



TEORIA DA VULNERABILIDADE - UMA PROVA DE LEGITIMAÇÃO DA ATUAÇÃO DO ESTADO

Geísa Garcia Bião Luna¹

RESUMO

Teoria da Vulnerabilidade – uma prova de legitimação da atuação do Estado, tem o objetivo de evidenciar de forma sólida e concisa que a atenuação da pena do agente vulnerado pelo Estado é uma forma de legitimação da atividade deste, e não uma prova da ineficácia em suas atividades. A teoria supramencionada, aperfeiçoada a partir da teoria da coculpabilidade, passou de uma ilação do seu criador, Zaffaroni, encontrando, hoje, espaço no art. 66, CP, enquanto atenuante inominada, oportunidade na qual o legislador brasileiro reconheceu sua importância como forma de equilíbrio quando da fixação da pena.

Palavras-chave: culpabilidade, vulnerabilidade, atenuante de pena.

INTRODUÇÃO

O doutrinador Eugenio Raul Zaffaroni desenvolveu a chamada Teoria da Culpabilidade pela qual a sociedade, inerte e estigmatizadora, deveria “repartir” a culpa com os sujeitos ativos de crimes, reduzindo a penalidade que à estes seria aplicada.

Tal teoria, mostrando-se exagerada e um tanto vazia, eis que focava precipuamente na pobreza do agente, foi aperfeiçoada pelo seu criador, resultando na Teoria da Vulnerabilidade, mais ampla e completa, pela qual, o Estado ao falhar na prestação educacional, social, entre outras, e “contribuindo” com a atividade criminosa, seja por sua inércia ou desídia, deveria abrandar a pena do autor do delito.

Passando de um debate teórico ou de uma ilação, a Teoria da Vulnerabilidade teve sua aplicação admitida, incorporada à legislação penal brasileira, no art. 66, do Código Penal, constituindo-se uma atenuante inominada.

¹ Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes; Professora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe; Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Anhanguera-Uniderp



Assim é que o legislador brasileiro permite ao aplicador do Direito considerar, quando da dosimetria da pena, a história de vida do infrator, saindo da esfera meramente pragmática ao considerar o réu em sua inteireza.

A problemática do presente trabalho gira em torno deste fato não constituir uma prova de deslegitimação da atividade estatal, como muitos afirmam, ou uma amostra da ineficácia do Estado. Ao contrário, a postura deste em reconhecer e sopesar a história de vida de cada indivíduo quando da fixação da pena a ser cumprida, é uma prova inconteste de que está saindo da cômoda postura de apenas subsumir o caso concreto à lei, para também enxergar além da prática criminosa, considerando, por exemplo, o histórico familiar e social do réu.

Ademais, essa novel postura do Estado justifica-se pela absoluta impossibilidade, ainda que tratando-se das nações mais desenvolvidas e de menor teor relativo à criminalidade, de estar presente e atuar toda e qualquer situação delitiva que venha a ocorrer, precipuamente, as sucedidas no seio do ambiente familiar, caso em que, só terá conhecimento se alguém à este noticiar.

1. A CULPABILIDADE NO ATUAL SISTEMA PENAL

De início, insta salientar, que a maioria da doutrina brasileira entende tratar-se o crime de um fato típico, ilícito e culpável, inobstante a existência de posições isoladas.

Seguindo a corrente dominante, crime é, portanto, um fato que a lei define como um ilícito penal; que contraria o ordenamento jurídico (não estando o agente acobertado por nenhuma causa excludente, a saber, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular do direito ou estado de necessidade); praticado, por fim, por um agente culpável, ou seja, que possa ser responsabilizado pelo ato praticado.

A culpabilidade, terceiro substrato do crime, é, segundo o professor Rogério Sanches, o juízo de reprovação extraído da análise de como o sujeito ativo se posicionou, pelo seu conhecimento e querer, diante do episódio do injusto.

Na preleção do doutrinador Luis Augusto Sanzo Brodt (*apud* GRECO, 2011, p. 363):

“(…) a culpabilidade deve ser concebida como reprovação, mais precisamente, como juízo de reprovação pessoal que recai sobre o autor, por ter agido de forma contrária ao Direito, quando podia ter atuado em conformidade com a vontade jurídica.”



Esse juízo de culpabilidade definirá o tipo de reprimenda que o sujeito ativo do crime sofrerá, pena (se imputável) ou medida de segurança (se inimputável).

1.1. TEORIAS DA CULPABILIDADE

Inúmeras foram as discussões acerca do fundamento da reprovabilidade da conduta do sujeito ativo do crime, surgidas de duas teorias. A primeira delas, oriunda da *Escola Clássica*, assentada no livre arbítrio, argumentava que em função do homem ser livre para fazer suas escolhas, devia ser por elas responsabilizado. A segunda, oposta àquela, originada na *Escola Positiva*, fulcrava-se no determinismo, argumentando que o homem, não tinha o domínio total de suas escolhas, sendo influenciado por fatores deterministas externos ou internos na prática das mais diversas infrações penais.

No dizer de Rogério Greco (2011, p. 365):

“(...) Na verdade, entendemos que livre arbítrio e determinismo são conceitos que, ao invés de se repelirem, se completam. Todos sabemos a influência, por exemplo, do meio social na prática de determinada infração penal. (...) Enfim, o meio social pode exercer influência ou mesmo determinar a prática de uma infração penal. Contudo, nem todas as pessoas que convivem nesse mesmo meio social se deixam influenciar e, com isso, resistem à prática de crimes. Outras, pelo fato de a pressão social ser demasiadamente forte, se deixam levar. A esta última hipótese, pode-se aplicar a teoria da coculpabilidade.”

São quatro as principais teorias da Culpabilidade.

1.1.1. Teoria PSICOLÓGICA da culpabilidade

A teoria psicológica da culpabilidade tem base causalista, tendo como pressuposto a imputabilidade, e como espécies, o dolo e a culpa.

A imputabilidade era o único pressuposto da culpabilidade, e nesta eram estudados o dolo e a culpa, considerados suas espécies. Assim é que, antes de aferir o dolo e a culpa, era verificada a culpabilidade do agente, se este era ou não capaz de responder pelo injusto penal.



Para essa teoria haveria, portanto, a culpabilidade-dolo e a culpabilidade-culpa, e o seu erro foi reunir como espécies fenômenos completamente diferentes: dolo (querer) e culpa (não querer).

1.1.2. Teoria PSICOLÓGICO-NORMATIVA da culpabilidade

Frank, em 1907, realizou modificações na teoria anterior (sistema clássico), introduzindo novos elementos na culpabilidade.

Na preleção de Rogério Greco (2011, p. 368):

“De mera relação psicológica entre o agente e o fato, a culpabilidade passou a constituir-se de um juízo de censura ou reprovação pessoal com base em elementos psiconormativos. (...) para que o agente pudesse ser punido pelo fato ilícito por ele cometido não bastava a presença de elementos subjetivos (dolo e culpa), mas sim que, nas condições em que se encontrava, podia-se-lhe exigir uma conduta conforme o direito. O conceito de exigibilidade de conduta conforme a norma passou a refletir-se sobre toda a culpabilidade.”

A teoria psicológica-normativa, de base neokantista, tem como elementos, a imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa, o dolo e a culpa.

O dolo e a culpa que eram espécies, passam a ser pressupostos da culpabilidade. A culpabilidade aqui passa a ser reprovação, e isso não muda nunca mais.

Frank enriquece a culpabilidade, colocando ao lado da imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa, a culpa e o dolo (que deixam de ser espécies de culpabilidade e passam a ser elementos desta).

Houveram críticas à teoria psicológica-normativa no sentido de que o dolo e a culpa não podem estar na culpabilidade, mas fora dela, para sofrerem a incidência do juízo de censurabilidade.



1.1.3. Teoria **NORMATIVA PURA** ou **EXTREMADA** da culpabilidade

Com as críticas feitas à teoria anterior (neoclássica), Hans Welzel, em 1931, publicou a obra ‘Causalidade e Ação’, dando origem ao Finalismo ao modificar profundamente o sistema causal. Assim, retira da culpabilidade o dolo e a culpa, alocando-os no fato típico.

São elementos da culpabilidade para a teoria normativa pura, a imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência da ilicitude, essa última acrescentada.

Greco acrescenta (2011, p. 371):

“A teoria finalista, modificou profundamente o sistema causal. A começar pela ação, como vimos, que agora não mais podia dissociar-se da sua finalidade. Toda conduta humana vem impregnada de finalidade, seja esta lícita ou ilícita. Partindo dessa premissa, o dolo não mais podia ser analisado em sede de culpabilidade. Welzel o transportou para o tipo, dele afastando sua carga normativa, isto é, a consciência sobre a ilicitude do fato.”

1.1.4. Teoria **SOCIAL DA AÇÃO**

Advinda de Eb. Sshmidt, define a ação como fenômeno social, mesclando ideias causalistas e finalistas. Aduz o doutrinador Fernando Galvão (*apud* GRECO, 2011, p. 373):

“Na concepção social, o conceito de ação decorre de solução conciliatória entre a pura consideração ontológica e a normativa. A teoria social pretende fazer com que a ação seja entendida como conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana. A relevância social da ação é verificada à medida que a conduta produza efeitos danosos na relação do indivíduo com o seu ambiente social.”

Pela dificuldade em ser aplicada no atual sistema jurídico, tal teoria não prosperou, prevalecendo até os dias atuais a Teoria Extremada da Culpabilidade, embora alguns cite



como prevalente a Teoria Limitada da Culpabilidade, e outros mencionem o despontar e a força do Funcionalismo de Claus Roxin.

1.2. Teoria da COINCIDÊNCIA, CONGRUÊNCIA OU DA SIMULTANEIDADE:

Em apertada síntese significa que o fato tem que ser típico, ilícito e o agente culpável no momento da conduta criminosa praticada. Pode-se até analisar a culpabilidade em momento posterior, mas vai ver se ela existia no momento da conduta.

Assim é que todos os elementos do crime devem encontrar-se presentes ao mesmo tempo, no momento da conduta criminosa.

1.3. CULPABILIDADE DO AUTOR e DIREITO PENAL DO FATO

No Brasil, conforme citado anteriormente, a análise da culpabilidade guarda relação com o autor, e não com o fato. O juízo de reprovação recai sobre o agente naquelas circunstâncias em que o crime foi cometido.

Saliente-se, posto oportuno, adotar-se neste país o Direito Penal do Fato, pelo qual, pune-se alguém pelo que fez, e não pelo que é, causa, aliás, da *abolitio criminis* da contravenção penal de vadiagem, que dispunha a penalização do agente tão somente pela não ocupação lícita do mesmo. Assim é que, a punição só será aplicada ao sujeito que praticou um fato típico e ilícito (FATO), sendo, no entanto, compulsada a sua culpabilidade (AGENTE) quando do cometimento da ação delitiva.

Desta feita, Culpabilidade do Autor e Direito Penal do Fato bem coexistem e se completam à medida que, só se pode punir quem comete ato definido na lei penal como crime, e desde que seja culpável no momento da conduta (ou seja, não esteja resguardado por nenhuma causa excludente da culpabilidade).

2. ELEMENTOS DA CULPABILIDADE



Conforme visto, e seguindo a doutrina dominante (Teoria Extremada da Culpabilidade), são três os elementos da culpabilidade: a imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência da ilicitude, tornando-se imperioso o conhecimento de cada um deles.

2.1. IMPUTABILIDADE

É a capacidade de imputação, de se atribuir a alguém a responsabilidade pela prática de uma infração penal. Para Rogério Sanches (2011):

“A imputabilidade é o conjunto de condições pessoais que conferem ao sujeito ativo a capacidade de discernimento e compreensão, para entender seus atos e determinar-se conforme esse entendimento.”

Sanzo Brodt complementa o raciocínio citando Giuseppe Bettioli (apud GRECCO, 2011, p. 377):

“A imputabilidade é constituída por dois elementos: um intelectual (capacidade de entender o caráter ilícito do fato), outro volitivo (capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento). O primeiro é a capacidade (genérica) de compreender as proibições ou determinações jurídicas. Bettioli diz que o agente deve poder ‘prever as repercussões que a própria ação poderá acarretar no mundo social’, dever ter, pois, ‘a percepção do significado ético-social do próprio agir.’ O segundo, a ‘capacidade de dirigir a conduta de acordo com o entendimento ético-jurídico. Conforme Bettioli, é preciso que o agente tenha condições de avaliar o valor do motivo que o impele à ação e, do outro lado, o valor inibitório da ameaça penal.”

O Código Penal não dá um conceito positivo de imputabilidade, mas um negativo, dizendo quem não é imputável (artigos 26 à 28).

2.1.1. HIPÓTESES DE INIMPUTABILIDADE



Causas de exclusão da inimputabilidade, também chamadas dirimentes, são hipóteses nas quais, embora o agente pratique um fato típico e ilícito, não será considerado culpável, podendo sofrer a medida de segurança que lhe for mais adequada (podendo haver também a aplicação de pena diminuída quando se tratar do art. 26, parágrafo único), ou a medida sócio-educativa, se inimputável em razão da idade.

- a) **Inimputabilidade em razão da ANOMALIA PSÍQUICA:** art. 26, *caput*, do Código Penal:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

O art. 26, *caput*, adotou o sistema Biopsicológico, pelo qual, ao tempo da ação ou omissão, o agente não sabia o que fazia, não tinha o discernimento (seja ele incompleto ou retardado), afetando sua capacidade de entendimento e autodeterminação.

A expressão *doença mental* deve ser tomada em sua maior amplitude e abrangência, isto é, qualquer enfermidade que venha a debilitar as funções psíquicas, ou mesmo retirar a capacidade de entendimento e autodeterminação, deve ser considerada doença mental.

De outro modo, o *desenvolvimento mental incompleto* é aquele que ainda não atingiu a maturidade psíquica.

São consequências do reconhecimento da anomalia psíquica, a denuncia, o regular processo judicial e a absolvição imprópria do agente, havendo aplicação da medida de segurança em lugar das espécies de pena. Isto porque, se tratando de uma doença, o sujeito ativo do crime deve receber tratamento médico-psiquiátrico específico, e não somente uma reprimenda penal, eis que sua capacidade de entendimento e autodeterminação foi afetada pela doença, influenciando no cometimento do ilícito.

Ainda, o art. 26, parágrafo único traz hipótese de semi-imputabilidade:



Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

É a chamada ‘*imputabilidade com responsabilidade penal diminuída*’, tendo em vista que haverá um abrandamento na pena a ser imposta ao agente criminoso ante a redução na capacidade de entendimento e autodeterminação deste.

Frise-se, por oportuno, que no *caput*, o sujeito ativo do crime é doente e não tem capacidade de entendimento e autodeterminação, enquanto no parágrafo único, ele tem apenas a diminuição destes elementos. Assim, sofrerá denuncia, responderá processo, e ao final será condenado a uma pena, no entanto, fazendo jus a uma redução.

Saliente-se, por fim, que o magistrado pode optar pela medida de segurança, neste último caso, se assim entender mais benéfico ao réu.

- b) **Inimputabilidade em razão da IDADE do agente (menoridade):** arts. 27, CP e 228, CF:

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

As normas supramencionadas adotaram o sistema Biológico, pelo qual, somente a idade do agente já o define como inimputável, sendo-lhe, contudo, aplicado o Estatuto da Criança e do Adolescente e consequente medida sócio-educativa.



c) **Inimputabilidade em razão de EMBRIAGUEZ ACIDENTAL E COMPLETA:**

art. 28, II, § 1º, do CP:

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal: II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Para Manzini (2010, p. 372):

“Embriaguez é a intoxicação aguda e transitória causada pelo álcool (ou substância de efeitos análogos), cujos efeitos podem progredir de uma ligeira excitação inicial até o estado de paralisia e coma.”

O *caput* do artigo anteriormente citado dispõe de forma clara que a alegação de embriaguez não isentará de pena o agente que a suscite. E o parágrafo §1º completa a informação, aduzindo que somente em caso de embriaguez involuntária e completa, este poderá ser beneficiado com a não aplicação da reprimenda.

Adotado o Sistema Biopsicológico, pelo qual, não basta o infrator estar embriagado, mas, no momento da conduta, estar inconsciente (não saber o que estava fazendo), em virtude de embriaguez ocorrida de forma involuntária (não ocorreu por sua vontade) e completa (lhe retirando completamente a capacidade de entendimento e autodeterminação).

Se não possuía a plena capacidade de entendimento, conforme redação do §2º, a pena pode ser reduzida, é a chamada embriaguez incompleta:

§ 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.



Assim, pode-se depreender que, apenas o agente que se embriaga de forma involuntária (por caso fortuito ou força maior), por exemplo, ser obrigado a ingerir substância que gere esse efeito, sendo-lhe retirado por completo sua capacidade de entendimento (poder entender o que estava fazendo) e autodeterminação (poder determinar-se de acordo com a lei), poderá ser isento de pena.

As demais formas de embriaguez não trazem esse benefício ao agente, podendo, no entanto, reduzir a pena, conforme visto, ou ainda agravá-la, como o caso da embriaguez preordenada (art. 61, CP).

Saliente-se, por fim, que se a embriaguez for patológica, deverá ser enquadrada no art. 26, CP, recebendo o agente o mesmo tratamento do doente mental. Emoção e paixão apenas podem atenuar a pena, jamais isentar o agente da respectiva punição (art. 28, CP).

2.2. POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

A culpabilidade, além da imputabilidade, tem como pressuposto ou elemento, a potencial consciência da ilicitude, isto é, a possibilidade de o agente conhecer que o seu comportamento contraria o ordenamento jurídico como um todo.

Só tem uma causa de exclusão (ou dirimente) da potencial consciência da ilicitude, que é o Erro de Proibição, constante no art. 21, CP:

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Conforme aduz a norma supracitada, o desconhecimento da lei (erro de direito) é inescusável, ou seja, praticar um crime e alegar que desconhecia tratar-se de uma violação à norma penal, não irá isentar de pena o agente, podendo no máximo, gerar uma atenuação genérica, prevista no art. 65, II, CP.



A dirimente constante no art. 21, CP, traz o Erro de Proibição, sobre o qual preleciona Fernando Capez (2012, p. 349):

“(…) a errada compreensão de uma regra legal pode levar o agente a supor que certa conduta injusta seria justa, a tomar uma errada por certa, a encarar uma anormal como normal, e assim por diante. Nesse caso, surge o que a doutrina convencionou chamar de ‘erro de proibição’.

O sujeito diante de uma dada realidade que se lhe apresenta, interpreta mal o dispositivo legal aplicável à espécie, e acaba por achar-se no direito de realizar uma conduta que, na verdade, é proibida. Desse modo, em virtude de uma equivocada compreensão da norma, supõe permitido aquilo que era proibido, daí o nome ‘erro de proibição’”

Imperioso notar, nesse contexto, que no erro de proibição, embora o agente conheça a norma penal, ignora que o que está praticando constitui-se em crime, por exemplo, o marido sabe que estupro é uma infração penal, mas supõe permitido constranger sua esposa a com ele praticar conjunção carnal, ainda que forçosamente.

Destarte, o mais importante nessa dirimente é a impossibilidade do agente, conhecer que o que cometia era uma violação à norma penal. Para isso, o aplicador do Direito deve proceder a análise caso a caso, levando em conta o grau de instrução, localidade, presença de meios de comunicação e etc. Tudo isso, tomando como centro da análise, o réu.

Dessa forma, a dirimente só será reconhecida se, além de o agente desconhecer que o que cometia era um crime (erro de proibição), também não tivesse condição de sabê-lo, de acordo com suas condições pessoais.

Assim, a potencial consciência da ilicitude entende por relevante saber se ao agente era possível saber, conhecer, entender seu ato criminoso de acordo com a lei.

Se o erro for inevitável, isenta o agente de penal; se evitável, a reduz.

2.3. EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA



Não é suficiente que o sujeito seja imputável e tenha cometido o fato com possibilidade de reconhecer o caráter ilícito para que surja a reprovação social (culpabilidade). É imprescindível, também, que, nas circunstâncias de fato, tenha o agente possibilidade de realizar outra conduta, em compasso com o ordenamento jurídico.

Na preleção de Fernando Capez (2012, p. 353):

“(...) consiste na expectativa social de um comportamento diferente daquele que foi adotado pelo agente. Somente haverá exigibilidade de conduta diversa quando a coletividade podia esperar do sujeito atuado de outra forma.”

Frank, de acordo com a Teoria da Normalidade das Circunstâncias Concomitantes, aduz que, para que alguém possa ser considerado culpado do cometimento de uma infração penal, é necessário que haja ocorrido em circunstância de normalidade, caso contrário, não se pode dele exigir uma conduta diversa da praticada.

Embora haja divergência doutrinária quanto a esse entendimento, a doutrina moderna vem aceitando a aplicação dessa dirimente também em situações excepcionais.

São excludentes (ou dirimentes) da exigibilidade de conduta diversa a coação moral irresistível e a obediência hierárquica, ambas constantes no art. 22, CP. Vejamos:

a) Inexigibilidade de conduta diversa em razão de COAÇÃO IRRESISTÍVEL

Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

Deve haver uma coação MORAL irresistível, que é a promessa de realizar o mal (coação física exclui conduta). O mal prometido pode se dirigir a terceiras pessoas ligadas ao coato ou coagido.



É irresistível a coação em que o coagido não pode dela subtrair-se, restando apenas sucumbir ante o decreto. O caso concreto dirá.

Se a coação for resistível pode atenuar a pena, cf. art. 65, III, alínea c.

Só é punível o autor da coação, que é o chamado autor mediato.

b) Inexigibilidade de conduta diversa em razão de OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA

A dirimente só restará configurada se a ordem proferida não for manifestamente ilegal, isto é, se não claramente contrária ao Direito, porque, se o for, superior e subordinado respondem pelo crime.

Deve-se levar em conta para a aplicação dessa excludente, as circunstâncias de fato, a inteligência e a cultura do subordinado, entre outros fatores que se revelem importantes.

Conforme a norma supracitada, essa ordem deve ser oriunda de superior hierárquico, assim considerada a manifestação de vontade do titular de uma função pública a um funcionário que lhe é subordinado, no sentido de que realize uma conduta. Saliente-se, posto oportuno, que autoridade eclesiástica, religiosa, familiar, e outras, não entram nesse contexto.

Nos termos da dirimente, só é punível o autor da ordem.

Em suma, seguindo a maioria doutrinária, crime é fato típico, ilícito e culpável, não sendo considerado culpável, aquele que pratica a infração acobertado por alguma das excludentes anteriormente citadas.

3. TEORIA DA VULNERABILIDADE:



Na seara penal muito se discute se as desigualdades sociais teriam ou não o condão de influenciar o aplicador do Direito quando da fixação da pena. Em outras palavras, se a história de vida das pessoas seria um elemento apto a reduzir a pena. Isto porque, não sendo esta dotada de possibilidade para autodeterminar-se em razão de condicionantes sociais, a valoração dos motivos que ensejaram a prática ilícita por ela cometida deveria ser levada em consideração na dosimetria da pena.

No dizer de Nilo Batista (2004, p. 105):

“Trata-se de considerar, no juízo de reprovabilidade que é a essência da culpabilidade, a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes deparam e a assistência que lhes foi ministrada, correlacionando sua própria responsabilidade a uma responsabilidade geral do estado que vai impor-lhes a pena; em certa medida”

A teoria da vulnerabilidade, criada e desenvolvida por Eugenio Raul Zaffaroni discorre sobre a justiça na redução da pena do sujeito ativo de crimes, vulnerado pelo Estado, assim considerado, quando o Estado, de alguma forma, “contribuiu” para o evento criminoso.

O fundamento para esta teoria é o fato de que Estado tem para com os cidadãos deveres (assim como deles pode exigir prestações obrigacionais), dentre os quais, o de concretizar materialmente as garantias individuais constitucionalmente dispostas. Assim é que, assumindo o Estado o leme de governar a sociedade, dela cuidando sob os mais diversos aspectos, assume também a obrigação de, com os tributos arrecadados, prestar assistências diversas, a saber, educação, saúde, lazer, segurança pública e outras, mitigando, com isso, a ocorrência de crimes.

Nesta esteira, segundo a teoria supramencionada, o indivíduo vulnerado pelo Estado, ou seja, por este não assistido, principalmente na seara educacional, dever ter sua pena reduzida, diante da desídia, do descaso estatal, que acabou por lhe privar de oportunidades, deixando-o à própria sorte.

3.1. Culpabilidade por Vulnerabilidade:



Como se vê, a vulnerabilidade trabalha com a presunção de que aquele indivíduo só optou por delinquir porque foi preterido pelo Estado, que a este não oportunizou quando deveria, deixando de prover as suas necessidades.

Para Zaffaroni, a desídia estatal aumentaria a possibilidade do indivíduo sofrer punições penais, eis que, quanto mais desassistido, mais exposto às agruras e discriminações sociais. Há, para o referido autor uma ligação entre pessoa e Estado muito anterior à prática do crime, justificando a responsabilização deste último quando deixa de cumprir a contento a obrigação prestacional outrora assumida.

Imperioso notar que, a teoria da vulnerabilidade, decorrente do aperfeiçoamento da teoria da coculpabilidade, com esta coincide no ponto de asseverar que há pessoas que, por seu histórico de vida, condição social, baixo grau de instrução, estariam mais expostas e suscetíveis à lei penal, devendo portanto, receber uma benesse na pena quando desse acontecimento. No entanto diferem em tantos outros pontos, entre eles, no fato de que a coculpabilidade insiste na repartição da responsabilidade com a sociedade (tão estigmatizadora e culpada quanto o Estado), considerando, inclusive, a isenção de pena em alguns casos.

A vulnerabilidade, por seu turno, dispõe sobre a necessária redução da pena, a ser verificada caso a caso, quando restar provado que o Estado foi falho, ausente, contribuindo sobremaneira para o incidente criminoso.

Zaffaroni e Pierangeli (2012) aduzem que 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, uma vez que a sociedade nem sempre tem a possibilidade de oferecer a todos os homens as mesmas oportunidades. Em consequência, existem sujeitos que detém um menor raio de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Diante disso, não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito apenas e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há uma “coculpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar.



Outro dissenso entre as teorias supramencionadas, é que a coculpabilidade foca essa suposta responsabilidade social (excludente e segregante) na pobreza (o pobre é o agente potencial para a prática de delitos), enquanto a vulnerabilidade considera as diferenças de forma global, mais abrangente (o pobre, a criança vítima de violência sexual na infância, ou mesmo vítima de pais alcoólatras e etc.). Considera, em verdade, o destituído de proteção familiar e com orientação cultural distorcida, buscando adequar a pena às condições pessoais do agente.

Zaffaroni, assim, propôs a *culpabilidade pela vulnerabilidade*, aumentando o espectro de incidência da coculpabilidade. Vulnerabilidade consistiria na situação na qual o indivíduo se coloca quando o sistema penal o seleciona e o utiliza como instrumento para justificar seu próprio exercício de poder. “O grau de vulnerabilidade ao sistema penal irá decidir a seleção e não o cometimento do injusto, porque há muitíssimos mais injustos penais iguais e piores que deixam o sistema penal indiferente” (ZAFFARONI, *apud* FLORES, 2007, p.17).

O nível de vulnerabilidade é fornecido pela situação de vulnerabilidade em que se colocou o sujeito, produzida por dois fatores:

- (a) posição ou estado de vulnerabilidade possui caráter social, pois corresponde ao grau de risco ou perigo que a pessoa corre só por pertencer a uma classe, grupo, estrato social, minoria, etc., sempre mais ou menos amplo, como também por se encaixar em um esteriótipo;
- (b) o esforço social para a vulnerabilidade possui caráter individual, pois é o grau de perigo ou risco em que a pessoa se coloca em razão de um comportamento particular.

Assim, a posição ou estado de maior vulnerabilidade dará origem a um baixo nível de culpabilidade pela vulnerabilidade, porque o esforço pessoal para a vulnerabilidade por parte da pessoa não é muito elevado (ZAFFARONI, *apud* FLORES, 2007, p.17).

3.2. Da protração do atual modelo social

De fato, não se pode negar as infindas diferenças sociais, culturais, educacionais, e, a reboque, as discrepâncias nas oportunidades entre as pessoas. Quem nasce em ambiente de



menos recursos, terá, por certo, uma escolaridade de menor qualidade, menor bagagem intelectual, e via de consequência, oportunidades profissionais reduzidas.

De certa forma, a sociedade compactua com a sedimentação e eternização desse sistema onde pobres tendem a assim permanecer, e em vida, servem aos que possuem uma situação financeira mais confortável. Não se pode olvidar tratar-se de uma posição confortável para a sociedade em geral, que finge não enxergar a ordem das coisas. E, de fato, há a protração desse modelo, bem como uma estilização do criminoso baseado em sua condição social, camada social a que pertence, expectativa de melhoria de vida, escolaridade e, inclusive, raça, e aparência.

Na preleção do professor Clécio Lemos, via artigo publicado no site IBCCrim:

“Fato evidenciado pela criminologia, a seletividade é marca constante de todos os sistemas criminais. Inegavelmente, o âmbito de autodeterminação dos sujeitos sociais está diretamente ligado à seleção feita pelo sistema punitivo, mas este dado tem passado despercebido pela teoria do crime.

A seleção das pessoas afetadas pelo direito penal, operada principalmente na criminalização secundária, ocorre de forma que a perseguição criminal beneficia aqueles que estão em condições de influenciar e dirigir o poder, desfavorecendo os que não estão na mesma situação.

A seletividade é também marca explicitada pela criminologia radical, registrando a obviedade do fato de que a agência judicial recai sempre de forma desigual contra pessoas de classes sócio-econômicas distintas.

Sendo a seletividade um dado permanente e invariável, é possível compreender que existem graus diversos de vulnerabilidade dos cidadãos ao sistema, a depender de uma série de fatores individuais e sociais. Em outras palavras, os dados da realidade definem o âmbito de autodeterminação do sujeito quando estava a cometer o ato criminalizado.

O reconhecimento dos diversos níveis de vulnerabilidade busca estabelecer um direito penal menos desigual, na medida em que se pode dar contornos dogmáticos eficazes à redução de uma falha estrutural do sistema repressivo, tentando estabelecer padrões de aplicação da lei com a maior possibilidade de isonomia e ética.”



Todos esses acontecimentos reforçam o discurso penalizador do sistema vigente: mais crimes, penas mais severas. A crescente violência reforça a necessidade social de um sentimento maior de segurança, de uma justiça que se possa ver, acompanhar pelas mídias, sentir, camuflando um sistema penal falido e ineficaz.

A atual ordem penal dita deslegitimada, citado por Zaffaroni em diversas de suas obras, vem provando ao longo do tempo a ineficácia das suas medidas. Pesquisas apontam o indubitável retrocesso/estagnação: o aumento das figuras delitivas e o asseveramento das penas não geram o retorno pretendido; não reduzem a criminalidade, não desestimulam a prática de crimes, e nem de longe se aproximam de uma pretensa renovação social.

Destarte, escassas ou reduzidas oportunidades na vida não são sinônimo ou justificam em optar pela criminalidade. Em outras palavras, delinquir não é a única saída. Tentar responsabilizar somente o Estado ou a sociedade por todas as mazelas é continuar a não buscar uma solução viável. Basta lembrar que filhos dos mesmos pais, criados em mesma condição, seguem caminhos diferentes, uns trabalhando, outros delinquindo. Ou ainda que, pessoas que crescem com todas as oportunidades de desenvolvimento infringem a lei penal por opção (Leonardo Pareja e tantos outros).

O Estado ou a sociedade não podem ser responsabilizados pela escolha de vida das pessoas, nem por todas as agruras do mundo. Pode melhorar a prestação dos seus deveres, bem como atenuar a aplicação da pena, reconhecendo e buscando compensar suas falhas. Mas, não pode arcar com o livre-arbítrio das pessoas, porque dele não pode participar. No máximo, pode aumentar as opções.

3.3. A Vulnerabilidade como Atenuante Inominada:

Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. ([Alterado pela L-007.209-1984](#)).

Atenuantes, agravantes, causas de aumento e diminuição de pena, em regra, e em obediência ao Princípio da Legalidade, vêm expressos na norma penal. No entanto, o legislador, diante da absoluta impossibilidade de prever e regular todas as situações de



interesse penal, coloca cláusulas abertas, deixando a critério do aplicador do Direito, bem adequá-la à realidade concreta que se lhe apresenta.

No dizer do doutrinador Guilherme Nucci (2013, p. 514), Manual de Direito Penal:

“Trata-se de circunstância legal extremamente aberta, sem qualquer apego à forma, permitindo ao juiz imenso arbítrio para analisá-la e aplicá-la. Diz a lei constituir-se atenuante qualquer circunstancia relevante, ocorrida antes ou depois do crime, mesmo que não esteja expressamente prevista em lei.”

A norma supracitada está nesse reduzido rol, e sobre ela, aduz o professor Rogério Sanches (2011, p.127):

“A doutrina extrai desse dispositivo a co-culpabilidade, teoria que nasce da inevitável conclusão de que a sociedade, muitas vezes, é desorganizada, discriminatória, excludente, marginalizadora etc., criando condições sociais que reduzem o âmbito de determinação e liberdade do agente, contribuindo, portanto, para o delito. **Essa postura social deve ser em parte compensada, isto é, a sociedade deve arcar com uma parte da reprovação.**

A doutrina moderna (Luiz Flávio Gomes, Zaffaroni) adverte que esta teoria parte da premissa que a pobreza é a causa do delito, podendo conduzir à redução de garantias quando se trata de agente rico, logo, continua ignorando a seletividade do poder punitivo. Como alternativa, nos apresenta em substituição, **a teoria da vulnerabilidade**, merecendo a atenuante o agente que conta com alta vulnerabilidade de sofrer a incidência do Direito Penal, e esse é o caso de quem não tem instrução, nem status, nem família etc, terá a sua culpabilidade reduzida.”

Rogério Greco (2011, p. 558), acreditando ser o art. 66, CP, uma prova de que o art. 65, CP, é meramente exemplificativo, em sua obra, Curso de Direito Penal, complementa:

“(…) Assim, por exemplo, pode o juiz considerar o fato de que o ambiente no qual o agente cresceu e se desenvolveu psicologicamente o influenciou no cometimento do delito; pode, também, acreditar no seu sincero arrependimento, mesmo que no ocaso concreto, em virtude de sua condição pessoal, não tenha tido possibilidades, como diz a alínea b, do art. 65 do Código Penal, de logo após o crime evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou mesmo reparar o dano etc.”



Conforme visto, tratando-se o art. 66 do Código Penal de uma cláusula aberta para o reconhecimento do magistrado de situações que fugiram ao conhecimento e controle do Estado, a teoria da vulnerabilidade encontra espaço para ser analisada e aplicada como forma de alcance de uma pena justa e perfeita ao caso concreto. É a teoria sendo alocada na norma penal disposta.

Sendo assim, deve-se considerar que o juízo de reprovabilidade na culpabilidade, do Estado em desfavor do indivíduo, está sendo substituído pelo juízo da vulnerabilidade, do indivíduo em desfavor do Estado.

Reconhecer a vulnerabilidade como atenuante inominada é reconhecê-la como eixo de proporcionalidade da sanção penal. É o Estado admitindo sua falha ou ainda a impossibilidade de se fazer presente em toda e qualquer situação que se faça necessária, ao reduzir a pena. E o faz assentado no princípio da igualdade, justificando tratamentos diferenciados a quem teve chances diferentes. Não se pode atribuir a mesma pena, ainda que se trate de crimes idênticos, quando seus agentes possuem histórias de vida diferentes.

É o Estado reconhecendo não só a lacuna por ele deixado, como também declarando a impossibilidade de estar e atuar em todos os lugares, sempre que se fizer necessário.

A Vulnerabilidade é, assim, um novo paradigma da culpabilidade, até então assentada na inexigibilidade de conduta diversa. O Estado sai da posição confortável de apenas exigir do cidadão (não oportuniza e só cobra), passando a analisar, considerar, a potencial insuficiência da tutela garantista por ele prestado, equilibrando tal situação através da redução da pena.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Teoria da Vulnerabilidade, derivada e constituindo um verdadeiro aperfeiçoamento da Teoria da Culpabilidade, ambas criadas e desenvolvidas por Eugenio Raul Zaffaroni, dispõe acerca da possibilidade do Estado, reconhecendo a vulnerabilidade do sujeito ativo de uma infração penal, minorar-lhe a pena.



E mais, reconhecendo que essa vulnerabilidade decorre de uma insuficiência em sua prestação social, possivelmente expondo o indivíduo às diversas agruras (a ser analisado caso a caso), autoriza o aplicador do Direito a reduzir a pena que lhe seria aplicada.

Isso, ao contrário do que muitos doutrinadores afirmam, e com base em doutrina amplamente citada, não significa uma deslegitimação do sistema penal, o reconhecimento de uma fraqueza estatal, encontrando na redução da pena uma forma de reparar o mal causado, mas uma forma do Estado, reconhecendo a impossibilidade de estar e agir em todas as situações que se façam necessárias, melhorar (equilibrando) a situação de quem delinuiu.

As teorias supramencionadas surgiram e foram desenvolvidas ao longo do tempo. O legislador, reconhecendo a legitimidade de suas alegações, admitiu sua aplicação dentro da cláusula aberta do art. 66, do Código Penal Brasileiro (atenuante inominada), concretizando esse direito ao indivíduo que cometa uma prática criminosa, desde que considerado vulnerado pelo Estado.

Se é verdade que o Estado tomou para si a responsabilidade de tributar e de, com essa verba, prover os direitos constitucionalmente assegurados, também é verdade que nesse mundo, há a real impossibilidade dele se fazer presente em toda e qualquer situação. Diante disso é que a redução da pena assentada na vulnerabilidade traz um equilíbrio à situação do criminoso, sem que isso signifique a deslegitimação do Estado, eis que, conforme dito, mesmo a mais absoluta prestação de qualidade no serviço estatal, e apoio familiar significativo, não constituem garantia de idoneidade e de abstenção de delinquência a qualquer indivíduo.

Há, indubitavelmente, várias outras ocasiões em que se pode perceber a deslegitimação e falência do sistema penal (excesso de crime e penas, não redução da criminalidade e etc.), mas o reconhecimento da situação de vulnerabilidade do indivíduo com a conseqüente redução de pena, de acordo com tudo o que fora aqui exposto, não evidencia a deslegitimação, posto que o Estado reconhecer a impossibilidade de sua onipresença e atuação, em toda e qualquer situação (como ocorre com as nações mais evoluídas neste planeta), minorando a pena do criminoso, evidencia uma evolução no atual sistema jurídico, e não um retrocesso como muitos alegam. É o Estado levando em consideração a história de



vida das pessoas na hora de lhe aplicar a sanção penal. Deslegítimo seria o Estado desconsiderar fatores de tamanha importância quando se fizesse justo e necessário.

Conclui-se, portanto, que o reconhecimento da Vulnerabilidade do agente infrator é, em verdade, uma prova da legítima atuação do Estado, que sai da postura de apenas cobrar desse indivíduo a correta postura social, para além disso, enxergar sua história de vida e considerá-la quando da aplicação da pena. É o Estado, em excepcional postura, admitindo e incentivando o aplicador do Direito a enxergar além da prática delitiva, o sujeito cometedor, aplicando à este uma pena equilibrada ao sopesar o seu passado em consonância com o delito cometido. Isso não é, senão outra coisa, uma prova da legitimidade estatal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 105.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal-parte geral*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012;
- DELMANTO, Celso. et al. *Código penal comentado*. 6 ed. São Paulo: Renovar, 2002;
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal- parte geral*. 13 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011;
- LEMO, Clécio José Morandi de Assis. *Culpabilidade por vulnerabilidade*. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 17, n. 210, p. 16-17, mai., 2010;
- MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado- parte geral*. 6 ed. São Paulo: Método, 2012;
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal- parte geral e parte especial*. 9 ed. São Paulo: RT, 2013;
- PENAL, Código. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro- parte geral*. 9 ed. São Paulo: RT, 2011;
- SANCHES, Rogério. *Código penal para concursos*. 4 ed. Salvador: Juspodvim, 2011;
- ZAFFARONI; PIERANGELI (1997), op. cit., p. 611.
- ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR (2002). O Grau de Esforço para Alcançar a Vulnerabilidade como Parâmetro para legitimar a função redutora, e não o poder punitivo; ob. cit., p. 653).



Revista Do Curso de Direito

ISSN: 2236-3173

ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR (2002); ob. cit., p. 654.