



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE – FURG  
FACULDADE DE DIREITO – FaDir

HERSON ALEX SANTOS

A BUSCA DA JUSTIÇA PELO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE

RIO GRANDE - RS

2016

HERSON ALEX SANTOS

A BUSCA DA JUSTIÇA PELO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE

Monografia apresentada à Universidade Federal do Rio Grande – FURG, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Salah Hassan Khaled Junior.

RIO GRANDE – RS

2016

Monografia apresentada como requisito necessário para obtenção do título de Bacharel em Direito. Qualquer citação atenderá as normas da ética científica.

---

HERSON ALEX SANTOS

Monografia apresentada em 17/10/2016.

---

Orientador Prof. Dr. Salah Hassan Khaled Junior

---

1ª Examinador: Otávio Pontes Correa

---

2º Examinador: Ignácio Nunes Fernandes

---

Coordenador Prof. Dr. Renato Duro Dias

A Gilberto P. Honorato  
em testemunho de apreço e amizade.

## AGRADECIMENTOS

É chegada a hora de partir, e nesse momento é impossível não lembrar de todo suporte e influência das pessoas que de modo direto ou indireto auxiliaram nessa graduação. Em síntese, agradeço as que tiveram mais importância durante este período.

Estas pessoas fizeram com que o curso valesse por si só.

Agradeço mais uma vez ao meu amigo, Gilberto P. Honorato, que conheci nos corredores da graduação e cuja amizade transcendeu o mero convívio acadêmico, compartilhando sua casa e família. Pessoas, quais, cultivo inominado carinho e apreço.

Outra pessoa que se mostrou de valor impar à minha formação, foi meu querido amigo, professor e exemplo, Renato Duro Dias, cuja ética e dedicação contagiam quem o conhece, sempre a incentivar o estudo e pesquisa auxiliou a descobrir-me estudante e não simples aluno.

Agradeço também à Carolina Santana Lopes, amiga formidável que tive o prazer de conhecer e que muito me auxiliou nessa fase final de curso, seja pesquisando em conjunto, revisando textos ou simplesmente conversando.

Agradeço, finalmente, ao meu caro orientador, Prof. Dr. Salah H. Khaled Junior, pela “quebra” com muitos (pré)conceitos nos anos iniciais do curso e por ser meu orientador.

“As leis são como teias de aranha que apanham os pequenos insetos e são rasgadas pelos grandes.” – Sólon.

## RESUMO

Poderá o Estado Social de Direito, ou até mesmo Estado Democrático de Direito, negligenciando o mínimo existencial, além de promover uma seletividade criminalizante que acaba assolando a classe economicamente vulnerável, aplicar sanções equânimes a todos, independente de classe? Em que pese à carta magna de 1988 e os princípios arraigados a ela, o Estado “Social” de Direito tem como dever promover a justiça e garantir a todos um tratamento isonômico que não implica simplesmente na igualdade formal, mas sim em uma busca efetiva pela igualdade material, visando, deste modo, dar efetividade ao conceito clássico de igualdade. Neste sentido, ser o detentor do suposto direito de punir não permite ao Estado Social de Direito ser omissivo e partilhar no uso de chavões vulgares nos casos que envolvam direitos com implicação direta ao sentimento mais basilar de sua formação como ente público: humanidade, dignidade, igualdade, liberdade e justiça social. Sob esta premissa, o princípio da coculpabilidade é debatido com o fito de compreender seu significado e valor diante de uma sociedade com abissais diferenças socioeconômicas.

**Palavras-chave:** coculpabilidade, vulnerabilidade, justiça, criminologia, direito penal.

## ABSTRACT

Can the social state of law, or even democratic state, neglecting the existential minimum, in addition to promoting criminalizing selectivity that ends up sweeping the economically vulnerable class, apply sanctions equitable to all regardless of class? Despite the magna carta of 1988 and the entrenched principles to it, the “Social” State of law has a duty to promote justice and to provide everyone an equal treatment that does not just imply formal equality, but in an effective search for equality aimed material, thus giving effect to the classic concept of equality. In this sense, be the holder of the alleged right to punish does not allow the social state of law be silent and share the use of common buzzwords in cases involving rights with direct implication to the most basic sense of his training as a public entity; humanity, dignity, equality, freedom and social justice. Under this premise, the principle of coculpabilidade is discussed with the aim of understanding its meaning and value on a company with abysmal socioeconomic differences.

**Key words:** coculpability, vulnerability, justice, criminology, criminal law.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1. A SELETIVIDADE CRIMINALIZANTE.....	11
1.1. COMO NASCE O INIMIGO.....	11
1.2. O NEOLOMBROSIANISMO.....	17
1.3. A CIFRA OCULTA.....	20
1.4. A SELEÇÃO PRIMÁRIA E SECUNDÁRIA DE CRIMINALIZAÇÃO.....	22
1.5. O “BODE EXPIATÓRIO” ESTATAL.....	24
1.6. INFLUÊNCIA DO MOVIMENTO <i>LAW AND ORDER</i> .....	27
1.7. DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE.....	28
2. LIVRE-ABÍTRIO, DETERMINISMO, NEURODETERMINISMO, COCULPABILIDADE E DIREITO PENAL.....	37
2.1. LIBERDADE.....	37
2.2. NIETZSCHE E O LIVRE-ARBÍTRIO.....	38
2.3. FERRI E O LIVRE-ARBÍTRIO.....	41
2.4. O LIVRE-ARBÍTRIO NA CULPABILIDADE.....	42
2.5. FALHA DO DETERMINISMO E DO NEURODETERMINISMO COMO CIÊNCIA PURA.....	46
2.6. O COMPATIBILISMO HUMANISTA.....	49
2.7. O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE E O COMPATIBILISMO HUMANISTA.....	50
3. DA JUSTIÇA E DA IGUALDADE.....	54
3.1. A IDEIA DE JUSTIÇA NO DIREITO.....	54
3.2. A IGUALDADE NO DIREITO PENAL.....	56
3.3. A INTERPRETAÇÃO DE JUSTIÇA E O PARADIGMA: HUMANIDADE.....	59
3.4. A IDEIA DE JUSTIÇA EQUITATIVA E O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE.....	69
3.5. PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE SOB O VIÉS CONSTITUCIONAL.....	72
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	77
BIBLIOGRAFIA.....	79

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho procura compreender o que se entende por princípio da coculpabilidade e conciliá-lo, se possível, ao ordenamento jurídico pátrio. Para isso, o caminho que se buscou manter na pesquisa foi no sentido de utilizá-lo como ferramenta na procura por justiça (*stricto sensu*) dentro do ordenamento jurídico penal brasileiro. Para que a temática não se tornasse excêntrica ou simplória, as definições foram trabalhadas em três capítulos distintos, que dão um platô argumentativo coerente e, assim, possibilitam tal afirmação de modo lógico. No primeiro capítulo é explanada a questão propriamente sociológica do direito penal. Com auxílio da criminologia crítica, abordam-se os pontos que envolvem a formação criminalizante das parcelas precárias da sociedade, que culminam em selecionar pessoas a partir de estereótipos, além de explanar, ao fim do capítulo, o princípio da coculpabilidade. Já no segundo capítulo, é abordada a questão subjetiva, como a formação do conceito de vontade livre e, assim como no primeiro, demonstra-se o valor que o ambiente exerce sobre o indivíduo. Por fim, no terceiro capítulo, adentra-se à questão: justiça *strictu sensu*, bem como justiça social (ainda que de forma demasiado breve) e sua busca dentro do Direito, verificando se há conexão entre o princípio em tela para, ao final, responder a questão: pode o Estado ser negligente e ao mesmo tempo cobrar condutas éticas de forma ilibada de cidadãos em situação de extrema vulnerabilidade? Para que se tornasse possível tal empreitada, fez-se necessário tratar o Estado como ente, não racional ou consciente, mas no sentido de força não-natural, que pode ser adaptável, modificável, aprimorada por ser uma condição humana, sem a qual não há que se falar em humanidade, pois, no hipotético “estado de natureza”, inexistente a noção de humanidade. Assim, neste trabalho, para trabalhar a aplicabilidade do princípio da coculpabilidade ao direito penal brasileiro, lançou-se mão de considerável gama bibliográfica em uma pesquisa qualitativa com aporte nos mais variados meandros que se mostraram necessários por se tratarem de aspectos materiais e subjetivos da aplicação e valoração da pena dentro do direito penal e processual penal. Em paralelo a isto, o método fenomenológico e a filosofia da linguagem de L. Wittgenstein forneceram o caminho de possibilidade necessário para distintas conclusões: primeiramente, a que mais interessa ao presente trabalho, no sentido que, seguindo o modelo constitucional, é possível discutir a inserção de tal princípio, pois este pode ser considerado um

princípio flutuante no sentido da necessária contenção do poder punitivo estatal e; a falta de interpretação que se levanta quando se discute o significado de justiça, mesmo definindo um Estado Social ou Democrático de Direito e assumindo um paradigma como os direitos humanos, assim, seu real significado parece se esconder à medida que se adentra na busca por definição.

Este trabalho, que se iniciou em 2014, nasceu e se desenvolveu sob a noção ética do dever do futuro bacharel em direito de reduzir as desigualdades e se posicionar no sentido de fazer valer as proclamações retóricas da Carta Cidadã, em conjunto com a noção de que a “igualdade social” somente será atingida num estágio distante – considerando a atualidade brasileira –, mas que é possível se se empreender luta por direitos e exigir responsabilidades e correção de agentes públicos, atuando, assim, de modo categórico e definido na avançada reelaboração do pacto social.

## 1. A SELETIVIDADE CRIMINALIZANTE

### 1.1. COMO NASCE O INIMIGO

O Estado Democrático de Direito tem como sua origem os direitos fundamentais, sejam constituídos em uma carta constitucional, sejam orbitantes de modo principiológico – forma esparsa –, e como elementos originários: o governo, o povo e um território. O que une tais elementos (minimamente) com base nos princípios propriamente ditos, e possibilita a governabilidade, é a legitimidade. A legitimidade é o poder concedido pelo povo ao Estado, que garante a capacidade de decisão, de coerção perante o próprio povo por parte do poder político na forma representativa. É esse caráter da legitimidade que justifica o suposto *ius puniendi* e, conseqüentemente, o Direito Penal, quando o Estado assume para si a prerrogativa da busca da justiça, retirando de cena a vingança privada ou o *ius talionis*.

Fica, assim, neste plano imaginário, notória a função do Estado Democrático de Direito no âmbito da atualidade, ratificado pela Carta Magna nacional, em obrigarse ao cumprimento das prerrogativas emanadas das conquistas sociais, fundamentais e humanas ao longo da História, na forma de uma administração de “governo do povo, pelo povo e para o povo”.<sup>1</sup> Dentre tais obrigações, encontra-se o dever de proteção (segurança) do homem, compreendido no advento do já referido *ius puniendi*.

Conceito este que, como adverte Salo de Carvalho em sua obra “anti-manual de criminologia”, é empregado como base de problematização da pergunta clássica: “por que punir?”. Porém, diferentemente da Reforma Penal de 1984 e a conseqüente elaboração do Código Penal e da Lei de Execução Penal, a Constituição não prevê nenhuma finalidade à pena, sancionando somente penas em espécie e vedando qualquer tipo de pena desumana ou cruel. Conclui o autor, então, que diante disso, em termos da teoria da pena, não há o (re)conhecimento constitucional do *ius puniendi*, em especial o modelo da prevenção especial positiva. E acrescenta, por fim, que a Constituição de 1988 assumiu a teoria agnóstica da pena, com foco na redução de danos causados pelo *potestas puniendi* (CARVALHO, 2013).

Neste sentido, o Direito Penal, apesar de ter como base o aparente monopólio do poder de punir do Estado, não deve se basear unicamente nesse sentido em um

---

<sup>1</sup> Baseado no famoso discurso de Gettysburg feito por Abraham Lincoln, o qual dava início a uma nova democracia norte-americana e ocidental, em 19 de novembro de 1863, na cerimônia de inauguração do Cemitério Militar de Gettysburg, local onde ocorrera a batalha com o mesmo nome.

Estado Democrático de Direito ou Estado Social de Direito. Ele deve(ria) promover, ao mesmo tempo, a segurança do cidadão em face de seus iguais e dos cidadãos em face do Estado. A esse último tópico que interessa o breve aprofundamento. Pois, o Direito Penal possui, sob este viés, uma dualidade: concede ao Estado o direito/dever de punir, mas também produz limites a este poder por meio de suas normas e princípios.

Eugênio R. Zaffaroni e Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, na obra “Direito Penal Brasileiro – I” acrescentam que as teorias positivas da pena atribuem à pena uma função manifesta e ao direito penal a interpretação das leis que dispõem uma coerção ajustada a essa função. Dessa forma retirando de sua interpretação toda a coação que não corresponde à função punitiva, mesmo que materialmente o seja. Confundindo o poder punitivo lícito com o poder punitivo puro e simples sem um (pré)conceito “pré-legal” ou constitucional. E, como é considerada “positiva”, o Estado tem o dever de estendê-la quantas vezes for necessário para atingir seu objetivo, que é o de se “(auto)legitimar” ao legitimar a pena. Neste sentido, tal função, que é simplificada traduzida “num pretense *ius puniendi* é empregada para indicar às agências políticas até onde podem elas lançar mão dos elementos do estado de polícia” (ZAFFARONI, 2006, p. 97).

Sob este aspecto, observam-se os esforços dentro do direito processual, constitucional e internacional em (tentar) limitar – formalmente e de modo externo –, destinados à contenção de tal poder. “Longe de regular um suposto *ius puniendi*, trata de conter uma *potentia puniendi*”. Assim, a melhor tradução para o então *ius puniendi* seria um *potentia puniendi* diante do fracasso dos pretensos limites matérias ao *ius puniendi* (ZAFFARONI, 2006, p. 97-98).

A solução apontada para transposição dessa limitação segundo E. R. Zaffaroni seria a contemplação de uma teoria agnóstica da pena, e neste sentido o autor acredita que “deva-se ensaiar uma construção que surja do fracasso de todas as teorias positivas” por serem falsas em torno de funções manifestas, e por não se reconhecer todas as funções que a pena manifesta.

Assim, acrescenta o jurista argentino que “o poder do sistema penal não se encontra na pena, mas reside no poder de vigiar, observar, controlar movimentos e ideias, obter dados da vida privada e pública, processá-los, arquivá-los, impor penas e privar de liberdade sem controle jurídico, controlar e suprimir dissidências, neutralizar as coalizões entre desfavorecidos etc.” (ZAFFARONI, 2006, p. 98).

Porém, retornando aos princípios dentro da constituição, do processo e etc. que se justificariam por tentar controlar (ou no mínimo conter) o suposto *ius puniendi* se observa o instituto da culpabilidade, e além, o da coculpabilidade.

O princípio da coculpabilidade, grosso modo, significa uma culpabilidade compartilhada entre o agente delinquente e o Estado. Neste sentido, pergunta-se: poderá o Estado ser acionado penalmente em conjunto ao cidadão? Eis aqui o cerne do presente trabalho. Porém, antes de tentar responder a tal questão, faz-se necessário a introdução a alguns dos meandros mais polêmicos que orbitam a questão.

A onipotência jurídico-penal do Estado deve contar, portanto, necessariamente com freios ou limites que resguardem os invioláveis direitos fundamentais do cidadão. Este é o sinal que caracterizaria o Direito Penal de um Estado pluralista e democrático de direito e o que possibilitaria entender a prevenção geral positiva limitadora da pena como finalidade legítima desta. (Bitencourt, 2012, p.80).

Assim, o Direito Penal, como é, possui uma dualidade, cabendo nele a “personificação” do poder de punir e também um limitador do poder concedido ao Estado por meio de seus princípios e regras<sup>2</sup>.

O Direito Penal é uma ramificação do Direito Público<sup>3</sup>, que se baseia, em tese, na repreensão de práticas delituosas por meio de normas emanadas do legislativo. Consequentemente, aparentemente visa preservar a sociedade, “protegendo” os bens jurídicos mais importantes, ainda que formalmente. A qualificação e quantificação de suas ações são pautadas por regras de aplicação e princípios norteadores dos procedimentos, recebendo o nome de processo. O processo é o que garante legitimidade ao ato de punir, sempre em conformidade com os princípios arraigados pela Constituição Federal. É por meio deste complexo sistema que se coage o sujeito infrator da norma penal<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> “A onipotência jurídico-penal do Estado deve contar, portanto, necessariamente com freios ou limites que resguardem os invioláveis direitos fundamentais do cidadão. Este é o sinal que caracterizaria o Direito Penal de um Estado pluralista e democrático de direito e o que possibilitaria entender a prevenção geral positiva limitadora da pena como finalidade legítima desta”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: Parte Geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.80).

<sup>3</sup> Para o presente trabalho foi eleita a antiga separação entre direito público e privado, porém, não se menospreza a importância do pensamento no sentido de um direito constitucional. O pensamento proposto, então, é o de forma linear e não exclusivamente o vertical. Afastando-se, desse modo, de um possível pensamento binário, em decorrência do pensamento complexo – de integração –, que será melhor trabalhado no terceiro capítulo.

<sup>4</sup> “O bem jurídico não pode identificar-se simplesmente com a ratio legis, mas deve possuir um sentido social próprio, anterior à norma penal e em si mesmo preciso, caso contrário, não seria capaz de servir a sua função sistemática, de parâmetro e limite do preceito penal, e de

Atualmente, o conceito de bem jurídico desempenha uma função essencial de crítica do Direito Penal: por um lado, funciona como fio condutor para a fundamentação e limitação da criação e formulação dos tipos penais; por outro lado, auxilia na aplicação dos tipos penais descritos na Parte Especial, orientando a sua interpretação e o limite do âmbito da punibilidade. Ocorre que, diante do atual momento de expansão do Direito Penal, resulta, como mínimo, uma tarefa complexa: deduzir o conceito e conteúdo de bem jurídico, como objeto de proteção do Direito Penal. Com efeito, atravessamos um período de transição entre a tradicional concepção pessoal de bem jurídico e posturas que prescindem do dogma do bem jurídico para a legitimação do exercício do *ius puniendi* estatal. (BITENCOURT, 2012, p.72).

Como dito, essa coação deve respeitar normas e princípios. Ao levar a cabo sua legitimidade<sup>5</sup>, o Direito Penal deve levar em consideração sempre o que preconizam esses princípios e regras.

Porém, existe uma fenda praticamente intransponível, que diante do exposto já se delinea, entre o que é preceituado e a realidade fática, em que o Direito Penal não consegue, assim como o Estado, cumprir o que se obriga, por fatores fáticos, como explanado nas linhas iniciais. Contudo, os problemas apontados para esta falha são os mais diversos, desde os escassos recursos destinados a segurança pública até um aumento vertiginoso da delinquência. Fala-se então em crise congênita do Direito<sup>6</sup>, da qual o Direito Penal faz parte. As soluções apontadas pelas

---

contrapartida das causas de justificação na hipótese de conflito de valorações”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: Parte Geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 71).

<sup>5</sup> “Assim, o conceito de prevenção geral positiva será legítimo “desde que compreenda que deve integrar todos estes limites harmonizando suas eventuais contradições recíprocas: se se compreender que uma razoável afirmação do Direito Penal em um Estado social e democrático de Direito exige respeito às referidas limitações”. A onipotência jurídico-penal do Estado deve contar, necessariamente, com freios ou limites que resguardem os invioláveis direitos fundamentais do cidadão. Este seria o sinal que caracterizaria o Direito Penal de um Estado pluralista e democrático. A pena, sob este sistema estatal, teria reconhecida, como finalidade, a prevenção geral e especial, devendo respeitar aqueles limites, além dos quais há a negação de um Estado de Direito social e democrático”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: Parte Geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.80).

<sup>6</sup> “Na década de 80 e no princípio da de 90, foi vista uma mudança profunda na configuração política mundial, afetada por algumas importantes transformações nas posições geo-políticas globais, nas comunicações, na quebra das barreiras ao comércio internacional, bem como o aparecimento de novas questões jurídicas, como a crescente consciência do direito ao meio ambiente saudável, por exemplo, e as questões éticas surgidas com o desenvolvimento da biotecnologia. Do ponto de vista político, diante desta nova e complexa realidade, o Estado redimensiona e reconfigura seu papel. O Direito, instrumento de regulação privilegiado do Estado, tende também a se reconfigurar. Se o Estado está em crise, o Direito também está. A crise é em nível econômico e também crise dos modelos de regulação social tradicionais, incluindo o Direito. A crise atual do Estado indica que os mecanismos econômicos, sociais e jurídicos de regulação, postos há um século, já não funcionam. O Estado tem se transformado no transcorrer do tempo, e o Direito, como o principal meio ou instrumento de regulação estatal, também tem mudado. Conforme visto anteriormente, pode-se distinguir, na história moderna, dois tipos de Direito que podemos associar aos dois tipos de Estado descritos, Direito do Estado Liberal e o Direito do Estado Social. A interdependência crescente dos países, do ponto de vista econômico e financeiro, assim como a complexidade dos problemas novos e a rapidez das mudanças, levaram o Direito à impossibilidade da seqüência desse modo de produção e de aplicação das regras jurídicas, bem

agências estatais e opinião pública para resolução dessa crise são, também, as mais capciosas, e giram em torno de absurdos como: “penas mais severas”, “redução da maioria penal”, “ampliação do rol de crimes penalmente tutelados,” etc.

Analogicamente falando, seria como se um cozinheiro de um restaurante, ao receber ordens de seu patrão para que “mudasse o cardápio”, procedesse apagando os itens antigos e os substituíssem por novos. Obviamente essa não foi a ideia do patrão ao ordenar a mudança de cardápio, pois ele queria que o cozinheiro, como tal, desenvolvesse novas receitas para então renovar os itens contidos no cardápio. Neste sentido, acreditar na simples mudança do código penal seria o mesmo que o empregado do restaurante acreditar que pelo simples fato de escrever novos itens da culinária no cardápio do restaurante se possa exigir que estes itens se materializem por estarem inscritos formalmente. Afirmar isso é uma estupidez tanto quanto afirmar aquilo.

Essas opiniões, além de ineficazes por lidarem com o problema de forma insipiente e formal, são contraproducentes, pois, se há maior criminalização e penas mais longas, conseqüentemente haverá maior número de criminalizados, que ficarão mais tempo sob a custódia do Estado, agravando o então estado de crise.

---

como a um estado de crise que se reflete na dificuldade que tem o Estado para aplicar seus programas legislativos, e no reconhecimento da existência de um pluralismo jurídico. O embate entre a função planificadora do Estado e sua conseqüente necessidade de um Direito instrumentalizador de políticas públicas e a tradição jurídica de garantia e segurança demonstra o paradoxo ao qual está sujeito o Estado contemporâneo. Nos dizeres de José Eduardo FARIA, o fenômeno gera a chamada “inflação jurídica”, com a qual o Direito contemporâneo tem de conviver: “Condicionado assim por dois princípios conflitantes, o da legalidade (típico do Estado liberal-clássico) e o da eficiência das políticas públicas nos campos social e econômico (típico do Estado-Providência), o Estado contemporâneo, por meio de seu Poder Executivo, passa a agir de modo paradoxal gerando, em nome da estabilização monetária, do equilíbrio das finanças públicas, da retomada do crescimento e da abertura comercial e financeira, uma corrosiva inflação jurídica. Este tipo de inflação se traduz pelo crescimento desenfreado do número de normas, códigos e leis, de tal modo que a excessiva acumulação desses textos legais torna praticamente impossível seu acatamento por seus supostos destinatários e sua aplicação efetiva pelo Judiciário, ocasionando, por conseqüência, a “desvalorização” progressiva do direito positivo e o impedindo de exercer satisfatoriamente suas funções controladoras e reguladoras. No limite, esse processo leva à própria anulação do sistema jurídico, pois, quando os direitos se multiplicam, multiplicam-se na mesma proporção as obrigações; e estas ao multiplicarem os créditos, multiplicam igualmente os devedores, num círculo vicioso cuja continuidade culminaria na absurda situação de existirem apenas devedores, todos sem direito algum. Este é o potencial corrosivo da inflação jurídica - o risco da própria morte do direito.” Há, assim, uma crise do Direito que, indissociável à crise do Estado, se apresenta num de seus aspectos como uma progressiva deterioração da organicidade do sistema jurídico, com o colapso do constitucionalismo e a crescente superação do equilíbrio entre os poderes, bem como o fenômeno da globalização econômica, a partir da década de 80. As estruturas jurídicas e políticas legadas pelo Estado liberal, no século XIX, e pelo Estado Social, no século XX, demonstram estar passando por um momento de crise e transformação, e assim também o Direito”. (FILHO, Roberto Freitas, *Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma*. 2ª ed. 2013. Versão para internet, p. 24-25. Acesso em 25/05/2015. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/4067/1/Crise%20do%20Direito.pdf>).

Antes de R. E. Zaffaroni e sua opinião sobre uma teoria agnóstica, uma outra resposta, mais sensata do que as acima referidas, já oferecida ao direito, é a noção de Beccaria<sup>7</sup>, em que a prevenção geral positiva está mais próxima à efetivação da coerção de condutas do que quão rígida ou longa a pena é. Segundo Beccaria, a certeza de uma pena – ainda que curta – é mais temida do que uma pena longa, porém pouco provável.

Como afirma – e talvez solucione – Beccaria, constata-se que as opiniões anteriormente mencionadas não são aptas a sanar a crise da segurança pública. No entanto, é evidente que essas soluções, mesmo falhas na origem, são difundidas em larga escala, de modo universal, e acabam sendo assimiladas como formas capazes de tratar dos problemas que derivam da segurança pública deficiente. Este processo de sistematização do senso comum e sem valor crítico se dá através dos *empresários morais*<sup>8</sup>, como a grande mídia, discursos políticos, discursos de autoridades, de movimentos sociais, etc.

Assim, o resultado desta sistematização é um pensar coletivo altamente tendencioso, que traz à tona, no cerne social, outras formas controvertidas de racionalização do problema, implicando em concepções e discursos de reprodução de violência, como o dito: “bandido bom é bandido morto”, ou o argumento de “excesso de direitos” que visa à supressão de direitos fundamentais em prol do “bem comum”, da “paz pública” e, até mesmo, da “justiça”.

E estas formas tortas de concepções são interiorizadas não só no âmago subjetivo dos cidadãos, mas adentram também no sistema penal, de modo formal e material: no policial que tortura e agride em uma revista; no juiz que escolhe ao invés de decidir uma sentença – adentram de forma material. Ou no próprio Código Penal, criado pelo processo de criminalização primária – formal.

---

<sup>7</sup> "... como melhor meio de impedir o crime é a perspectiva de um castigo certo e inevitável..." (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. ed. Eletrônica; ed. Ridendo Castigat Moraes. p. 177).

<sup>8</sup> “O conceito de empresário moral foi enunciado sobre observações relativas a outras sociedades, mas na nossa pode ser tanto um comunicador social, após uma audiência, um político em busca de admiradores ou um grupo religioso à procura de notoriedade, quando um chefe de polícia à acata de poder ou uma organização que reivindica os direitos da minorias etc. Em qualquer um dos casos, a empresa moral acaba desembocando um fenômeno comunicativo: não importa o que seja feito, mas sim como é comunicado. A reivindicação contra a impunidade dos homicidas, dos estupradores, dos ladrões e dos meninos de rua, dos usuários de drogas etc., não se resolve nunca com a respectiva punição de fato, mas sim com urgentes medidas punitivas que atenuem as reclamações na comunicação ou permitem que o tempo lhes dê a centralidade comunicativa”. (ZAFFARONI, E. Raúl; *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – teoria geral do direito penal*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 45).

É o caso do crime de rixa, presente no referido código, artigo 137, em que na sua forma qualificada com resultado lesão corporal grave ou/e morte, quando não se sabe quem foi o autor, todos respondem pela forma qualificadora do crime em tela<sup>9</sup>. No qual o *in dubio pro reo*, princípio basilar de legitimação do direito penal, transforma-se em “*in dubio pro hell*”<sup>10</sup>, descortinando a face de um Direito Penal do Inimigo,<sup>11</sup> de controle social na forma de perseguição do “Inimigo”.

O Direito Penal pode ser concebido sob diferentes perspectivas, dependendo do sistema político por meio do qual um Estado soberano organiza as relações entre os indivíduos pertencentes a uma determinada sociedade, e da forma como exerce o seu poder sobre eles. Nesse sentido, o Direito Penal pode ser estruturado a partir de uma concepção autoritária ou totalitária de Estado, como instrumento de perseguição aos inimigos do sistema jurídico imposto, ou a partir de uma concepção Democrática de Estado, como instrumento de controle social limitado e legitimado por meio do consenso alcançado entre os cidadãos de uma determinada sociedade. (BITENCOURT, 2012, p. 68).

## 1.2. O NEOLOMBROSIANISMO

Pensar em solução para o problema da segurança pública não é,

<sup>9</sup> “Neste caso se uma pessoa morreu, mas não se apurou a autoria do homicídio, ocorre a punição pela simples participação na briga geral, levando os contendores a responder por rixa qualificada”. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 702). No mesmo sentido:

“Prevê o parágrafo único hipóteses de rixa qualificada, quais sejam: (a) se ocorre morte; (b) se ocorre lesão corporal de natureza grave (pena – detenção de 6 meses a 2 anos). Os resultados devem necessariamente ser reproduzidos por uma causa inerente à rixa e serão imputados a todos aqueles que participaram do entrevo, incluindo-se, aqui, o próprio participante que sofre a lesão grave. A pena também será majorada de forem atingidos terceiros estranhos à rixa.” (CAPEZ, Fernando. PRADO, Stela. *Código penal comentado*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 297).

<sup>10</sup> Um trocadilho jocoso que substitui a palavra latina *reo* (réu) pela palavra inglesa *hell* (inferno) na frase *in dubio pro reo* sem mudar o traço fônico, mas dando o sentido de, na dúvida, “o inferno”, quando o significado original do princípio remete a dúvida em favor da absolvição do réu. “Não são poucos os autores que consideram que os poderes que permitem que o juiz interfira na gestão da prova devem ser complementares; no entanto, não conseguimos vislumbrar caso em que essa atividade não seja potencialmente danosa para o acusado, motivo pelo qual a consideramos em flagrante descompasso com a exigência de democraticidade, o que nos parece inaceitável; afinal tal atividade desconsidera completamente o *in dubio pro reo*, uma vez que na dúvida o juiz parte em busca de provas, que obviamente só podem ter a finalidade de obter a condenação a qualquer custo. Em uma estrutura regrada de contenção do poder punitivo, a dúvida deve gerar absolvição, o que expressa o próprio sentido do princípio *in dubio pro reo*. Mas o processo penal do inimigo de Campos é fundado em torno de outra lógica, que configura um verdadeiro *in dubio pro hell*: diante da dúvida, a verdade ser perseguida até que se chegue ao resultado desejado, que não é outro que a condenação. Não há caso em que essa persistência não signifique a busca da condenação a qualquer custo, já que a dúvida deveria impor a absolvição”. (KHALED Jr, Salah H. ROSA, Alexandre Morais da. *In dubio pro hell*: profanando o sistema penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014. p. 19).

<sup>11</sup> Teoria enunciada pelo professor e doutrinador alemão Günther Jakobs em 1985. Usando como base filósofos como Rousseau, Hobbes e Kant para sustentar que cabe a alguns indivíduos serem chamados de inimigos do Estado, perdendo seu status de cidadão.

necessariamente, pensar o problema.

Esta simples, mas substancial dedução auxilia a colocar em pauta o verdadeiro problema, que reside em um platô hierárquica e axiologicamente superior. Está na ineficácia dos Direitos Fundamentais, já mencionado. Esse descaso produz efeitos devastadores. Efeitos esses que se potencializam com uma cultura galgada no consumo proveniente de uma sociedade capitalista neoliberal<sup>12</sup>.

Por isso a importância de ressaltar a convicção de que o crime, como fenômeno social, principalmente no contexto brasileiro, está ligado, umbilicalmente, à desigualdade social que define nossa sociedade. Em um mundo marcado pela distancia abissal entre pobres e ricos, em que três das pessoas físicas mais ricas do mundo concentram uma riqueza equivalente ao PIB dos 48 países mais pobres, o Brasil é um exemplo dessa má-distribuição de renda. (NETO, 2007, p. 12).<sup>13</sup>

Como afirma Ranieri Neto, tratando-se de um fenômeno (crime como fenômeno social), pensar em soluções para problemas sociais – em específico a criminalidade – de forma isolada é um erro elementar.

Não há espaço para um pensamento simplista e casuístico limitado à noção de ação e efeito. O corpo social não pode ser tratado como um corpo animal, e os gurus (na falta de outro termo), ao mostrarem suas ideias, equiparam-se, do mesmo modo, ao fisiologista patológico, o especialista que analisa cartesianamente a parte afetada e prescreve o remédio milagroso e o tratamento a ser seguido. Porém, em realidade, nem esse especialista analisa tão abstratamente seu objeto, pois reconhece que deficiências setoriais podem ser decorrências de outros tantos aspectos quanto sua capacidade concatenadora possa alçar mão.

Ao analisar o corpo social, diante dessas ideias, erra-se por ignorar a sociedade polarizada, onde a classe pertencente tem o condão de tornar pessoas em humanas e pessoas em objetos. Estas últimas simples mão de obra e mais vulneráveis ao descaso estatal<sup>14</sup>.

Uma vertente dessa vulnerabilidade está expressa na criminalização da classe economicamente vulnerável. Quando Lombroso e Ferri tentaram traçar o perfil do “criminoso nato”, analisando a população carcerária e seus crimes em uma pesquisa

---

<sup>12</sup> CARVALHO, 2010, p. 107.

<sup>13</sup> NETO, 2007.

<sup>14</sup> A violência institucionalizada seria aquela que decorre da própria estrutura social, no caso brasileiro da concentração de renda, que nega a um contingente imenso de cidadãos o exercício de direitos fundamentais. (NETO, Ranieri Mazzilli. *Os caminhos do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 26).

que objetivava fornecer dados fenotípico-biológicos exatos para um precoce reconhecimento do criminoso natural, não conseguiram êxito. Porém, coletaram dados importantes que, ao invés de traçar o perfil do criminoso nato, traçaram o perfil dos indivíduos que são criminalizados.

Contudo, há de se fazer nova referência a Lombroso, em uma vertente que ganha terreno fértil no Brasil. É o denominado “neolombrosianismo”,<sup>15</sup> que bebe do Direito Penal do Inimigo e é vinculado pelos empresários morais. Prega, de forma sistematizada e quase canônica, a demonização do crime, tratando esse como uma doença social que reside em sujeitos desprovidos de moral.

São esses: o negro, o feio<sup>16</sup>, o pobre etc., que caracterizam e formam a maior parcela da população carcerária, e isso não tem ligação com características criminosas, mas sim com a parcela propensa a criminalização.

E um “grande” argumento consiste na falácia de que os presídios estão repletos de homicidas, delinquentes que devem ser tratados longe do seio da “sociedade de bem”, sem explicar quem é esta sociedade de bem, nem de onde vêm os homicidas delinquentes. Esse argumento tosco possui caráter de esteio ao *modus operandi* da política criminal empregada pelo Estado às classes criminalizadas<sup>17</sup>.

A comunicação social divulga uma imagem particular da consequência mais notória da criminalização secundária – a prisão – ensejando a suposição coletiva de que as prisões seriam povoadas por autores de fatos graves (“delitos naturais”) tais como homicídios, estupros, etc., quando, na verdade, a grande maioria dos aprisionados o são por delitos grosseiros cometidos com fins lucrativos (delitos burdos contra a propriedade e o pequeno tráfico de tóxicos, ou seja, a obra tosca da criminalidade). (ZAFFARONI, 2004, p. 47).

---

<sup>15</sup> “É o “neolombrosianismo”, onde o crime é uma patologia a ser extirpada. A ideologia das elites é reforçada e inculcada através de um processo e de uma opinião pública que “acaba sendo o que os jornais, a televisão e o rádio divulgam em seus editoriais, reportagens, entrevistas ou depoimentos sobre fatos ou situações que, mais do que refletir a realidade objetiva, acaba refletindo a ideologia, a crença ou as formas de percepção do real daqueles que divulgam ou expõem suas ideias na mídia”. (NETO, Ranieri Mazzilli. *Os caminhos do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.33).

<sup>16</sup> Tomando como base de critério o padrão de beleza ocidental e em específico o brasileiro, veiculado pelas agências de propaganda na grande mídia.

<sup>17</sup> Na mesma linha escreve Foucault: “O alvo principal da ilegalidade popular tende a ser não mais em primeira linha os direitos, mas os bens... Uma intolerância sistêmica e armada à ilegalidade”. (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir. Petrópolis: Vozes, 1984, p. 78*).

### 1.3. A CIFRA OCULTA

Dessa forma, levanta-se, neste ponto, a questão: qual é a ligação substancial dessa classe com o efeito criminalizante do Estado? Para respondê-la, faz-se interessante analisar a seguinte passagem:

Sendo indiscutível que o direito penal somente é aplicado aleatoriamente, sendo muito difícil precisar a extensão da chamada “cifra oculta”, faz-se necessário indagar qual seria a forma de criminalidade normal em relação a nossa sociedade capitalista neoliberal, cada vez mais calcada na busca do lucro e incentivo ao consumo. (Neto, 2007, p.14).

Em uma aplicação extensiva, no mesmo sentido de Lombroso, o Homem é um *criminoso nato*. Não há de se negar que o simples fato de viver em sociedade faz dele um criminoso em potencial. Pois, dentro do rol dos crimes, existem diversas formas de praticá-los e, em alguns casos, até mesmo a inércia estática configura uma conduta do tipo penal<sup>18</sup>, além do instituto da culpa.

Há, porém, diferenças substanciais entre as possibilidades de praticar determinadas condutas. Existem os crimes nominados de rudes ou grosseiros, que são de fácil detecção, em contra partida aos os crimes sofisticados, que necessitam de certa qualidade do agente, seja de conhecimento e/ou de material hábil e, por serem mais complexos, sua detecção é mais relativa<sup>19</sup>. Dessa forma, e.g. um homicídio, crime que, em tese, qualquer um pode cometer, seja em sua forma dolosa ou culposa e não necessita de qualidade ou ferramenta hábil. Ao passo que os crimes de desvio de verba e crimes cibernéticos são classificados como crimes sofisticados por necessitarem de certa qualidade ou conhecimento do agente, bem como ferramenta hábil.

Porém, fazer *download*<sup>20</sup> ilegal de músicas ou vídeos da rede mundial de computadores, emitir nota fiscal falsa também são classificados como crimes complexos e de difícil detecção.

No entanto, somente esses apontamentos não são suficientes para a compreensão do conceito de “cifra oculta”.<sup>21</sup> Que é melhor definida na diferença

---

<sup>18</sup> É o caso do art. 135 do Código Penal brasileiro que tipifica a omissão de socorro.

<sup>19</sup> “Como afirmou Mezger, “existem numerosos delitos nos quais não é possível demonstrar a lesão de um direito subjetivo e, no entanto, se lesiona ou se põe em perigo um bem jurídico”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: Parte Geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.745).

<sup>20</sup> Ato de fazer cópia de uma informação, ger. de um arquivo, que se encontra num computador remoto.

<sup>21</sup> Cifra negra diz respeito aos crimes que não chegam ao conhecimento das agências estatais e

entre a criminalidade real e criminalidade legal. Esta é a imensa disparidade entre o que ocorre e o que chega ao conhecimento das autoridades, e menor ainda é a parte que chega a uma sanção. O que obriga o Estado a perseguir um alvo mais evidente, diante de seus escassos meios para coibir a criminalidade.

Dessa forma, causa certa perplexidade ao escutar que alguém foi punido por fazer *download* ilegal de músicas da rede mundial de computadores. Diferentemente da reação ao escutar que alguém foi punido por subtrair algum exemplar de uma loja de CDs.<sup>22</sup> Racionalmente, ambas as condutas correlacionam-se à conduta “furto”, mas por que em uma há certa perplexidade e noutra há proporcionalidade?

A resposta está na habitualidade da conduta primária, *download* ilegal e subtrair. Uma está ligada a determinada camada social distinta da outra. Há por ser preconcebido que determinados crimes são cometidos por determinada classe, e sendo esses crimes, os grosseiros, mais criminalizados – perseguidos.

Consequentemente, a criminalização da cifra dourada<sup>23</sup> é abundantemente renegada ao descaso por se tratar, em tese, de sujeitos com maior acesso aos meios de defesa, maior autodeterminação e, consequentemente, maior evidência social.

Dessa forma, o sistema penal formado por normas, penas e agências, proporciona uma ferramenta hábil no controle social. Tornando-se o sistema punitivo monopolizador da violência legal. Porém, quando o sistema age de maneira seletiva, a violência legítima, outrora legal, toma caráter ilegal, sendo exagerada sua aplicação em quem se encontra em situação de vulnerabilidade e praticamente ineficaz contra quem não lhe é vulnerável.

Todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam ou formalizam o poder (estado) selecionam um reduzido número que submetem à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena. Esta seleção penalizante se chama criminalização e não se leva a cabo por acaso, mas como resultado da gestão de um conjunto de agências que formam o chamado sistema penal... Criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas...

---

ficam imunes ao direito penal, geralmente por não serem as modalidades de crime perseguidas pelos aparatos jurídicos. Nesse sentido, Ranieri Neto: “Sendo indiscutível que o direito penal somente é aplicado aleatoriamente, sendo muito difícil precisar a extensão da chamada “cifra oculta”, faz-se necessário indagar qual seria a forma de criminalidade normal em relação a nossa sociedade capitalista neoliberal, cada vez mais calcada na busca do lucro e incentivo ao consumo”. (NETO, Ranieri Mazzilli. *Os caminhos do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.14).

<sup>22</sup> Sigla para *compact disc*.

<sup>23</sup> Fala-se também em Cifra dourada, que consiste em crimes que são cometidos por uma parcela da sociedade formada por pessoas de alta condição financeira e que são ignorados.

criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo... no caso de privação de liberdade de ir e vir da pessoa, será executada por uma agência penitenciária (prisonização). (ZAFFARONI, 2006, p.43).

Sob este aspecto, será analisado o que se entende por seleção criminalizante, como já fora referido no trabalho, e sua interferência no direito penal, relacionando à incessante questão deste momento: poderá o Estado ser acionado penalmente em conjunto ao cidadão?

#### 1.4. A SELEÇÃO PRIMÁRIA E SECUNDÁRIA DE CRIMINALIZAÇÃO

A seleção criminalizante atua de dois modos, a se saber: a seleção primária de criminalização diz respeito às agências políticas que elegem os bens jurídicos mais importantes a serem tutelados pelo Direito Penal. Portanto, não se trata de um processo natural, mas de um processo de seleção de bens que merecem a tutela e ações consideradas danosas a partir de valores deontológicos que cerceiam a sociedade no momento de criação de tais institutos.

Estes institutos, criados pelas agências do poder criminalizante primário, vinculam o poder de criminalização secundário que são imbuídas de aplicar e exercer em concreto o preconizado pelo primário. Sendo assim, as agências do poder criminalizante secundário agem como controle social efetivo, ao passo que o processo de criminalização primário, apesar de ser o início da criminalização seletiva, ainda mantém certa abstração, até porque as agências do primário não sabem ao certo quem será individualizado pela secundária. Desse modo, sua atuação sempre está limitada ao poder de ação das agências secundárias de criminalização.

A seleção não só opera sobre os criminalizados, mas também sobre os vitimizados. Isto corresponde ao fato de que as agências de criminalização secundária, tendo em vista sua escassa capacidade perante a imensidão do programa que discursivamente lhes é recomendado, devem optar pela inatividade ou pela seleção. Como a inatividade acarretaria seu desaparecimento, elas seguem a regra de toda burocracia e procedem à seleção. Este poder corresponde fundamentalmente às agências policiais. De qualquer modo, as agências policiais não selecionam segundo seu critério exclusivo, mas sua atividade neste sentido é também condicionada pelo poder de outras agências: as de comunicação social, as agências políticas etc... A empresa criminalizante é sempre orientada pelos empresários morais, que participam das duas etapas de criminalização; sem um empresário moral as agências políticas não sancionam uma nova lei

penal nem tampouco as agências secundárias selecionam pessoas que antes não selecionavam... O conceito de empresário moral foi enunciado sobre observações relativas a outras sociedades, mas na nossa pode ser tanto um comunicador social, após uma audiência, um político em busca de admiradores ou um grupo religioso à procura de notoriedade, quando um chefe de polícia a acata de poder ou uma organização que reivindica os direitos da minorias etc. Em qualquer um dos casos, a empresa moral acaba desembocando um fenômeno comunicativo: não importa o que seja feito, mas sim como é comunicado. A reivindicação contra a impunidade dos homicidas, dos estupradores, dos ladrões e dos meninos de rua, dos usuários de drogas etc., não se resolve nunca com a respectiva punição de fato, mas sim com urgentes medidas punitivas que atenuem as reclamações na comunicação ou permitem que o tempo lhes dê a centralidade comunicativa. (ZAFFARONI, 2006, p.45).<sup>24</sup>

O Estado, nesse momento, se mostra duplamente contraditório. Além da omissão dos direitos fundamentais ele revela uma postura de infrator de direitos, por meio de ações contra as classes mais vulneráveis.

A seleção criminalizante secundária não apenas se orienta pelo poder de outras agências como também se exerce condicionada a suas limitações operativas, inclusive quantitativamente: em alguma medida, toda burocracia acaba por esquecer seus objetivos, substituindo-os pela reiteração ritual, finalizando geralmente por fazer o mais simples. A regra geral da criminalização secundária se traduz na seleção: a) por fatores burdos ou grosseiros (a obra tosca da criminalidade, cuja detecção é mais fácil), e b) de pessoas que causem menos problemas (por sua incapacidade de acesso positivo ao poder político e econômico ou a comunicação massiva). No plano jurídico é óbvio que esta seleção lesiona o princípio da igualdade, desconsiderando não apenas perante a lei, mas também na lei. O princípio constitucional da isonomia (art.5º CR) é violável não apenas quando a lei distingue pessoas, mas também quando a autoridade pública promove uma aplicação distintiva (arbitrária) dela. (ZAFFARONI, 2006, p. 46).

As agências secundárias de criminalização, constantemente sobrecarregadas pela grande demanda provinda das agências primárias, além de condições precárias, encontram sérias dificuldades em serem eficazes. Possuem desse modo, duas escolhas: permanecerem inertes por conta de sua limitação, o que lhes tiraria a legitimidade – levando-as à extinção –, ou tornarem-se seletivas, que, na verdade, é a única possibilidade encontrada.

E esta seleção encontra arcabouço nos estereótipos difundidos pelos empresários morais ao longo da história.

---

<sup>24</sup> Nesse sentido, também escreve Baratta: “Os mecanismos da criminalização secundária acentuam ainda mais o caráter seletivo do direito penal. No que se refere à seleção dos indivíduos, o paradigma mais eficaz para a sistematização dos dados da observação é o que assume como variável independente a posição ocupada pelos indivíduos na escala social”. (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal* – introdução à sociologia do direito penal. Traduzido por Juarez Cirino dos Santos; 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 165).

A seleção criminalizante secundária conforme ao estereótipo condiciona todo o funcionamento das agências do sistema penal, de tal modo que o mesmo se torna inoperante para qualquer outra clientela, motivo pelo qual: a) é impotente para os delitos do poder econômico (os chamados crimes “do colarinho branco”); b) também o é, de modo mais dramático, diante de conflitos muito graves e não-convencionais, como uso de meios letais massivos contra a população indiscriminada, usualmente chamado terrorismo; c) torna-se desconcertado nos casos excepcionais em que há seleção de alguém que não se encaixa nesse quadro (as agências políticas e de comunicação pressionam os advogados, formulam questionamentos aos quais não sabe responder, destinam-se-lhes alojamentos diferenciados nas prisões etc.). Em casos extremos, os próprios clientes não-convencionais contribuem para a manutenção das agências, particularmente das cadeias, com o que o sistema atinge sua maior contradição. (Zaffaroni, pp. 46-47).

Essa omissão do Estado, em conjunto ao sentimento de perseguição que se forma nas classes mais vulneráveis, torna o sentimento subjetivo e bruto de contrato social relativizado, cabendo ao sujeito se adequar definitivamente à criminalização oferecida por descrença nas instituições estatais. E, nesse contexto, o Estado tenta reaver para si a credibilidade e a legitimidade, usando de maneiras deturpadas para enfrentar um problema que em tese ele mesmo proporcionou<sup>25</sup>.

### 1.5. O “BODE EXPIATÓRIO” ESTATAL

O Estado encontra no problema da criminalidade um “bode expiatório”<sup>26</sup> ideal para justificar sua legitimidade. Ao retirar de foco o debate sobre problemas sociais, retira também sua omissão e insuficiência como garantidor do mínimo existencial. Volta-se o centro do problema para a “crescente criminalidade”, tida como fruto, exclusivamente, de um problema da moral subjetiva. Esse processo se dá em larga escala pelo empresariado moral na grande mídia, mas também habita discursos políticos.

---

<sup>25</sup> “Vale dizer, a solução dos problemas oriundos da criminalidade é secundária, o principal é reforçar o controle social punitivo, através da veiculação da ideia de que o Estado não se descurou do seu dever de “cuidar” do cidadão, que o pacto social é uma realidade; diante da situação de penúria dos serviços de saúde e educação, do desemprego em larga escala, o Estado procura mostrar-se protetor para com a população fabricando leis penais em larga escala. A criminalidade (que é sem dúvida um mal grave) passa a ser o foco das atenções (basta assistir a qualquer telejornal) e, principalmente, a criminalidade torna-se a razão de ser da desordem social e não a consequência (maior ou menor) desta”. (NETO, Ranieri Mazzilli. *Os caminhos do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.31).

<sup>26</sup> Referência aos bodes que constam no velho testamento (Levíticos, XVI). Os quais eram mortos para pagar o pedago dos homens, um era apunhalado ao passo que o outro era largado vivo no deserto (Bíblia. Tradução de João Ferreira de Almeida. L.C.C. Publicações Eletrônicas. Versão para eBook, p. 356. Acessado em 12/04/2016. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/biblia.pdf>).

O Estado faltoso encontra base nesses discursos o motivo de sua necessária intervenção legislando leis, e fomentando políticas públicas de combate à criminalidade nas formas degeneradas já mencionadas, que não produzem outros resultados além do instantâneo e falso sentimento de segurança<sup>27</sup> e paradoxalmente o aumento da criminalização que de forma consequente aumenta a seletividade e a segregação social, além da vulnerabilidade das camadas mais pobres.

Portanto, tem-se a imagem amplamente divulgada, em pesquisas quantitativas, de um aumento vertiginoso da criminalidade, quando o que ocorre é o aumento da criminalização, consequência da inflação do sistema penal, que é fruto da resposta estatal para o descrédito que este sofre quando faltoso.

Dito de outra forma: a História ensina que práticas muito semelhantes foram adotadas pelo regime nazifascista contra os judeus. O governo hitlerista, pós Primeira Guerra Mundial, uniu uma nação com sérios problemas sociais em face ao “inimigo público”, não somente como fator de união propriamente dito, mas para dar legitimidade ao estado de polícia – estado autoritário –, e a perseguição de uma parcela social.

Os tempos são outros e os Direitos Humanos são frutos do aprendizado que a História da Segunda Guerra Mundial ensina. Mas que o Brasil, ao que indica, relativiza no processo criminalizante como bode expiatório estatal, pois acaba por encontrar na parcela mais afetada por sua omissão os antagonistas perfeitos.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> “Porque o Direito Penal encerra em si o uso estatal da violência, sua compreensão somente pode ser efetuada através da união de seus elementos técnicos com o seu significado político. Com efeito, a face política do Direito Penal tão fortemente que ele é apontado como o mais sensível termômetro da feição política do próprio Estado, isto é, se a violência da pena for aplicada de forma ilimitada, sem resguardar a Dignidade da Pessoa Humana, estaremos diante um Estado arbitrário; de outro lado, se a violência da pena for aplicada dentro de parâmetros de proporcionalidade (legalidade, culpabilidade etc.), de modo que se respeite a dita Dignidade da Pessoa Humana, estar-se-á ante a um Estado Democrático... Deste modo, não se pode desvincular o Direito Penal de um duplo viés: a aplicação e a interpretação constitucional”. (BRANDÃO, *Claudio*. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.19).

<sup>28</sup> “Os atos mais grosseiros cometidos por pessoas sem acesso positivo à comunicação social acabam sendo divulgados por esta como os únicos delitos e tais pessoas como os únicos delinquentes. A estes últimos é proporcionado um acesso negativo à comunicação social que contribui para criar um estereótipo no imaginário coletivo. Por tratar-se de pessoas desvaloradas, é possível associar-lhes todas as cargas negativas existentes na sociedade sob a forma de preconceitos, o que resulta em fixar uma imagem pública do delinquente com componentes de classes sócias, éticos, etários, de gênero e estéticos. O estereótipo acaba sendo o principal critério seletivo da criminalização secundária; daí a existência de certas uniformidades da população penitenciária, associada a desvalores estéticos (pessoas feias), que o biologismo criminológico considerou causas de delitos quando, na realidade, eram causas de criminalização embora possam vir a tornarem-se causa do delito quando a pessoa acabe assumindo o papel vinculado ao estereótipo (é o chamado efeito reprodutor da criminalização ou desvio secundário)”. (ZAFFARONI, E. Raúl; *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – teoria geral do direito penal*. 3ª.

Nesta parcela social que sofre duplamente com a conduta estatal, o indivíduo possui, segundo o viés sociopolítico adotado, duas escolhas taxativas de condutas, sendo elas: a do “pobre bom”; e a do “pobre mau”. Atribui-se, ao pobre bom, valores morais positivos, reforçadores morais, pois, mesmo diante das dificuldades latentes se mantém no caminho virtuoso, no “caminho do bem”, sendo um “cidadão honesto”. Ao passo que, ao pobre mau, cabe um valor torpe, em que ele não possui suficiente moral e, por isso, usando do livre-arbítrio, encaminha-se às condutas delitivas, transformando-se na então doença social<sup>29</sup> que necessita de cura.

Este discurso maniqueísta (bom e mau pobre) se robustece na propaganda capitalista neoliberal do sonho americano de possibilidade de ascensão, em que o sujeito, mesmo nascendo na extrema pobreza, poderá, com seu trabalho e mérito, vir a se tornar um sujeito bem sucedido e com grande poder aquisitivo. Discurso muito semelhante ao da ressocialização, que é usado para justificar a pena, no sentido que essa visaria à retirada do delinquente do âmbito social para que o mesmo seja reeducado, ressocializado e possa voltar melhor ao convívio social e seguir sua vida normalmente<sup>30</sup>.

Porém, ambas as teorias não passam de propagandas falaciosas, que fazem uso das exceções e as transformam em regra, modelos de possibilidade afirmando ser possível vir a ser melhor, dependendo única e exclusivamente do sujeito e de

---

ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p.46).

<sup>29</sup> “Durkheim critica a então incontroversa representação do crime como fenômeno patológico: “se existe um fato cujo caráter patológico parece incontestável, é o crime. Todos os criminólogos estão de acordo sobre este ponto.” Por outro lado, observa Durkheim, encontramos o fenômeno criminal em todo tipo de sociedade: “não existe nenhuma na qual não exista uma criminalidade”. Ainda que suas características qualitativas variem, o delito “aparece estritamente ligados às condições de toda vida coletiva”. Por tal razão, considerar o crime como uma doença social “significaria admitir que a doença não é algo acidental, mas, ao contrario, deriva, em certos casos, da constituição fundamental do ser vivente”. Mas isso reconduziria a confundir a fisiologia da vida social com a sua patologia. O delito faz parte, enquanto elemento funcional, da fisiologia e não da patologia da vida social. Somente as suas formas anormais, por exemplo, no caso de crescimento excessivo, podem ser consideradas como patologias. Portanto, nos limites qualitativos e quantitativos da sua função psicossocial, o delito é não só “um fenômeno inevitável, embora repugnante, devido a irredutível maldade humana”, mas também “uma parte integrante de toda a sociedade sã”. (BARATTA, *Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal – introdução à sociologia do direito penal*. Traduzido por Juez Cirino dos Santos; 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p.60).

<sup>30</sup> “Servir-se da prisão como um aspirador social para limpar as escórias/detritos produzidos pelas transformações econômicas em curso e remover os rejeitos da sociedade de mercado do espaço público – delinquentes ocasionais, desempregados e indigentes, pessoas sem teto e imigrantes sem documentos, toxicômanos, deficientes e doentes mentais deixados de lado por conta da displicência da rede de proteção de saúde e social, bem como jovens de origem popular, condenados a uma vida feita de empregos marginais e de pequenos ilícitos pela normalização do trabalho do trabalho assalariado precário”. (WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria dos Estados Unidos [a onda punitiva]*. Traduzido por Sergio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.455).

sua vontade. Tornando uma história de sucesso, de um homem que nasceu pobre e galgou seu lugar ascendido na sociedade ou do preso que depois de cumprir sua pena retorna à sociedade, constitui família e consegue um bom emprego, como exemplos universais para justificar todo o sistema e os estereótipos.

Estes discursos, em conjunto com a propaganda neoliberal, possibilitam ao Estado a isenção da responsabilidade contratual e principiológica que o obriga a proporcionar meios efetivos para o pleno desenvolvimento do Homem em sua cidadania<sup>31</sup>.

Com isto em mente, ao explorar o significado da criminalização em seus aspectos primário e secundário, pôde-se também melhor compreender o processo de perseguição de uma camada para a legitimação estatal ou manutenção do *status quo* social, bem como o inadimplemento estatal para com suas obrigações basilares. Porém, qual o movimento que corroborou com este funcionamento estatal e com os posicionamentos midiáticos além do propagandeio neoliberal?

## 1.6. INFLUÊNCIA DO MOVIMENTO *LAW AND ORDER*

De origem norte-americana, o movimento *law and order* ganha no Brasil, como aponta Ranieri Neto,<sup>32</sup> força por meio de sua intensa disseminação nos veículos de informação popular, como anteriormente mencionado e com *slogans* genéricos, do tipo “tolerância zero”, “bandido bom é bandido morto”, “se foi preso boa coisa não é”, etc., de fácil aceitação entre a massa.

O *Law and Order*, além de consequentemente servir como ferramenta de

---

<sup>31</sup> “Do ângulo da doutrina podemos chamar à colação a máxima de J.J. Calmon de Passos, que pontifica: “O direito não é uma coisa que gera justiça, o direito é uma coisa que gera ordem”. Portanto, para os adeptos da ideologia da Lei e Ordem, o direito penal é, primordialmente, um instrumento de manutenção da ordem vigente, cuja função precípua é a repressão dos comportamentos que possam afetar o status quo”. (NETO, Ranieri Mazzilli. *Os caminhos do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.21).

<sup>32</sup> “Para o Law and Order a opção pelo crime é estritamente pessoal, trata-se de um desvio individual, o que justifica as concepções retributivo-aflitivas em lugar de medidas preventivas. A ideia de que a miséria e a pobreza nada têm a ver com a criminalidade faz-se recorrente no movimento de Lei e Ordem. Isso se deve, a nosso sentir, àquela concepção que mistura o direito com a moral e leva os estereótipos do criminoso como a encarnação do mal, como aquele que se desviou do bom caminho. Nesse passo os direitos fundamentais não se aplicariam aos criminosos ou suspeitos... Essa ótica, adotada e defendida com unhas e dentes pelo movimento de Lei e Ordem, nada mais é do que a ressurreição das ideias de Lombroso, com algumas adaptações. Assim é que surgem as categorias do “pobre bom” e do “pobre mau”; o primeiro é aquele que conhece o seu lugar e não sucumbe à tentação do mau caminho (do crime), já o segundo é o que não resistiu ao chamado do crime, é aquele cujo caráter afinal não era forte”. (NETO, Ranieri Mazzilli. *Os caminhos do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.25).

controle social, objetiva a máxima intervenção do poder penal e em todas as esferas da sociedade. Essa afirmação se torna evidente quando se analisa o advento da Lei 8.072/90, então intitulada “Lei dos Crimes Hediondos”, que promove penas maiores e encurtamentos de garantias precípuas. O Supremo Tribunal Federal, ao negar a obrigatoriedade, com respaldo em premissas constitucionais, do art. 2º, II da referida lei, demonstrou a resistência existente contra esse movimento. No entanto, atitudes como essa são pontuais e escassas.

Esse movimento traz nome ao que está sendo referido até então e, como afirmado, seu objeto principal não é propriamente um “*apartheid* social”, mesmo que seja apto a isso.

Neste sentido, a hipertrofia a que se dá o instituto da pena – tornando o estereótipo criminoso pertencente às classes mais vulneráveis – acaba por aumentar ainda mais a vulnerabilidade do indivíduo pertencente à base social capitalista neoliberal. Fazendo dessas classes a regra quando se refere à criminalização e das classes economicamente superiores a exceção.

Enfim, através da falta e da perseguição estatal demasiada à camada social mais precária, chegou-se ao ponto em que a pergunta “poderá o estado ser acionado penalmente em conjunto ao cidadão?”, ganha, aparentemente, resposta – sim.

Porém, a resposta é mais voltada ao sentido crítico e abstrato da questão. Cabe, então, perguntar sobre os aspectos estrutural e prático da questão. O que descoberta um novo horizonte e desagua em outra pergunta, a partir do norte hermenêutico ocasionado pela trilha até agora feita, no sentido de: como o Estado poderá ser acionado penalmente em conjunto ao cidadão?

A partir de agora, o trabalho tentará responder a esta pergunta que poderá complementar aquela e assim lhe atribuir um chão hermenêutico mais substancial de resolução.

## 1. 7. DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE

É no contexto trabalhado até aqui que se encontra o objeto de estudo deste projeto: o sujeito sob todas as influências negativas do inadimplemento do Estado, cometedor de um delito – porém, antes sendo um potencial criminoso segundo

estereótipos –, processado e na fase da individualização da pena.

É constatável que o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>33</sup> é relativizado pelo Estado a indivíduos das classes mais vulneráveis antes de o indivíduo vir a se tornar um infrator, e são depois da ação delituosa do agente mais inobservados. O agente que se amolda ao mau pobre, a doença social, enfim, amoldado ao processo criminalizante, sofre várias vezes, além do descaso que já está habituado.

Antes, o sofrimento é negativo, proveniente da falta do mínimo existencial, do débito social que o Estado tem com ele. Este sofrimento se torna sofrimento ativo com a intensificação do aparato repressivo estatal voltado para sua camada. E culmina com o sofrimento do cumprimento da pena nas instituições carcerárias brasileiras, em que o mínimo de dignidade humana que ele, em tese, possui, é relativizado – não somente a liberdade, mas sua saúde, sua dignidade física, sua sexualidade, etc.

Ele recebe toda a carga de culpa pela criminalidade latente, morre socialmente por carregar consigo os estigmas dessa culpa que a sociedade personifica em um molde que cabe com perfeição simétrica no agente. Esse delinquente perde seu caráter humano, podendo assim ser torturado, ser morto ou ser submetido a um sistema “igualitário para os iguais”, no qual a realidade de igualdade está no espectro de homem médio que muito se distancia dessa grande parcela que é criminalizada e submetida a práticas de controle social, repressivas e altamente abusivas.

“Homem médio” este, que leva em conta os bons pobres e a sua moral

---

<sup>33</sup> “Princípios da dignidade da pessoa humana – este vetor agrega em torno de si a unanimidade dos direitos e garantias fundamentais do homem, expressos na Constituição de 1988. Quando o Texto Maior proclama a dignidade da pessoa humana, está consagrando um imperativo de justiça social, um valor constitucional supremo. Por isso, o primado consubstancia o espaço de integridade moral do ser humano, independentemente de credo, raça, cor, origem ou status social. O conteúdo do vetor é amplo e pujante, envolvendo valores espirituais (liberdade de ser, pensar e criar etc.) e materiais (renda mínima, saúde, alimentação, lazer, moradia, educação etc.). seu acabamento representa a vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão. A dignidade humana reflete, portanto, um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem. Seu conteúdo jurídico interliga-se as liberdades públicas, em sentido amplo, abarcando aspectos individuais, coletivos, políticos e sociais do direito à vida, dos direitos pessoais tradicionais, dos direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), dos direitos econômicos, dos direitos educacionais, dos direitos culturais etc. Abarca uma variedade de bens, sem os quais o homem não subsistiria. A força jurídica do pórtico da dignidade começa a espargir efeitos desde o ventre materno, perdurando até ele propicia o acesso à justiça de quem se sentir prejudicado pela sua inobservância. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm reconhecido a importância da dignidade humana”. (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 216)

aclamada por reforçadores sociais propagandistas na voz dos empresários morais. Que discursam no sentido de que, esses pobres, mesmo diante de tal situação, negativa e repressiva, permanecem inertes e dóceis, “justificando”, dessa forma, a severidade com que se lida com os reputados maus pobres – os “desiguais”.

Quando o agente comete um ato ilícito ele fica em evidência direta do Estado. Nesse momento sua condição social<sup>34</sup> deve ser apontada com base no artigo 187, §1º do Código de Processo Penal<sup>35</sup> e no artigo 59 do Código Penal<sup>36</sup>. A vinda dessas informações para o processo é de cabal substancialidade para uma aproximação verdadeira do que preconiza o sentido de justiça (*strictu sensu*).

As informações sociais individuais proporcionadas pela observação desses institutos trazem para dentro do processo informações que podem ser usadas para fornecer arcabouço para a fundamentação que o magistrado deverá dispor na segunda fase: no uso das suas atribuições, promovendo por meio das circunstâncias atenuantes inominadas o uso do princípio da coculpabilidade e a consequente redução da pena para, se for o caso, abaixo do mínimo legal<sup>37</sup>. Aqui está presente o

---

<sup>34</sup> “Conceito de conduta social: é o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola da vizinhança etc. O magistrado precisa conhecer a pessoa que está julgando, a fim de saber se merece uma reprimenda maior ou menor, daí a importância das perguntas que devem ser dirigidas ao acusado, no interrogatório, e às testemunhas durante a instrução [...]. Conceito de personalidade: trata-se do conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida. “A personalidade tem uma estrutura muito complexa. Na verdade é um conjunto somatopsíquico (ou psicossomático) no qual se integra um componente morfológico, estático, que é a conformação física; um componente dinâmico-humoral ou fisiológico, que é a expressão psicológica do temperamento; e o caráter, que é a expressão psicológica do temperamento... Na configuração da personalidade congregam-se elementos hereditários e sócio-ambientais, o que vale dizer que as experiências da vida contribuem para sua evolução. Esta se faz em cinco fases bem caracterizadas: infância, juventude, estado adulto, maturidade e velhice”. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. pp. 426-427).

<sup>35</sup> Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003) § 1º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003) (Decreto Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941).

<sup>36</sup> Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940).

<sup>37</sup> “No momento de conformar o tipo e regime concreto de pena, entra em consideração o fim de ressocialização (prevenção especial). Por razões de prevenção especial será possível justificar a diversificação do tipo de pena a ser executada e, inclusive, uma redução da quantidade de pena abaixo dos limites inicialmente fixados pela exigência de proporcionalidade. O contrário, contudo, não será permitido, ou seja, não cabe aumentar a quantidade de pena com base na finalidade de

que pode ser conhecido como uma aplicação prática do princípio da coculpabilidade.

Pode este princípio, assim como as demais atenuantes, trazer a pena aquém do mínimo legal<sup>38</sup>, segundo a leitura constitucional do código penal, mas que encontra sua força mitigada na prática pela Súmula 231 do STJ<sup>39</sup>. Reafirmando, desse modo, o fim qual a pena e o aparato penal se dispõem, ainda que não de forma objetiva, mas amplamente possível e observável: de segregação.

O que possibilita a entrada desses fatores – sociais – atenuantes no processo e que refletem na pena é a culpabilidade. É evidente que a culpabilidade vai muito além do pobre conceito que é diminutamente empregado<sup>40</sup>.

Com esses elementos incluídos no processo, o juiz poderá, na segunda fase, por meio do artigo 66 do Código Penal<sup>41</sup> e com base em sua busca por uma pena verdadeiramente justa – que não ultrapasse a gravidade do ocorrido –, levando em

---

ressocialização, pois o limite máximo da pena está determinado pelo princípio de proporcionalidade e o respeito a outras garantias individuais. A diminuição da pena e/ou sua diversificação em prol da ressocialização encontram, contudo, como limite, a necessidade de estabilização do sistema (prevenção geral positiva), de modo que apesar da clara tendência de reduzir a intensidade da intervenção estatal, esta não pode resultar na completa frustração da eficácia preventivo-geral da pena”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: Parte Geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.334).

<sup>38</sup> “O entendimento contrário à redução da pena para aquém do mínimo cominado partia de uma interpretação equivocada, que a dicção do atual art. 65 do Código Penal não autoriza. Com efeito, esse dispositivo determina que as circunstâncias atenuantes “sempre atenuam a pena”, independentemente de já se encontrar no mínimo cominado. É irretocável a afirmação de Carlos Canibal quando, referindo-se ao art. 65, destaca que “se trata de norma cogente por dispor o Código Penal que ‘são circunstâncias que sempre atenuam a pena’... e — prossegue Canibal — norma cogente em direito penal é norma de ordem pública, máxime quando se trata de individualização constitucional de pena”. A previsão legal, definitivamente, não deixa qualquer dúvida sobre sua obrigatoriedade, e eventual interpretação diversa viola não apenas o princípio da individualização da pena (tanto no plano legislativo quanto judicial) como também o princípio da legalidade estrita”. (BITENCOURT<sup>1</sup>, Cezar Roberto. *As atenuantes podem trazer a pena para aquém do mínimo legal: uma garantia constitucional*. Atualidades do direito. Acessado em 17/09/14. Disponível em: [http://atualidadesdodireito.com.br/perfil/entrar/?redirect\\_to=http://atualidadesdodireito.com.br/estudo-e-penal-ao-vivo-do-dia-17082016/](http://atualidadesdodireito.com.br/perfil/entrar/?redirect_to=http://atualidadesdodireito.com.br/estudo-e-penal-ao-vivo-do-dia-17082016/)).

<sup>39</sup> SÚMULA 231 STJ – “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

<sup>40</sup> “Trata-se da culpabilidade em sentido lato, ou seja, a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem. A culpabilidade em sentido estrito já foi analisada para compor a existência do delito (onde além da reprovação social, analisaram-se a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito). Entretanto, volta o legislador a exigir do juiz a avaliação da censura que o crime merece – o que, aliás, demonstra que esse juízo não incide somente sobre o autor, mas também sobre o que ele cometeu –, justamente para norteá-lo na fixação da sensação penal merecida. Frisando que a culpabilidade incide tanto sobre o fato, quanto sobre o autor”. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.422).

<sup>41</sup> Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). Concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes (Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940).

conta todos os fatores que estão inclusos no caso concreto, atenuar a pena.

O princípio da coculpabilidade, não está disposto a resolver todas as incongruências do direito penal, mas, pontualmente aplicado a determinados delitos e em determinados agentes, tem a potencialidade de tornar o princípio da igualdade mais coerente e tornar a justiça (*strictu sensu*) mais efetiva.

O fato de o princípio da coculpabilidade ser cabível a determinados agentes, levando-se em consideração sua análise personalíssima, não pode ser confundido com o direito penal do autor.<sup>42</sup> Neste a culpabilidade está no agente e o princípio em tela faz jus a um estudo prévio das circunstâncias sociais que envolvem o agente, porém, sem transferir a culpabilidade do ato para o autor ou para o Estado, mas apenas, chamando este último a assumir a sua parcela de culpa (*latu sensu*) naquela situação.

Essa avaliação personalíssima (como já afirmado) torna-se palpável com o artigo, 187, §1º do Código de Processo Penal, na primeira parte do interrogatório e posteriormente com o artigo 59 do Código Penal, no momento da aplicação da pena base. Esses dois institutos trazem para dentro do processo informações sobre os componentes psicossociais, pessoais, necessárias para a utilização do princípio da coculpabilidade<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> “A análise das circunstâncias pessoais do agente não se confunde, evidentemente, com o inaceitável “direito penal do autor”, ínsito às ditaduras, em que as pessoas são punidas em razão de sua “personalidade criminosa”, pelo perigo que sua “personalidade” representaria à sociedade, e não em razão de terem, efetivamente, cometido um ilícito penal, que é característica do Direito Penal moderno, fundado no valor da dignidade da pessoa humana e priorizando a tutela das liberdades individuais (direito penal do fato)... observamos que, ao se analisarem as condições pessoais do condenado, os seus antecedentes, a sua personalidade e conduta social, é imprescindível que se leve em consideração seu grau de instrução, condição social, vida familiar e pregressa, bem como sua cultura, e meio em que vive. Isto porque, o que se julga em um processo é, sobretudo o homem acusado da prática de um ilícito penal e não um fato descrito isoladamente na denúncia ou queixa, de forma fria e técnica, o qual, por vezes, retrata um episódio único e infeliz em meio a toda uma vida pautada pelo respeito ao próximo”. (DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 273).

<sup>43</sup> “Em nosso entendimento, para que se possa acusar, defender e, sobretudo, julgar o próximo, é necessário não só o estudo da sociologia jurídica, mas, com especial enfoque no art. 59 do CP, o estudo da psicologia, para ao menos buscar compreender o porquê determinada pessoa cometeu um crime. Somente a partir dessa busca é que se poderá efetivamente valorar a sua conduta ilícita. Lembramos, aqui, a lição do Professor de Psiquiatria da Universidade de Barcelona, Espanha, Emilio Mira y Lopez: “Não é possível julgar um delito sem compreendê-lo, mas para isso é necessário não só conhecer os antecedentes da situação, mas também o valor de todos os fatores determinantes da relação pessoal (...) e esta é a obra psicológica que compete ao jurista realizar se quiser merecer este nome”. E continua: “Dois delitos aparentemente iguais e determinados pelas mesmas circunstâncias podem, todavia, ter um significado inteiramente distinto e devem, por conseguinte, ser julgados e penalizados de um modo absolutamente diferente. (...) A sanção não deve ser uma vingança que a sociedade adota contra o indivíduo que a ofendeu, mas sim um recurso mediante o qual aquela busca que este recobre ulteriormente a normalidade de sua

O princípio da coculpabilidade é a defesa da culpa compartilhada entre o Estado e o autor da conduta. A culpa que o Estado possui em não prover os direitos sociais e em muitas vezes nem o mínimo existencial, não é denunciada previamente pelo indivíduo lesado por este não possuir o conhecimento desse déficit que o Estado tem com ele, pois, um dos elementos negligenciados é a própria educação.

Essa falta estatal acaba por vir à tona somente quando há o cometimento de um ilícito por parte do agente, com isso obrigando o Estado, “incumbido” do suposto *ius puniendi*, o dever de julgá-lo conforme a sua culpabilidade na conduta praticada, sem eximir-se de sua parcela. Sendo assim, o Estado não pode penaliza-lo de forma a sobrecarregá-lo com reprovações penais de culpabilidade unilateral<sup>44</sup>.

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado dessa maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma “coculpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar. Tem-se afirmado que este conceito de co-culpabilidade é uma idéia introduzida pelo direito penal socialista. Cremos que a co-culpabilidade é herdeira do pensamento de Marat (n.118) e hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado Social de Direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no CP mediante a disposição genérica do art. 66. ZAFFARONI (2004, p. 580).

A conduta de vida pode trazer ao processo informações que isoladamente não são relevantes penalmente, porém se avaliadas posteriormente a uma conduta típica e antijurídica, pode agravar a culpabilidade. É o caso do exemplo que Zaffaroni aponta:

Exemplificando: o sujeito de maus hábitos os terá adquirido por frequentar

---

conduta (...). Para o psicólogo (...) o delito é um episódio incidental; para o jurista é, na maioria dos casos, o tema central de sua atuação. (...) O futuro de um delinquente está menos condicionado à qualificação que o seu delito encontre no Código, do que pela ação que os acontecimentos provocados pela intervenção criminológica exercem em sua consciência moral. Considerando o delito sob o ponto de vista psicológico, chegamos à conclusão de que o seu cometimento representa uma consequência absolutamente lógica e fatal do conflito de forças e fatores que o determinam”. (DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 273-274).

<sup>44</sup> “Por definição, “culpabilidade” é um conceito normativo, um juízo de reprovação que se formula ao autor. Em alemão, fala-se de *schuld*, que é “culpabilidade” e “dívida”. Na própria etimologia do conceito há, claramente, uma idéia de normatividade, que não pode ser eliminada, num direito penal de periculosidade”. (ZAFFARONI, *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 577).

tabernas e prostíbulos; esta conduta é claramente atípica, mas quando a ele se reprova sua “conduta de vida”, que desemboca num homicídio, estaremos reprovando sua conduta anterior de frequentar tabernas e prostíbulos, isto é, reprovação da conduta de vida é a reprovação de conduta anterior atípicas, que o juiz considera contrária à ética (quando na realidade podem ser contrárias apenas a seus próprios valores subjetivos). A culpabilidade pela conduta de vida é o mais claro expediente para burlar a vigência absoluta do princípio da reserva e estender a culpabilidade em função de uma actio in moral in causa, por meio da qual se pode chegar a reprovar os atos mais íntimos do indivíduo. Poucos conceitos podem ser mais destrutivos para uma sã concepção do direito penal. ZAFFARONI (2015, p. 545).

Como já visto, o conjunto psicossocial é, sem problemas, transportado para a culpabilidade quando diz respeito ao agravamento da pena. Deve-se avaliar o Princípio da Culpabilidade em relação não somente a conduta de vida do sujeito, mas também do Estado para com ele. Possuindo culpa (*latu sensu*), o Estado, antes da conduta criminosa, o princípio da culpabilidade poderia ser evidenciado no direito penal brasileiro e teria a capacidade de trazer a culpabilidade pela conduta de vida, em sua forma impositiva diante da precariedade ofertada pelo Estado.

O direito penal não pode ignorar os fatores extrajurídicos de vida pregressa, devendo sempre os considerar na valoração, por ser o crime um fato social<sup>45</sup>.

Com o fim de demonstrar ainda mais as divergências sobre o conceito de culpabilidade, trazemos à coleção a posição do professor alemão Jürgen Baumann, para quem a culpabilidade é decorrente da responsabilidade social. Em primeiro lugar a culpabilidade seria um conceito tão amplo que permitiria em si mesmo a sua “socialização, secularização e desmitologização”. Ao lado de uma culpabilidade jurídica, existe uma culpabilidade moral, uma culpabilidade religiosa etc., que não dão, porém, fundamento a uma concepção jurídica de culpabilidade. A culpabilidade jurídica é, em verdade, uma culpa socialjurídica, pois advém da possibilidade de um comportamento socialmente responsável, a saber: o sujeito deve direcionar-se conforme as exigências da sociedade. Se assim não procede, sua conduta será revestida da reprovação social, “por não haver observado as exigências sociais cumpridas em geral e por ele também”. Ao passo que o conceito de culpabilidade deve ser socializado e secularizado, ou seja, liberto da culpabilidade moral e da religiosa, deve ser desmitologizado, o que significa que ele deve ser igualmente liberto dos laços morais e religiosos a que se arraigou. DELMANTO (2010, p. 203).

Dessa forma, a busca por uma pena justa é uma grande dificuldade<sup>46</sup>, pois a

---

<sup>45</sup> “A referência à intencionalidade dos seres humanos e, portanto, a suas devidas perspectivas limitadoras, não deve ser confundida com a própria negação do conhecimento racional e muito menos com a realidade do mundo: nenhuma disciplina pode usurpar a função da ontologia ao pretender a apreensão dos entes como realidade em si. Tal pretensão conduz ao autoritarismo. Algo substancialmente diferente é aceitar que todo saber incorpora dados do mundo, mas que sempre os seleciona a partir de uma intencionalidade (um para quê saber?), o que não é a mesma coisa que inventará a seu bel-prazer”. (ZAFFARONI, *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. pp.39-40).

<sup>46</sup> “a sensação de justiça à qual corresponde um grande significado para a estabilização da consciência jurídicopenal exige que ninguém pode ser castigado com maior dureza do que merece;

noção de justiça (*strictu sensu*) muito se distancia do sentido de “justiça” atualmente vislumbrado pela sociedade brasileira em que, levando em conta a criminalização voltada a alguns crimes e certos estereótipos, acredita que a reprodução da violência, igual ou maior ao mal ocasionado pelo autor na forma do delito, completa o resultado final da aplicação da pena<sup>47</sup>.

Portanto, fazer uso do princípio da coculpabilidade se faz necessário, não somente como tentativa de contrabalancear desigualdades no trato dos indivíduos e da criminalização provenientes da omissão estatal no tocante aos princípios fundamentais, mas primeiramente como forma de busca da justiça, consequência de uma pena voltada para a realidade social do sujeito.

Não há que se pensar em não aplicar a pena a determinados crimes ou cidadãos, mas antes, buscar a sua efetiva aplicação. Para isso, levando em conta a personalidade<sup>48</sup> e a realidade em que está inserido o infrator, individualizando a pena<sup>49</sup>. Pois, operar o conceito de igualdade, tratando a todos com igualdade material é desigual, como será analisado no terceiro capítulo.

Diante do exposto, tem-se uma indicativa de resposta prática à questão: como o Estado poderá ser acionado penalmente em conjunto ao cidadão. Porém, como visto no final deste capítulo, o caminho até aqui levantou outras questões mais amplas e que se fazem necessário enfrentamento a fim de comprovação. É

---

e merecida é somente uma pena conforme com a culpabilidade”. Em contrapartida, sob a perspectiva dos fins da pena, Roxin defende que não existe impedimento nenhum a que a pena seja fixada, no caso concreto, em limite inferior ao grau de culpabilidade. Dessa forma, a pena adequada à culpabilidade nunca poderá ser aumentada, mas pode ser reduzida de acordo com fins preventivos”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: Parte Geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 327).

<sup>47</sup> Tendo em vista o sistema penal brasileiro, os detentos do poder econômico agem de duas formas: a) criminalizam condutas que atingem seus bens jurídicos mais importantes (patrimônio, por exemplo: o Código Penal de 1940, calcado no trinômio tradição-família-propriedade e sua quantidade de tipos previstos no Título II, que trata dos crimes contra o patrimônio), para que haja segurança e tranquilidade no acúmulo de capitais; b) tentam se furtar ao máximo da incidência do sistema penal, deixando em segundo plano crimes do colarinho branco, lavagem de dinheiro, crimes contra o sistema financeiro, dentre outros.

<sup>48</sup> “Por personalidade se entende o conjunto de características que conformam a individualidade cada ser humano em sua dimensão com características de estabilidade e duração temporal do caráter, de temperamento, do intelecto e do físico de uma pessoa, de modo a determinar sua adaptação ao ambiente”. (BRANDÃO, Claudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.336).

<sup>49</sup> “Quanto aos efeitos da postura assumida na determinação ou individualização judicial da pena, o primeiro aspecto a levar em consideração, como pressuposto lógico da finalidade de prevenção geral positiva limitadora, é a atribuição de culpabilidade ao autor do fato passado. A pena, então, deverá pautar-se de acordo com o desvalor do injusto praticado e as circunstâncias pessoais do autor. Esse ponto de partida implica a aplicação dos princípios de proporcionalidade igualdade e humanidade”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: Parte Geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.334).

perceptível que o princípio tema deste trabalho é um remédio às discrepâncias sociais que em maior grau o próprio Direito o é enquanto reserva ética, como ordem coercitiva – usando a concepção kelsiana –, ou então como freio de certas discrepâncias que o Direito como ordem coercitiva potencialmente pode gerar.

A questão agora levantada é que, independente de ser remédio ou freio, sua argumentação lógica busca por justiça (*strictu sensu*), tal qual o próprio Direito. Sobre essa questão, que o presente trabalho não tem como encerrar, será trabalhada na terceira parte. Antes, porém, na segunda parte será levantada a questão da culpabilidade e o debate que se apresenta diante de tal instituto a partir da “vontade consciente” como pressuposto da punibilidade. Desse modo, o presente trabalho pretende tratar das questões acerca do princípio da coculpabilidade de modo complexo espraiado por uma investigação fenomenológica.

## 2. LIVRE-ABÍTRIO, DETERMINISMO, NEURODETERMINISMO, COCULPABILIDADE E DIREITO PENAL

### 2.1. LIBERDADE

Liberdade é um dos direitos fundamentais ditos de primeira geração, atributo *sine qua non* da humanidade. Portanto, aspiração de qualquer pessoa dotada de discernimento e instinto de todo e qualquer ser vivo. Uma expressão máxima que encontra morada na “livre escolha” do homem sobre carreira, pessoa com se queira viver, enfim, do modo de vida. A liberdade é um estado de consciência, por isso, ser livre corresponde à racionalidade para tal. Do contrário fala-se em instinto de liberdade. Porém, difícil é a tarefa de definir liberdade no conceito de “livre escolha”, empregando-o a indivíduos que já nascem em uma sociedade voltada para o consumo, a pregar condutas, a produzir expectativas de comportamento e a degradar aqueles que não se enquadram aos padrões vigentes.

Hannah Arendt observa que se acredita ser livre simplesmente por possuir consciência das ações cometidas, mas sem possuir consciência das causas originárias de tais ações, por meio de que tais ações são determinadas. Ela lembra que Hobbes compara o homem a um pião de madeira, impulsionado por meninos, ora a rodar, ora atingindo pessoas na canela, e que, se fosse possível, este pensaria que estava, pela própria vontade, pondo-o em movimento se não sentisse o que lhe coloca em movimento. Lembra também que Espinoza compartilha do mesmo posicionamento na analogia da pedra: uma pedra posta em movimento por alguma força externa acredita ser completamente livre e pensaria permanecer em movimento somente por sua própria vontade, desde que fosse consciente de seu esforço e fosse capaz de pensar<sup>50</sup>.

A evidente importância do livre-arbítrio para os sistemas jurídico e religioso é primária. Ambos, por possuírem similar fundamento ético, lato sensu, acabam por se confundirem, com relação aos seus objetivos – responsabilizar o homem por suas ações –, recompensando ou punindo o indivíduo por agir ou não de determinado modo<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> ARENDT, 2000, pp. 202-204.

<sup>51</sup> NIETZSCHE, 2000, p. 49.

Porém, oportunamente, o livre-arbítrio sofre ataques filosóficos e empíricos, a saber. Lê-se em Friedrich NIETZSCHE (2000), que não é possível classificar o agir como conduta positiva ou negativa sem a concepção do livre-arbítrio, sendo este histórico e desenvolvido em paralelo com a evolução social humana.

Neste sentido, as ações humanas ganham progressivamente valores por intermédio da razão, afastando, erroneamente, o agir instintivo, em uma evolução histórica que se deu em distintas fases. Segundo o filólogo alemão: a primeira, na qual se valoravam as consequências da conduta e, com isto, havia parâmetros de boa ou má conduta – se as consequências fossem boas, a conduta também era, mas se não fossem a conduta também não seria boa; na segunda fase, a valoração passa para a conduta em si, sem levar em conta suas consequências e tampouco a motivação – a conduta é classificada como boa ou má por ela mesma e; a terceira fase, em que se outorga valor aos motivos que antecedem a conduta. Finalmente, chegou-se a valoração moral propriamente dita, em que o valor de bem ou mal recai sobre o sujeito, sua vontade, acreditando ser este livre para escolher<sup>52</sup>.

## 2.2. NIETZSCHE E O LIVRE-ARBÍTRIO

Esta inversão da valoração moral e seu deslocamento para o sujeito foi o que permitiu a ideia de que a vontade exercida é livre para fazer ou não, assim avaliada como boa ou má, podendo ser punida ou louvada. Destarte, a intenção precede a ação, e é avaliada moralmente, porém este constructo não passa de preconceito.

Segundo NIETZSCHE (2004), o agir humano é formado por estruturas do pensar e agir que formam um múltiplo conjunto de motivações, que não devem ser resumidas simplesmente na vontade. A própria vontade é mais complexa do que o vulgar conceito de aspiração, desejo, capacidade de representar um ato mentalmente. NIETZSCHE (1992) demonstra com a afirmação de: *es denkt in mir*<sup>53</sup>, que o consciente não é uma realidade imanente como se propôs por muitos séculos. A demonstração prática da falta de domínio do pensar sadio está incorporada nas práticas hodiernas, consistente na falta de escolha lógica no que se pensar enquanto se espera em uma fila de banco ou viajando dentro de um ônibus, ou

---

<sup>52</sup> NIETZSCHE, 1992, p. 38; NIETZSCHE, 2000, p. 47.

<sup>53</sup> “Algo pensa em mim” (tradução literal). A frase em alemão é utilizada pelo filósofo para descrever a ilusão de controle racional do pensamento, no livro intitulado Para além do bem e do mal (NIETZSCHE, 1992).

quando não se consegue lembrar uma informação no momento que se é indagado sobre tal, lembrando-se da informação na sequência, momentos mais tarde, como uma aparição.

Para NIETZSCHE (2002), estas são manifestações do inconsciente, que vêm ao consciente percebido e, por sua vez, é a ínfima parte de todo o pensar. Não existe, portanto, um “eu” construindo as ligações lógicas do pensar, mas sim forças vitais que produzem pensamentos, fazendo do ente o primeiro a assistir o que nele mesmo se pensa. São, portanto, apenas movimentos vitais existências e talvez fisiológicos que, assim como os movimentos peristálticos e cardiovasculares, não podem ser controlados, apenas presenciados. Assim, o fluxo de pensamentos que se exterioriza do inconsciente faz parte da imanência do corpo.

Diante desta desconstrução da racionalidade consciente do intelecto, o filósofo alemão vai além e acrescenta aos significados racionais a impossibilidade de demonstração empírica da realidade, afirmando não haver verdades. NIETZSCHE (1992) demonstra que a ficção da linguagem relacionada aos seres demonstra uma generalidade funcional para a comunicação, mas que não pode ser aceita como verdade por se tratar de signos com caráter universal e que não demonstram os entes em si, de forma que conclui na impossibilidade de o mundo da vida ser traduzido diante da ininterrupta circulação de forças vitais – NIETZSCHE (1992).

Demonstrado no exemplo de uma mulher ter o mesmo nome desde criança, sendo que aquela se distingue muito desta, seja fisiologicamente ou psicologicamente. Inclusive os objetos, em que todos, não são isentos das transformações do tempo, em conjunto com quem observa que também sofre modificações em si e, portanto, na percepção ao avaliar o objeto de distintas formas.

Segue NIETZSCHE (2001) demonstrando que conjuntamente ao pensar não ser livre e de não existirem verdades, toda tentativa de compreensão dessas “verdades médias”, que não passam de interpretações, podem ser (re)interpretadas. “A interpretação da interpretação é interpretável”, afirma – o filólogo – ser este o “novo infinito”.<sup>54</sup> Não o metafísico, mas o infinito relacionado com a multiplicidade de pontos de vista, demonstrando sua perspectiva e até mesmo sua interpretação do que afirma e as afirmações diante desta, sem desabar em relativismo teórico. Compreendendo, dessa forma, que o infinito é paradoxalmente posto dentro do

---

<sup>54</sup> NIETZSCHE, 2001, p. 271.

limite de significância da finitude do interpretar – NIETZSCHE (2009).

Portanto, empregar à conduta caráter genérico de consciência e fundamentos motivados pela razão, no sentido da capacidade livre e consciente de praticar ou não um ato é um dislate. Diante do anterior exposto, o conhecimento da ação ou omissão e seus efeitos não formam a conduta<sup>55</sup>.

O filólogo alemão em *Crepúsculo dos Ídolos*<sup>56</sup> aponta na direção de que o fato de estar o livre-arbítrio ligado à razão dá-se por meio do “eu” substanciado, individualizado, e usado de forma universal. Imaginando-se no lugar de outros e, dessa forma, tendo conceitos emanados de breves “noções do ser”<sup>57</sup>. Acreditando para isso que a vontade se opera como assimilação de escolhas: certas ou erradas – portanto, boas ou más – pela razão.

Razão esta, que deriva de lugar desconhecido – não é empírica –, pois não há como se provar uma construção natural da razão em sentido imanente. Para escolher entre certo e errado deve-se conhecer o certo e errado, o que não pode ser conhecido pela sua universalidade de signos e significados, levando em conta que a filosofia moderna, tal qual as ciências empíricas, não conseguiram um platô razoável de explicação sobre os elementos motivadores do agir humano.

NIETZSCHE (2004) acredita que a conduta humana ainda responde em grande demasia aos instintos e pulsões animais<sup>58</sup>. E segue afirmando que o agir respeita estas pulsões e não são boas ou más, posto que o mesmo agir, em diferentes culturas, possui valoração moral distinta. Algumas vezes na mesma cultura, recebe valoração moral distinta<sup>59</sup> baseado na interpretação da conduta. É o caso da ação de matar alguém, que é um crime, ação moralmente negativa segundo diversos aspectos sociais, inclusive o penal e religioso, podendo ser concebido de distintas formas por sua interpretação jurídica: dolosa, culposa, etc. Avaliada conforme a interpretação da ação sob o viés penal. No entanto, a mesma ação pode não ser negativa e ganhar contorno positivo, sendo isenta de qualquer sanção, quando interpretada como legítima defesa – distinta interpretação da interpretação.

---

<sup>55</sup> NIETZSCHE, 2004, p. 89.

<sup>56</sup> NIETZSCHE, 2001.

<sup>57</sup> Expressão que é ratificada mais tarde por HEIDEGGER (1993).

<sup>58</sup> NIETZSCHE, 2000, p. 49.

<sup>59</sup> NIETZSCHE, 2004, p. 36.

### 2.3. FERRI E O LIVRE-ARBÍTRIO

Ao adentrar no debate secular entre livre-arbítrio, determinismo e neurodeterminismo, faz-se necessário a breve, mas imprescindível, concatenação de ideias referentes a tais frentes. Começando pela visão de Enrico Ferri.

Para Enrico Ferri<sup>60</sup> a consagração da responsabilidade social era afastar a ideia dos clássicos<sup>61</sup> de responsabilidade moral ligada ao livre-arbítrio.

A ideia de livre-arbítrio é característica de todos os homens psicologicamente desenvolvidos e mentalmente sãos. E, por possuírem este poder de escolha, são moralmente responsáveis por seus atos. Esta responsabilidade encerra fundamento na liberdade moral. Por este exposto, o criminoso possui responsabilidade penal por ser moralmente responsável, consequência do livre-arbítrio. A crítica de Ferri ao livre-arbítrio consiste na sua impossibilidade de demonstração sob o viés das ciências naturais<sup>62</sup>.

A visão crítica de Ferri fora de importância ímpar para a ruptura com o pensamento clássico e abertura para o novo pensar criminológico. Aproveitou, para isso, da corrente iluminista do séc. XIX, em que somente os fatos provados empiricamente poderiam ser dados por verdadeiros, bem como as ciências que não tinham demonstrabilidade estavam renegadas ao desprezo.

Seus estudos das então Ciências Criminais ganharam contornos de cientificidade em sua demonstrabilidade com a mudança de paradigma do Direito: preexistente ao Homem e dado a ele por seu criador; para a análise do fenômeno criminal, em conjunto com a crítica da Escola anterior, no sentido que aquela não estava sendo útil à sociedade. Quebrou também com a até então responsabilidade moral e abriu espaço para a responsabilidade penal.

Assim, a norma jurídica não se destina a indivíduos exclusivos ou grupos seletos, mas de maneira universal dentro do ambiente social. É originada pelo fato de se viver em sociedade, gerando, com isso, a obrigação de respeito e acatamento das regras sociais. Regras essas que, sendo previstas em ordenamentos, ganham o

---

<sup>60</sup> Enrico Ferri foi um criminologista e político socialista italiano. É considerado um dos fundadores da Escola Italiana de Criminologia Positivista.

<sup>61</sup> Inclusive os autores defensores do Direito Penal humanitário influenciados pelo ideário iluminista com autores como Beccaria, Bentham e Carrara.

<sup>62</sup> Fato que decorre da Escola Positivista, junto com o empirismo, método indutivo e por fim o determinismo, qual Ferri é um dos maiores influentes.

nome de “Lei”. Portanto, podendo haver a defesa social, o que realmente importa na visão de Ferri:

Se qualquer crime, do mais leve ao mais feroz, é a expressão sintomática de uma personalidade anti-social, que é sempre mais ou menos normal e portanto mais ou menos perigosa, é inevitável a conclusão de que a organização jurídica da defesa social repressiva não pode se subordinar a uma pretensa normalidade ou intimidabilidade ou dirigibilidade do delinquente” (FERRI, 2003, p. 232)<sup>63</sup>.

Em linhas gerais, esta é a ideia de responsabilidade social de Ferri. Ela apresenta alguma similaridade e também discrepâncias com relação ao princípio da coculpabilidade<sup>64</sup>, no qual a defesa social vislumbrada sob o prisma das Escolas Positivistas faz referência à defesa dos direitos estatais sob os direitos do Homem – Ferri (2003)<sup>65</sup>. Em linha distinta, o Princípio da Coculpabilidade tende a promover a consolidação dos direitos inerentes ao Homem, bem como, a evidenciação do não cumprimento de tais direitos, mesmo sendo atribuição obrigatória do Estado. Também difere na questão em que a teoria de Ferri se preocupa com a aplicação de normas jurídicas, ao passo que o Princípio da Coculpabilidade preocupa-se com a questão do limite e medida da pena. Porém, como similaridade – mais marcante –, tem-se o fato de que em ambas o Direito Penal é aproximado da realidade hodierna, uma vez que apresentam uma abordagem social do delito e não puramente universalista e abstrata.

## 2.4. O LIVRE-ARBÍTRIO NA CULPABILIDADE

A evolução histórico-estrutural, acima citada, fica melhor visualizada e ganha corpo dentro do instituto da culpabilidade, na forma que o artigo 59 do Código Penal

---

<sup>63</sup> FERRI, 2003, p. 232.

<sup>64</sup> “Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado dessa maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma “co-culpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar. (ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 580)”

<sup>65</sup> “Já que esta necessidade de defesa social – afirmada, desde os inícios da Escola positivista, em nome dos direitos do Estado perante os direitos do homem – se tem sempre cada vez mais imposto, sobre tudo devido à bancarrota dos sistemas penais clássicos [...]”. (FERRI, Eurico. *Princípio de direito criminal: o criminoso e o crime*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2003 p. 238).

Brasileiro<sup>66</sup> que elenca sete fundamentos estruturantes da culpabilidade: três deles (antecedentes, conduta social e personalidade) voltados à pessoa do agente e as demais se dividindo na análise dos efeitos da conduta (consequência), análise da conduta em si (circunstâncias) e na análise dos antecedentes à conduta (motivos e comportamento da vítima). Sendo assim evidenciado que, apesar de serem consideradas todas as dimensões de valoração do livre-arbítrio, como apresentado por Nietzsche, há ênfase no julgamento da pessoa do agente.

O livre-arbítrio<sup>67</sup> como conceito de decisão – do poder agir de maneira distinta perante determinado caso – é, no direito hodierno brasileiro, fator primordial e positivo do conceito de culpabilidade. Sendo, assim, um juízo de reprovação do ato em concreto previamente tido como típico e antijurídico.

Esta perspectiva ignora por completo todos os fatores exógenos (distintos) do sujeito e sua capacidade de escolha, condicionando-a de forma maniqueísta entre o bom ou mau. O ato delituoso assume a forma de mau, que é evidenciada na conduta do “homem médio”, ou seja, se pessoas em condições similares agiriam de forma semelhante, e com isso, na possibilidade de “agir de maneira diversa”, recai sobre o sujeito a punibilidade.

São, assim, pautas de expectativas de comportamento previsíveis. Exclui-se o livre-arbítrio somente em situações excepcionais, nas quais não seria possível exigir do sujeito conduta distinta da tomada, sob este espectro moral de base neokantiana.

Porém, esta afirmação de poder agir de maneira distinta encontra uma limitação no que se refere a sua demonstração empírica. Argumento levantado desde o iluminismo, no determinismo e, mais recentemente, pela neurociência:

Por exemplo, para Gerhad Roth (2003) a representação tradicional segundo a qual a vontade se transforma em fatos concretos através de uma ação voluntária dirigida por um consciente não é mais do que uma ilusão, devido a que, como, consequência da concatenação da amígdala, do hipocampo e

---

<sup>66</sup> “Art. 59 – O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação do crime [...]” (Código Penal – Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940).

<sup>67</sup> “[...] o indeterminismo absoluto, ou seja, a ideia de que os acontecimentos não necessariamente correspondem a causas lineares, por processos físicos e biológicos. O indeterminismo tem como central a ideia de *livre-arbítrio*, cuja origem está claramente associada tanto à filosofia quanto à religião.” “A ideia de que uma pessoa consciente age livremente e, portanto, é responsável pelo resultado derivado causalmente de suas escolhas livres, é o elemento fundante de uma concepção de culpabilidade com nítida raiz religiosa e faz corresponder ao binômio pecado/ penitência a fórmula penal da culpabilidade/pena.” (BUSSATO, Paulo Cesar. *Neurociência e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 56-57).

dos nós ventrais e dorsal, a memória emocional da experiência (que trabalha de modo inconsciente) tem a primeira e a última palavra no que concerne à aparição de desejos e intenções, de modo que as decisões adotadas ocorrerem no sistema límbico um dos segundos antes de que possamos percebê-las de modo consciente. Tal sistema atua como um aparato de poder organizado, frente ao qual o ser humano se percebe, devido a um autoengano, só de um modo aparente como livre (BUSSATO, 2014, p. 553).

Por seu lado, Wolfgang Prinz (2004) [...] Diretor do Instituto Max-Planck de Ciências Neurológicas e Cognitivas de Munique, falar de liberdade de vontade desde o ponto de vista da Psicologia é como desde o ponto de vista da Zoologia falar do unicórnio, ou seja, algo que não existe na ontologia da disciplina.

Wolf Singer (2004) incide no mesmo modo na ideia de que as percepções que nós experimentamos como objetivas não são mais que o *resultado de processos construtivos* (p. 31). Teríamos que aceitar essa premissa da mesma maneira que não temos problemas em reconhecer que o comportamento animal está completamente determinado e que cada ação vem dada necessariamente por uma combinação entre a constelação que origina o estímulo atual e os estados cerebrais imediatamente anteriores, e que por sua vez tais estados cerebrais estão determinados pela organização genética previamente dada do respectivo sistema nervoso, assim como pela multidão de fatores epigenéticos e **processos educacionais que modificam a arquitetura das cadeias nervosas**, e finalmente, pela **história prévia imediata**, que “ressoa” na dinâmica da interação neuronal (BUSSATO, 2014, p.35, grifei).

Francisco Rubia é um fiel representante desta corrente. [...] a “revolução neurocientífica”, com seu descobrimento de inexistência do *eu* e da liberdade de vontade, é a quarta grande humilhação que aguarda a humanidade depois das três previas descritas por Sigmund Freud (1856-1939) no opúsculo *Uma dificuldade da psicanálise*: a que acabou com o geocentrismo por meio de Nicolau Copérnico (1473-1534), a consumada por Charles Darwin (1809-1882), com sua teoria da evolução, e a do próprio Freud com a descoberta do inconsciente (BUSSATO, 2014, p.98)<sup>68</sup>.

A grande dificuldade em abrir mão dos extremismos metodológicos apontados reside no fato de sua historicidade, na qual a não existência do livre-arbítrio, por sua vez, atentaria contra as bases da civilização ocidental, por possuí-la na imputabilidade agregada à noção de pecado e culpa. Aqui reside a grande dificuldade em se emancipar da tradição punitivista baseada nos cânones teológicos, como visto em Nietzsche (2004), na evolução conceitual do livre-arbítrio. Conceito tal que possui aplicação consagrada no Direito atual, de forma que os preceitos fundantes da culpabilidade elencados no artigo 59 do Código Penal Brasileiro dizem respeito respectivamente: a) antecedentes à conduta social e a personalidade – que estão voltadas ao agente – na visão clássica do livre-arbítrio; b) circunstâncias: à valorização da conduta em si, o comportamento da vítima à ideia de valoração moral – do agente – nos motivos e; c) consequências: valorando a

---

<sup>68</sup> BUSSATO, 2014, pp. 23-25.

posterioridade e efeitos da conduta.

Esta construção do conceito atual de culpabilidade, que deveria servir, também, à valoração social circundante do cometedor do ato ilícito perde sua função precípua e dá azo a preconceitos e discriminação na forma de uma culpabilidade do sujeito disfarçada de culpabilidade do ato.

A análise da realidade social leva em conta todas as propriedades ambientais e sociais que se está inserido. O princípio da coculpabilidade se propõe de mesma forma a uma análise social do delito, sendo este um “fato social” e, portanto, as condições socioeconômicas não devem ser desprezadas. Dessa forma, feita uma análise do ambiente onde está inserido o indivíduo, há a possibilidade de uma forma mais eficaz de individualizar a conduta delituosa.

Entendendo que decisões não são escolhas e que decisões carecem de interpretações de fatos verdadeiros ou falsos, em maior ou menor grau conforme a realidade da conduta e sua comprovação. Para desta forma vislumbrando a conduta de forma mais abrangente possível, trabalhando-a como fenômeno. Analisando, assim, o delito não sob um único viés retribucionista e ou punitivista, garantista e etc., mas de forma social conduzido pela noção de humanidade.

Sobre este aspecto, Muñoz Conde demonstra que o ambiente não é fator único na tomada de atitude, porém age de maneira a condicionar e dar azo a determinados fatos, nas palavras de Busato (2014):

MUÑOZ CONDE valeu-se do exemplo de que se dependesse de sua vontade, ele gostaria de reger a filarmônica de Nova Yourk, mas não pode fazê-lo pela simples razão de que não possui habilidade suficiente para tanto. Complementou seu exemplo dizendo que Mozart, por outro lado, poderia assumir essa função, pois tinha qualidades inatas, biológicas.

Em reforço ao seu argumento em favor do determinismo, agora num contexto ambiental, MUÑOZ CONDE também se referiu aos jogadores de futebol brasileiros, que possuem habilidade destacada para o esporte, mas se não tivessem nascido aqui e sim na Sibéria, muito provavelmente não seriam jogadores profissionais, assim como, inversamente, também não ocorreria com Mozart, para a música, caso tivesse nascido na Amazônia, tudo em razão do meio ambiente que os condicionaria a seguir outros rumos e desenvolver habilidades. BUSATO (2014, p. 199).

Destarte, ao tentar classificar uma ação isolada de uma pessoa, ainda que se leve em consideração aspectos trans-temporais, como visto no conjunto fundante da culpabilidade, é insuficiente e enganoso, não somente por se tratar de uma interpretação em si, mas ainda pela falta de elementos interpretativos desvinculados unicamente de aspectos morais.

Neste sentido, Martin Heidegger (1993) mostra que não há valoração do “ser” sem interpretação, e esta interpretação deve partir de análises do fenômeno do “ser”, investigando não só o livre-arbítrio da conduta ou seus aspectos morais valorativos antes, durante e depois, mas avaliar a questão existencial do “ser no mundo”, a partir de seus desdobramentos advindos da “pre-sença”<sup>69</sup> – seu lugar de manifestação. Esta interpretação do “ser” deve ser vista como “ser-com”<sup>70</sup>. De forma que, diante do até aqui visto, mesmo o “ser” isolado, a “pre-sença” é sempre “copresença”, sob a perspectiva do subconsciente “do algo pensa em mim”.

No entanto, diante do exposto, faz-se oportuno aqui dar um passo atrás como gesto de precaução em acreditar na ciência como última e indiscutivelmente correta. Para tal, serão analisadas, de forma sucinta, as rupturas neste pensar.

## 2.5. FALHA DO DETERMINISMO E DO NEURODETERMINISMO COMO CIÊNCIA PURA

O determinismo puro contempla a perspectiva de que há uma inevitabilidade no agir e por este motivo sua vital e inexorável intervenção no Direito sem espaço para refutações. Tal discurso tem o suporte da “verdade absoluta”, mesmo com a noção de que esta verdade promoveu ao longo da história graves resultados. Tem-se como exemplo a verdade absoluta que serviu de arcabouço justificante de modelos processuais da inquisição<sup>71</sup>.

Neste ponto, a neurociência se preocupa em demonstrar seus resultados a fim de influenciar outras áreas, como o Direito Penal, a partir da culpabilidade. Sobre

---

<sup>69</sup> HEIDEGGER, 1993, pp. 68-69.

<sup>70</sup> Ser-com é a tradução, encontrada nesta versão traduzida para o português, da expressão *Mitsein* de M. Heidegger, e que tem o sentido de ser visto em conjunto, em comunidade. HEIDEGGER, 1993, p. 318-319.

<sup>71</sup> Foucault alerta para o demasiado perigo em correlacionar verdade e poder, quando tratar do inquérito como forma legítima do saber. “O inquérito não é absolutamente um conteúdo, mas a forma de saber. Forma de saber situada na junção de um tipo de poder e de certo número de conteúdos de conhecimentos. Aqueles que querem estabelecer uma relação entre o que é conhecimento e as formas políticas, sociais ou econômicas que servem de contexto a esse conhecimento costumam estabelecer essa relação por intermédio da consciência ou do sujeito de conhecimento. Parece-me que a verdadeira junção entre processo econômico-político e conflitos de saber poderá ser encontrada nessas formas que são ao mesmo tempo modalidades de exercício de poder e modalidades de aquisição e transmissão do saber. O inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir. O inquérito é uma forma de saber-poder”. (FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Editora NAU, 2003. pp.77-78).

isto não haveria justificativa para o já injustificável sistema prisional retribucionista. Para tal pensamento, ao invés de pena, o correto seria medida de proteção. Prática presente no ordenamento penal brasileiro<sup>72</sup>, também evidenciada por Michel Foucault<sup>73</sup> e recentemente por Loïc Wacquant que, por sua vez, no contexto norte-americano, explana como instituições que tratavam de pessoas como doentes psiquiátricos, passaram a ser inseridas nas prisões<sup>74</sup>.

O determinismo esbarra primeiramente na questão lógica evolutiva. Em que, a escolha racional, distinta do determinismo puro, seria antes uma forma consciente de antecipar resultados de condutas não realizadas – atuação virtual –, permitindo uma mais eficiente realização ou cometimento de atos a serem realizado<sup>75</sup>. Ainda que, segundo o anteriormente visto, estas escolhas sejam preordenadas no subconsciente, esta assimilação de memórias é fator crucial na evolução social do ser humano.

A problemática evidenciada neste ponto reside em uma falácia mereológica, na qual a supremacia do cérebro indicaria uma forma pura de conhecimento do agir. Utilizando o neurodeterminismo como uma modalidade científica hábil a demonstração da verdade<sup>76</sup>. A partir deste pressuposto o cérebro estaria como

---

<sup>72</sup> Arts. 97 e 98 do Código Penal - Decreto Lei 2848/1940

<sup>73</sup> “Toda a penalidade do século XIX passa a ser um controle, não tanto sobre se o que fizeram os indivíduos está em conformidade ou não com a lei, mas ao nível do que podem fazer, do que são capazes de fazer, do que estão sujeitos a fazer, do que estão na iminência de fazer. Assim, a grande noção da criminologia e da penalidade em fins do século XIX foi a escandalosa noção, em termos de teoria penal, de periculosidade. A noção de periculosidade dignifica que o indivíduo deve ser considerado pela sociedade ao nível de suas virtualidades e não ao nível de seus atos; não ao nível das infrações efetivas a uma lei efetiva, mas das virtudes de comportamento que elas representam”. (FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Editora NAU, 2003. p. 85).

<sup>74</sup> WACQUANT, 2007, pp. 177-179.

<sup>75</sup> “[...] a explicação oferecida por Delgado García, no sentido de que a capacidade interna de simular atos não realizados consistiria em uma forma de poupar a energia gasta em realiza-los de modo frustrado. Possivelmente, a energia despendida nas tentativas e erros sucessivos até que se chegue ao resultado almejado tenderia a conduzir à ampliação progressiva – pelo cansaço – das chances de não alcançar o resultado. Por outro lado, a capacidade de consciência para a tomada de decisões, antecipando mentalmente um resultado não realizado, seria energeticamente uma postura econômica, permitindo uma maior possibilidade de efetividade na realização efetiva do empreendimento”. (BUSSATO, Paulo Cesar. *Neurociência e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 63-64).

<sup>76</sup> “Como enfrentar o problema? Ao que parece há aqui uma falsa alternativa: de um lado, o determinismo da neurociência que afirma a inexistência absoluta de livre-arbítrio humano, o que não parece aceitável; e de outro lado, na universalização (também determinista, pois ignora a particularidade existencial e irredutível de cada homem individualmente considerado) de uma liberdade enquanto tal para o conjunto dos homens, que se funda nas premissas do homem racional moderno e é essencialmente metafísica. Por ser metafísica ela não precisa (e não pode) ser demonstrada (ou sequer ser sustentada argumentativamente de forma satisfatória). Ou seja, é

cerne do agir. Porém, não há como demonstrar o que é proposto sem incorrer em um paradoxo e na confusão do âmbito empírico com o conceitual. Utilizando de argumentos cobertos de cientificidade para sua relativização, estudos comprovam o oposto: o cérebro não está totalmente no controle, apontando, assim, arestas incontornáveis para esta teoria. Como uma espécie de “eu” inconsciente que assume o agir, antecipando-se ao cérebro e à consciência. Assim sendo, uma forma de pensar com o corpo, ou com partes inconscientes do cérebro, totalmente aleatórias ao conhecimento cognitivo. Não existindo a possibilidade de se agir conscientemente o dia inteiro, por exemplo – se é que existe a mera possibilidade.

No âmbito da responsabilidade penal, poderia levar a partir as já famosas investigações de Libet (1985-1987) à solução da distinção entre atos voluntários e involuntários, ou, quando menos a modificar nossa compreensão atual de conceitos tão importantes em esquema de imputação de responsabilidade penal como o dolo e por sua vez, o conhecimento ou a intencionalidade. Assim a professora Denno (2002) assinala que de maneira inconsciente cérebros e corpos dos sujeitos detectam informações que seu cérebro consciente não reconhece, o que sugere que a mente consciente não exerce pleno controle sobre ações e percepções individuais. Em termos de Direito penal, tal evidência suporia pôr em dúvida a taxativa dicotomia consciente/inconsciente estabelecida pelo *model penal code*, assim como a (a seu juízo) simplista lista de estados mentais que estabelece para ilustrar a inconsciência. Pelo contrário, o que deva considerar-se por “consciência” seria algo muito mais complexo e subjetivo (BUSSATO, 2014 p. 325)<sup>77</sup>.

Consiste a falha do neurodeterminismo – nova forma de determinismo – ao ver o cérebro como único ente a ser analisado para compreensão da intencionalidade. Sua crítica é relevante e admite que além do cérebro, o corpo também é capaz de detectar informações que o cérebro consciente não reconhece. Sugere, deste modo, uma releitura do problema, consciência/inconsciência. Devendo o assunto ser considerado de maneira mais ampla, sob um viés de complexidade subjetiva BUSSATO (2014, p. 25)<sup>78</sup>.

---

uma liberdade pura e simplesmente tomada como dada, como inerente aos homens enquanto seres racionais que por natureza são. De acordo com Cirino dos Santos, a estruturação de uma culpabilidade com base na teoria do poder de agir de outra maneira se desdobra em duas vertentes: a perspectiva concreta e a perspectiva abstrata. Na variante concreta, o poder de agir atribuído ao autor individual é indemonstrável e na variante abstrata, o poder de agir diferente é atribuído a qualquer outra pessoa no lugar do autor, fazendo com que a reprovação não incida sobre o autor, mas sobre uma pessoa imaginária no lugar do autor. Em ambos os casos, há uma suposição: ou dirigida diretamente ao autor, ou indiretamente através de um padrão de comportamento exigível ao homem racional naquele caso concreto. Não há como não reconhecer que os argumentos utilizados para fundamentar essa concepção não escondem a sua fragilidade”. (KHALED Jr, Salah H. *O problema da indemonstrabilidade do livre-arbítrio: a culpabilidade jurídico-penal diante da nova concepção de homem da neurociência*. Sociologia Jurídica: número 10, Janeiro-julho de 2010. cap. 3.).

<sup>77</sup> BUSSATO, 2014, p. 25.

<sup>78</sup> “Nos mencionados experimentos de Libet, sobre os quais se realizaram números estudos posteriormente (Sinnotte-Armstrong/Nadel (Ed.), 2010), Libet pedia aos sujeitos submetidos à prova que movessem a mão enquanto media a atividade elétrica do cérebro, descobrindo que os impulsos dos sujeitos associados ao movimento começavam aproximadamente um terço de segundo antes de que os sujeitos estivessem conscientes de sua intenção de fazer o movimento. (BUSSATO, Paulo Cesar. *Neurociência e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 25-26).

Diante de tal embate argumentativo, será analisada a possibilidade de compreensão do agir sob uma perspectiva que foge dos extremos, de termos antiquados, mas sem se filiar a ciências como verdades ilibadas. Em uma análise que se mostrou, no decorrer do trabalho, a mais coerente, partindo de um patamar de demonstrabilidade científica e filosófica de possibilidade argumentativa da racionalidade voltada à garantia da Humanidade.

## 2.6. O COMPATIBILISMO HUMANISTA

Como dito, nem o determinismo e nem o indeterminismo são viáveis no seu uso absoluto dentro do Direito Penal. Desta forma, uma solução interessante para o dilema seria um, também já mencionado, caminho miscigeno, por permitir certa mobilidade ou liberdade entre ambos sem exceder este ou aquele, de forma a abarcar com grande sensatez a problemática. Fala-se em determinismo relativo ou indeterminismo relativo BUSSATO (2014, p. 30)<sup>79</sup>.

Pode-se dizer que ambos, o indeterminismo do livre-arbítrio e o neurodeterminismo mecânico, são insustentáveis: no livre-arbítrio por partir de pressupostos metafísicos que muito se afastam do conhecimento resultante das ciências empíricas de análise do comportamento humano e; no neurodeterminismo, a complexidade torna o comportamento humano à margem do ideal de liberdade, além de não possuir plenitude, sofrendo provas, também empíricas, de sua incerteza. Sendo temerária e devendo ser meticulosamente analisada por possuir a potencialidade de promover um retrocesso imensurável na política e filosofia moderna. Demonstrando, porém, que as compreensões pós-metafísicas não admitem que no Direito Penal o livre-arbítrio seja tomado como fundamento do castigo. Assim, a noção de liberdade, na perspectiva de subjetividade introspectiva, mostra-se insuficiente como critério de heteroimputação jurídica.

É preciso reconhecer que a concepção de culpabilidade enquanto baseada no livre-arbítrio de acordo com as premissas modernas é insustentável, independentemente do que propõe a neurociência. Nesse sentido, a neurociência é apenas mais um elemento de descrédito para a concepção de homem da modernidade, o que, todavia, não significa que suas proposições devam ser necessariamente tomadas como "verdadeiras". Há que se ter um espírito de desconfiança em relação ao conhecimento científico; a própria história do pensamento europeu moderno e a elevação da ciência à condição de religião demonstram isso inequivocamente. Não é mais aceitável que o discurso científico seja tomado como verdade e que

---

<sup>79</sup> BUSSATO, 2014.

isso automaticamente invalide todos os argumentos que não preenchem os requisitos da cientificidade. KHALED Jr. (2010, cap.3)<sup>80</sup>.

O exposto abre caminho para o pensamento que ambos os extremos – referentes aos componentes antagônicos da culpabilidade e suas limitações – promovem suficientemente a concepção da dúvida, que culmina em uma sensata solução conciliadora baseada no Compatibilismo Humanista. No qual o compatibilismo que parte de um entendimento entre as ciências empíricas, biológicas, o Direito Penal e o humanismo. Atuando este último a partir do limite daquelas, usando como balizadora a dignidade do ser humano<sup>81</sup>.

Neste caminho, a vontade do agente é tida como *livre*, porém, sofre influência do meio em sentido proporcionalmente contrário a autodeterminação. Assim, uma vontade viciada, ou contaminada por suas condições de sobrevivência. Leva-se em conta, ainda, o subconsciente e a negligência do Estado. Ficando o poder de escolha relativizado, motivando uma redução na reprovabilidade.

Esta perspectiva considera uma concepção de permeabilidade não funcionalista da ciência penal, opondo-se ao silogismo puramente retribucionista entre livre-arbítrio e neurodeterminismo. Busca respostas jurídicas satisfatórias no sentido de individualização do fenômeno “conduta delituosa” e, portanto, não contraditórias entre si.

## 2.7. O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE E O COMPATIBILISMO HUMANISTA

Primeiramente, cabe ressaltar que não contempla o princípio da coculpabilidade o determinismo proposto pela teoria de Ferri, tampouco o indeterminismo do livre-arbítrio, pelo fato de que ambos não são respostas adequadas ao Direito Penal. O determinismo por negar desde a gênese a liberdade

---

<sup>80</sup> KHALED Jr, Salah H. *O problema da indemonstrabilidade do livre-arbítrio: a culpabilidade jurídico-penal diante da nova concepção de homem da neurociência*. Sociologia Jurídica: número 10, Janeiro-julho de 2010. cap. 3.

<sup>81</sup> “As consequências do compatibilismo humanista [...]: a) Em caso de que novos conhecimentos empíricos, obtidos, por exemplo, através das modernas técnicas de neuroimagem, demonstrem que se vinham impondo penas em casos nos que agora sabemos que a conduta delitiva se devia a déficits cerebrais, isso deve ser tido em conta a *favor do autor*. Em particular é muito provável que os novos conhecimentos deem lugar a uma ampliação dos casos de inimputabilidade e semi-imputabilidade (Feijo Sánchez, 2011, 39). b) qualquer medida que se pudesse adotar como alternativa ao castigo tradicional, em todos os casos mencionados anteriormente, deveria respeitar sempre os mesmos limites e garantias materiais e processuais que amparam os sujeitos considerados culpáveis no marco do Estado de Direito.” (BUSSATO, Paulo Cesar. *Neurociência e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 41-42).

de vontade, e o livre-arbítrio por acredita-lo como ponto de partida e suficiente por si só para castigar. Ao contrário deste dualismo, o princípio da coculpabilidade oferece o meio termo, uma via interpretativa alternativa dos extremos do livre-arbítrio de um lado e do determinismo de outro.

Pois, é evidente que fatores biológicos favorecem determinadas habilidades, mas, contudo, não há de se negar que o ambiente possui influência direta nas atitudes. Pois age, antes, na própria personalidade do sujeito. Não o obrigando diretamente a determinada atitude delituosa, mas age de maneira incisiva, providenciando o ambiente favorável para seu afloramento.

Assim, é rigorosamente simples afirmar que determinado sujeito não está fadado à vida criminosa por pertencer a um meio precário, porém, é uma concepção romântica acreditar que o ambiente não influi no agir. Em que, todo ser é antes fruto de seu tempo em um determinado local, estes fatores de sua história e historicidade. Este conjunto tempo/local age de maneira direta na autodeterminação.

Vê-se esta influência do meio por sobre o indivíduo no pensamento de Immanuel Kant (1974), em sua alegoria do quarto escuro<sup>82</sup>: Supondo que se entre num quarto conhecido anteriormente, mas agora escuro e que fora reorganizado na ausência do ingresso, a movimentação no interior do quarto será possível com um conhecimento *a priori* do mesmo, em paralelo ao uso de ferramentas da consciência e da racionalidade – como as noções de esquerda, direita, cima, baixo, frente e atrás. Porém, este conhecimento, tanto *a priori* quanto racional de esquerda, direita, etc, muito pouco ou nada poderá ajudar ao pleno mover-se dentro do quarto, agora modificado. Então, supondo também, a vontade de apanhar algum objeto qualquer dentro do quarto, que conforme o conhecimento *a priori*, sabe-se a sua posição – na esquerda, na direita, etc. –, agora, diante da nova realocação, não será possível o alcance de tal objeto pela interferência que o meio promove na subjetividade do agir intuitivo e racional, desprezando o conhecimento que se tem *a priori* do quarto e as noções cognitivas de esquerda, direita, etc. Destarte, não possibilitando, ao entrante, alternativa distinta do uso dos meios que detém no momento – tato – para possibilitar a movimentação ou apanhe do objeto no interior do quarto.

Influência esta que está presente também no pensamento de Martin Heidegger (1993), em que demonstra diversas vezes o influxo que o meio proporciona ao

---

<sup>82</sup> KANT, Immanuel, *Was heisst: Sich im Denken orientieren?* (1786) WW. (Akad. Ausgabe), tomo VIII, p.131-147. Ed. brasileira: Immanuel Kant, textos seletos, p.76, Ed. Vozes, Petrópolis, 1974.

indivíduo (dito de maneira demasiada genérica).

O Autor escreve no seu livro *Ser e Tempo* no sentido que um caminho, por mais “objetivamente” longo que pareça, pode ser mais curto do que um caminho objetivamente curto, pois talvez, seja uma “difícil caminhada” e, por isso, possa se apresentar como um caminho sem fim. E é nesse “apresentar-se” – tempo e local – que cada mundo – vida, personalidade – está propriamente à mão. Esta ideia que Heidegger explica se relaciona com a questão levantada no primeiro capítulo, onde foi abordada a classe qual se nasce que tem a potencialidade de transformar homens em humanos e homens em objetos, usáveis, descartáveis, etc.

Neste mesmo sentido Busato:

Desse modo, antes mesmo de nascer, o indivíduo humano se descobre condicionado pelas influências do meio que atuam sobre a sua mãe. No processo gestacional a ausência de cuidados pré-natais, a pressão psicológica sobre a matriz, estes fatores influenciam o nascituro (BUSATO, 2014).

Pois, evidentemente, como bem recorda o autor, que os cuidados tomados pela gestora no período gestacional influem diretamente sobre a vida do nascituro. Uma mulher que faz um rigoroso acompanhamento neonatal muito se distingue de outra que, ao invés, lança mão do uso de drogas, fator este que influi no futuro membro da espécie, sem que este tenha colaborado para isso.

Há a possibilidade em se dizer que mais, no sentido de que as escolhas da futura mãe, antes mesmo da concepção já influem na vida do mesmo, no sentido que se é futura mãe saudável, que leva uma vida ativa, exercita-se fisicamente, alimenta-se bem, etc. tem a potencialidade de ter uma gravidez mais tranquila do que uma futura mãe de saúde complicada, o que ocasionaria uma gravidez de risco.

Neste sentido, tomar por certo qualquer extremo, indeterminista ou determinista, mostra-se insuficiente perante o abordado até então. O caminho não excludente, mas complementar, no sentido da não negação de toda a construção no âmbito do direito baseado na moralidade do livre-arbítrio, apresenta-se favorável. Não como resposta definitiva para a questão sobre o fundamento da culpabilidade, mas para lidar de maneira humana com a questão da punibilidade. Não se abre mão do racional e da influência da neurociência, contudo, não se desvincula da moral social, no ponto de qualificar a humanidade como ponte de ligação entre a “liberdade” e o determinismo.

A humanidade neste ponto parece apresentar-se como corolário do princípio

da coculpabilidade, no sentido de habilitar o instituto a ser parte crucial na busca por justiça *stricto sensu*, que é a questão do presente trabalho. O compatibilismo humanista vale-se da humanidade como pressuposto da aplicação da pena. Uma vez que as dificuldades na transformação da criminalização e da persecução não dependem, em maior medida, do Direito em si – como visto. Propõe, então, o princípio da coculpabilidade uma reforma interna viável por ser sua aplicação no momento da avaliação do *quantum* de uma sentença.

Perante as críticas científicas e filosóficas – aqui apresentadas –, tem-se uma pequena base no sentido de repensar os conceitos de atribuição da culpa (*latu sensu*). Considerado não somente a escolha de uma pessoa como forma última de juízo e tampouco isentar radicalmente o pressuposto da escolha. Mas reputando elementos tantos quanto possível para qualquer forma de valoração de condutas, principalmente quando estas condutas são de relevância social.

Usando para isto de princípios constitucionais já consagrados, outros ainda não tão evidentes como do princípio da coculpabilidade e movimentos como o compatibilismo humanista. Pois, o que está em debate é a liberdade, e quanto tempo ficará no cárcere uma pessoa, que, por mais hedionda possa ser classificada sua conduta, não perde o caráter de humana.

A partir deste momento, e diante do levantado até então, será abordada a questão da busca por justiça pelo princípio da coculpabilidade, foco deste trabalho. Que consistirá em uma breve síntese do que se entende por justiça a partir da evolução conceitual do pensamento aristotélico-tomista para então questionar a base de sustentação e conceitual, contrapondo os elementos que auxiliam na obtenção do significado de justiça. Para, desse modo, se possível, considerar o princípio da coculpabilidade como auxiliar nessa verdadeira epopeia hodierna – a busca por justiça.

### 3. DA JUSTIÇA E DA IGUALDADE

#### 3.1. A IDEIA DE JUSTIÇA NO DIREITO

Para debater sobre igualdade, faz-se necessário adentrar no âmbito de compreensão do que é justiça, como pauta axiológica do direito positivo.

Parte-se dos conceitos mais basilares de justiça: a subjetiva e a positiva. Aquela não interessa ao presente trabalho, por ser inerentemente personalíssima, restando o aprofundamento da positiva, que pode ser definida como propriedade do relacionamento interpessoal.

À justiça positiva cabe uma segunda distinção: a de *juridicidade*, que serve de parâmetro de aplicabilidade do direito positivo; da “justiça em sentido estrito” enquanto ideia anterior e superior à lei. Aquela (a juridicidade) é a justiça do juiz, e esta (*Iustitia strictu sensu*) a justiça do legislador<sup>83</sup>. Esta última é a que interessa ao presente trabalho.

O âmago da justiça como conhecido – vulgar ou *lato sensu* –, imbrica-se com o conceito de igualdade e para melhor compreendê-los é necessário mais uma distinção. Diante do ideário aristotélico, costuma-se ter duas diferentes formas de justiça modeladas a partir de distintas perspectivas de igualdade: “justiça distributiva” e “Justiça equitativa”. Enquanto esta pressupõe igualdade absoluta entre prestação e contra prestação, mercadoria e preço, culpa (*lato sensu*) e pena. Aquela significa proporcionalidade no trato dado à diversidade de pessoas, nas promoções por antiguidade de serviço, ou na carga tributária distinta em conformidade com a capacidade contributiva<sup>84</sup>.

Pressupondo, deste modo, à justiça equitativa a presença de dois entes juridicamente equiparáveis, e à justiça distributiva de no mínimo três entes: um posto em nível superior, que impõe encargos e ou distribui benefícios aos outros dois subordinados.

Conclui-se, assim, de modo simplista, que a justiça equitativa se relaciona com o Direito Privado, à medida que a justiça distributiva ao Direito Público. A equiparação jurídica do Direito Privado é produto de um ato de justiça distributiva, pois para que seja possível a aplicação da justiça equitativa, é essencial reconhecer

---

<sup>83</sup> NALINI, 2008, p. 38.

<sup>84</sup> NALINI, 2008, p. 38.

igual capacidade jurídica entre os entes que residem abaixo do ente distributivo<sup>85</sup>. Cabendo ao Estado ser o ente em superioridade que concede, ou seja, reconhece esta igualdade *inter pars*.

Posto isso e com base nos capítulos anteriores, surge neste ponto uma questão: Por que aplicar a interpretação da justiça equitativa (igualdade formal) à igualdade no tratamento aos cidadãos na esfera penal?

Para tentar responder a esta questão, far-se-á outra vez do método hermenêutico como caminho de possibilidade.

Deste modo o *suum cuique tribuere*<sup>86</sup> aristotélico, em sua significância comporta a forma primária de igualdade, portanto inerente à justiça distributiva e – mais tarde – consequentemente ao Direito Público.

Sob o viés da justiça distributiva, diferenciando os entes em sua forma material, elegendo o Estado como ente que dá (e cobra) a cada o que lhe é pertencido (devido) –, por exemplo, quanto ao poder financeiro no momento em que o Estado lhes aplica seus impostos, quem mais tem mais tributos deve, assim como o tratamento a quem pratica uma conduta delituosa, podendo ser de forma distinta de quem não praticou tal conduta. E ofertando, o Estado, também, a igualdade formal entre os mesmos desiguais de outrora, possibilitando desse modo a justiça equitativa e o Direito Privado.

Dito de outra forma, são dois os momentos de igualdade: no primeiro, vê-se a igualdade proporcionada pela justiça distributiva, portanto inerente ao Direito Público, que fornece ao Estado argumento teórico suficiente para diferenciar os entes materialmente de quantas formas for possível e necessário. Na contemporaneidade, respeitando as pautas e os limites impostos pelos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito. Não há neste ponto falta ética ou qualquer imoralidade em distinguir cidadãos de forma financeira ou delituosa, para lhes atribuir carga tributária ou punitiva maior ou menor, conforme sua condição financeira ou cometimento de condutas típicas. No segundo momento, vê-se a igualdade proporcionada pela justiça equitativa, inerente ao Direito Privado, direito este que necessita do Direito Público para sua existência, pois como a igualdade material absoluta não existe, faz necessário um instituto que distribua a um ente

---

<sup>85</sup> NALINI, 2008, p. 39.

<sup>86</sup> Expressão em latim das lições de Aristóteles que significa: “dar a cada um o que lhe pertence”.

desigualdade formal suficiente para que este promova o reconhecimento da igualdade formal dos demais. Este instituto é o da Justiça Distributiva, que fornece ao Estado desigualdade formal suficiente para que reconheça a Justiça Equitativa e as demais igualdades formais inerentes ao Direito Privado. Proporcionando que grandes empresas e humildes cidadãos, apesar das distinções materiais entre eles, possam ser considerados iguais na vontade de contratar.

Resumidamente, tem-se a justiça distributiva: nela o horizonte de possibilidade da justiça equitativa e sinônimos, não absolutos, respectivamente de Direito Público e Direito Privado. Não absolutos, pois ambos são complementares e imbricados de forma mais complexa, como se verá no porvir.

### 3.2. A IGUALDADE NO DIREITO PENAL

Eis que o aristotélico: *suum cuique tribuere*, e o tomista: *tratar os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade*<sup>87</sup>, referentes respectivamente ao significado primeiro de justiça – justiça distributiva – e a justiça equitativa como sinônimos de virtude e ideia de prudência em um julgamento mais justo, forneceram arcabouço teórico para a aplicação de sanções penais, uma vez que aquele que delinque se desigualava ao se amoldar às condutas preestabelecidas (Código Penal) no ideário do direito positivo.

Ideário suficiente para avaliar sua desigualdade e ao mesmo tempo aferir equitativamente a sanção merecida – relação culpa (*lato sensu*) e pena. Porém, a mesma justiça distributiva que fornece aparato teórico ao Estado poder dizer o que é igual e o que não é – em um Estado Democrático de Direito (as leis) –, também obriga o Estado a considerar todos os cidadãos formalmente iguais.

Então, o cidadão se desigualava ao amoldar-se em alguma das condutas descritas em lei, devendo o Estado, amparado pela ideia de Justiça distributiva, o tratar distintamente dos demais e não amoldados às condutas. Tem-se, aqui, dois tipos de sujeitos, os iguais ou não amoldados e os amoldados, uma vez que a conduta é descrita em seu caráter infinitivo – “matar, subtrair, etc.” –, e o tratamento que o Estado dá a ambos os tipos de sujeitos é o mesmo, no sentido de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.

---

<sup>87</sup> AQUINO, 2001, p. 122.

Então, o tratamento desigual aos desiguais é igual? A resposta à questão parece lógica e categórica quanto à valoração da conduta: não! Porém a resposta quanto ao tratamento processual é mais complicada e deveria ser sim, quando em verdade é um: “eventualmente”. Pois o ideia de justiça equitativa visa fornecer tratamento igual, mas esta igualdade é relativizada em defesa da parte mais fraca nos contratos, desigualando indivíduos como no caso do Código de Defesa do Consumidor, Consolidação das Leis Trabalhistas, das cotas para ingresso em concursos e etc.

Ações neste sentido que só adentram o tratamento isonômico processual penal para favorecer quem se distingue positivamente: prerrogativas de função, diplomados em curso superior, ou seja, favorecendo uma parcela que está em consonância com contrato social e com a vida do Estado.

Então, vê-se nas primeiras distinções uma defesa das prerrogativas humanas, o Estado por meio da ideia de justiça distributiva desigualando os iguais materiais para defender o menos favorecidos na relação, o empregado por sua insuficiência de recursos em face ao empregador, o consumidor também por sua falta de recursos em face ao vendedor e o reconhecimento histórico e social do débito com determinadas camadas estigmatizadas que são contempladas por cotas.

Constata-se que o critério para se desigualar é o: “menos”. Ao passo que, na distinção penal e processual penal o uso da ideia de justiça distributiva para desigualar os iguais materiais é no sentido aristocrático, desigualando quem foge do comum positivamente por possuir um cargo ou por ter conquistado um diploma de curso superior, ou seja, o critério é o: “mais”.

Uma situação é tratar a todos com igualdade formal (Direito Privado) sem discriminação *a priori* como regra. Outra é tratar com “igualdade” todos que se desigualam, ou se amoldam. Neste sentido o tratamento igualmente formal a todos é hábil a – ainda que não desejado – perpetuar o *status quo* e até agravar as distinções de classes em uma sociedade capitalista qualquer. Fazendo-se necessário – ainda mais por imposição de lei<sup>88</sup> –, políticas públicas atinentes a diminuir estas discrepantes distinções.

A possibilidade de tratar os iguais com cuidado, observando suas

---

<sup>88</sup> Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990; Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991; Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, etc.

desigualdades materiais (idoso, deficiente, pobre, etc.) se faz possível pela ideia de justiça distributiva, uma vez que a possibilidade de trato proporcional dos desiguais se faz possível pela ideia de justiça equitativa. Não podendo, portanto, tratar de maneira “igual” os desiguais, em uma mesma conduta, mas sim desigualmente em conformidade a suas desigualdades materiais.

O tratamento dos desiguais de forma “igual” dentro de uma desigualdade (conduta) é desproporcional. Não se trata um ente amoldado à conduta: matar, de forma igual a um ente amoldado à conduta: subtrair, pois a desproporcionalidade é latente, de fácil observação e “resolvida” com a ideia de justiça equitativa, valorando a conduta a sua respectiva pena. Mas a questão aqui levantada é o tratamento igual aos desiguais de uma mesma conduta.

Diante do até aqui exposto, já é possível analisar que o critério de averiguação da proporcionalidade das sanções está contido na ideia de justiça equitativa. Mas é possível analisar, também, que esta é insuficiente para avaliar as desigualdades dos desiguais, não em seus níveis de desigualdade positivados – matar ou subtrair –, mas sim suas desigualdades materiais subjetivas. É possível ver, também, que a ideia de justiça distributiva tem potencial para promover tal distinção, como faz com as políticas públicas e ações afirmativas.

Contudo, a pergunta inicial continua aberta: por que aplicar a interpretação da justiça equitativa à igualdade no tratamento aos cidadãos na esfera penal (igualdade formal)?

A resposta talvez esteja contida na própria pergunta, sem medo de cair em uma tautologia vazia, mas com muita atenção para não andar por um caminho já conhecido e possivelmente ilusório. Uma vez que este caminho é a compressão de que a aplicação da justiça equitativa relaciona-se à conduta propriamente e a pena merecida. Mas essa resposta não explica a adequação do ente à conduta, pois, para responder a questão acima, deve-se responder primeiramente como se pode considerar um cidadão amoldado, questão que a ideia de justiça equitativa não responde.

Para que um ente seja tido por desigual há implícita a ideia de justiça distributiva, na forma da existente tipificação da conduta e somente em um segundo momento esta conduta será tratada de forma equitativa – relacionando-a a uma pena.

### 3.3. A INTERPRETAÇÃO DE JUSTIÇA E O PARADIGMA: HUMANIDADE

O olhar deve ser direcionado para o horizonte de compreensão do fato que o que é valorado é a pena conforme o grau em que se desigualou – matou ou subtraiu –, assim como se deve mais ou menos impostos sob a ideia de justiça equitativa.

Anterior a esta é a justiça distributiva, contida no *poder* tipificar condutas e cobrar impostos do Estado. Observa-se que a justiça distributiva possibilita a criação do Estado como ente capaz de proporcionar igualdade formal no modo de leis, gerando com isso a ideia de justiça equitativa, mesmo quando distinguindo cidadãos, pois, entre os desiguais abarcados por determinada lei, ainda reina a igualdade formal oferecida pela própria lei. Ao mesmo passo que o Estado, sob a premissa da ideia de justiça distributiva, cria a possibilidade de justiça equitativa ele se vincula a esta, mas sem perder seu caráter distintivo proporcionado por aquela.

Eis aqui a distinção elementar de ambas as concepções de justiça. Porém, enunciar que a justiça equitativa possua caráter formal quando seu uso normativo, que é possibilitado pela ideia de justiça distributiva como princípio, é acreditar em uma domesticação impossível da ideia de justiça *stricto sensu*.

Isso porque, ao ser indagado sobre o que é Justiça, tem-se uma ideia do que ela seja. Ideia que escapa no exato momento em que se tenta defini-la<sup>89</sup>. Trata-se de um termo que foge da tentativa de definição, tornando-se, assim, um conceito universal e aparentemente vazio. Pois todos o empregam constantemente e fazem ideia do que seja, mas sem nunca o conseguirem definir. Essa questão não é hodierna, e já inquietava o pensamento Clássico filosófico. Platão<sup>90</sup>, Aristóteles<sup>91</sup>, mais tarde Tomaz de Aquino, Voltaire<sup>92</sup>, Kant<sup>93</sup> e Kelsen<sup>94</sup> são expressivos nomes – não únicos – a se debruçar sobre o tema sem sucesso na sua definição. Kelsen (2001) já começa sua obra *O que é Justiça*<sup>95</sup> confessando seu fracasso e de seus

---

<sup>89</sup> AGOSTINHO, *Confissões*. Versão para eBook. p. 121 Acessado em 20/10/2015. Disponível em: <http://charlezine.com.br/wp-content/uploads/2012/04/Confiss%C3%B5es-Agostinho-de-Hipona.pdf>.

<sup>90</sup> PLATÃO (1965).

<sup>91</sup> ARISTÓTELES (2006).

<sup>92</sup> VOLTAIRE (2001).

<sup>93</sup> KANT (2006).

<sup>94</sup> KELSEN (2001).

<sup>95</sup> KELSEN, 2001, p. 1.

predecessores em responder a pergunta (título da obra).

No entanto, o que Aristóteles promove a partir da expressão de: “*uma compressão do ser já esta sempre incluída em tudo que se apreende no ente*”,<sup>96</sup> foi a “unidade da analogia”, partindo de uma (pré)compreensão da ideia metafísica do termo em questão e diante de tal ideia formular nexos entre as distintas formulações de justiça, aproximando-se muito da *Paideia* de Platão, sem explicar de forma clara como são feitos tais nexos.

Contudo, por sua universalidade, cabe aqui a ressalva quanto aos preconceitos utilizados para tentar defini-la. Preconceitos estes que vão dar cadência e valor semântico ao que se tenta definir, pois enquanto se tenta encontrar certa definição, invariavelmente há a necessidade de uma, por mais singela, orientação prévia do procurado.

Então o sentido do que se procura já deve, de alguma maneira, estar disponível<sup>97</sup>. Quando se pergunta: o que é justiça, promove-se no intelecto ligações entre outras palavras e signos diversos, fazem-se exemplos mentais e situações em que se aplica(ria) o conceito por mais abstrato que pareça, e são desses preconceitos que nascem as definições, em maior ou menor grau de complexidade semântica, de denotação, conotação, histórica, etc<sup>98</sup>. Essa (pré)compreensão, ainda que vaga, é um fato<sup>99</sup>.

Ainda que tal (pré)compreensão se mova indeterminadamente até os limites de um conhecimento verbal, este estado de fato e indeterminado de compreensão *a priori*, é um fenômeno no sentido positivo que carece de concatenação para não ser considerado um objeto universal e vazio<sup>100</sup>.

---

<sup>96</sup> “illud, quod primo cadit sub apprehensione, est ens, cuius intellectus includitur in omnibus, quaecumque quis apprehendit” (ARISTÓTELES, *Metafísica*, Livro IV, 1001 a 1021).

<sup>97</sup> WITTGENSTEIN, 2001, p. 38, 2.221.

<sup>98</sup> WITTGENSTEIN, 2001 p.38, 2.21.

<sup>99</sup> WITTGENSTEIN, 2001, p. 29, 1.1.

<sup>100</sup> “Um exemplo muito interessante é a filosofia jurídica de Aurélio Agostinho, bispo da Igreja Cristã em uma província africana do Império Romano numa época em que esse império ainda não era um domínio estabelecido do cristianismo. Agostinho identifica Direito e justiça exatamente como Aristóteles identifica nóminon e díkaion; mas ele o faz, não como Aristóteles, para fortalecer a autoridade daquele por meio da deste. Ele propõe a tese de que uma ordem social é Direito apenas se for justa, para destruir a autoridade do Direito romano. “Onde não há justiça verdadeira”, diz ele, “não pode haver Direito”. Pois o que é feito pelo Direito é feito justamente, e o que é feito injustamente não pode ser feito pelo Direito. Pois as invenções injustas dos homens não devem ser consideradas nem chamadas leis; pois até mesmo elas próprias dizem que o Direito é o que emana da fonte da justiça e negam a definição que é comumente dada por aqueles que concebem

Em outras palavras, “o que é justiça” não é facilmente exprimível, portanto, não é difícil de perceber que este conceito transborda o universo verbal expressivo em que a humanidade e a filosofia se encontram.

Neste sentido, elucidativamente, quando – sem maiores explicações – se afirma: – o que se vê é “justiça”, então quem ouve esta expressão pode perguntar: “– o que quer dizer com justiça?”. Uma pergunta simplória, pois da resposta a essa pergunta cabe uma infinidade de termos explicativos, pois diante do locutor poderia estar um político sendo absolvido de acusações de desvio de recursos públicos, bem como poderia estar diante dele um adolescente, acusado de furto, sendo espancado por outros homens, etc.

Neste caso cabe à moral dos interlocutores a compreensão do sentido de justiça. Pois, deve-se levar em conta o que pensa sobre justiça quem afirma e responde além de quem ouve e pergunta: quem afirma e depois responde o que entende por justiça, que ao transformar seu conceito de justiça – pensamentos e sentimentos – em uma ação comunicativa, adentra o horizonte hermenêutico de quem o indagou e ouviu sobre o que se entende por justiça e com base na sua moral mantém ou (re)forma seu conceito – o infinito nietzschiano. Neste caso o conceito de justiça formulado é um produto irracional, uma especulação moral que muito se aproxima da justiça subjetiva.

Contudo, a pergunta: “– o que se vê é justiça?”, é mais sensata, porque faz sentido quando já está estabelecida qual espécie de justiça se trata, levando em conta o local, acordos, tempo etc. Desvinculando a moral do pensar argumentativo.

Pois ao signo<sup>101</sup>: “justiça”, considerado isoladamente a palavra, parece matar o sentido da proposição. Do mesmo modo que, empregando-a em conformidade com aspectos morais, ainda que encobertos por um véu falso de lógica, a torna sem sentido prático, portanto abstrata. Ambos são insuficientes para definir a proposição de modo prático por serem tautologias.

Ao passo que, é no uso que a proposição ganha seu sopro vital. Porém, no uso lógico e ético. Uso que adquire diferentes funções, de acordo com o contexto no

---

erroneamente a matéria – que certo é o que é útil ao partido mais forte. Assim, onde não há verdadeira justiça não pode haver uma assembleia de homens associados por um reconhecimento comum do Direito”, isto é um Estado. “Se não há Direito onde não há justiça então certamente decorre que não há Estado onde não há justiça” “Tirando a Justiça, então, o que são os Estados além de grandes roubos?” (KELSEN, Hans. *O que é justiça?*. Traduzido por Luís Carlos Bosrges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp.133-134).

<sup>101</sup> Palavra escrita: “Justiça”.

qual ele é empregado, modificando, assim, o que se quer dizer. Com efeito, a resposta linguística mais adequada neste sentido seria a baseada em paradigmas.

Destarte, retornando ao início deste capítulo, na seletividade em definir os meandros do presente estudo, ao retirar do caminho os conceitos que não se mostravam suficientemente relevantes para o aprofundamento, promoveu-se um discurso cujo sentido aqui se encontra, e do restante silenciou-se – como, por exemplo, dos conceitos de justiça subjetiva.

O silêncio que se promoveu diante de determinados temas, não foi por simples arbitrariedade argumentativa, mas por não serem claramente exprimíveis. E acerca daquilo de que não se pode falar claramente, deve-se ficar em silêncio<sup>102</sup>. Porém, sobre a questão: “o que se vê é justiça ao aplicar a interpretação da Justiça equitativa à igualdade no tratamento aos cidadãos na esfera penal (igualdade formal)?” não se deve silenciar, pois há intrínseco à questão os paradigmas políticos e jurídicos da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito.

Então, o que tem a potencialidade para responder tal questão é a sua interpretação fenomenológica, ou seja, livre de uma única corrente ou de um ponto de vista disciplinar calcificado. Portanto, afastado de artifícios técnicos, – tão numerosos em disciplinas teóricas<sup>103</sup> – a partir das concepções: constitucional, de Direito, bem como, do Estado Democrático de Direito e de Humanidade. Não abrindo mão das concepções de Justiça distributiva, Justiça equitativa, mas considerando a humanidade.

Esta concepção traz intrínseco o sentido de humanidade como: “justiça com humanidade”, assim como igualdade em dignidade –, inerente à ideia de Direito Constitucional atual. Portanto inerente à própria resposta linguística paradigmática.

Porém, é, também, a resposta jurídica adequada, pois se na concepção aristotélica a justiça é a lei, em última análise a humanidade deve ser pressuposto na busca por interpretação de justiça no Direito, por estar contida como princípio na Constituição Federal e na noção de Estado Democrático de Direito – como paradigma.

Porém, como visto, a humanidade formalmente inclusa na Constituição, portanto interpretada como deliberação legislativa e conseqüentemente mais

---

<sup>102</sup> WITTGENSTEIN, 2002, p.142.

<sup>103</sup> HEIDEGGER, 1993, p. 57.

próximo à ideia de Justiça equitativa não encerra seu significado. A interpretação do termo humanidade parte do conceito kantiano do homem como fim em si mesmo e para humanidade “não há valor”, nem mesmo constitucional, pois se valor houvesse, outra coisa a poderia substituir, o que não é o caso. Ao invés, está acima de todo *valor* e por isso se reveste de dignidade. Portanto, a humanidade é um conceito *a priori*, em nível de superioridade até mesmo à ideia de Justiça distributiva – Estado.

Desse modo, a concepção que o homem nasce para viver e ser parte do todo social e assim perpetuar o poder estatal, abdicando a plena autonomia individual sob uma premissa hobbesiana, nega o homem como fim em si mesmo – seu caráter de humanidade. Tal concepção abre pressuposto para a “cláusula cautelar” de John Locke<sup>104</sup> que justifica a desobediência civil, pois para Locke apesar da submissão a uma ordem, certos limites devem ser respeitados. Esta submissão não significa sacrifício da própria dignidade, ainda que se nasça em sociedade e seja parte dela por anos, a ninguém é imposto de forma obrigatória à vida em sociedade, não em um Estado Democrático de Direito. Portanto, a liberdade, premissa da humanidade, é superior ao propósito de Estado, superior ao propósito da ideia de justiça distributiva. Na ideia de justiça com humanidade cabe a interpretação de igualdade com respeito à humanidade – igualdade em dignidade –, assim como à liberdade e, portanto, a singularidade.

Diante disso, ainda que o Direito Penal parta da ideia de justiça distributiva inerente ao Estado, o valor da pena seja relevante à conduta a partir da ideia de justiça equitativa, o valor das igualdades inerente às ideias de justiça não devem, em nenhum dos momentos, desconsiderar a igualdade em dignidade – ideia de justiça com humanidade.

Assim, em um Estado Democrático de Direito as ideias de justiça distributiva e justiça equitativa, não podem ser buscadas de forma separada da ideia de humanidade, por esta última possuir intrinsecamente o caráter de princípio basilar do Estado em questão.

Com efeito, a necessária entrada, efetiva, da ideia de humanidade na base estruturante das demais ideias de justiça é evidenciado pela criminologia crítica de Salo de Carvalho<sup>105</sup>. Explica o autor a necessidade de averiguação humana da

---

<sup>104</sup> NALINI, 2008, p. 41.

<sup>105</sup> CARVALHO, 2013, pp. 203 – 205.

justiça, respeitando até mesmo a forma contratualista, os princípios revolucionários inerentes às vertentes que compõem o conceito de humanidade – liberdades, direito a educação, saúde, desenvolvimento, etc.–, que são o plano de metas do mínimo ético em um Estado Democrático de Direito. E não confundidos os direitos humanos – a humanidade em si –, com benefícios que o poder público concede<sup>106</sup>.

Portanto, tratar todos os desiguais, dentro de uma conduta típica, de maneira igual é atentar contra a ideia de humanidade do agente e o ideal de Justiça (*stricto sensu*).

O Estado, neoliberal capitalista de trato materialmente igual a todos, observa a conduta individual destoante do “normal” agir, amoldada e a considera desigual pela ideia de Justiça distributiva, e a ligação entre fato típico e pena merecida é observada pela ideia de justiça equitativa, porém, essa ligação só é possível através da culpabilidade e do metafísico conceito do “homem médio”, como visto. Confundindo a igualdade formal como gérmen da oportunidade no Direito Privado com o tratamento irracionalmente igual aos atores na esfera penal. Observa-se, então, uma noção de igualdade tendenciosa, desajustada e capaz de proporcionar mais desigualdade do que o tolerado: desigualar para o reequilíbrio social. Tornando o aparato jurídico, um filtro de contenção de certos estereótipos. Relativizando a humanidade do agente ao escolher o “homem médio” como (paradoxalmente) régua casuística.

Além da alegação de impossibilidade do Estado poder tratar a todos com igualdade material, como visto na primeira parte deste trabalho, cabe levantar aqui a falácia de o Estado tratar todos os desiguais de forma igualmente formal. Pois se nota no momento de averiguar a culpabilidade do agente, nos quesitos: “conduta e personalidade do agente”,<sup>107</sup> quando este é uma pessoa de hábitos noturnos, frequentador de casas de prostituição, possuidor de uma vida desregrada, sem trabalho fixo, de reações violentas e imoderadas, ou seja, de hábitos atípicos, porém, que acabam se tornando motivo de uma maior culpabilidade, ao contrário da culpabilidade de um agente que possui hábitos comedidos e moderados, trabalho fixo e etc<sup>108</sup>. Esta noção de “igualdade” fruto do “normal agir” – do homem médio –, não leva em conta o fato de o agente não ter suficiente autodeterminação por falta

---

<sup>106</sup> CARVALHO, 2013, p. 212.

<sup>107</sup> Art. 59, do Código Penal Brasileiro.

<sup>108</sup> ZAFFARONI, 2015, p. 545.

de educação ou por morar em áreas de precariedade<sup>109</sup>. Ela nunca traz a culpa (*latu sensu*) para próximo do Estado na medida de averiguação da falta deste para com quem praticou a conduta destoante. Ao contrário, sempre se utiliza dos estereótipos para agravar ainda mais a situação do agente<sup>110</sup>.

Depara-se aqui com uma questão substancialmente relevante ao trabalho e de caráter paradoxal diante do visto até então: a igualdade que emana da lição aristotélica-tomista amplamente conhecida de “igualar os iguais e desigualar os desiguais na medida de suas desigualdades”, é uma expressão aberta em seu sentido interpretativo e vazia de significado se analisada de forma destacada do contexto<sup>111</sup>, pois ela não diz quem são os iguais e nem os desiguais, tampouco fornece critérios objetivos para igualar ou desigualar.

Nesse interim, a motivação da igualdade em questão é puramente “ética”, para tal, considera-se a ideia de justiça equitativa na igualdade formal: universalidade é, então, sua essência, mas ela sempre busca levar em conta, através da culpabilidade, o caso concreto, o indivíduo, sua singularidade.

Igualar, nestes termos, possui caráter intrinsecamente formal, por culminar em uma tautologia: tratando igualmente os iguais e desigualando os desiguais. Neste caráter analógico do Direito, a igualdade não se funda somente em um juízo racional, antes em uma vontade de poder, sendo a igualdade sempre igualdade de relações, correspondendo a uma analogia e não de forma verdadeiramente ética.

Porém, ninguém é igual, ao passo que ninguém é absolutamente desigual, antes semelhante em maior ou menor intensidade. E assim, um crime pode ser culposos, doloso ou preterdoloso; privilegiado, simples ou qualificado; hediondo ou não; justificável ou não; punível ou não, etc.; seu autor pode ser primário ou reincidente, inimputável ou imputável, e cada variável faz de cada crime uma conduta humana única – desigual.

Da mesma forma, a lei distingue cidadãos em crianças, adolescentes, adultos e idosos, homens, mulheres, nacionais, estrangeiros, brancos, negros, índios, civis, militares, capazes, incapazes, deficientes; cidadãos urbanos, rurais, etc.

---

<sup>109</sup> ZAFFARONI, 2015, p. 547.

<sup>110</sup> SÚMULA 231 STJ: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

<sup>111</sup> ZAFFARONI, 2015, p. 352.

Mas, por vezes ignora algumas formas de expressão, de desigualdades, por meio de preconceitos que são legítimos por sua formalidade que se correlaciona com aspectos morais platônico-cristãos, como a recusa de certos direitos a homossexuais ou a prostituição (o casamento aos casais homossexuais e os direitos trabalhistas às prostitutas). Demonstrando, dessa forma que o direito é social e histórico. Uma metáfora das relações de poder.

Nesse sentido, o significado formal e material do princípio da igualdade e a ideia de justiça (*strictu sensu*) não estão previamente definidos, pois não é a interpretação que depende do Direito, mas o Direito que depende dela.

Aristóteles em *Ética* atrela à justiça sua teoria da *mesotês*<sup>112</sup>, ideia de virtude em que o respeitador da lei e imparcial é o justo, ao contrário do violador da lei, que toma mais do que lhe é devido e por isso injusto.

Desse modo, justiça em Aristóteles seria a soma de todas as virtudes em relação ao próximo e por esse motivo justiça se relaciona a alteridade, pois sempre pressupõe justiça a outrem e nunca justiça para si mesmo. Justiça em sentido estrito, para ele, é virtude ética particular aplicada em relação a outrem, com o qual se realiza o princípio da igualdade como elemento de coesão e que culmina em duas vertentes, nas quais nascem as ideias de justiça distributiva e equitativa<sup>113</sup>. A virtude ética que elege os valores a serem paradigmas de distinção ou similitude.

A questão que o filósofo não responde é: quais diferenças são relevantes? E quais diferenças são relevantes em uma sociedade voltada para o consumo, que ignora as diferenças de riqueza ao valorar condutas?

Por óbvio que o erro não está na filosofia aristotélica, mas sim no seu transporte desmedido para o Direito, em que pese ao Direito do século XXI.

Voltaire (2001) inicia sua obra com uma provocação inquietante neste sentido, na obra: *O Preço da Justiça* dessa forma:

“Quem nos deu o sentimento do justo e do injusto? Foi Deus, que nos deu um cérebro e um coração. Mas em que momento nossa razão nos ensina que há vício e há virtude? Quando nos ensina que dois e dois são quatro. Não há conhecimento inato, pela mesma razão por que não há árvore que

---

<sup>112</sup> Ideia de virtude para Aristóteles, em que a vida boa está na fuga dos excessos, uma vez que a virtude maior é encontrada no meio termo.

<sup>113</sup> NALINI, 2008, p. 71.

contenha folhas e frutos ao sair da terra".<sup>114</sup>

Neste sentido, deve-se pensar, apreender e compreender o que é justo. Este é um problema da contemporaneidade e, diante de tal base, cabe elucidar algumas questões que podem auxiliar a uma melhor compreensão da problemática.

Aristóteles preocupa-se apenas com a máxima  $A=B$ , partindo do princípio básico de identidade, assim os direitos deveriam ser proporcionais – igualdade distributiva –, levando ou não em conta outros aspectos como: raça, cor, riqueza, etc. Desse modo uma democracia pode ser tão justa quanto uma autocracia.

Nesse sentido, a pena não é a mesma da conduta cometida, pois isso seria a pura retribuição, *ius taliones*. Seu caráter quantitativo e qualitativo diz respeito à ideia de igualdade equitativa que deve existir no ordenamento, entre pena e conduta. Essa igualdade do tratamento desigual visa restabelecer a paz – cada coisa em seu devido local no cosmos.

Segundo esta linha lógica, o pobre que roubou ou furtou para se alimentar deve ser punido porque pegou mais do que lhe é devido e o seu lugar no cosmos é passando fome. Por certo que essa concepção não possui mais espaço diante do que já se viu, pois os paradigmas da Antiguidade muito se diferenciam dos atuais, devendo a interpretação da igualdade existente na ideia de Justiça equitativa entre pena e conduta respeitar os limites da proporcionalidade, humanidade, equidade e etc.

O reconhecimento dessas discrepâncias da teoria original apresentada está evidente no instituto dos crimes falimentares. Este que deveria ser embasado no princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de que ninguém deveria passar fome em uma sociedade que se intitula protetora dos direitos humanos sob o viés da dignidade, porém a possibilidade de embasamento mais promissor é no sentido de ser um crime de bagatela, ou seja, que o desenrolar processual promoverá mais custo ao Estado em mover sua estrutura punitiva do que o valor do que foi obtido indevidamente.

A questão é puramente interpretativa: viver em sociedade pressupõe respeito aos dogmas históricos, legislativos e éticos, porém o que se questiona não são estes

---

<sup>114</sup> VOLTAIRE, 2001.

dogmas, ou a ética, mas sim a historicidade dos mesmos e os valores paradoxais que são tendentes a perpetuar uma segregação – ainda que implícita – de caráter aristocrático na função punitiva. Levando em conta, para tal questionamento, o contexto de Estado Democrático de Direito.

“A justiça é um modo de observar o meio, embora não da mesma maneira que as outras virtudes”,<sup>115</sup> assim o próprio Aristóteles admite que a busca por justiça não encerra outras “forças virtuosas”, como a riqueza a título de exemplo. A riqueza é um modo de observar a realidade, quando assumido que ela é uma virtude. Assim, em a Política, Aristóteles diz que é uma função do Estado eleger suas virtudes, pois o Direito é a ordem da comunidade política, e o Direito determina o que é justo.

Se o Estado por meio do Direito determina o que é justo, a justiça é a legitimidade, e se a justiça é igualdade ela é igualdade apenas perante o Direito.<sup>116</sup> Portanto, aplicar a interpretação da Justiça equitativa à igualdade no tratamento aos cidadãos na esfera penal (igualdade formal) é contraditório, pois o que se deve avaliar com Justiça equitativa é a conduta típica e sua pena abstrata. As circunstâncias e a culpabilidade do agente devem ser vistas sob o viés da igualdade material, no tratamento individualizado com respeito à virtude paradigmática – humanidade –, eleita como horizonte hermenêutico de aplicação de penas, sob o viés positivo constitucional. Aproximando-se, então, da ideia de Justiça *strictu sensu*, a qual encerra a busca do Direito.

Resposta formulada, diante do até então pensado, gira em torno do instituto constitucional da interpretação conforme<sup>117</sup> a constituição. Partindo do pressuposto de supremacia das normas constitucionais e a presunção de constitucionalidade das demais leis e atos normativos editados pelo poder público competente, exige-se que a interpretação do ordenamento jurídico sempre concorde com o sentido constitucional. Preferindo assim, em caso de vasta gama de significados de uma norma ou lei, o significado que se coadune à Constituição Federal. Do contrário, declarar sua inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico.

A temática de que a predominância do pensamento finalista confronta-se com a humanidade não é exatamente atual. Já, Franz V. Liszt contrapôs à ideia de

---

<sup>115</sup> ARISTÓTELES, 2006.

<sup>116</sup> ARISTÓTELES, 2006.

<sup>117</sup> BARROSO, 2013, p. 293. MORAES, 2012, p. 797.

finalidade como princípio constitucional, no sentido que o Direito Penal não tem como único objetivo proteger a sociedade contra o criminoso, mas também proteger o cidadão face ao risco de penas arbitrárias, o que significa levar em conta a ideia de humanidade. Porém, Liszt não reconheceu a humanidade como princípio fundamental. Tarefa que coube a Moritz Liepmann o mérito de introduzi-lo com ênfase no Direito Penal. Para Liepmann, ao aplicar a pena, deve-se respeitar o criminoso como ser humano<sup>118</sup> – analisado no primeiro capítulo.

Sob este aspecto, a interpretação em conformidade com a constituição é a que respeita a humanidade, ideia de justiça com humanidade e conseqüente igualdade em dignidade que já fora apresentada.

Diante da temática aqui pesquisada, vê-se que não se trata de uma única lei ou norma, mas sim de interpretações de leis e normas que proporcionam as incongruências pandêmicas apontadas. Vê-se, também, que a retirada de tais leis e normas é absurda e propícia a causar imensurável retrocesso civilizatório. Além de contraproducente, tal pensamento é de demasiado rigor, mesmo visto que a igualdade analisada de forma isolada se mostra inócua, mero princípio programático de validade formal, uma palavra com sintaxe no texto legal, mas como princípio, destalingado da realidade. Negando séculos de construção principiológica, tal garantia não é efetivada por falta de compreensão hermenêutica e ou desinteresse político.

### 3.4. A IDEIA DE JUSTIÇA EQUITATIVA E O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE

Ao interpretar o princípio da igualdade sob seu aspecto equitativo, exemplificando como se  $H$  fosse equitativamente igual a  $H$ , resumido na expressão  $H=H$ , tem-se aparentemente um fato. Está-se falando das mesmas letras, ocupantes do mesmo local no alfabeto. Contudo, quanto à expressão  $H=h$ , toma-se certa precaução, pois apesar de ainda se tratar das mesmas letras (*latu sensu*), uma muito se distingue da outra. Desde o simples preconceito de estética formulado pela visão inerente ao signo, até mesmo na ortografia quando distinguidas conforme o local da palavra na oração, diferenciando-as quando no início de uma oração com um  $H$  (maiúsculo) e um  $h$  (minúsculo) nas demais posições.  $H$  maiúsculo que não se

---

<sup>118</sup> RADBRUCH, 1947.

confunde semanticamente com o outro *H* maiúsculo inerente ao significado da expressão em que este está inserido, assim é com o sentido da proposição “História” como ciência humana, da outra palavra – “história”. Nem confundido quando usado para distinção entre substantivos próprios e comuns. São diferenciados, também, em sua pronúncia, conforme sua posição dentro de uma palavra, o *h* na palavra “helicóptero” – que possui valor simbólico<sup>119</sup> – não tem o mesmo som do *h* na palavra “espelho”. Diante de tal análise, vê-se que a expressão  $h=h$  não é uma verdade absoluta, assim como  $H=H$ , pois se fossem equitativas, as letras *h* poderiam ser analisadas em qualquer circunstância e seriam todas iguais. De forma que as expressões: Há, ah!, Hannah, helicóptero, História e história, possuem a letra *h* igualmente equitativa somente quando vista de forma isolada de sua direção significativa<sup>120</sup>, e empregado a ela a etiqueta sonora “agá” ou um dos signos *h/H*: H-á, a-h-!, H-anna-h, h-elicóptero, H-istória e h-istória. Para, finalmente, formular uma afirmação preconceituosa: “– estes são *h* (agás)!”. Mostra-se, dessa forma uma equitativa verdadeira, porém a sua possibilidade de demonstrabilidade, e referência com o princípio da igualdade<sup>121</sup>, depende da sua análise hipotética, nunca factual. Observa-se, também, que as distinções de *h* estão intimamente ligadas ao local onde ela está empregada – sua volta. Portanto, ter uma ideia do *h* e diante dela definir as demais letras que correspondem materialmente a ela (etiqueta sonora agá e ou signo *h/H*) como iguais é proceder de forma transcendente ao buscar, a partir do modelo universal, por igualdade sem levar em conta os demais fatores de historicidade, fatores históricos, ambientais, etc.

Para que esse proceder transcendental não ocorra no Direito Penal, existe o princípio da individualização da pena. Porém, este não se mostra eficaz ao que se propõe pelos motivos anteriormente citados de criminalização, segregação, do homem médio, etc.

Para reaver o objetivo de proporcionar igualdade material, em demasia a determinados casos que envolvem sérios déficits estatais, é que se faz necessário o uso do princípio da coculpabilidade. Esta compreensão é possível através da

---

<sup>119</sup> BECHARA, 2015, p. 94.

<sup>120</sup> Ou seja, isolada do significado que ela tem dentro do contexto da expressão com base em seu signo e posição.

<sup>121</sup> Princípio da identidade formulado por Parmênides (530 a. C. – 460 d. C.). Segundo este princípio todo objeto é idêntico a si mesmo, ou seja  $a=a$ , e mesmo que se afirme que  $a=b$ , pode-se pressupor que  $(a=a) = (b=b)$ .

analogia às liberdades conquistadas nas revoluções burguesas na Europa que proporcionaram liberdade aparente, somente formal, necessitando do reconhecimento do direito a igualdade para serem efetivadas no plano material<sup>122</sup>.

O princípio da coculpabilidade se propõe a análise da igualdade material de modo mais amplo e, conseqüentemente, a aproximação maior da justiça (*strictu sensu*). Como um ciclo, volta-se ao mesmo impasse das revoluções burguesas e a necessária evolução epistemológica para efetivar um direito posto, mas sem eficácia.

Pois, ao contrário do que reza um dos argumentos da justificação da pena, torna-se estranho pensar em ressocializar alguém que não possui o ímpeto social inato. No sentido de que não lhe fora oferecido alternativa efetiva de mudança de paradigma social ao qual pertence. Portanto, esse indivíduo, não se coadunando ao espírito social de forma harmônica por conta da total inobservância do Estado como garantidor, não pode ser tratado como elemento à parte da sociedade, “como doença social”.

O Estado, como garantidor de todos se torna a primeira fonte do dever de evitar os resultados provenientes da falta de elementos básicos à formação psicossocial e pessoal da autodeterminação, é a obrigação de cuidar, proteção e vigilância imposta por lei e princípios. Porém, o que há é a negligência daqueles deveres, e a procura de forma estranha e desmedida o dever de vigilância.

Aqui se volta à questão inicial da primeira parte do presente trabalho: sendo o Estado inadimplente com seus cidadãos, como possui legitimidade para tratar, no momento da valoração penal, de forma equânime os indivíduos, ou pior, de forma inquisitorial?

A resposta para esta questão pode estar nas linhas iniciais da Teologia Política de Carl Schmitt: “Soberano é que decide sobre a exceção”<sup>123</sup>, assim demonstrando a evidente força do ente estatal perante os demais indivíduos. Porém, muito se distancia este conceito do sentido de Estado Democrático de Direito, que termina por afastar tal resposta, ao menos em seu caráter formal. Antes deve o Estado Democrático assumir sua parcela de culpa (*latu sensu*) perante o caso concreto. O cidadão não deixa de ser cidadão – nem humano – quando comete uma infração.

---

<sup>122</sup> CARVALHO, 2002.

<sup>123</sup> SCHMITT, 2006.

Porém, a realidade que assola a classe que se destina o princípio da coculpabilidade é a de que, muitas vezes, descobre-se o indivíduo, de forma negativa, ser pertencente ao meio social como cidadão – depois da infração penal. Pois, anteriormente o Estado lhe parecia algo distante, um perseguidor através das agências de criminalização e por isso deveria ser evitado. Não há noção de contrato social, somente o instinto de sobrevivência em um meio incompreendido, atrelado ao consumismo proveniente da maciça propaganda neoliberal capitalista que promove ligações entre poder e conteúdo material.

Nesse sentido, o Direito Penal vem a ser uma ferramenta tendenciosa: desde a maior criminalização dos crimes contra o patrimônio, até o processo penal, na igualdade material de tratamento – e que é evidenciado, entre outros casos, na adoção do foro por prerrogativa de função, na prisão especial<sup>124</sup>, etc. Na construção social do crime e dos criminosos por meio das instituições penais – criminalização secundária –, o subsistema penal, assentado sobre uma estrutura social desigual, recruta sua clientela entre os grupos mais precários da população, em especial autores de crimes contra o patrimônio, por serem indivíduos socialmente excluídos. E neste contexto a prisão constitui um instrumento político importante de controle dos grupos excluídos do mercado de trabalho, conseqüentemente não consumidores<sup>125</sup>.

### 3.5. PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE SOB O VIÉS CONSTITUCIONAL

O que se entende por coculpabilidade, lembrando, é a responsabilidade compartilhada do Estado Democrático de Direito em determinadas infrações cometidas por indivíduos em situação de abandono. A estes, muitas das vezes, são negados os Direitos Fundamentais mais elementares que condicionam a mínima possibilidade de concretização da dignidade humana de cada cidadão. Sendo assim, esses indivíduos, excluídos socialmente.

Os crimes abordados pelo advento do princípio em tela giram em torno dos crimes patrimoniais, pelos fatores apontados, sendo o agente oriundo de um meio social precário onde o Estado não se faz presente e, ainda, se o delito cometido tiver como razão fatores socioeconômicos.

---

<sup>124</sup> Art. 295 do Código de Processo Penal.

<sup>125</sup> WACQUANT, 2007.

O princípio da coculpabilidade encontra aplicabilidade em um primeiro momento por conta dos princípios da igualdade<sup>126</sup>, da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena. É neste sentido a sua mais coesa fundamentação constitucional, além da ideia de justiça (*strictu sensu*) que direciona todo o Direito.

Porém, como visto, a igualdade em questão é a igualdade em dignidade, insuscetível de rejeitar a singularidade dos sujeitos. Igualdade no sentido em que o judiciário não deve dar azo a nenhuma forma de desigualdade que extrapole a convenção ética. Por esse motivo, deve-se analisar o conceito de igualdade sob suas nuances mais elementares: a formal, que, basicamente, diz respeito à lei – segundo essa igualdade a lei (quando geral) não pode ser discricionária sob nenhum aspecto – e; em outro viés, tem-se o caráter material do conceito de igualdade, ou seja, de respeito a cada caso, levando em conta as subjetividades ao invés da crença na igualdade metafísica.

Ambos os conceitos, formal e material, são importantes e complementares. Assim, é imprescindível a concretização das duas formas, e não apenas do aspecto formal de igualdade.

Dessa forma, a efetivação do princípio da coculpabilidade no âmbito penal seria uma maneira de reduzir as consequências das desigualdades socioeconômicas no Direito Penal e ir além da igualdade material<sup>127</sup>, buscando a

---

<sup>126</sup> “Igualdade constitucional mais do que um direito é um princípio, uma regra de ouro, que serve de diretriz interpretativa para as demais normas constitucionais. Daí o Supremo Tribunal Federal aponta o seu tríplice objetivo: limitar o legislador, a autoridade pública e o particular. Como limite ao legislador, a isonomia impede que ele crie normas veiculadoras de desigualdades ilícitas e inconstitucionais. Enquanto limite a autoridade pública, os presidentes da República não podem praticar ações discriminatórias e os membros do Poder Judiciário não devem dar azo, em suas sentenças, ao cancro da desigualdade. Daí os mecanismos de uniformização da jurisprudência, tanto na órbita constitucional (recursos extraordinários e ordinários) como na infraconstitucional (leis processuais). No posto de limite à conduta do particular, a isonomia não se coaduna com atos discriminatórios, eivados de preconceito, racismo, maledicências diversas, propiciando a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”. (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 538-539).

<sup>127</sup> “A igualdade jurídico-formal, presente entre nós desde o Império, é detectada pelo uso da expressão “perante a lei”. Assim, o Texto de 1988 a consagra quando diz que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, caput, 1ª parte). Mas o que o princípio busca garantir é a proteção da igualdade real, material ou substancial, e não a isonomia puramente formal. Igualdade material, portanto, é a concretização da própria isonomia formal, que sai do papel para se realizar na prática. Alguns textos constitucionais de nosso tempo são sobretudo fartos no que se respeita à disciplina da igualdade material, pois acreditam que o desdobramento do conteúdo do princípio serve para reforçar o seu real cumprimento. É o caso da Carta brasileira de 1988, que diluiu a substância da isonomia ao longo do articulado constitucional, não se limitando a enunciar a igualdade “perante a lei”. Assim, a face material do vetor foi salientada e diversas partes da Constituição. Exemplos: preâmbulo, arts. 3º, III e IV; 5º, I; 170; 193; 196; 205 etc. didaticamente, eis o desdobramento da isonomia material em nosso Texto Maior: igualdade racial (art.4º. VIII); igualdade entre sexos (art. 5º, I); igualdade religiosa art. 5º, VIII);

igualdade em dignidade.

O homem enquanto *ser humano*, em decorrência do exposto, deve ter igualdade de oportunidades, como direitos elementares: à educação, moradia, saúde, etc., para que, dessa forma, seja efetivamente incluído socialmente. Portanto, a dignidade humana implica em um complexo de outros direitos fundamentais que asseguram condições existenciais mínimas para uma vida saudável e plena participação corresponsável nos destinos da própria vida bem como da vida em comunidade. Esse é um dos fundamentos norteadores da República (CF/88, art. 1º, III), que deve ser observado em todos os institutos jurídicos na mais eloquente busca por justiça. Justiça esta, com a significação supracitada.

O princípio da individualização da pena se encontra no art. 5º, XLV e XLVI da Constituição Federal brasileira de 1988, vai ao encontro do princípio da coculpabilidade, em seu objetivo de direcionar a sanção criminal à individualidade do agente. Em todas as fases: cominação, aplicação e execução, a individualização deve ser evidenciada. Desse modo, o princípio da coculpabilidade reconhece os aspectos mais elementares da vida do cidadão, contribuindo para a unificação da pena, proporcionando um tratamento efetivamente individualizado, cominando em uma sanção mais próxima da justiça (*strictu sensu*)<sup>128</sup>.

O princípio da coculpabilidade serviria como atenuador nas consequências das desigualdades e da exclusão social, no momento do *ius puniendi*. Uma forma efetiva de buscar o reconhecimento da pessoa humana. Não se trata de uma ação propriamente dita, uma medida extremada, mas sim de uma interpretação mais humana do Direito Penal e Processual Penal.

Ações neste sentido já são evidentes dentro do ordenamento jurídico penal,

---

igualdade de armar (art. 5º, LV); igualdade jurisdicional (art. 5º, XXXVII); igualdade de idade (art. 7º, XXX); igualdade de trabalho (art. 7º, XXXII); igualdade política art. 14); e igualdade tributária (art. 150, II)". (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 539).

<sup>128</sup> "Na forma republicana de governo, as decisões judiciais – que também são atos de governo – devem ser racionais, o que implica não serem elas contraditórias (embora a racionalidade não se esgote com esta condição). Dai decorre que seu objeto não se limite a oferecer orientações, mas também que deva fazê-lo em forma de sistema. O sistema orientador de decisões é construído segundo a interpretação das leis penais, que distinguem das não-penais pela pena. O direito penal requer, pois, um conceito de pena que lhe permita delimitar seu universo... A mais óbvia função dos juízes penais e do direito penal como planejamento das decisões judiciais é a contenção do poder punitivo. Sem a contenção jurídica (judicial) o poder punitivo ficaria liberado ao puro impulso das agências executivas e políticas e, por conseguinte, desapareceriam o estado de direito e a própria republica". (ZAFFARONI, *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.40).

como os exemplos: da Lei Maria da Penha<sup>129</sup> e do aumento do rol de condutas do art. 121 CP, acrescentando o “feminicídio”, que em síntese não são mais do que medidas de proteção às mulheres. E por mais que o bem jurídico: “vida” da mulher já esteja protegida, de forma abstrata no *caput* do Art. 121 CP, diante da facticidade de uma sociedade patriarcal para não dizer “falocêntrica”, fez-se necessário uma busca mais veemente pela proteção daquela que se encontra em relação de desproporcionalidade.

O que é proposto com estas políticas públicas é a abertura de espaço para a proteção efetiva de um grupo que se encontra em vasta desigualdade em relação a outro grupo. E neste sentido o princípio aqui exposto, não sugere que o cometedor de uma conduta seja “protegido”, mas que o olhar estatal seja direcionado a ele de forma positiva e construtiva, minorando, se for o caso, sua pena diante de sua realidade. Observação esta que vai ao sentido contrário às condutas dos empresários morais, analisado no primeiro capítulo deste trabalho.

Diante de tais reflexões, constata-se que, na realidade, o Estado Democrático de Direito, existe somente no mundo do dever ser, com caráter programático. Possuindo na práxis caráter hegemônico em prol das classes melhor favorecidas economicamente<sup>130</sup>.

Os fatores que oxigenam toda essa epistemologia apresentam, seja na seleção criminalizante ou nas teorias de justificação da lei e ordem, argumentos tendenciosos constantemente ratificados pelos empresários morais.

Assim, o agente de delito, nas circunstâncias supraditas, contra a propriedade, desprezado, estigmatizado com a marca da criminalização, e por isso, perseguido, não possui no processo oportunidade de demonstrar a sua vulnerabilidade, perante um sistema jurídico sobrecarregado, que por esse motivo, torna-se seletivo e emoldurado.

O miserável e marginalizado pelo corpo social, altamente limitado tem o dever

---

<sup>129</sup> Lei nº. 11. 340 de 7 de agosto de 2006.

<sup>130</sup> “O estado de direito é concebido como o que submete todos os habitantes à lei e opõe-se ao estado de polícia, onde todos os habitantes estão subordinados ao poder daqueles que mandam. O princípio do estado de direito é atacado por um lado, como ideologia que mascara a realidade de um aparato de poder a serviço de classe hegemônica e defendido, com outros, como uma realidade bucólica com alguns defeitos conjunturais. Considerando a dinâmica da passagem do estado de polícia ao estado de direito, é possível sustentar uma posição dialética: não há estados de direitos reais (históricos) perfeitos, mas apenas estados de direito que contêm (mais ou menos eficientes) os estados de polícia neles enclausurados”. (ZAFFARONI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.41).

de demonstrar que teve suas necessidades básicas não providas pelo Estado, sem se quer saber de seu descrédito social. O Estado ao fornecer um defensor ao réu promove uma falsa sensação de “paridade de armas”, o que em verdade promove apenas a legitimidade persecutória. Pois, independentemente de excelentes defensores, pouco ou nada vale se todas as fases da criminalização são voltadas ao combate da “doença social”.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na primeira parte se argumentou sobre a questão de insuficiência nas teorias da pena, bem como o então consagrado *ius puniendi* e sua falácia. Após, se argumentou sobre os problemas em crer em uma teoria de gerações de direito e se concluiu que nem um nem o outro são eficientes em seu papel formal, devendo, desse modo, lançar mão de ferramentas hábeis a contenção poder punitivo.

Após este primeiro passo, caminhamos em direção aos mecanismos que servem de verdadeiros diques de contenção deste poder punitivo e diante de tal adentramos na questão propriamente do princípio da coculpabilidade, levando em conta o instituto da culpabilidade.

Em seguida, encaminhou-se a pesquisa a fim de saber se a culpabilidade, de fato, abrange a todos do mesmo modo, o que se verificou que não, e que há uma clientela específica que é de modo contumaz perseguida pelo aparato penal. Por fim, perguntou-se se esta parcela pode receber a proteção do princípio da coculpabilidade a partir da questão: poderá o Estado ser acionado penalmente em conjunto ao cidadão? Contudo, a resposta não pôde ser definitiva com os apontamentos levantados no primeiro capítulo e que culminou no seguinte, cujo cerne foi o livre-arbítrio e suas falaciosas concepções como pressupostos da pena. Neste diapasão, emprenhou-se na desconstrução da proposição em seus aspectos filosófico e científico. Porém, a segunda parte (aspecto científico), mostrou-se insuficiente, diante da argumentação no sentido da reserva de dúvida em usar a ciência como modo puro para desconstruir outras afirmações da própria ciência, culminando, enfim, em uma oferta de caminho mediano a partir do compatibilismo humanista.

Consequentemente, ao levar a cabo as noções de direitos humanos, advindas do compatibilismo humanista, para dentro da concepção de legitimidade da pena, abre-se de maneira perfeitamente possível o caminho para a entrada do instituto da coculpabilidade de modo formal no Direito.

Assim, o último capítulo tratou da parte encarregada de situar tal princípio na busca por justiça. Para isso, a partir do pressuposto justiça – possibilitado pela busca do que se entende por tal em seus vieses normativo e vulgar a partir da construção conceitual aristotélico-tomista, para finalmente compreendê-lo brevemente –, questionou-se sua base conceitual de sustentação, contrapondo os

elementos que o auxiliam na obtenção do “significado” sob a influência de determinados paradigmas. Para, desse modo, se possível, considerar o princípio da culpabilidade como auxiliar nessa verdadeira epopeia hodierna – a busca por justiça.

Primeiramente, com relação à interpretação da ideia de justiça, ainda que esta tenha mostrado ser, aparentemente, suficiente com o paradigma dos direitos humanos, alguns pontos ficaram obscurecidos diante da leitura temática em conjunto com a filosofia da linguagem wittgensteiniana, o que culminou em uma aporia elementar no sentido de qual seria o paradigma da interpretação de justiça no Estado Democrático de Direito, diante da vertente: justiça social?

Como esta questão afasta-se da temática aqui pesquisada, é um assunto que é pretendido tratar em outro momento.

Posto isso, a presente pesquisa não encerra o tema, porém, acredita-se que fornecem suporte para fomentar o debate sobre profundo assunto – desigualdade.

Finalmente, no sentido de que em uma sociedade neoliberal, capitalista de abissais distinções sociais pecuniárias, um Estado inadimplente do mínimo existencial – para a formação e conseqüente autodeterminação individual – e da seletividade criminal por parte do Direito Penal, é demasiado simples constatar o problema da igualdade na esfera penal.

Ao pesquisar esta e seus desdobramentos, surgiu a necessidade de compressão do que é justiça. Abrindo mão do método hermenêutico e da filosofia da linguagem de Wittgenstein, constatou-se que a ideia de justiça (*strictu sensu*) é objetivo da ideia de Direito Positivo. Direito que carece constantemente da interpretação de justiça, por seu caráter histórico e social. E que seu paradigma interpretativo, tanto principiológico como positivado – Constituição brasileira de 1988 – é no sentido da dignidade da pessoa humana. Portanto, interpretando o Direito Positivo sob o paradigma dos direitos humanos como busca por justiça (*strictu sensu*) e utilizando a ideia de justiça distributiva é perfeitamente racional aceitar a entrada do princípio da culpabilidade na prática forense, devidamente positivado em lei como norma programática na busca por penas mais justas. Tendo como base interpretativa a ideia de qual instituto deve ceder no embate entre Direito e justiça.

## BIBLIOGRAFIA

AQUINO, Tomás de. *Summa Theologiae*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001.

AGOSTINHO, Confissões. Versão para eBook. p. 121 Acessado em 20/10/2015. Disponível em: <http://charlezine.com.br/wp-content/uploads/2012/04/Confiss%C3%B5es-Agostinho-de-Hipona.pdf>.

ARENDT, Hannah, *A vontade e a era moderna*. A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar, 4<sup>o</sup> ed.. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Escala Educacional, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal* – introdução à sociologia do direito penal. Traduzido por Juarez Cirino dos Santos; 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. ed. Eletrônica; ed. Ridendo Castigat Moraes. Acessado em 12/05/2014. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>.

BECHARA, Evanildo, *Moderna gramática portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.

BÍBLIA. Tradução de João Ferreira de Almeida. L.C.C. Publicações Eletrônicas. Versão para eBook. Acessado em 12/04/2016. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/biblia.pdf>.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: Parte Geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *As atenuantes podem trazer a pena para alguém do mínimo legal: uma garantia constitucional*. Atualidades do direito. Acessado em 17/09/14. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/cezarbitencourt/2013/03/01/as-atenuantes-podem-trazer-a-pena-para-aquem-do-minimo-legal-uma-garantia-constitucional/>.

- BRANDÃO, *Claudio*. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BUSSATO, Paulo Cesar. *Neurociência e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014.
- BRASIL, *CÓDIGO PENAL BRASILEIRO* (1940). Decreto Lei nº 2.848. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2015.
- BRASIL, *CÓDIGO PROCESSUAL PENAL* (1941). Decreto Lei nº 3.689. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2015.
- BRASIL, *CONSTITUIÇÃO FEDERAL* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2015.
- CAPEZ, Fernando. PRADO, Stela. *Código penal comentado*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CARVALHO, *José Murilo de*. *Cidadania no Brasil*. O longo caminho. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2002.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FERRI, Eurico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2003.
- FILHO, Roberto Freitas, *Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma*. 2ª ed. 2013. Versão para internet, p. 24-25. Acessado em 25/05/2015 Disponível:  
<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/4067/1/Crise%20do%20Direito.pdf>.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Editora NAU, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1984.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo: parte I*. Tradução Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 1993.
- KANT, Immanuel. *Para a paz perpétua*. Tradução de B. Kristensen. Instituto Galego de Segurança Internacional e da Paz: Galiza, 2006.

\_\_\_\_\_. *Was heisst: Sich im Denken orientieren?* (1786) WW. (Akad. Ausgabe), tomo VIII, p.131-147. Ed. brasileira: Immanuel Kant, textos seletos, p.76, Ed. Vozes, Petrópolis, 1974.

KELSEN, Hans. *La ideia dei derecho natural y otros ensayos*. Trad. de Guillermo Garcia Máynez, Buenos Aires: Editora Losada, 1946.

\_\_\_\_\_. *O que é justiça?*. Traduzido por Luís Carlos Bosrges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KHALED Jr, Salah H. *O problema da indemonstrabilidade do livre-arbítrio: a culpabilidade jurídico-penal diante da nova concepção de homem da neurociência*. Sociologia Jurídica: número 10, Janeiro-julho de 2010. cap. 3.

\_\_\_\_\_. ROSA, Alexandre Morais da. *In dubio pro hell: profanando o sistema penal*. Rio de janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NALINE, José Renato. *Filosofia e ética jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NETO, Ranieri Mazzilli. *Os caminhos do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

NIETZSCHE, Friedrich. *Além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro*. Tradução, notas e posfácio: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras 1992.

\_\_\_\_\_. *A gaia ciência*. Tradução. Paulo César de Souza. São Paulo: Schwarcz, 2001.

\_\_\_\_\_. *Aurora: reflexões sobre os preconceitos morais*. Tradução, notas e posfácio: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras 2004.

\_\_\_\_\_. *Crepúsculo dos ídolos: a filosofia a golpes de martelo*. Tradução Edson Bini e Márcio Pugliese. São Paulo: Hemus, 2001.

\_\_\_\_\_. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das letras, 2009.

\_\_\_\_\_. *Humano, demasiado humano: um livro para espíritos livres*. Tradução, notas e posfácio: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PLATÃO. *A república*. Tradução de J. Guinsburg. Divisão Europeia do Livro: São Paulo, 1965.

RADBRUCH, Gustav. *Süddeutsche Juristenzeitung* (Revista Jurídica do Sul da Alemanha). Número especial sobre crimes contra a humanidade. Traduzido por Jacy de Souza mendonça. *Süddeutsche Juristenzeitung*: Sul da Alemanha, 1947.

RUSSO, Eduardo Angel. *Teoria general del derecho*: em la modernidade y em la posmodernidad, 2. Ed, Buenos Aires: Abedelo Perrot, 1997.

SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Editora Del Rey: Belo Horizonte, 2006.

SÓFOCLES. *Antígona*. 15ª reimpressão. Tradução de Mário da Gama Kury. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

VOLTAIRE. *O preço da justiça*. São Paulo: Martim Fontes, 2001.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*. 3ª ed. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WITTGENSTEIN. Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Tradução de M. S. Lourenço. 3ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2001.

\_\_\_\_\_. *Investigações filosóficas*. Tradução de M. S. Lourenço. 3ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2002.

ZAFFARONI, E. Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Direito Penal Brasileiro*: Primeiro Volume – teoria geral do direito penal. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.