

## **Necessidade de pena e culpabilidade (responsabilidade): a discussão sobre a aplicação da culpabilidade por vulnerabilidade como causa de exculpação supralegal no âmbito da lei de drogas**

**Need for penalty and guilty (responsibility): the discussion on the application of guilty due to vulnerability as a cause of superlegal exculpation under the context of drug law**

Lucas Gondim Coelho<sup>1</sup>

167

**Resumo:** A presente pesquisa tem como escopo abordar a possibilidade da aplicação, da teoria da culpabilidade por vulnerabilidade, na realidade da Lei 11.343/2006. Nesse sentido, é imprescindível entrelaçar o Direito Penal, a Criminologia e a Política Criminal, ou seja, realizar um estudo interdisciplinar, voltado ao amplo funcionamento do sistema penal, da aplicação da lei penal e da execução da pena. Nesse espeque, a culpabilidade por vulnerabilidade, deve-ser aplicada a partir do funcionalismo ou da teoria agnóstica da pena. A priori, propõe-se a aplicação dela, como uma causa de exculpação supralegal por inexigibilidade de conduta diversa, em que situações concretas de vulnerabilidade devem ser medidas com base no esforço que o sujeito faz para se encontrar nela, quanto mais ínfimo for o esforço deverá ser menor o grau de culpabilidade.

**Palavras-chave:** culpabilidade por vulnerabilidade; funcionalismo; teoria agnóstica da pena. política criminal; inexigibilidade de conduta diversa.

**Abstract:** The scope of this research is to address the possibility of applying the theory of culpability due to vulnerability in the reality of Law 11,343/2006. In this sense, it is essential to intertwine Criminal Law, Criminology and Criminal Policy, that is, to carry out an interdisciplinary study, focused on the broad functioning of the criminal system, the application of criminal law and the execution of the sentence. In this context, culpability due to vulnerability must be applied from functionalism or the agnostic theory of punishment. A priori, it is proposed to apply it, as a cause of superlegal exculpation for unenforceability of different conduct, in which concrete situations of vulnerability must be measured based on the effort that

---

<sup>1</sup> Advogado. Professor da IESO. Mestre pela Faculdade Damas de Instituição Cristã de Recife/PE, com área de concentração em História do Pensamento Jurídico na linha de pesquisa História das Ideias Penais. Bacharel em direito pela Faculdade Damas de Instituição Cristã (2015). Orcid: <https://orcid.org/0009-0006-0400-4465>. Email: [advogado.gondim@gmail.com](mailto:advogado.gondim@gmail.com)

Recebido em: 04/09/2024

Aprovado em: 07/12/2024

Sistema de Avaliação: *Double Blind Review*



the subject makes to find himself in it, the smaller the effort. the degree of culpability should be lower.

**Keywords:** Vulnerability Culpability. Functionalism. Agnostic theory of punishment. Criminal policy. Unenforceability of different conduct.

## 1 Introdução

A posição clássica do final do século XIX, foi defendida por Liszt, através da famosa frase: “O direito penal é a barreira intransponível da política criminal”. Nesse esboço, o autor defendeu o positivismo legal, segundo este, todas as decisões de cunho valorativo já tinham sido determinadas pelo legislador (Schünemann, 1991, p. 696). Assim, de acordo com o doutrinador alemão o direito penal deveria ser aplicado de forma isolada a partir do seu sentido jurídico correspondente à função liberal e a política criminal utilizada como objeto de valoração orientadora- destaca-se que, na época lisztiana a política criminal tinha por objeto apenas o delinquente, já a política social era responsável em suprimir ou limitar as condições sociais do crime- (Batista, 2007, p. 34). Nesse sentido, o posicionamento clássico, opõe-se à aplicação de métodos jurídicos em sentido estrito e, a uma elaboração sistemática-conceitual, apoiada em fundamentos empíricos (Roxin, 2002, p. 31-32).

Nesse esboço, o doutrinador positivista defendia que fosse abstraído da ciência penal os aspectos sociais e políticos (Roxin, 2002, p. 41) e, portanto, estando nesse sistema a política criminal e o direito penal em posições antagônicas (Roxin, 2006, p. 61-62). Todavia, os defeitos metodológicos e teóricos-jurídicos no positivismo fizeram com que ele fosse considerado ultrapassado, logo, no início do século XX, pela ciência jurídica alemã, sendo substituído pelo sistema jurídico-penal inspirado no neokantianismo; empreendendo-se em construir um sistema teológico do direito penal a partir dos fins da pena com fulcro no utilitarismo (Schünemann, 1991, p. 699). Ainda, na primeira metade do século XX, surgiu o sistema finalista de Welzel, em que a política criminal foi posta como secundária, assim, separando de forma ainda mais incidente o direito penal, do que na época do positivismo; deixando igualmente como no sistema naturalista positivista profundas lacunas na dogmática jurídica-penal; como por exemplo, o excesso de dados das estruturas lógicas reais (Schünemann, 1991, p. 700-701).

Outro conceito de política criminal, foi abordado em 1970 por Baratta, que, afirmou ser imprescindível realizar uma distinção pragmática entre política criminal e política penal: esta, é uma resposta penal no exercício da função punitiva do Estado, como, por exemplo, na lei

penal e sua aplicação, na execução da pena e nas medidas de segurança; aquela, é uma política em sentido mais amplo, de transformação social e institucional (Baratta, 2004, p. 214). Destarte, a atribuição da política criminal é combater um direito penal desigual propondo uma reforma, tanto na organização judicial, como na policial, com o objetivo de democratizar o sistema institucional punitivo de criminalização seletiva (Baratta, 2004, p. 216). Dentro desse conceito de política criminal, considera-se que a função da opinião pública é desenvolvida a partir de um direito penal desigual definindo estereótipos relacionados ao crime, com base no sentido comum da “teoria”, utilizando-se da ideologia dominante que legitima o sistema penal (Baratta, 2004, p. 217) e, por isso, verifica-se a utilização de dados empíricos no posicionamento do doutrinador italiano.

Desse modo, pode-se dizer haver contribuições de Baratta, nos conceitos trabalhados atualmente de política criminal, ratifica-se que, em razão do criminólogo italiano desenvolver sua teoria a partir de aspectos empíricos. Nesse contexto, o desenvolvimento teórico da ciência penal, fez com que o atual conceito de política criminal seja mais amplo, do que da época lisztiana, devido às mudanças sociais, ao avanço da doutrina penal e da criminologia e às evidências empíricas do funcionamento das instituições que formam o sistema penal (Batista, 2007, p. 34). Nesse espeque, a política criminal configura-se, a priori, como a legitimidade da pena, incidindo causas sociais, efeitos retributivos, neutralizantes e preventivos; tanto na aplicação; como na execução das penas e; portanto, o objeto discutido na política criminal será a legislação penal futura (Batista, 2022, p. 15); como será proposto no presente artigo.

Por outro lado, outra visão inovadora e diferente das já citadas foi trabalhada por Roxin, em que a unidade sistemática entre política criminal e direito penal deve estar incluída na teoria do delito (Roxin, 2002, p. 51), defendendo a aplicação de um sistema funcionalista- pode-se considerar uma evolução do sistema neokantiano que se utilizava de valorações difusas e não hierarquizadas, sendo trocada no funcionalismo por valorações político-criminais a partir dos fins da pena- (Greco, 2000, p. 21). De forma que, especificamente, na culpabilidade, a política criminal incide com fulcro nos fins da pena, assim, apesar do fato cometido pelo autor ser reprovável, analisa-se ainda se tal ação é merecedora de uma sanção penal. Destarte, se o indivíduo pelas razões que seja não possa evitar o injusto por ele cometido falta também o objeto que fundamente sua pena, pois, não se pode fundamentar uma culpabilidade inexistente, como por exemplo, nos casos dos enfermos mentais (Roxin, 2002, p. 89-90).

Pois bem. No âmbito da culpabilidade, pode-se utilizar das discussões dentro da política criminal, sem deixar de lado os aspectos criminológicos- em que, na abordagem feita por Roxin

foi deixada no vestibulo por não ter sido convidada (Batista, 2022, p. 17) - para fundamentar penal-juridicamente a forma adequada, de se aplicar a culpabilidade por vulnerabilidade proposta por Zaffaroni, primeiramente, dentro do contexto da Lei 11.343/2006. Nesse sentido, na realidade dos países periféricos latino-americanos, por exemplo, há forte violência estatal e repreensão, como forma de controle social, em que se exerce poder e explora-se à minoria (Aniyar de Castro, 2017, p. 354-355), refletindo da forma que se procede o combate às drogas. A priori, propõe-se a aplicação da culpabilidade por vulnerabilidade como uma causa de exculpação supralegal, porém, para se obter essa resposta será preciso destrinchar os efeitos da aplicação da política criminal, dentro da teoria do delito, especificamente na culpabilidade.

Desse modo, parte da doutrina distingue causas de exclusão de culpabilidade e de exculpação, como, por exemplo, Jescheck. Sendo a diferença, é que nas causas de exclusão de culpabilidade acaba faltando toda culpabilidade do sujeito, não podendo ele atuar de outro modo. Já nas causas de exculpação, em virtude de uma especial indulgência a culpabilidade é diminuída, só que, é possível ainda uma reprovação pela culpabilidade (Roxin, 1997, p. 814-815). Observa-se que, a fundamentação das causas de exculpação tem como objeto singular a inexigibilidade de um comportamento ajustado com a norma (Jescheck, 1981, p. 655), assim como, nas causas de exclusão de culpabilidade. Entretanto, nas causas de exculpação, apesar da culpabilidade não ser excluída ela deve ser atenuada, mesmo que se deva afirmar o desvalor ético do fato, posto que, a ação frente ao direito não tem a mesma censura caso houvesse ocorrido em situações normais ((Jescheck, 1981, p. 657).

Com relação à aplicação conjunta dessas ciências tornou-se possível, nos estudos da criminologia crítica e do direito penal crítico. Nesse espeque, a criminologia é “o dever ser do direito”, já o direito penal dentro dessa relação é “um ser”, sendo assim, há uma semelhança entre a criminologia crítica e a política criminal, contudo, com um conceito completamente diverso da criminologia positivista; na qual a criminologia era o “ser” e o direito penal o “deve ser”(Aniyar de Castro, 2017, p. 350-351). Por isso, a criminologia crítica, afasta-se do pensamento criminológico tradicional, tendo raízes no pensamento sociológico clássico de Durkheim e de Merton (Baratta, 2004, p. 19). Nesse contexto, a política criminal passa a ser utilizada pelo Estado como uma estratégia para conter a criminalidade, já a criminologia auxilia com base material qual estratégia política criminal deve ser adotada no controle social estatal (Bergalli, 1983, p. 25). Dessa forma, quando a criminologia é deslocada, torna-se inútil e ultrapassada, ocasionando em menos serviços sociais, à vista disso, a política criminal se reduz à política de ordem pública ou ordem nas ruas, exercida através dos controles de segurança e;

consequentemente, na medida que o sistema precisará de cada vez mais policiais; em contrapartida vai passando a há menos criminólogos (Pavarini, 2002, p. 167-168).

Nessa perspectiva, a abordagem central e pragmática dessa “nova criminologia” é realizada, a partir da macrossociologia- que, opõe-se, a um conceito biopsicológico, pois, estuda a relação do comportamento desviado com o sistema de produção e distribuição e sua ligação funcional ou disfuncional com o status social (Baratta, 2004, p.166) - em sua função teórica e prática, com o escopo de estudar o fenômeno da desviação, ou seja, tratando a desviação como uma questão funcional de certa estrutura socioeconômica (Baratta, 2004, p.19). Destarte, o estudo da macrossociologia desloca o comportamento desviado para os mecanismos de controle social, sobretudo, do processo de criminalização, assim, abandonando a ideia de um direito penal com base em um sistema estático, para um sistema dinâmico; analisando-se empiricamente às condições conhecidas nos conceitos de criminalização primária e secundária; que, fez cair o mito do direito penal como um direito igual (Baratta, 2004, p.168).

O método utilizado neste artigo é o hipotético-dedutivo. Segundo Karl Popper, responsável por desenvolvê-lo, este método consiste em uma consequência lógica a partir da ideia falseabilidade. Nessa perspectiva, todos os argumentos favoráveis ou contrários à hipótese do trabalho serão discutidos, com o objetivo de desvelar possíveis contradições em relação à tese aqui proposta, ou seja, a possibilidade de aplicação da culpabilidade por vulnerabilidade como uma causa exculpação supralegal por inexigibilidade de conduta diversa, se partir de uma visão preventiva da pena ou agnóstica.

Nesse espeque, o método científico de Popper, consiste em testar possíveis soluções para determinados problemas, e a partir daí surgem novas investigações e novas soluções. Sendo assim, novas soluções são propostas e criticadas, contudo, se uma solução proposta não está aberta à crítica, ela não pode ser utilizada na argumentação científica. Haja vista que, o futuro faz com que novas soluções apareçam, podendo as antigas virar objeto de refutação, o que permite um debate infundável no campo científico e, da mesma forma, no aspecto jurídico. Destarte, nenhuma proposta científica está isenta de ser refutada, sendo o instrumento principal a crítica e a contradição lógica, isto é, a objetividade da ciência é o método crítico (Popper, 1978, p.16).

Dessa forma, é realizado um teste, em que se temos premissas de uma dedução verdadeiras, por conseguinte, chegamos à veracidade da conclusão, porém, se a conclusão for falsa pelo menos uma das premissas não é verdadeira. Sendo esse método utilizado como forma de solucionar um problema científico, nessa acepção, pode haver conclusões inaceitáveis e as

premissas serem contestadas e recusadas. Portanto, buscamos novas soluções para os problemas a partir da percepção de nossa ignorância, sempre aprimorando uma nova premissa até que ela esteja considerada “pronta” a ser contrariada Popper, 1978, p. 26-27.

No direito penal contemporâneo vem ganhando cada vez mais defensores, do desenvolvimento da teoria do delito a partir do funcionalismo proposto por Roxin, onde os elementos do crime são aplicados com base nos ideais dos fins preventivos. Por outro lado, há a teoria agnóstica da pena e não se pode desprezá-la, pois, a priori, poder-se-á servir para frear os fanáticos que defendem as teorias da pena utilizadas para legitimar o poder punitivo com alicerce em sua onipotência (Zaffaroni, 2005, p. 239), sobretudo, a idolatria da doutrina majoritária nacional pela prevenção geral positiva. Todavia, não se pode olvidar de trabalhar com as ideias de política criminal a partir dos fins de prevenção geral e especial, haja vista que, foram desenvolvidas pela doutrina alemã que é o berço do direito penal. No entanto, a diferença histórica, cultural, social e política, dos países ocidentais, difere dos países da região periférica latino-americana e, portanto, não se pode aplicar as teorias preventivas da pena de forma cega.

## 2 Das influências das teorias de preventivas da pena

Ressalta-se que, de acordo com a teoria da prevenção geral, o fim da pena é atingir a comunidade e não o autor especificamente, em razão disso sua nomenclatura possui o termo geral Roxin, (1997, p. 89). Nesse sentido, Freud afirmou ter encontrado um dos “fundamentos de ordenamento penal humano”, nas necessidades de prevenção geral, dado que, quando um indivíduo satisfaz o desejo reprimido, todos os membros da sociedade devem sentir o mesmo desejo com escopo de controlar à tentação criminosa e; por conseguinte, o invejoso deve ser punido pelo seu atrevimento (Sigmund, 1974, p. 361 apud Roxin, 1997, p. 91). Nessa acepção, a teoria da prevenção geral é abordada a partir de dois aspectos, um positivo e outro negativo.

Primeiramente, foi desenvolvida por Feuerbach (1775-1883)- este, que é considerado o pai da ciência no direito penal alemão- a prevenção geral negativa, sob o fundamento da teoria da coação psicológica. Segundo este autor, tal teoria é fundamentada a partir do princípio hedonístico, ou seja, o fim da ação humana é buscar o prazer para satisfazer o seu “ego”, causando ilicitamente um sofrimento a outro indivíduo (Carvalho, 2008), na medida que, a concupiscência do homem o impulsiona (Von Feuerbach, 1989). Nesse espeque, deve haver um mecanismo de coação psicológica, no sentido de suprimir com toda seguridade o impulso que leva o indivíduo a cometer o crime, pois o seu feito será seguido de um mal maior inevitável, surgindo assim, o impulso no indivíduo de não cometer o crime (Roxin, 1997, p.89-90).

De acordo com o autor alemão o processo “científico” coerente a ser adotado pelo legislador, é através da aplicação da ameaça de um sofrimento para quem praticar um crime, previsto na legislação penal (Carvalho, 2008, p. 31). Dessa forma, a prevenção geral negativa tem a função de dirigir uma intimidação ao cidadão com o escopo de desestimular a prática de crimes ou agressões ilícitas, ou seja, é a intimidação do futuro criminoso que ocorre através da própria cominação da pena (Santos, 2008, p. 454-455). Sendo assim, verifica-se seus efeitos na previsão da pena em abstrato do tipo penal e, conseqüentemente, na pena privativa da liberdade, desde que, proporcional à gravidade do crime.

Já a função de prevenção positiva pós-moderna, surgiu no final do século XX, havendo duas posições principais, mas, apesar de semelhantes possuem pressupostos e objetivos político-criminais distintos. Assim, Jakobs trabalha com uma prevenção geral positiva, de natureza absoluta com o fim declarado e manifesto de intimidação, de correção, de neutralização e de retribuição à pena penal, influenciado pelo punitivismo. Por outro lado, Roxin, diferentemente, defende que tal prevenção possui natureza relativa e, o fim declarado e manifesto está ligado à pena penal, cuja legitimação consiste na proteção de bens jurídicos (Santos, 2008, p. 468-469).

Segundo Jakobs, a prevenção geral positiva, aproxima-se da doutrina de Welzel, segundo a qual o direito tem uma “função ético-social”, que, decorre da vigência de “valores da ação do atuar conforme o Direito”; constituindo-se “o juízo ético-social dos cidadãos” e fortalecendo-se “seu atuar permanente favorável ao Direito” (Jakobs, 2000, p. 74). De acordo com essa doutrina, o direito penal assegura valores ético-sociais, como, por exemplo, a vida, a liberdade, a propriedade etc. De modo que, desses valores surge o pensar jurídico permanentemente conforme o direito e, em cima do amparo de bens jurídicos individuais concretos, há a missão de assegurar a validade dos valores do atuar segundo o ordenamento jurídico. Posto isso, possui o direito penal essa natureza positiva ético-social, não permitindo e sancionando a quebra desses valores fundamentais, formando-se, assim, um juízo ético-social de cidadãos e fortalecendo o sentimento de fidelidade ao direito (Welzel, 1956, p. 2-4).

Já de acordo com Roxin, a prevenção geral positiva é caracterizada a partir de três fins e efeitos distintos, todavia eles se entrelaçam. A primeira finalidade, é o efeito de aprendizagem, este decorre do exercício de confiança do direito, concretizado-se, na população através da justiça penal. O segundo fim, é o efeito de confiança no direito, este ocorre quando o cidadão observa o direito sendo aplicado. Por fim, o terceiro efeito, é o de pacificação, que ocorre quando a consciência jurídica geral se tranquiliza, em virtude da aplicação de uma sanção ao

sujeito que violou a lei penal (Roxin, 1997, p. 91-92). À vista disso, quando se trata de prevenção geral positiva não se aborda a intimidação, e sim a confirmação, do direito frente a todos (Jakobs, 2000, p. 74). Dessa maneira, a prevenção geral positiva reforça o sentimento de confiança da sociedade no direito (Roxin, p. 1997, p. 91), em outras palavras, reafirma valores comunitários, através do restabelecimento da ordem jurídica.

Surge-se então, o nó górdio do presente artigo, especificamente, visando a aplicação da culpabilidade por vulnerabilidade no direito pátrio, especificamente, no âmbito da Lei 11.343/2006: aplicar-se-á a partir de um sistema funcionalista com base nos fins de prevenção da pena ou de um sistema agnóstico da pena crítico, a tais fins preventivos. Nesse sentido, com o escopo de chegar à construção de um direito penal racional, juridicamente a culpabilidade por vulnerabilidade, dever-se-á ser aplicada a partir de critérios normativos ou de dados ontológicos. Contudo, não com base nos dados ônticos da época do finalismo de Welzel, mas sim, na conceituação proposta por Zaffaroni através do sistema agnóstico, em que a pena não consegue reparar ou restituir, tampouco detém lesões. Assim como, não com base no sistema normativo de Jakobs, que, é antagônico ao empirismo, mas sim, com base nos critérios normativos propostos por Roxin.

### 3 Da aplicação da culpabilidade por vulnerabilidade

Sem sombra de dúvidas, há uma personalização de indivíduos pré-selecionados pelo sistema penal que talvez sejam escolhidos, em razão da forma atual que se desenvolve a criminalização primária e secundária, de um ponto de vista pragmático e, por isso, é fundamental entender esses dois conceitos. Segundo Zaffaroni, criminalização secundária: “é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que tem lugar quando as agências policiais detectam a uma pessoa, à que se atribui a realização de certo ato criminalizado primariamente [...]”(Zaffaroni, 2002, p. 7); já criminalização primária: “é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas [...] é uma declaração que usualmente se refere a condutas ou atos” (Zaffaroni, 2002, p. 7).

Sendo assim, a criminalização primária é um ato exercido pelos agentes políticos (parlamentares e chefes do executivo), implicando-se, em um conteúdo programático dirigido aos agentes de criminalização secundária (policiais civis, militares e penais, juízes penais e promotores de justiça). Ocorre que, os órgãos estatais que integram a criminalização secundária, na prática não conseguem exercer de forma eficaz a contenção dos conflitos que lhe são impostos, pelo contrário há a chamada “cifra negra ou escura”, em virtude da quantidade de

crimes que são praticados, no entanto, ao menos chegam ao conhecimento das agências de segurança. Por conseguinte, há uma seleção criminal exercida secundariamente sobre uma parte ínfima da sociedade, relacionada ao programa primário (Zaffaroni, 2002, p. 7-8).

Então, diante desse modelo prático de sistema penal seletivo surge a teoria da culpabilidade por vulnerabilidade, em que há um estereótipo de determinado grupo de indivíduos dentro do convívio social, constantemente, selecionados pelo sistema penal. Em outras palavras, o doutrinador argentino define que a teoria supracitada está relacionada ao grau de esforço pessoal feito pelo indivíduo, para se colocar na situação concreta de vulnerabilidade (Zaffaroni, 2005, p. 244-245). Posto isso, Zaffaroni indica quando restasse caracterizada a culpabilidade por vulnerabilidade: (a) analisa-se, o maior ou menor grau de probabilidade da incidência de criminalização secundária sobre o indivíduo; (b) considera-se, o grau de periculosidade do sistema penal para cada indivíduo a partir de componentes que indicam a vulnerabilidade; (c) o estado de vulnerabilidade está ligado a um estereótipo relacionado aos status social, classe, propriedade trabalhista, renda etc. (d) além da seleção exercida pelo poder punitivo sobre indivíduos em estado semelhante de vulnerabilidade e, conseqüentemente, havendo um maior risco de criminalização (Zaffaroni, 2002, p. 654).

Entretanto, com o escopo de não cometer um erro histórico, ressalta-se que, não se pode confundir culpabilidade por vulnerabilidade com coculpabilidade, posto que, esta última possui outros aspectos e peculiaridades. Nessa acepção, o conceito de coculpabilidade é falho por atribuir à pobreza uma diminuição de culpabilidade, tornado a aplicação do direito desigual para as classes hegemônicas, de toda forma havendo um controle na seletividade estrutural do poder punitivo Zaffaroni, 2005, p. 241-242). No Brasil, Cirino dos Santos propõe a aplicação da coculpabilidade, como uma causa de exculpação supralegal, de conflito de deveres. Nesse sentido, o doutrinador defende haver uma motivação anormal dentro da vontade do autor, em razão de condições sociais adversas que tornam inexigível um comportamento diverso, com base na hipótese jurídica doutrinária da escolha de um mal menor (Santos, 2008, p. 349).

Por outro lado, apesar da contribuição jurídica do doutrinador brasileiro, o conceito de coculpabilidade falhou de acordo com Zaffaroni, porém, poderá se dizer que tal posicionamento contribuiu oferecendo espaço para hoje se pesquisar sobre a possibilidade da aplicação da culpabilidade por vulnerabilidade, a priori, como uma causa de exculpação supralegal; de conflito de deveres por inexigibilidade de comportamento diverso. Assim, verifica-se uma semelhança de fundamentação na aplicação das hipóteses legais, de outros casos de inexigibilidade de conduta diversa por conflito de deveres, como o exemplo clássico do médico

na eutanásia promovida pelo regime nazista, em que segundo a doutrina majoritária se qualquer pessoa em uma situação semelhante escolhesse o mal menor, ou seja, se qualquer indivíduo na mesma situação agiria igualmente; caracterizar-se-ia uma causa de exculpação supralegal (Santos, p. 346-347).

Da mesma forma, ocorre na culpabilidade por vulnerabilidade, pois, como o grau de esforço do autor para se colocar em situação concreta de vulnerabilidade é mínimo, qualquer indivíduo nas mesmas condições provavelmente ou pelo menos há uma grande probabilidade de fazer o mesmo. Ou seja, poder-se-ia fundamentar-la como inexigibilidade de comportamento diverso ajustado com a norma, por conflito de deveres, em razão da escolha do mal menor, pela motivação de vontade afetada pelo esforço mínimo, para se colocar em uma situação concreta de vulnerabilidade.

Nesse espeque, Zaffaroni defende que não há outro caminho a não ser a inclusão de dados ônticos, contudo, não tentando retirar desse conceito de pena um sentido pré-jurídico-que, outrora levou ao erro de imputar ao marceneiro que construiu a cama o adultério nesta ocorrido ou até mesmo se este soubesse que a cama seria usada para adultério deveria responder pelo fato (Greco, 2000, p. 216-217) -, mas sim, de construir um conceito jurídico limitador (Zaffaroni, 2002, p. 45). Segundo o doutrinador argentino, com a incorporação do conceito ontológico poder-se-ia fundamentar a pena, como: “(a) uma coerção; (b) que impõe uma privação de direitos ou uma dor; (c) que não repara nem restitui; e (d) nem tampouco detém às lesões em curso nem neutraliza os perigos iminentes” Zaffaroni, 2002, p. 45). Entretanto, apesar de ele afirmar que não quer se utilizar de dados pré-jurídicos, sua teoria corre sérios riscos da utilização de dados não jurídicos.

Nesse sentido, o conceito de direito penal com base ontológica começou a ser abordado por Welzel, em que se defendia o finalismo, fundado em estruturas lógico-objetivas da realidade (Welzel, 2002, p. 12), como, por exemplo, na realidade jurídica-penal; em que, na estrutura ontológica da ação humana está inerente à vontade sendo algo que não pode ser alterado pelo legislador (Welzel, 2002, p. 101). Todavia, o próprio Zaffaroni defende ser inexistente o conceito ôntico de ação humana defendido no finalismo, dado que, há um excesso de dados ônticos. Ocorre que, ao invés de corrigir os excessos e ampliar as estruturas do mundo ao restante dos aspectos construtivos do sistema, houve um completo abandono. Assim, levando a aplicação do Direito Penal com dados sociais falsos, refletindo no exercício do poder punitivo (Zaffaroni, 2005, p. 95-96), com o completo abandono de dados empíricos.

Com relação à aplicação de um direito penal a partir de dados normativos, Jakobs propôs

um sistema normativo com o completo abandono das estruturas reais pré-jurídicas, ou seja, em oposição ao finalismo (Schünemann, 1991, p. 707). Frisa-se que, tal teoria é chamada por Schünemann como “normativismo livre de dados empíricos”, por outro lado, Roxin propõe uma dogmática penal com a incidência de dados empíricos, tratando-se das realidades da vida de forma mais delicada, do que no finalismo concentrado em estruturas lógico-reais abstratas (Roxin, 2006, p. 60). Então, pode-se observar que tanto Zaffaroni como Roxin, defendem a aplicação de um direito penal sem o abandono de dados empíricos, mas, chegam a essa conclusão a partir de conceitos jurídicos-penais distintos. Enquanto, Roxin reconhece que, indubitavelmente, deve-se ao finalismo grandes avanços na dogmática penal que passou a utilizar-se de dados empíricos, porém, o doutrinador alemão defende que seja de acordo com critérios normativos (Roxin, 2006, p. 58), definidos na legislação penal diretamente ligados aos fins preventivos da pena. Já Zaffaroni diz que, deve ser a partir de dados ônticos, no entanto, sem se utilizar de forma excessiva de dados lógicos-reais como fez o finalismo de Welzel.

Nesse espeque, Roxin defende que há dentro da responsabilidade (culpabilidade) dois pressupostos para sua aplicação: culpabilidade do sujeito; e necessidade preventiva de sanção penal. Devendo essas condições serem consideradas na mesma proporção, no momento da análise da responsabilidade jurídica-penal, sendo aplicadas a partir dos fins de prevenção da pena (Roxin, 1997, p. 792). Desse modo, utilizando-se de um conceito normativo de culpabilidade a partir de uma valoração do acontecer do fato, em comparação com a contrariedade do dever, ou seja, o juízo sobre o sujeito que o faz ser responsável pela sua conduta, abandonando-se a ideia de que a culpabilidade é um mero estado psíquico defendido pelo conceito psicológico de culpabilidade- em que, outrora o positivismo errou ao defender a aplicação dos elementos subjetivos dentro da culpabilidade (Liszt, 1899, p. 270, *et seq.*) -. Além disso, tal conceito de reprovação é insuficiente, tornando-se imprescindível ainda adicionar a necessidade preventiva de sanção dentro da responsabilidade (Roxin, 1997, p. 797), inclusive, há casos em que o indivíduo tem culpabilidade, não obstante, como ela é bastante reduzida não possui necessidade preventiva de sanção (Roxin, 2006, p. 65).

Surge-se então, o questionamento sobre a aplicação das teorias preventivas, para de uma teoria agnóstica, em que ao invés de ser retributiva, defende-se que seja redutora ou que contenha o poder punitivo, todavia; desde logo, frisa-se ser incompatível a aplicação em conjunto de ambas as teorias. Nessa acepção, a prevenção geral positiva é utilizada como uma forma de se fundamentar a aplicação de um mal à determinada pessoa, renormalizar determinado acontecimento ou provocar um consenso na sociedade, para que se restabeleça a

confiança da população no sistema (Zaffaroni, 2002, p. 651-652). No Brasil, os agentes de criminalização secundária, utilizam-se das teorias de prevenção, tanto das gerais, como das especiais- por exemplo, são adotadas pela legislação, no art. 59 do Código Penal e no art.1 da Lei de Execução Penal-, em que se resulta do ponto de vista empírico; em um sistema arbitrário e seletivo; característico de Estados Autocráticos e Teocráticos.

Ademais, é importante pontuar especificamente sobre o formalismo eticista, em que como qualquer construção racional do direito penal, defende-se a princípio que: “[...] ninguém pode ser reprovado com um injusto se não foi resultado de sua livre determinação ou que não pode fazer-se em medida que supere seu âmbito de autodeterminação” (Zaffaroni, 2002, 652). Não obstante, de acordo com Zaffaroni, tal princípio não quer dizer que se reveste do requisito de mínima racionalidade, em que não se pode imputar um fato criminoso ao indivíduo sem ele ter agido com determinada esfera de autodeterminação no momento do fato, não podendo em nenhuma hipótese a atribuição da pena ultrapassar esta esfera. Caso contrário, tal esfera será o indicador do poder punitivo e sucede-se uma filtragem (Zaffaroni, 2002, p. 652), ou seja, caracteriza-se a seletividade do sistema penal.

Nesse sentido, há indubitavelmente a personalização de selecionados em qualquer sociedade e, conseqüentemente, elimina-se a teórica natureza da eticidade da pena, que, só haveria em uma sociedade com total mobilidade vertical. Desse modo, os autores clássicos da tradicional teoria ética da culpabilidade olvidam da seletividade do sistema, em virtude de utilizarem como base concepções idealistas e dedutivas, acredita-se que as consideravam como uma imperfeição de uma estrutura de circunstâncias superáveis (Zaffaroni, 2002, p. 652).

Ressalta-se que, não se pode confundir reprovação jurídica com reprovação ética, mas, na culpabilidade jurídica normativa há sim selo ético, assim, o Estado atua utilizando-se de elementos formais da ética para selecionar os estereótipos do poder punitivo (Zaffaroni, 2002, p. 653). Destarte, fruto de uma concepção moralista da Escola de Chicago, em que foram pioneiros de uma investigação, voltada à desorganização social, os patólogos sociais desse departamento idealizavam à virtuosa vida da pequena cidade, ou seja, tinham dentro de suas ideias ainda o mito do homem dos Deuses (Pavarini, 2002, p. 68); por outro lado, utilizaram-se como base orientadora da ciência o empirismo; denominada do pragmatismo norte-americano do século XIX (Bergalli, 1983, p. 113).

#### 4 Da aplicação da culpabilidade por vulnerabilidade no direito pátrio

De fato, na realidade dos sistemas penais dos países periféricos latino-americanos, nota-

se o uso das teorias preventivas legitimadoras com o completo abandono de dados empíricos e, a priori, essa é a principal causa da escolha dos pré-selecionados pelo sistema punitivo penal. Desse modo, as teorias de prevenção da pena, sobretudo, a prevenção geral positiva, defendida pela doutrina majoritária nacional, é utilizada pelos agentes judiciais de criminalização secundária para justificarem suas ações de acordo com suas convicções pessoais, do que entendem por restabelecer a ordem jurídica ou a tranquilidade social ou o sentimento de confiança no ordenamento jurídico. Assim sendo, na prática jurídica do sistema penal brasileiro constata-se medidas desproporcionais, no combate às drogas, desde o flagrante até a aplicação da sentença, de igual forma, na fase de cumprimento da pena; sem olvidar das ilegalidades dentro do inquérito policial.

Destarte, inclusive, há na prática dos tribunais brasileiros uma evidente confusão em diferenciar o usuário de drogas, do traficante de drogas- semelhantemente ocorreu, em diversos países da periferia latino-americanos, como, por exemplo, na falta de precisão do Código Penal venezuelano, em que acarretou sentenças condenatórias a possíveis consumidores na década de 1965 (Olmo, 1990, p. 38) -. Desse modo, a experiência prática jurídica penal vem demonstrando a ocorrência demasiada de prisões de usuários de drogas, principalmente, de natureza cautelar, justificando-as na verdade apenas, em razão do estereótipo criminal apontado ao ator da droga- tanto o usuário, como o traficante (Olmo, 1990, p. 23) -. De modo que, tal estereótipo na realidade cultural brasileira tem seu conceito definido pelos agentes judiciais com suporte em características similares sempre preenchidas por esse determinado grupo de indivíduos, como se pode observar com ajuda da nova criminologia crítica.

Nessa perspectiva, desde a década de 90 Nilo Batista, advertia desse abuso em punir o mero uso da droga, pois os reflexos na prática são policiais corruptos que “negociam” o encaminhamento do caso ao judiciário (Batista, 1990, p. 68). Além disso, quando são arrolados como testemunha judicial depõem de forma maliciosa visando a condenação do réu, ressalta-se que, esses depoimentos têm valor probatório alto, em virtude de serem revestidos de fé pública, como determina a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Brasil, 2022). Nesse espeque, tais fatos práticos observados no processo penal, contribuem para condenações com penas elevadas pelo crime de tráfico de drogas, de meros usuários da droga, criando-se nesse meio jurídico penal um modelo de estereótipo criminal pelos agentes de criminalização secundária, em que indivíduos são constantemente selecionados pelo sistema penal.

Nesse sentido, pode-se constatar nos processos judiciais criminais a partir de uma observação empírica, que, grande parte dos réus residem nas proximidades dos locais de venda

de drogas ou até mesmo o flagrante ocorre no momento, em que o usuário se dirige à boca de fumo para adquirir a droga, sendo mais comum nessas prisões a apreensão de cannabis- apesar, de a princípio ser possível aplicar o instituto da culpabilidade por vulnerabilidade no contexto de qualquer substância considerada como droga ilícita na legislação pátria-.

Em contrapartida, a título de exemplo, frisa-se que, outra substância considerada conceitualmente como droga, o álcool, ou seja, esta substância potencializa da mesma forma a alteração de condições psíquicas e/ou físicas, porém, essa não é ilícita (Olmo, 1990, p. 22); inclusive, na maioria das vezes nas agressões praticadas no ambiente doméstico familiar os agressores estão sob influência de bebida alcoólica; logo, constata-se o efeito negativo desta droga na comunidade. Entretanto, esta substância não é mal vista pela sociedade, ou seja, não há uma alta reprovação social sobre ela, diferentemente da cannabis que é mal vista, em razão do preconceito em torno dela no passado- na realidade brasileira, pode-se atribuir principalmente a meados dos anos 60, em que era ligada à vagabundagem- e das resistências religiosas.

Surge-se então, a possibilidade da aplicação da culpabilidade por vulnerabilidade, no âmbito da Lei 11.343/2006, diante das evidências empíricas constatadas no processo de criminalização secundária. Sendo tais práticas abusivas no combate às drogas, justificando-se também, em razão do processo de criminalização primária. Assim, especificamente, no caso da lei supracitada, em sua previsão legal há demasiados tipos penais, levando a uma confusão jurídica, pois o consumo de droga não é punido com pena de reclusão ou detenção; contudo, se o usuário oferecer para consumir com pessoa do seu relacionamento; resta-se enquadrado na pena de detenção de 6 meses a 1 ano; prevista no art.33, §3º, da Lei 11.343/2006. Outra questão exacerbada de tal legislação é a quantidade exagerada de verbos do núcleo do tipo trazidos, por exemplo, no crime do art. 33, caput, em que no total são dezoito verbos, levando à imprecisão da tipicidade do ato de traficar, inclusive, não se exige a obtenção de fins lucrativos para uma condenação pelo crime de tráfico de drogas.

Além disso, a lei supracitada traz a previsão de penas severas- como, o art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 “Pena- reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos [...]”-, influenciadas pela prevenção geral negativa, contudo, diante da quantidade de ações penais públicas que há nesse sentido, é nítido não ter nenhum efeito dissuasivo e, portanto; demonstrando-se a falha de sua fundamentação jurídica doutrinária. Da mesma forma, tais penas são elevadas e desproporcionais aos pequenos trabalhadores rurais que encontram sua subsistência na lavoura da coca ou da cannabis- como semelhantemente, há no tráfico de drogas das comunidades

urbanas brasileiras a figura das “mulas”, dos “fogueteiros” e do “vapor”, ou por exemplo os pusher ou revendedores de rua figuras características, dos anos sessenta, nos EUA (Olmo, 1990, p. 34) - e, por isso, eles não podem ser tratados como os verdadeiros beneficiados do crime, como, por exemplo, os chefões e os membros do alto escalão do crime organizado (Batista, 1990, p. 62).

## 5 Considerações finais

Ante essa breve análise sobre o tema que merece um aprofundamento maior, até mesmo para ser trabalhado em uma tese de doutorado, observa-se a necessidade do estudo interdisciplinar do direito, no caso da abordagem dessa temática da Política Criminal, da Criminologia e do Direito Penal. Nesse sentido, faz-se necessário tal estudo em razão do processo social e cultural enfrentados pelos países latino-americanos, em que se difere dos países do ocidente e, indubitavelmente, interferindo na aplicação da norma de acordo com os anseios sociais da região, em que a legislação deve estar de acordo com as mudanças históricas, sociais e políticas dentro daquela sociedade. Todavia, esse processo legislativo deve respeitar os princípios e fundamentos estabelecidos pela dogmática jurídica penal, haja vista que, o desenvolvimento das ideias doutrinárias se deram de forma progressiva durante séculos.

Destarte, atualmente quando se estuda Direito Penal não se pode desprezar a inserção da Política Criminal e da Criminologia moderna. Nesse espeque, tal estudo interdisciplinar poderá auxiliar a alcançar decisões que estejam de acordo com as exigências dos atuais Estados Democráticos de Direito e, por isso, devendo haver uma verdadeira refundação na teoria do delito, inserindo-se os conceitos dessas outras ciências no conceito tripartite de crime. Nessa perspectiva, a doutrina penal vem ganhando cada vez mais novos adeptos às ideias do funcionalismo alemão, nos institutos jurídicos caminhando no sentido da inserção da política criminal com fulcro em ideologias preventivas. De outro lado, Zaffaroni trabalha com a teoria agnóstica da pena, em que se adequa a ideia de um direito penal redutor, possuindo natureza e peculiaridades distintas. Dessa forma, a teoria agnóstica da pena, utiliza-se de dados ônticos, já o funcionalismo defende o uso de critérios normativos.

Com relação à possibilidade da aplicação da culpabilidade por vulnerabilidade, no âmbito da Lei 11.343/2006, como uma causa de exculpação supralegal no direito penal pátrio por inexigibilidade de conduta diversa, discute-se a fundamentação doutrinária mais adequada se a partir a aplicação do sistema funcionalista ou agnóstico. A priori, propõe-se de acordo com as exigências da dogmática jurídica-penal, a aplicação da teoria da culpabilidade por

vulnerabilidade, sem deixar de lado dados ontológicos, utilizando-se de fatos empíricos relacionados ao sistema penal, através da criminalização primária e da criminalização secundária.

Nesse ínterim, a forma que o sistema penal brasileiro funciona atualmente, observa-se um completo abandono de elementos empíricos, levando à aplicação de sanções confusas, vagas e severas a partir das convicções pessoais dos magistrados nas decisões, do parquet na acusação, da polícia civil no inquérito policial e da polícia militar na apreensão em flagrante. Por isso, indubitavelmente é preciso realizar um estudo interdisciplinar da ciência penal, utilizando-se também, de aspectos criminológicos e políticos criminais com o escopo de se adequar de forma simétrica às exigências sociais. Em virtude disso, defendemos a aplicação da Culpabilidade por Vulnerabilidade no Direito Penal pátrio, pois, há um estereótipo do ator, no combate às drogas, constantemente selecionado pelo sistema penal nos países periféricos latino-americanos.

## Referências

ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. **Manual de Criminologia Sociopolítica**. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal**: introducción a la sociología jurídico-penal. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2004.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Nilo. **Capítulos de Política Criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2022.

BERGALLI, Roberto; BUTOS RAMÍREZ; Juan. MIRALLES, Teresa. **El pensamiento criminológico**. Bogotá: Temis Libreria, 1983. v. 1.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ**.

1. Entende esta Corte que "os depoimentos prestados por policiais têm valor probante, na medida em que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com os demais elementos de prova dos autos, e ausentes quaisquer indícios de motivos pessoais para a incriminação injustificada do investigado, como na espécie" (AgRg no AREsp 1997048/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/02/2022, DJe 21/02/2022).

2(...).3(...).(AgRg no AREsp n. 2.014.982/MG, relator Ministro Olindo Menezes

(Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 3/5/2022, DJe de 6/5/2022.)

CARVALHO, Américo A. Taipa de. **Direito penal: parte geral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito. Em comemoração aos trinta anos de “política criminal e sistema jurídico-penal”, de Roxin**. Rio de Janeiro: Revista Brasileira de Direito Comparado, 2000.

JAKOBS, Günther. **Bases para uma teoría funcional del derecho penal**. Lima: Palestra, 2000.

JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, 1981, v.1.

OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

PAVARINI, Massimo. **Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**. Buenos Aires: Siglo veintiuno, 2002.

POPPER, Karl. **A lógica das ciências sociais**. Rio de Janeiro: Universidade de Brasília, 1978.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general tomo I: fundamentos la estructura de la teoria del delito**. Madri: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

ROXIN, Claus. Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal. *In*: ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 55-66.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. Curitiba: Lúmen Júris, 2008.

SCHÜNEMANN, Bernd. **La política criminal y el sistema de derecho penal**. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1991.

VON FEUERBACH, Paul Johann. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. Bueno Aires: Editorial Hammurabi S.R.L, 1989.

VON LISZT, Franz. **Tratado de direito penal alemão vol.I**. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C, 1899.

WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte geral**. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**. Santiago: jurídica do Chile, 1997.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina da la acción finalista**. Buenos Aires: BdeF, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho penal: parte geral**. 2. ed. Buenos Aires: EDIAR, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En torno de la cuestión penal.** Buenos Aires: IBDEF, 2005.