantitativo. Florianópolis/SC: **Revista Avant**, v. 6, n. 1, 2022.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal e controle social**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NIETZSCHE, Friedrich. **Also sprach Zarathustra**. 1ª edição. [1883-1891]. Leipzig: C. G. Naumann.

PIRES, Álvaro Pires; CAUCHIE, Jean-François. Um caso de inovação “acidental” em matéria de penas: a lei brasileira de drogas. **Revista Direito GV**, v. 7, n. 1, p. 299–330, jan. 2011.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos**. CEBRAP, n. 68, p. 39-60, 2004.

PIRES, Álvaro. Os desafios do Direito no século XXI. Entrevista concedida a Patrícia Fachin. **Revista do Instituto Humanitas Unisinos**, [on-line], edição 388, abr. 2012.

POIARES, Nuno Caetano Lopes de Barros. Da Justiça alternativa em Portugal. *In: Matria Digital*, n.º 6. CIJVS: Santarém, CIJVS, 2018, pp. 666-681.

POIARES, Nuno Caetano Lopes de Barros; DIAS, Eurico José Gomes. Igreja Católica e direito criminal: uma abordagem sociológica ao Código Penal Português (1886). **REVISTA de Estudos da Religião**. São Paulo, v. 19, n. 3, p. 311–329, 2020. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/rever/article/view/46953>. Acesso em: 11 mai. 2023.

RADBRUCH, Gustav. **Einführung in die Rechtswissenschaft**. 9 ed. Suttgart: Koehler, 1952.
ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico Penal**. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus. **Strafrecht: Allgemeiner Teil. Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre**. 3. ed. Munchen: Beck, 1997.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, João Ricardo dos. **Coculpabilidade no Brasil sob a ótica das ciências criminais: vulnerabilidade social no juízo de reprovação penal**. Londrina, PR: Thoth, 2021.

SOBRAL, José Manuel. Religião, relações sociais e poder – a Misericórdia de F. no seu espaço social e religioso (séculos XIX-XX). *In: Análise Social*. vol. XXV (107), (3.º). Lisboa: ICS-UL, 1990, pp. 351-373.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade. *In: Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, ano 9, n. 14, Rio de Janeiro: Revan, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**, vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.