

# A criminologia pede passagem

Daniel Eduardo Cândido

*Mestrando em Ciências Criminais (ED-UMinho)*

*Mestre em Letras (EFLCH-Unifesp)*

*Professor universitário e advogado (OA67567P) (OAB336069SP)*

**Resumo:** O presente texto propõe uma reflexão sobre o papel do juiz criminal na efetivação dos direitos fundamentais do cidadão acusado da prática de crimes. Para isso, são apresentadas algumas perspectivas criminológicas que buscam reduzir o uso do direito penal, tais como resposta não contingente, idoneidade, representação legislativa da população prisional, respeito às autonomias culturais e culpabilidade por vulnerabilidade social. Almeja-se, por fim, elevar o nível de complexidade no processo de criminalização, de modo a servir como modelo para o Sistema de Justiça Criminal.

**Palavras-chave:** Campo da criação ideológica / Criminologia / Direito penal

**Abstract:** This text proposes a reflection on the role of criminal judges in upholding the fundamental rights of individuals accused of committing crimes. To achieve this, it presents several criminological perspectives aimed at reducing the use of criminal law, such as non-contingent responses, adequacy/suitability, legislative representation of the prison population, respect for cultural autonomy, and culpability based on social vulnerability. Ultimately, the aim is to increase the complexity of the criminalization process, serving as a model for the Criminal Justice System.

**Keywords:** Field of ideological creation / Criminology / Criminal law

## Considerações iniciais

Dentre os campos da criação ideológica como ciência, arte, religião<sup>1</sup>, entre outros, o Direito é um dos mais relevantes em razão do carácter cogente dos comandos normativos. Cada norma jurídica representa um valor e a ideologia de um grupo socialmente organizado<sup>2</sup>. Ideologia é “o conjunto de reflexão e refração no cérebro [mente] humano da realidade social e natural que é expressa e fixada pelo homem na palavra, no desenho, no desenho técnico ou em outra forma de signo expresso”<sup>3</sup>.

Nessa perspectiva, o campo jurídico percebe o mundo circundante por intermédio de uma visão peculiar de valores<sup>4</sup>. O próprio produto normativo, enquanto criação sócio-histórico-cultural, além de outras especificidades, faz imprimir o conteúdo ideológico na construção dos próprios enunciados jurídicos. Por essa razão, “o direito não é um filho do céu, é simplesmente um fenómeno histórico, um produto cultural da humanidade”<sup>5</sup>.

No direito penal brasileiro, por exemplo, como o mais severo instrumento de controlo social, parte dessa ideologia ganha evidência com o número de pessoas processadas e presas pelo cometimento de crimes patrimoniais. A acumulação de riqueza patrimonial por parte de certos grupos, que concorrem para a desigualdade social, tem sido ignorada e, assim, evidencia-se parte da ideologia deste campo. A justificativa institucional valida o atual sistema de justiça criminal mesmo quando da violação de direitos fundamentais e acaba, por fim, dificultando ainda mais a fiscalização e o controlo da atividade judicial.

---

<sup>1</sup> VALENTIN VOLÓCHINOV, *A palavra na vida e a palavra na poesia: ensaios, artigos, resenhas e poemas*, Sheila Grillo/Ekaterina Vólkova Américo (org., trad., ensaio introdutório e notas), São Paulo/SP: Editora 34, 2019, p. 243.

<sup>2</sup> Para referência, ver nota anterior.

<sup>3</sup> VALENTIN NIKOLÁIEVITCH VOLÓCHINOV, “Estilística do discurso literário I: O que é linguagem/língua?”, in Valentin Volóchinov, *A palavra na vida e a palavra na poesia: ensaios, artigos, resenhas e poemas*, ob. cit., pp. 234-265.

<sup>4</sup> PÁVEL NIKOLÁIEVITCH MEDVIÉDEV, *O método formal nos estudos literários: introdução crítica a uma poética sociológica*, Sheila Camargo Grillo/Ekaterina Vólkova Américo (trad.), São Paulo, Contexto, 2012, p. 48.

<sup>5</sup> TOBIAS BARRETO, “Tobias Barreto e a luta pelo direito”, in T. Barreto (org.), *Obras completas de Tobias Barreto: Estudos de direito III*, Rio de Janeiro/Sergipe: J. E. Solomon/Diário Oficial, 2012, p. 113.

Mesmo o princípio dispositivo<sup>6/7/8</sup>, como estrutura do processo legal devido, tem sido incapaz de servir como filtro de contenção do processo de criminalização. Como é sabido, diferentemente do que acontece no sistema inquisitório, este princípio é o fundamento do sistema acusatório e responsável por distribuir a carga probatória entre os sujeitos processuais numa verdadeira pretensão processual acusatória e, por fim, a demarcar a fronteira e o limite da atuação do juiz. Diante deste quadro, qual deveria ser o papel do magistrado durante a sua atividade neste campo da criação ideológica?

Além da própria compreensão da posição ontológica que ocupa, um olhar democrático acerca da função do direito penal somado a um conhecimento criminológico satisfatório, certamente, surge como um ponto de partida para uma eficiente prestação jurisdicional. Em consideração a isso, antes de relembrarmos algumas das antigas contribuições da criminologia a fim de limitar o uso do direito sancionatório, retoma-se, resumidamente, à função do próprio direito penal.

De um lado, encontram-se os que advogam ser a função do direito penal a salvaguarda de bens sociais relevantes que necessitam de proteção segundo a ótica do legislador, ainda que em carácter subsidiário<sup>9</sup>. Nesta perspectiva, o direito punitivo justificar-se-ia em razão da violação da norma penal incriminadora por um agente punível. A lei penal seria, então, a manifestação da soberania popular e o Estado faria o uso legítimo da violência<sup>10</sup> a fim de dar cumprimento ao comando do preceito secundário da norma. Portanto, enfim, haveria um consenso acerca dos valores sociais espalhados na sociedade<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup> SEBASTIÃO DE SOUZA, *O princípio dispositivo no código de processo civil brasileiro*, Belo Horizonte, Imprensa Oficial, 1949, p. 90.

<sup>7</sup> ANGELO CULOTTA, "La formazione della prova nel nuovo dibattito pretorile tra principio dispositivo e poteri di integrazione del giudice", in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 35, pp. 1365-1404, 1992. Disponível em [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=31873](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=31873) [acesso em 6 abr. 2024].

<sup>8</sup> JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao processo civil*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 7.

<sup>9</sup> MANUEL COSTA DA ANDRADE, *Consentimento e acordo em direito penal*, reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 382.

<sup>10</sup> MAX WEBER, *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, Brasília, UnB, 1999, 2 v., p. 157.

<sup>11</sup> GÜNTER STRATENWERTH, "La criminalización en los delitos em los contra bienes juridicos colectivos", in Roland Hefendehl, *La teoria del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 357.

De outro lado, estão aqueles que defendem ser a função do direito penal, antes de tudo, um dique contentor contra a violência institucionalizada<sup>12</sup>. O Direito é a vontade da classe dominante instanciada no carácter cogente da lei em desfavor de pessoas rotuladas como criminosas<sup>13/14</sup> e a atividade estatal realiza o controlo da administração da violência<sup>15</sup>. Este ponto de vista se coaduna com a compreensão da manifestação política como a permanência da guerra por outros meios<sup>16</sup> num processo marcado por permanente conflito.

Inobstante a discussão em torno da função do direito punitivo, outro desafio que surge seria encontrar políticas públicas alternativas à prisão que contribuíssem com a mudança na cultura do encarceramento. Se a política criminal é “o programa oficial de controle do crime e da criminalidade”<sup>17</sup>, esse mesmo mecanismo “deve exigir do direito penal que só intervenha com seus instrumentos de actuação ali, onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais”<sup>18</sup>, mas não é o que tem ocorrido.

O Estado brasileiro não tem possibilitado o acesso pleno à cidadania pois “exclui políticas públicas de emprego, salário digno, escolarização, moradia, saúde e outras medidas complementares”<sup>19</sup>, e busca, na maioria das vezes, resolver problemas sociais com o uso indevido do direito penal. Além disso, o seu programa de política criminal padece de legitimidade diante de sua deficiência científico-criminológica. Dentre outras consequências, cede-se espaço para que a notícia

---

<sup>12</sup> EUGENIO RAUL ZAFFARONI, “Direito penal humano ou inumano?”, in *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Assunción, ano 3, n. 6, ago. 2015. Disponível em <https://doi.org/10.16890/rstpr.a3.n6.27> [acesso em 05 dez. 2022].

<sup>13</sup> FRIEDRICH ENGELS/KARL MARX, *O manifesto comunista*, 5.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Ed. Paz e Terra, 1999, p. 121.

<sup>14</sup> HOWARD. S. BECKER, *Outsiders: Estudos de sociologia do desvio*, Rio de Janeiro, Zahar, 2008, p. 28.

<sup>15</sup> MICHEL FOUCAULT, *Vigiar e punir: nascimento da prisão*, Raquel Ramallete (trad.), Petrópolis, Vozes, 1987, p. 37.

<sup>16</sup> MICHEL FOUCAULT, “Il faut défendre la société”, cours au Collège de France (1975-1976), édition établie, dans le cadre de l’Association pour le Centre Michel Foucault, sous la direction de François Ewald et Alessandro Fontana, par Mauro Bertani et Alessandro Fontana, p. 35. Disponível em [https://monoskop.org/images/9/99/Foucault\\_Michel\\_Il\\_faut\\_defendre\\_la\\_societe.pdf](https://monoskop.org/images/9/99/Foucault_Michel_Il_faut_defendre_la_societe.pdf) [acesso em 11 jul. 2022].

<sup>17</sup> JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal: parte geral*, 6.<sup>a</sup> ed., Curitiba, ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 243.

<sup>18</sup> JORGE FIGUEIREDO DIAS, “Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 43, jan./abr. 1983, p. 13.

<sup>19</sup> JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal: parte geral*, 2.<sup>a</sup> ed. rev. atual., Curitiba, ICPC/Lúmen Juris, 2007, p. 453.

criminal, como um atrativo dos meios de comunicação de massa, seja objeto de especulação nos espaços publicitários<sup>20</sup> crenes no “novo credo criminológico”<sup>21</sup>.

Mas como a compreensão de um direito penal concebido como instrumento limitador da violência estatal não foi ainda superada, buscamos respostas no saber criminológico que visam limitar o uso do direito penal. Apresentados como princípios por ALESSANDRO BARATTA<sup>22</sup> e como teoria por EUGÊNIO RAUL ZAFFARONI<sup>23</sup>, o conhecimento jurídico-criminológico abaixo possibilitaria ao juiz concorrer para a promoção dos direitos fundamentais, mesmo quando da omissão ou erro legislativo. Muito embora não se pretenda fazer um direito penal melhor<sup>24</sup>, mas sim relembrar soluções possíveis a fim de não se ultrapassar o limite da necessidade penal<sup>25</sup>, ainda que muitos sigam recalcitrantes.

### Resposta não contingente

Concebida por ALESSANDRO BARATTA<sup>26</sup> como um princípio de limitação funcional, tal regra tem como objetivo evitar o açoitamento na produção de leis penais. Tornar-se-ia imprescindível, antes de tudo, uma profunda discussão legislativa acerca da resposta penal. Quando do debate parlamentar, a intervenção de autoridades reconhecidas pelo notório conhecimento acerca daquele fenômeno que se pretende criminalizar e a intervenção da figura do *amicus curiae*, numa fase pré-criminalização, são obrigatórias.

---

<sup>20</sup> HELENA SCHIESSL CARDOSO, *Discurso criminológico da mídia na sociedade capitalista: necessidade política de desconstrução e reconstrução da imagem do criminoso e da criminalidade no espaço público*, 2011, p. 5. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. Disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/25722> [acesso em 11 fev. 2024].

<sup>21</sup> NILO BATISTA, “Mídia e sistema penal no capitalismo tardio”, in *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro: Revan/ICC, ano 7, n. 12, pp. 271-288, 2.º semestre de 2002.

<sup>22</sup> ALESSANDRO BARATTA, “Principios de Derecho Penal Mínimo”, in Alessandro Baratta, *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2004, pp. 299-333.

<sup>23</sup> EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Política criminal latinoamericana: perspectivas-disyuntivas*, Buenos Aires, Hammurabi, 1982, p. 71.

<sup>24</sup> GUSTAV RADBRUCH, *Filosofia do direito*, Marlene Holzhausen (trad.), São Paulo, Martins Fontes, 2004, p. 246.

<sup>25</sup> CLAU ROXIN, *Política Criminal y sistema del derecho penal*, Francisco Muñoz Conde (trad.), 2.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2002, p. 63.

<sup>26</sup> ALESSANDRO BARATTA, “Principios de Derecho Penal Mínimo”, *cit.*, pp. 299-333.

Ao mesmo tempo, deve ocorrer uma consulta social que não se confundem com a simples “opinião pública” sob o risco de cair no aforismo *vox populi, vox Dei*. Não basta consultas públicas dirigidas aos indivíduos e, por isso, a concepção de sociedade deve ser alargada como apresentada por HULSMAN<sup>27</sup> (*anascopic view*). Ou seja, abandona-se a visão catastófica, que é o olhar centrado no indivíduo, e adota-se um olhar anastópico consubstanciado na compreensão de “sociedades tribais” em interação e não em sujeitos com interesses comuns. Haveria, portanto, grupos sociais, bairros inteiros e classes profissionais em profundo nível de interação e dinâmica de cooperação e conflito sendo consultados.

Tanto especialistas quanto os “grupos tribais” serviriam, antes de tudo, como um primeiro filtro de contenção daquilo que se busca dar o rótulo de conduta criminosa a fim de evitar criminalizações bizarras como, a título de ilustração, o facto de “molestar cetáceos, danificar plantas ornamentais e aquecer água de piscina ou sauna com gás de cozinha”, como explica MAURÍCIO DIETER<sup>28</sup>. E é por isso que BARATTA arremata dizendo que “[o]s problemas que se devem enfrentar têm que estar suficientemente decantados antes de se pôr em prática a resposta penal”<sup>29</sup>.

Diante de uma resposta não contingente, caso o legislador tenha tipificado determinadas condutas como criminosas, o magistrado deveria recorrer a fundamentos humanitários para julgar os factos erroneamente criminalizados, mesmo que tal decisão contrarie a posição adotada pelo tribunal ao qual esteja vinculado. Desta forma, o juiz criminal teria a possibilidade de adotar uma interpretação mais humana, assegurando que as decisões sejam pautadas não pelo populismo penal, mas por princípios de equidade e respeito aos direitos fundamentais.

---

<sup>27</sup> LOUK HULSMAN, “Critical criminology and the concept of crime”, in H. Bianchi & R. van Swaaningen Editors, *Abolitionism: towards a non-repressive approach to crime*, Amsterdam, Free University Press, 1986, p. 69.

<sup>28</sup> ANDRÉ DE OLIVEIRA, “‘Black Mirror’ nos faz ver como usamos o sofrimento alheio para expiar nossa insatisfação”. Maurício Dieter, professor de criminologia da USP, conversa sobre punitivismo a partir da série Especialista discute justiça nas redes sociais e espetacularização de prisões no Brasil”. *El País – Brasil*. São Paulo. Disponível em [#?prm=copy\\_link](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/26/politica/1514313084_053599.html) [acesso em 05 dez. 2022].

<sup>29</sup> ALESSANDRO BARATTA, *Princípios de derecho penal mínimo. Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal*, Buenos Aires, Doctrina Penal, 1987, p. 87.

## **Idoneidade**

Segundo BARATTA, ainda, após a prévia autorização social e legislativa, o facto que se pretende criminalizar seria precedido de “rigoroso controle empírico”, que se traduz na apresentação de estudos criminológicos que apresentem as consequências sociais úteis da pena<sup>30</sup>. Nesta fase, desafiar-se-ia os resultados desejados a partir de uma postura agnóstica que somente seria desarticulada com a demonstração concreta, ou com alto grau de probabilidade, de que a pena teria os efeitos esperados<sup>31</sup>.

Desta forma, apelos populistas como a aplicação da pena de morte aos agentes acusados de crimes violentos, a castração química aos denunciados pela prática de crimes sexuais, a prisão perpétua ou a impossibilidade de progressão do regime mais gravoso ao mais benéfico, encontrariam outro nível de contenção contra criminalizações precipitadas. Tais propostas, na maioria dos casos, são apresentadas por parlamentares mais interessados na captação de votos para o próximo pleito eleitoral e sem compromisso com os direitos fundamentais e, por isso, os projetos de lei devem superar um denso estudo científico que demonstre a eficácia do recrudescimento da lei penal.

Enfim, somente após instrumentos de política social e os demais setores do Direito, tais como o administrativo ou o contraordenacional, terem restado inócuos<sup>32</sup>, poderia o legislador utilizar o direito penal. Enquanto o princípio limitador da idoneidade não tiver força cogente ou, pelo menos, nortear de facto realmente o legislador, restará ao juiz lançar mão do tradicional princípio penal da intervenção mínima para controlar a errônea atuação legislativa.

## **Representação legislativa**

Ao observar o sistema prisional em geral, percebe-se que, além de não possuir condições mínimas para a concretização do projeto corretivo previsto nas normas nacionais e internacionais, apresenta uma eficácia invertida e atua de forma de-

---

<sup>30</sup> ALESSANDRO BARATTA, “Principios de Derecho Penal Mínimo”, *cit.*, pp. 299-333.

<sup>31</sup> *Vide nota anterior.*

<sup>32</sup> JORGE FIGUEIREDO DIAS, “Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro”, *cit.*, p. 13.

formadora e estigmatizante sobre o condenado, conforme explica TAVARES<sup>33</sup>. Para CIRINO DOS SANTOS, o fenômeno da desculturação e aculturação está em curso nos estabelecimentos prisionais<sup>34</sup>. No primeiro, em síntese, ocorre o distanciamento de valores sociais, ao passo que no segundo há a adoção de modelos de comportamento próprios do arquipélago carcerário.

Como o cárcere tem as suas próprias regras e a sua população deve ser orientada por elas, não há respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana – *vide* o caso *Marcos Mariano da Silva*<sup>35</sup>. Ao contrário, o princípio *less eligibility*, baseado no pressuposto de que as condições de vida no cárcere “devem ser inferiores às das categorias mais baixas dos trabalhadores livres, de modo a constranger ao trabalho e salvar os efeitos da pena”<sup>36</sup>, rege toda a ambiência do arquipélago carcerário.

No enfrentamento desse fenômeno, a regra da representação legislativa pugna pelo direito ao sufrágio universal do aprisionado, mesmo após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória irrecorrível. Muito diferente do que previu a Constituição brasileira de 1988: “É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos”<sup>37</sup>.

Caso houvesse no Congresso Nacional representantes da “classe carcerária” a fim de exigir o cumprimento, por exemplo, do direito à assistência material, jurídica, educacional, social, religiosa e, sobretudo, à saúde, conforme a norma do art. 11 da Lei de

---

<sup>33</sup> JUAREZ TAVARES diz que não se pode prender no Brasil. “Falta responsabilidade do Estado e de seus magistrados”, *Empório do Direito*, 2015. Disponível em <http://emporiiodireito.com.br/juarez-tavares-diz-que-nao-se-pode-prender-no-brasil-falta-responsabilidade-do-estado-e-de-seus-magistrados/> [acesso em 28 jun. 2016].

<sup>34</sup> ALESSANDRO BARATTA, *Criminologia crítica e crítica do direito penal. Introdução à sociologia do direito penal*, 6.ª ed., Juarez Cirino dos Santos (trad.), Rio de Janeiro, Revan/ICC, 2011.

<sup>35</sup> Segundo o Superior Tribunal de Justiça, no REsp. 802.435, o Estado brasileiro foi obrigado a pagar R\$ 2 milhões por danos morais e materiais ao cidadão Marcos Mariano da Silva, de 58 anos, mecânico de automóveis, mantido preso ilegalmente por quase 20 anos, em Recife. Consta do julgado que esse foi o mais grave atentado à violação humana já visto na sociedade brasileira revelado através da via judicial. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 802.435-PE (2005/0202982-0). Recorrente: Estado de Pernambuco. Recorrido: Marcos Mariano da Silva. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 30 de outubro de 2006. Consultado em 28 novembro, 2022. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/> [acesso em 28 nov. 2019].

<sup>36</sup> GEORG RUSCHE/OTTO KIRCHHEIMER, *Punição e estrutura social*, 2.ª ed., Gizlene Neder (trad.), Rio de Janeiro, Revan/ICC, 2004, p. 14.

<sup>37</sup> Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88\\_Livro\\_EC91\\_2016.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf) [acesso em 10 jan. 2024].

Execução Penal do Brasil (LEP)<sup>38</sup>, surgiria um novo cenário no sistema penitenciário moderno. Não haverá jamais um *standard* de humanidade no espaço geográfico prisional caso não ocorra uma mudança radical no funcionamento das prisões atuais.

Há uma necessidade de programas de formação profissional digna ao condenado para a sua inserção no mercado de trabalho formal quando do retorno ao convívio comunitário, e não a habilidade de costurar bolas ou confeccionar máscaras higiênicas, ou, ainda, a de pinturas de brinquedos ou etiquetagem para estabelecimentos empresariais. Enquanto não forem oferecidas ao condenado efetivas oportunidades de mudança das condições objetivas da vida material, o sistema punitivo seguirá como um lugar para a retenção de certos grupos criminalizáveis. Diante desta realidade prisional, espera-se do juiz um ato ético-democrático desde o recebimento da denúncia até à efetiva execução da pena.

Ocorre que, em Portugal, apesar das tentativas de aprimorar o sistema prisional, como estabelecido no art. 21.º, n.º 3, do DL n.º 115/2009, de 12/10, que institui o plano individual de readaptação para preparar o recluso para a reintegração social por meio de ações estruturadas nas áreas de educação, trabalho, saúde, atividades culturais e contactos externos<sup>39</sup>, esse processo, por si só, ainda se mostra insuficiente para concretizar novas possibilidades ao interno. Por esta razão, a atuação do juiz torna-se ainda mais relevante na promoção dos direitos fundamentais.

Em outras palavras, busca-se implementar um modelo de justiça que seja igualitário e inclusivo, mesmo em meio a uma sociedade marcada pela desigualdade material. Contudo, em uma sociedade desprovida de justiça distributiva, não se poderia justificar a aplicação de uma pena retributiva<sup>40</sup>.

### **Autonomias culturais**

A partir de uma concepção totalitária do direito penal, o pensador italiano adverte que o legislador ignora a multiplicidade cultural e os valores específicos

---

<sup>38</sup> Brasil. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (1984). Institui a *Lei de Execução Penal*, Brasília: Presidente da República. Brasília, DF. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm) [acesso em 10 jan. 2024].

<sup>39</sup> Portugal. DL n.º 115/2009, de 12/10. *Diário da República* n.º 197 – I Série (Código de Execução de Penas e Medidas Privativas de Liberdade), Ministério da Justiça, Lisboa.

<sup>40</sup> JEAN-PAUL MARAT, *Plano de Legislação Criminal*, João Ibaixe Jr./Carmensita Ibaixe (trad.), São Paulo, Quartier Latin, 2008, pp. 27-88.

de determinados grupos sociais<sup>41</sup>. E, por isso, o respeito à autonomia seria outra barreira para o processo legiferante quando da criminalização de certas práticas culturais. A hegemonia cultural de grupos dominantes não pode ser obstáculo para o reconhecimento de diferentes percepções de mundo que há na sociedade, portanto, exige-se “um direito penal orientado para o respeito pelos direitos humanos, a consideração da percepção específica da realidade e dos valores das minorias étnicas e dos grupos que representam culturas diferenciadas”<sup>42</sup>.

A atual discussão em torno da cultura indígena no Brasil pode ser um bom exemplo. O Projeto de Lei da Câmara n.º 119/2015<sup>43</sup>, busca alterar a atual redação do Estatuto do Índio, Lei Federal n.º 6.001/1993, com a finalidade de inserir, entre outros, a vedação de práticas “nocivas” e, por conseguinte, caso haja descumprimento da norma, haverá a ingerência, num primeiro momento, do direito administrativo. Já o Projeto de Lei n.º 1057/2007<sup>44</sup>, conhecido como “Lei Muwaji”, obriga os membros da comunidade informar às autoridades a situação de mulheres indígenas em estado de gravidez que estejam em “situação de risco”, sob pena de cometerem crime.

Isso não significa que o Estado seria omissivo na proteção de crianças indígenas, mas que a política de criminalização de certas condutas não solucionaria conflitos culturais. O legislador tem buscado, advertem antropólogos como CARLOS CIRINO<sup>45</sup>, forçar glote a dentro do ordenamento jurídico-penal valores externos estranhos às comunidades da floresta.

---

<sup>41</sup> Para referência, ver nota 22.

<sup>42</sup> ALESSANDRO BARATTA, *Princípios de derecho penal mínimo. Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal*, Buenos Aires, Doctrina Penal, 1987, p. 12.

<sup>43</sup> Brasil. Projeto de Lei da Câmara n.º 119, de 2015. Acrescenta o art. 54-A à Lei n.º 6.001, de 19/12/1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília: Presidente da República. Brasília, DF. <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122998> [acesso em 10 jan. 2024].

<sup>44</sup> Brasil. Projeto de Lei 1057/2007 – Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais. Brasília: Presidente da República. Brasília, DF. <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=351362> [acesso em 10 jan. 2024].

<sup>45</sup> CARLOS ALBERTO MARINHO CIRINO, “Criminalização de práticas culturais indígenas: o caso Yanomami”, in Krekeler, Birgit et al. (Hrsg.), *Para quê serve o conhecimento se eu não posso dividi-lo? / Was nützt alles wissen, wenn man es nicht teilen kann?*, Gedenkschrift für Erwin Heinrich Frank, Berlin: Ibero-Amerikanisches Institut Preußischer Kulturbesitz / Gebr. Mann Verlag, 2013. Disponível em [https://publications.iai.spk-berlin.de/receive/riai\\_mods\\_00002890](https://publications.iai.spk-berlin.de/receive/riai_mods_00002890) [acesso em 11 fev. 2024].

Em casos de criminalização açodada, aguarda-se do julgador uma decisão jurídica antropologicamente orientada. Não se trata da superioridade cultural dos povos indígenas em detrimento do direito à vida, mas do tipo de política criminal escolhida consubstanciada na utilização da mais contundente ferramenta de coação estatal para resolver problemas sociais complexos, sobretudo contra comunidades milenares que coexistem no “florão da América”.

### **Culpabilidade por vulnerabilidade**

Concebida por EUGÊNIO ZAFFARONI<sup>46</sup> como teoria da culpabilidade por vulnerabilidade social, parte do pressuposto de que o próprio corpo social, em algum momento, não funcionou saudavelmente e um de seus membros padeceu de algum tipo de debilidade. Dito de outra forma: a sociedade não oportunizou igualmente as mesmas condições materiais a todos os homens. Por isso, o grau de vulnerabilidade social do acusado deve ser obrigatoriamente levado em consideração quando da reprimenda penal.

Segundo ZAFFARONI e BATISTA<sup>47</sup>, essa perspectiva tem raízes nas reflexões do autor do *Plan de Législation Criminelle*, de Jean-Paul Marat (1743-1793). Para o pensador francês, como seria possível falar-se em sanção retributiva se a sociedade se encontra chafurdada em profunda desigualdade material? Nem todos os homens possuem acesso aos direitos sociais básicos. Enquanto alguns vivem naballescamente, outros sobrevivem afogados na miséria. Se assim é, não será com o direito penal que a comunidade será equalizada. Não obstante as críticas de que esta concepção é alvo, somente um direito penal de matriz social seria capaz de distribuir a medida sancionatória demandada em carácter temporário.

No Código Penal brasileiro, a norma do artigo 66, possui a seguinte redação: “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.”<sup>48</sup>. Vê-se claramente que é possível invocar esse saber da criminologia. Contudo, como não há

---

<sup>46</sup> Para referência, ver nota 23.

<sup>47</sup> NILO BATISTA/RAUL EUGÊNIO AFFARONI, *Direito penal brasileiro*, vol. II, tomo II, Rio de Janeiro, Revan, 2017, p. 165.

<sup>48</sup> Brasil. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7/12/1940. *Brasília: Presidente da República*. Brasília, DF. <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=351362> [acesso em 10 jan. 2024].

força pragmática, o órgão judiciário tem sido reticente em sua aplicação, sobretudo porque, na maioria dos casos, exige-se a correlação entre a vulnerabilidade social e a omissão estatal.

No entanto, sobrariam elementos probatórios para demonstrar a debilidade econômica do agente (boletim de vida pregressa, nível de escolaridade, falta de acesso ao emprego formal, etc.). De forma que, quando da dosimetria da pena, o juiz seria obrigado a fundamentar a sua decisão levando em consideração as condições materiais que suporta o denunciado a fim de diminuir a sanção penal.

### **Consideração finais**

Buscamos refletir rapidamente sobre a necessária fiscalização e controle da atuação do juiz criminal no campo jurídico da criação ideológica. Na busca de um direito penal mínimo e de balizas limitantes ao poder punitivo, a criminologia oferece o conhecimento científico aos programas de políticas públicas. A implementação de políticas criminais eficazes que considerem os saberes criminológicos sobre as causas do crime, do comportamento criminoso e da criminalidade, especialmente em contextos de exclusão social, como ocorre no Brasil, deve ser um objetivo a alcançar.

Relembramos, também, algumas proposições da criminologia na busca por uma justiça penal mais equitativa e eficiente para o reconhecimento e aplicação, pelas agências judiciais, das teorias apresentadas pelos autores acima referidos. Resposta não contingente, da idoneidade (como controle empírico), da representação legislativa da população prisional, do respeito às autonomias culturais e do reconhecimento da culpabilidade por vulnerabilidade foram algumas delas. O conhecimento criminológico funcionaria, ainda, como um otimizador da principiológica do direito penal (legalidade, culpabilidade, intervenção mínima, etc.) para uma mais alargada zona de contenção do processo de criminalização.

Agindo assim, o magistrado criminal contribuiria significativamente para um sistema de justiça mais humano, democrático e justo. É imprescindível, enfim, que o conhecimento causal-explicativo criminológico esteja no repertório do responsável pela aplicação da lei penal. Durante muito tempo relegou-se à criminologia um papel secundário de “ciência auxiliar” do direito penal, mas já passou da hora de corrigir este equívoco histórico.