

AS SUBCULTURAS CRIMINAIS: ELEMENTOS PARA PENSAR O PAPEL DO JUIZ EM FACE DA CULPABILIDADE PENAL*

Allana Campos Marques Schrappe**

1. INTRODUÇÃO

O objetivo desta pesquisa é, através da análise da teoria das subculturas criminais, buscar elementos para pensar a atuação do juiz em face do princípio da culpabilidade, especialmente em situações de exclusão social.

Inicialmente, ressaltamos que a teoria das subculturas criminais, formulada por teóricos da área da sociologia, será analisada aqui desde uma perspectiva de fora, ou seja, desde um ponto de vista de quem trabalha com o direito penal, a partir do que interessa à teoria da culpabilidade, a fim de buscar subsídios para as conclusões que se pretende alcançar.

Para tanto, tornamos como base principalmente o pensamento de Alessandro Baratta, que analisou a teoria das subculturas a partir de uma visão crítica da “ideologia da defesa social”¹, com o objetivo de negar os princípios dessa ideologia, na qual está incluído também o princípio da culpabilidade.

As considerações a serem feitas, na tentativa de uma construção interdisciplinar², terão que suportar os limites impostos por qualquer prática teórica que caminhe neste sentido, feita mediante recortes, privilegiando “um dos sentidos cruciais que a noção de interdisciplinaridade comporta: o de que o discurso e o campo de uma disciplina teórica podem *afetar* (e ser *afetados*) pelo discurso e pelo campo de outras disciplinas”³. Tal recorte privilegiará a estreita relação que pode existir entre o erro de compreensão e a internalização de normas de culturas distintas da oficial, ou seja, de normas subculturais.

*Trabalho adaptado da dissertação de mestrado sob o título “Uma análise crítica do juízo de censura penal”, apresentado no Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná, 2001.

**Pesquisadora e Professora de Criminologia e Direito Penal nas Faculdades do Brasil. Especialista (IBEJ/Pós-graduação), mestre (UFPR); mestre (Universidad Internacional de Andalucía “La Rábida”); doutoranda (UFPR). Advogada.

¹Por “ideologia da defesa social” entende-se um conjunto de princípios norteadores do direito penal, formulados ao longo do desenvolvimento da criminologia tradicional sobre as idéias de crime, pena e direito penal, estando incluídos o princípio de *legitimidade, do bem e do mal, de culpabilidade, da finalidade ou da prevenção, de igualdade, do interesse social e do delito natural* (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, p. 42). Sobre o tema: PAVARINI, Massimo. *Control y dominación*.

²MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Afirma o autor que a interdisciplinaridade só existe na medida em que é construída: “Do êxito de um empreendimento interdisciplinar só *a posteriori* se pode falar; todo um poder criativo tem aí um lugar constitutivo” (*Subsídios para pensar a possibilidade de articular Direito e Psicanálise*, p. 22).

³Idem, p. 22.

AS SUBCULTURAS CRIMINAIS: ELEMENTOS PARA PENSAR O PAPEL DO JUIZ EM FACE DA CULPABILIDADE PENAL

Para tanto, parte-se do pressuposto de que a aplicação do princípio da culpabilidade em determinadas situações pode resultar em verdadeira violação aos direitos fundamentais reconhecidos por um Estado Democrático de Direito. Tais situações são caracterizadas pela ausência de compreensão da norma jurídica, como resultado da interiorização de normas e valores distintos daqueles que integram o sistema oficial. São situações que devem ser verificadas de acordo com a estrutura social da qual os sujeitos fazem parte e com as relações econômicas e políticas de tal sociedade.

Ressalte-se que não se pretende apresentar uma explicação das causas da criminalidade, problemática que está situada no centro de análise das teorias que serão agora tratadas. Nosso interesse é analisar a questão da interiorização e aprendizagem de normas “não-oficiais” por grupos inseridos em uma subcultura, ou seja, estudar como esta inserção causa uma não-compreensão do direito e de suas normas.

2. AS SUBCULTURAS CRIMINAIS

A teoria das subculturas criminais surgiu no momento em que a criminologia tradicional, mais precisamente o paradigma etiológico da criminalidade, estava sendo revisada de forma crítica pelos estudos no campo da sociologia.

Assim, a explicação das causas da criminalidade sofreu variações no decorrer da história da criminologia. Várias teorias surgiram a fim de contestar o paradigma etiológico da criminalidade. Uma delas foi a teoria estrutural-funcionalista, fundada por Emile Durkheim⁴ e posteriormente desenvolvida por Robert Merton⁵.

De acordo com esta teoria, o crime aparece não mais como fato patológico, mas sim como “um produto da estrutura social, absolutamente *normal* como o comportamento conforme às regras. Isto significa que a estrutura social não tem somente um efeito repressivo, mas também, e sobretudo, um efeito estimulante sobre o comportamento individual”⁶, produzindo motivações, através de mecanismos de transmissão, tanto ao comportamento conforme à norma quanto ao comportamento contrário a esta, ambos da mesma natureza.

⁴Sobre o tema, sugerimos a obra DE LEO, Gateano. *Appunntti psicopsicologia della criminalità e della devianza*.

⁵Consultar BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*; DE LEO, Gateano. *Appunnti dipsicopsicologia della criminalità e della devianza*; e PAVARINI, Massimo. *Control y dominación*.

⁶BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, p. 62.

ALLANA CAMPOS MARQUES SCHRAPPE

Portanto, a virada sociológica efetuada no âmbito da criminologia foi introduzida justamente pelas obras desses dois autores, constituindo a primeira alternativa clássica ao paradigma etiológico da criminalidade, sendo fundada a chamada teoria estrutural-funcionalista do desvio e da anomia, que está situada justamente na origem de uma profunda revisão crítica da criminologia de orientação biológica e caracterológica.

O fundamento da culpabilidade, do juízo de censura atribuído ao autor de um injusto penal, é o “poder de agir de outro modo”, que está excluído nos casos de ausência de capacidade de vontade, ausência de consciência da ilicitude e presença de situações anormais deformadoras da vontade⁷.

Este poder de agir conforme o direito traz necessariamente a discussão acerca da interiorização das normas jurídicas: para ser legítima a exigência de uma conduta culpável conforme o valor da norma, é necessário que o agente tenha interiorizado esse valor.

O processo de interiorização é feito através de mecanismos que se encontram à disposição dos indivíduos na sociedade, para que alcancem fins culturais⁸. A estrutura cultural propõe metas, que se constituem em motivações ao comportamento dos indivíduos, e propõe modelos de comportamentos institucionalizados, “que resguardam as modalidades e os meios legítimos para alcançar aquelas metas. Por outro lado, todavia, a estrutura econômico-social oferece aos indivíduos, em graus diversos, especialmente com base em sua posição nos diversos estratos sociais, a possibilidade de acesso às modalidades e aos meios legítimos para alcançar as metas⁹.

Pode haver, entretanto, discrepância entre fins culturais e meios institucionais, impulsionando o comportamento desviante. Quando houver uma forte discrepância entre normas e fins reconhecidos como válidos, por um lado, e as possibilidades de agir em conformidade com elas, de outro, estaremos diante da crise que se pode chamar de anomia¹⁰.

“Merton studia la società americana ed individua all'interno di quel sistema sociale una contraddizione fondamentale: quella fra la dimensione della struttura sociale e la dimensione della struttura culturale. Mentre da un punto di vista culturale tutta la società è investida da contenuti e da mete tendenzialmente omogenee ed uguali per tutti (le mete culturali del

⁷Sobre o tema, consultar SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*.

⁸BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 63. O autor analisa o pensamento de Robert Merton, conforme a teoria funcionalista da anomia.

⁹Idem, p. 63.

¹⁰Idem, p. 64. O autor refere-se à teoria mertoniana da anomia. Sobre o conceito de anomia segundo o estrutural-funcionalismo, Gian Luigi PONTI afirma: “L'anomia - quale frattura delle regole sociale eguale espressione della perdita di credibilità delle norme - è intesa come la conseguenza di una incongruità fra le mete proposte dalla società e la reale possibilità di conseguirle: una società ha caratteristiche di anomia quando la sua cultura propone delle mete senza che vengano a tutti forniti i mezzi per conseguirle” (*Compendio di Criminologia*, p. 258).

AS SUBCULTURAS CRIMINAIS: ELEMENTOS PARA PENSAR O PAPEL DO JUIZ EM FACE DA CULPABILIDADE PENAL

sistema americano sono facilmente evidenziabili ed evidenziate: il successo, il denaro, il prestigio), la stessa società non propone lo stesso tipo di uguaglianza del punto di vista delle posizioni occupate all'interno della struttura sociale, per il conseguimento di quelle mete. Anzi, l'analisi della struttura sociale mostra una forte differenziazione prevalentemente in termini di classe sociale, per cui la pressione culturale arriva a soggetti che si trovano in posizioni sociali differenziate¹¹.

A situação de anomia é comumente verificada na sociedade, que não permite a todos os membros, e na mesma medida, a possibilidade de atuação conforme a norma, pois depende da posição que os indivíduos ocupam na sociedade¹². “Isto cria uma tensão entre a estrutura social e os valores culturais e, conseqüentemente, diversos tipos fundamentais de respostas individuais – conformistas ou desviantes – às solicitações resultantes do concurso combinado dos valores e das normas sociais, ou seja, dos ‘fins culturais’ e dos ‘meios institucionais’¹³.”

Tais respostas individuais dependem do setor social em que os indivíduos se encontram e o comportamento criminoso constitui-se em uma “reação inteiramente ‘normal’ a uma situação na qual existe uma acentuação cultural do sucesso econômico e que, contudo, oferece em escassa medida o acesso aos meios convencionais e legítimos de sucesso¹⁴.”

A crítica à discrepância entre fins culturais e acesso a meios institucionais foi formulada por Sutherland¹⁵, que chegou à conclusão de que a “criminalidade, como qualquer outro modelo de comportamento, se aprende (aprendizagem de fins e de técnicas) conforme contatos específicos aos quais está exposto o sujeito, no seu ambiente social e profissional¹⁶.”

¹¹DE LEO, Gateano. *Appunti di psicopsicologia della criminalità e della devianza*, p. 143.

¹²Podemos relacionar isto ao que afirmaram ZAFFARONI e PIERANGELI acerca da teoria da culpabilidade: justamente porque a sociedade não disponibiliza meios para que todos os indivíduos atuem em conformidade com o direito, deve arcar com o que ele chamou de co-culpabilidade (*Manual de direito penal brasileiro*, p. 613).

¹³BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, p. 64. São cinco os tipos de respostas individuais. *conformidade*, que “corresponde à resposta positiva. tanto aos fins como aos meios institucionais e, portanto, ao típico componamenro conformista”; *inovação*, correspondendo “à adesão aos fins culturais, sem o respeito aos meios institucionais”; *ritualismo*, que “corresponde ao respeito somente formal aos meios institucionais, sem a persecução dos fins culturais”; *apatia*, que “corresponde à negação tanto dos fins culturais como dos meios institucionais”; e *a rebelião*, correspondendo “não à simples negação dos fins e dos meios institucionais, mas à afirmação substitutiva de fins alternativos, mediante meios alternativos”. A título de ilustração: PONTI, Gian Luigi. *Compendio di Criminologia*.

¹⁴Cf. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, p. 65.

¹⁵Cf. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, p. 66.

¹⁶Idem, p. 66. “(...) *la delinquenza si apprende nello stesso modo col quale si impara ad essere onesti*, e l'essere criminali è solo la conseguenza di esser stati in rapporto con un'associazione in cui prevalevano valori in contrasto, per quanto attiene al rispetto dei la legge, con quell i dei la società in generali” (PONTI, Gian Luigi. *Compendio di Criminologia*, p. 246).

As teorias funcionalistas serviram de forma complementar à teoria das subculturas criminais. Há aí uma relação de compatibilidade, resultante da “diversidade de nível de discurso e dos conjuntos de fenômenos de que se ocupam, respectivamente”¹⁷.

A teoria das subculturas criminais é de fundamental importância à crítica ao juízo de censura penal, visto que, tendo como ponto de partida a realidade social, analisa a “diversidade estrutural das *chances* de que dispõem os indivíduos de servir-se de meios legítimos para alcançar fins culturais”¹⁸. A teoria funcionalista da criminalidade serve como explicação da origem e função das subculturas criminais em uma determinada sociedade, podendo ser integrada a partir do conceito de subcultura.

O conceito de subcultura aceita variações dentro dos estudos sociológicos. De modo geral, entretanto, o termo subcultura significa uma subcategoria de uma cultura mais ampla¹⁹. Milton Gordon define subcultura como uma subdivisão da cultura nacional, composta pela combinação de vários fatores, como por exemplo o grupo étnico, a classe social e a religião²⁰.

¹⁷Alessandro BARATTA afirma que as duas teorias se desenvolvem sobre dois planos diferentes: a funcionalista “pretende estudar o vínculo funcional do comportamento desviante com a estrutura social” e a teoria das subculturas criminais “se preocupa principalmente em estudar como a subcultura delinqüencial se comunica aos jovens delinqüentes e, portanto, deixa em aberto o problema estrutural da origem dos modelos subculturais de comportamento que são comunicados”. (*Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, p. 69).

¹⁸Idem, p. 70. O autor, analisando a teoria desenvolvida por Cloward e Ohlin, afirma: “Segundo estes autores, a distribuição das chances de acesso aos meios legítimos, com base na estratificação social, está na origem das subculturas criminais na sociedade industrializada, especialmente daquelas que assumem a forma de bandos juvenis. No âmbito destas se desenvolvem normas e modelos de comportamento desviantes daqueles característicos dos estratos médios. A constituição de subculturas criminais representa, portanto, a reação de minorias desfavorecidas e a tentativa, por parte delas, de se orientarem dentro da sociedade, não obstante as reduzidas possibilidades legítimas de agir, de que dispõem”.

¹⁹O termo cultura, neste contexto, pode ser definido como o “conjunto de los instrumentos de los que dispone la mediación simbólica para permitir, al individuo o al grupo, el abordaje de lo real, entendiéndolo lo real como un constructo” (GÓMEZ, Manuel de Jesús Sabariego. *Los límites culturales al desarrollo de las identidades colectivas*, p.3). Ao analisar o pensamento de Joaquín Henna FLORES, GÓMEZ afirma que o diamante cultural “propone una renovadora visión en el trasiego conceptual en torno a un acercamiento a la idea de cultura como el número y la relación existente entre sentidos y significados que se dan en un momento histórico y que generan determinadas prácticas, debemos pensar en esas prácticas como parte de esos procesos y relaciones que buscan abrir espacios por la dignidad humana” (idem, p. 4). Os sujeitos sociais produzem significados e manifestações de uma cultura que determina sua posição na vida social. Estes sujeitos não são separados apenas por limites físicos, mas também por limites culturais, às vezes adotando a forma de estigma: “Por lo que hemos de contar con la existencia de espacios y momentos que no pueden ser internalizados en el constructo socio-cultural de un determinado grupo. Resulta impensable considerar siquiera lo ideal al margen del material, los agentes y actores producen significados, símbolos, usos, habilidades, historias, identidades, memorias, sueños que determinan su posición en la maraña de la vida social a la par que esta posición en las redes y las estructuras de la sociedad determina esos significados también, como mencionábamos anteriormente, en un *continuum* de procesos y prácticas inacabadas, abiertas, dinámicas, cambiantes, volátiles, caracterizadas básicamente por la inestabilidad, las tensiones y los conflictos, por lo que a poco que intentemos avanzar en el análisis de una sociedad nos daremos cuenta de que la cultura es de enorme importancia para entender los hechos y las acciones sociales” (idem, p. 6).

²⁰GORDON, Milton M. The concept of the sub-culture and its application, p. 32. Afirma o autor: “(...) the concept of *sub-culture* – a concept used here to refer to a sub-division of a national culture, composed of a combination of factorable social situations such as class status, ethnic background, regional and rural or urban residence, and religious affiliation, but *forming in their combination a functioning unity which has an integrated impact on the participating individual*”.

AS SUBCULTURAS CRIMINAIS: ELEMENTOS PARA PENSAR O PAPEL DO JUIZ EM FACE DA CULPABILIDADE PENAL

Marvin Wolfgang e Franco Ferracuti afirmam que “el prefijo ‘sub’ denota nada más que una subcategoría de la cultura, una parte del todo total; no tiene forzosamente una connotación peyorativa salvo en los en que es vista con desestimación por los miembros del grupo afiliados al sistema de valores dominantes o contrario”²¹. Para estes autores, uma cultura implica um sistema social de valores cristalizado à parte do sistema social mais amplo, criando obstáculos à integração total, de modo a causar conflitos. O que ocorre é o isolamento normativo da subcultura. “Surgen valores compartidos que los miembros de la subcultura aprenden, adoptan e inclusive exhiben, y que difieren en cantidad y calidad de los de la cultura dominante. Así como el hombre nace dentro de una cultura, puede acontecerle también que nazca dentro de una subcultura”²². Neste contexto subcultural, o homem:

“Nace biológicamente equipado para recibir y adaptar conocimientos acerca de sí mismo y de sus relaciones con otros. Sus primeros contactos sociales dan inicio a un proceso de coordinaciones que durará de por vida y en el que él va absorbiendo y adaptando ideas que le son transmitidas, ya sea de manera formal o informal, mediante la instrucción o los preceptos. Estas ideas representan *significados* inherentes a las costumbres, a las creencias, a los artefactos, y a sus propias relaciones con sus semejantes y con las instituciones sociales. Vistas como unidades separadas, estas ideas pueden pasar como *elementos culturales* que van encajando em ciertos patrones o configuraciones mentales que tienden a fijarse en sistemas integrales de significados”²³.

Os valores subculturais podem ser opostos ou apenas diferentes aos da cultura dominante. Para Marvin Wolfgang e Franco Ferracuti, os valores de uma subcultura não podem ser totalmente diferentes ou completamente opostos aos da sociedade da qual fazem parte, afirmando que o conflito «proviene del contraste entre dos o más sistemas normativos, uno de los cuales - por lo menos - mantiene una fuerte adhesión a un cuadro de valores morales que suelen estar codificados. Ser parte de la cultura más amplia supone que se comparten con ella ciertos valores relativos a los fines o los medios de la colectividad. Cuando la subcultura difiere nada más, pero no choca, representa una desviación tolerada»²⁴.

²¹WOLFGANG, Marvin & FERRACUTI, Franco. *La subcultura de la violencia*, p. 114.

²²Idem, p. 120.

²³Idem, p. 120.

²⁴WOLFGANG, Marvin & FERRACUTI, Franco. *La subcultura de la violencia*, p. 122.

ALLANA CAMPOS MARQUES SCHRAPPE

A transmissão dos valores é ponto fundamental da análise das subculturas. Esta transmissão pressupõe um processo de aprendizagem²⁵, que, por sua vez, implica no estudo das variáveis da personalidade dos indivíduos: “Ya sea que las subculturas resulten, más que de ninguna otra cosa, de la interacción con la cultura dominante, o ya sea que su elemento de composición primaria sea el estar en contradicción o provocar un conflicto con la cultura más amplia, es un hecho que las variables de la personalidad desempeñan un papel propio en la aceptación o el rechazo de todos o de algunos de los valores subculturales”²⁶. Isto se explica porque os indivíduos são diferentes e têm reações diferentes, por mais que o processo de aprendizagem tenha originado motivos comuns.

Analisando a subcultura dos bandos juvenis – como um “sistema de crenças e de valores, cuja origem é extraída de um processo de interação entre rapazes que, no interior da estrutura social, ocupam posições semelhantes”²⁷ – Albert Cohen afirma que a sociedade induz nos jovens dos estratos inferiores a incapacidade de adaptação aos padrões da cultura oficial²⁸.

Há, então, um sistema de valores e normas da cultura oficial e, paralelamente a este, outros sistemas de valores e normas, interiorizadas pelos sujeitos também através de mecanismos de interação e de aprendizagem²⁹, em concurso com os mecanismos do sistema oficial. Há uma determinação do comportamento desses sujeitos, fazendo com que se conclua que não é possível admitir que o delito seja a atitude contrária a um sistema de valores e normas gerais da sociedade, pois não há apenas um sistema de valores que atinja

²⁵Um traço importante da teoria das subculturas é apresentado por Sutherland, ao tratar dos crimes de colarinho branco. Partindo do pressuposto de que a criminalidade é aprendida, amplia a análise da explicação da delinquência aos setores economicamente mais favorecidos, onde a prática dos crimes de colarinho branco é bastante comum. Trata-se da teoria das associações diferenciais: a criminalidade é aprendida “em associação direta ou indireta com os que já praticaram um comportamento criminoso, e aqueles que aprendem este comportamento criminoso não têm contatos freqüentes e estreitos com o comportamento conforme a lei. O fato de que uma pessoa torne-se ou não um criminoso é determinado, em larga medida, pelo grau relativo de freqüência e de intensidade de suas relações com os dois tipos de comportamento. Isto pode ser chamado de processo de associação diferencial”-(cf. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, p. 72).

²⁶WOLFGANG, Marvin & FERRACUTI, Franco. *La subcultura de la violencia*, p. 129.

²⁷BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, p. 73.

²⁸COHEN, Albert. *Delinquent Boys*, p. 65 ss.

²⁹Para uma análise mais profunda dos processos de aprendizagem, consultar WOLFGANG, Marvin & FERRACUTI, Franco. *La subcultura de la violencia*, pp. 182-186.

AS SUBCULTURAS CRIMINAIS: ELEMENTOS PARA PENSAR O PAPEL DO JUIZ EM FACE DA CULPABILIDADE PENAL

igualmente todos os grupos sociais, mas um pluralismo de subgrupos culturais³⁰, “alguns dos quais rigidamente fechados em face do sistema institucional de valores e de normas, e caracterizados por valores, normas e modelos de comportamento alternativos àquele”³¹.

A análise da teoria das subculturas criminais³² e sua compatibilização com a teoria funcionalista faz com que Alessandro Baratta conclua que o núcleo teórico contido nessas teorias se opõe ao princípio da culpabilidade³³.

Com efeito, o sistema penal protege valores considerados universais, compartilhados pela comunidade em geral, onde apenas uma minoria representa a “culpável e reprovável rebelião a respeito destes valores, orientando o próprio comportamento, mesmo *podendo fazer diversamente*, por critérios e modelos que não teriam natureza ética, mas ao invés, seriam a negação culpável do mínimo ético protegido pelo sistema penal (ideologia da maioria conformista e da minoria desviante, ideologia da culpabilidade, ideologia do sistema de valores dominante)”³⁴.

E as razões disso podem ser vistas no que já foi afirmado: na sociedade há um pluralismo de subgrupos culturais com valores e normas diversos aos da cultura oficial, encontrando-se na base da criminalidade os mecanismos de aprendizagem e de interiorização de modelos de comportamento, os quais não diferem dos mecanismos que induzem o comportamento conforme as normas sociais gerais: “existe una impetuosa filtración de violencia que va impregnando el núcleo de valores que marcan el estilo de vida, los procesos de socialización, y las relaciones interpersonales de los individuos que viven bajo condiciones similares”³⁵.

³⁰Sobre o assunto, ver WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralidade alternativa no interior do direito oficial, pp. 30-40. Afirma o autor que “para além da oficialidade global dos aparelhos de produção e distribuição da justiça estatal, subsiste, paralela, subjacente e concorrente, uma pluralidade de níveis autônomos e semi-autônomos de instâncias legislativas e instâncias jurídicas. Esses procedimentos societários não-estatais envolvendo a convenção de padrões normativos de conduta e a resolução consensual de conflitos, praticados informalmente por segmentos ou vontades individuais e coletivas, assumem características específicas de uma validade distinta e legítima, não menos verdadeira, podendo ser até mais justa e autêntica. Essas modalidades de práticas descentralizadas e mecanismos de auto-regulação informais provenientes fundamentalmente dos setores majoritários excluídos, marginalizados, reprimidos e injustiçados do todo societário compreendem aquilo que se passará a designar como o ‘alternativo’”. No mesmo sentido, BOA VENTURA DE SOUSA SANTOS, a partir do estudo sociológico em uma favela do Rio de Janeiro, afirma que “existe uma situação de pluralismo jurídico sempre que no espaço geopolítico vigoram (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica” (Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada, p.46). Consultar também: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. *Movimentos sociais e práticas instituintes de direito*.

³¹BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, p. 74.

³²Consultar sobre o assunto as obras: PAVARINI, Massimo. *Control y dominación*; PONTI, Gian Luigi. *Compendio di Criminologia*; DE LEO, Gaetano. *Appunti di psicosociologia della criminalità e della devianza*; DIAS, Jorge de Figueiredo & ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*.

³³BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, pp. 73-74.

³⁴Idem, p.75.

³⁵WOLFGANG, Marvin & FERRACUTI, Franco. *La subcultura de la violencia*, p. 169.

ALLANA CAMPOS MARQUES SCHRAPPE

Analisando a subcultura da violência³⁶, especialmente nos casos de homicídio, Marvin Wolfgang e Franco Ferracuti afirmam que é maior a probabilidade de um indivíduo cometer crimes quanto maior for o grau de interação com a subcultura: “Mientras más plena sea la integración del individuo en esta subcultura, más intensamente habrá de adherirse a sus prescripciones de comportamiento y normas de conducta integrándolas a la estructura de su propia personalidad”³⁷.

Surgiram indagações, contudo, acerca da existência de uma rígida separação entre os grupos sociais, capaz de impedir que as normas da cultura oficial sejam interiorizadas pelos indivíduos das subculturas, visto que esses indivíduos, de qualquer forma, fazem parte da estrutura social. Sykes e Matza respondem a essa questão analisando as técnicas de neutralização, que são consideradas como uma forma de corrigir e integrar a teoria das subculturas.

As técnicas de neutralização constituem “formas de racionalização do comportamento desviante que são aprendidas e utilizadas ao lado dos modelos de comportamento e valores alternativos, de modo a neutralizar a eficácia dos valores e das normas sociais aos quais, apesar de tudo, em realidade, o delinquente geralmente adere”³⁸.

O indivíduo elabora mecanismos de justificação do seu comportamento desviante pela negação da própria responsabilidade: a) interpreta que foi levado pelas circunstâncias; b) nega a gravidade de sua conduta, ao interpretá-la como proibida mas não como imoral ou danosa; c) nega a vitimização, ao considerar que a vítima merece o tratamento sofrido; d) condena os meios de controle social que o reprovam, incluindo os sujeitos obedientes às leis e as instâncias oficiais de controle³⁹.

³⁶WOLFGANG e FERRACUTI apresentam sete proposições da tese da subcultura da violência: a) “ninguna subcultura puede divergir totalmente de la cultura de la que forma parte, ni tampoco contraponérsele en conflicto total”; b) “para dejar establecida la existencia de una subcultura de violencia no es preciso que los actores participen de estos valores fundamentales den manifestaciones de violencia en todas las circunstancias”; c) “la violencia como recurso potencial, o la presteza para recurrir a ella en diversas situaciones, indica el grado de difusión y penetración de esta corriente cultural”; d) “la afinidad subcultural con la violencia es compatible por todos los miembros de una sub sociedad sin importar edades, pero dicha afinidad resalta más notablemente en los postreros anos de la adolescencia y hasta la edad mediana”; e) “la contranorma es la abstención de la violencia”; f) “el desarrollo de actitudes favorables hacia la violencia, y el hábito de la misma dentro de las subculturas, implican por lo regular un aprendizaje del comportamiento y un proceso diferencial de aprendizaje, de asociación o de identificación”; g) “dentro de una subcultura, el recurso a la violencia no se considera necesariamente ilícito y quienes la emplean, por ende, no tienen que confrontar sentimientos de culpabilidad por razón de sus agresiones” (*La subcultura de la violencia*, pp. 197-200).

³⁷Idem, p. 193.

³⁸BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, p. 77.

³⁹Idem, p. 79.

AS SUBCULTURAS CRIMINAIS: ELEMENTOS PARA PENSAR O PAPELO DO JUIZEMFACE DA CULPABILIDADE PENAL

Em conclusão, podemos afirmar que qualquer análise que se faça do princípio da culpabilidade deve implicar necessariamente a apreciação das subculturas criminais. “Ignorar a teoria das subculturas e impor sistema homogêneo de valores demonstra característica intolerante do Direito Penal, típico dos sistemas inquisitoriais e ditatoriais, estruturados a partir de ideologias totalitárias”⁴⁰.

3. AS SUBCULTURAS, O ERRO DE COMPREENSÃO E O CONFLITO DE DEVERES

Existem determinadas situações de incidência de erros de valoração que excluem ou reduzem a consciência da antijuridicidade, tornando inexigível uma conduta conforme o direito. Trata-se dos erros de proibição, que traduzem desconexões entre a representação e o valor representado – a falsa representação –, bem como a falta de representação.

A compreensão do injusto, nos casos de falsa ou falta de representação, é afetada. Isto pode ocorrer em diversas situações, dentre as quais podemos citar os casos de *erro direto*, que afeta o conhecimento da norma proibida, *erro indireto*, que afeta o conhecimento de uma causa de justificação ou que pode consistir na falsa suposição de um preceito permissivo não reconhecido pela lei, e *erro de compreensão*, que afeta a compreensão da antijuridicidade, mas não o conhecimento da norma⁴¹. Este último é o que nos interessa.

Já foi afirmado que o fundamento do juízo de culpabilidade é o poder de agir conforme o direito, cuja verificação depende da presença ou ausência de determinadas características do autor do injusto, dentre as quais a mais importante é a consciência da ilicitude, real ou potencial.

Isto tem sua explicação no fato de que só pode ser atribuído um juízo de censura a um sujeito, e conseqüentemente a cominação de uma pena, se este sujeito estruturou (ou podia estruturar) sua vontade conforme o direito, ou seja, que nas circunstâncias ele podia compreender que sua ação era proibida.

Para que um sujeito compreenda a antijuridicidade de um fato e, com isso, se motive de acordo com valores e normas, não basta que possa conhecê-las. A compreensão é uma instância superior e não mero conhecimento. Tal compreensão implica a internalização da norma, ou seja, fazer com que ela se torne parte do aparato psicológico, e depende de um conhecimento prévio das normas, para que em seguida possam ser internalizadas⁴².

⁴⁰CARVALHO, Salo. *A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização*, p. 69.

⁴¹Conforme o pensamento de ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, pp.646-9.

⁴²Idem, pp. 646-9.

ALLANA CAMPOS MARQUES SCHRAPPE

Para que sejam conhecidas, é necessário que estejam presentes diversos fatores. Quando se trata de atribuir juízos de valor – e a censura é um juízo de valor –, deve-se considerar o indivíduo como membro de uma sociedade e, mais ainda, como membro de uma sociedade caracterizada por uma estrutura de poder e uma estratificação que trazem como conseqüências conflitos sociais e lutas de classe.

A possibilidade de compreensão do injusto, conforme afirma Francisco Muñoz Conde⁴³, deve estar de acordo com as circunstâncias em que a ação foi realizada e com as características do agente, como, por exemplo, seu nível cultural e sua formação. No mesmo sentido, afirma Cárcova: “será necesario analizar las características de cada caso, teniendo en cuenta las condiciones del sujeto, su grado de instrucción, el media cultural al que pertenece, la actividad que desempeña, la co-culpabilidad, las circunstancias del hecho, las contradicciones de la jurisprudencia o de los reglamentos, la oscuridad de la ley, etc”⁴⁴.

As estruturas social e cultural são determinantes para as motivações dos sujeitos a elas pertencentes. A dificuldade para a compreensão da antijuridicidade pode estar condicionada culturalmente e, com isso, tornar-se um erro invencível, dependendo da possibilidade de o sujeito efetivamente compreender ou não a proibição da norma. Eugenio Raúl Zaffaroni, nesse sentido, afirma que “el condicionamiento cultural y su entidad están vinculados, en mayor o menor medida, con los respectivos contextos culturales escindidos. Cuanto mayor sea la separación, menor será la posibilidad de comprensión”⁴⁵.

A questão a ser analisada diz respeito à possibilidade de incluir nas hipóteses de erro de compreensão culturalmente condicionado as ações praticadas por indivíduos inseridos em subculturas criminais, que atuam com consciência dissidente, assumindo que sua conduta é resultado de um sistema de valores distinto do oficial.

A compreensão da norma depende do desenvolvimento cultural dos indivíduos. Depende, também, de vários outros fatores, dentre os quais podemos citar o desenvolvimento social, político e econômico do país, o lugar que os indivíduos ocupam na sociedade, o grau de vulnerabilidade social, o desemprego e a pobreza, a aculturação e anomia e o pluralismo que emerge das práticas dos setores populares.

⁴³MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría Geral do Delito*, p. 157. No mesmo sentido CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do Direito Penal*, pp. 68-9. Sobre a relação entre direito constitucional e direito penal, indicamos CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*.

⁴⁴CÁRCOVA, Carlos María. *La Opacidad del Derecho*, p. 79.

⁴⁵Cf. CÁRCOVA, Carlos María. *La Opacidad del Derecho*, p. 79.

AS SUBCULTURAS CRIMINAIS: ELEMENTOS PARA PENSAR O PAPEL DO JUÍZ EM FACE DA CULPABILIDADE PENAL

Na estrutura social há mecanismos à disposição dos indivíduos para que eles alcancem fins culturais. Nem todos, entretanto, têm acesso aos mecanismos institucionais, visto que estes dependem da estratificação social. Isso traz como resultado a resposta de minorias desfavorecidas e excluídas do acesso a meios legítimos, na tentativa de se orientarem dentro da sociedade⁴⁶.

Nas subculturas se desenvolvem normas e modelos de comportamento diversos dos característicos dos estratos médios. Trata-se de um sistema de valores e normas interiorizadas através de mecanismos de interação e aprendizagem, em concurso com os mecanismos do sistema oficial. “Não existe, pois, *um* sistema de valores, ou *o* sistema de valores, em face dos quais o indivíduo é *livre* de determinar-se, sendo *culpável* a atitude daqueles que, *podendo*, não se deixam ‘determinar pelo *valor*’, como quer uma concepção antropológica da culpabilidade”⁴⁷.

A ação antijurídica de indivíduos excluídos dos meios de acesso a uma sobrevivência digna, ou seja, excluídos de bens e serviços que lhes garantam ao menos um mínimo de bem-estar social, deve ser analisada de acordo com os fatores sociais, econômicos e políticos de um país, e, principalmente, de acordo com a pluralidade cultural.

A existência de subculturas e, com isso, de sistemas de valores e de normas paralelos ao oficial é um dado da realidade que não pode ser ignorado, visto que pode implicar em erros de compreensão culturalmente condicionados, tornando inexigível um comportamento em conformidade com o direito. Se o princípio da culpabilidade se apresenta como uma garantia penal aos direitos individuais contra o arbítrio estatal, estes fatores devem ser levados em consideração.

Vale lembrar que todas estas questões referem-se igualmente à problemática da colisão ou conflito de deveres, a partir do resgate da tese da co-culpabilidade proposta por Eugenio Raúl Zaffaroni.

As situações de marginalidade e anomia, com o conseqüente aumento da exclusão social dos economicamente menos favorecidos, são determinantes para uma anormal motivação da vontade, justificando, assim, considerar tais situações sociais anormais como causa de exculpação supralegal, fundamentada pela “escolha do mal menor”.

⁴⁶Boaventura de Sousa SANTOS, após a análise de uma favela do Rio de Janeiro, afirmou que “o aumento da violência numa primeira parte da história de Pasárgada resulta obviamente de uma pluralidade de fatores. Entre eles apenas se referem dois que têm mais pertinência para os objetivos do presente estudo. Por um lado, a indisponibilidade ou inacessibilidade estrutural de mecanismos de ordenação e controle social próprios do sistema jurídico brasileiro e, por outro lado, a inexistência de mecanismos alternativos, de origem comunitária, capazes de exercer, ainda que de modo diferente e apenas nos limites da comunidade, funções semelhantes às dos mecanismos oficiais” (*Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada*, p. 48).

⁴⁷BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, p. 74.

ALLANA CAMPOS MARQUES SCHRAPPE

“Em sociedades pluralistas, as alternativas de comportamento individual seriam diretamente dependentes do *status* social de cada indivíduo, com distribuição desigual das cotas pessoais de liberdade e determinação conforme a respectiva posição de classe na escala social: indivíduos de *status* social superior, maior liberdade; indivíduos de *status* social inferior, maior determinação. Em conclusão, se a motivação anormal da vontade em condições sociais adversas, insuportáveis e insuperáveis pelos meios convencionais pode configurar situação de *conflicto de deveres* jurídicos, então o conceito de *inexigibilidade de comportamento diverso* encontra, no flagelo real das *condições sociais adversas* que caracteriza a vida do povo das favelas e bairros pobres das áreas urbanas, a base de uma nova hipótese de exculpação suprallegal, igualmente definível como *escolha* do mal menor – até porque, em situações sem alternativas, não existe espaço para a culpabilidade”⁴⁸.

4. A CULPABILIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM PRINCÍPIO QUE NEM SEMPRE GARANTE

Para abordar o tema dos direitos fundamentais, temos que nos remeter à origem do reconhecimento desses direitos, ou seja, ao processo que impulsionou as revoluções burguesas e as idéias liberais. Houve a revisão das estruturas políticas constitucionais a partir de novas bases, exigidas por uma nova classe social, com um discurso universalizante de reconhecimento dos direitos individuais, mesmo que um reconhecimento apenas formal, mas um importante reconhecimento que trouxe as bases para a atual democracia formal.

Posteriormente, com as idéias socialistas, surgiram os direitos sociais, que têm estreita relação com os direitos individuais, visto que são essenciais para que estes sejam alcançados. Os direitos fundamentais, portanto, devem ser entendidos como um todo, abrangendo os direitos individuais, sociais e os chamados direitos difusos.

Os direitos sociais são essenciais para a obtenção dos direitos individuais⁴⁹. Uma das soluções para que se consiga alcançar um verdadeiro Estado Democrático de Direito, que realmente garanta os direitos fundamentais dos indivíduos, é a centralidade no trabalho⁵⁰, ou seja, uma cidadania assentada no trabalho, para que as necessidades vitais dos indivíduos sejam protegidas e assim se possa falar em proteção dos direitos fundamentais. Após essa efetiva realização dos direitos sociais, os direitos individuais podem ser alcançados.

⁴⁸SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 270.

⁴⁹Sobre direitos fundamentais. CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*.

⁵⁰Esta é uma das propostas apresentadas por Manuel Monereo PEREZ, ao tratar da questão da globalização neoliberal, em aula proferida na Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana Santa Maria de la Rábida, durante a “*IV Maestría en Teorías Críticas del Derecho y la Democracia en Iberoamerica. Alternativas Democráticas ante el siglo XXI*”.

AS SUBCULTURAS CRIMINAIS: ELEMENTOS PARA PENSAR O PAPEL DO JUIZ EM FACE DA CULPABILIDADE PENAL

Surge a questão, portanto, sobre **como poder exigir** (justamente porque temos que supor que certos pressupostos estão presentes – consciência da antijuridicidade, imputabilidade e situações anormais formadoras da vontade) que indivíduos que não obtiveram meios legítimos para adaptarem-se à cultura oficial, ou seja, indivíduos que não tiveram acesso aos direitos sociais, possam atuar de forma semelhante aos demais.

A análise da culpabilidade como um princípio garantidor de direitos⁵¹ é uma questão muito importante para o direito penal, visto que trata de questões relativas à punibilidade e, portanto, ao direito fundamental de liberdade individual. A grande questão a ser resolvida diz respeito à falta de proteção dos direitos sociais, com a conseqüente impossibilidade de alcance dos direitos individuais, fazendo com que alguns princípios ditos “garantidores” se tornem, em determinadas situações, inaplicáveis num Estado Democrático de Direito.

O princípio da culpabilidade surge como uma ruptura à responsabilidade penal objetiva, exigindo que o indivíduo seja punido na medida de sua culpabilidade. Esta medida, por sua vez, depende da (questionável) liberdade que o indivíduo tem de, no caso concreto, atuar conforme o valor, ou seja, a norma jurídica. Ao indivíduo só pode ser aplicada uma pena na medida em que seja possível exigir dele uma atuação conforme esse valor. Isto quer dizer que é a medida da culpabilidade que determina a responsabilidade penal do autor de um delito.

Do modo como está teorizado, o princípio da culpabilidade aparece como um princípio garantidor, visto que limita o poder arbitrário do Estado e, através desse limite imposto, subordina a atuação estatal ao direito fundamental de liberdade previsto na Constituição. Este princípio está revestido pelo vínculo negativo imposto à democracia política, gerado pelos direitos de liberdade que não podem ser violados. É, portanto, neste sentido teórico, um princípio garantidor do direito de liberdade dos indivíduos.

As garantias são técnicas previstas pelo ordenamento jurídico para possibilitar a máxima eficácia dos direitos fundamentais⁵². Tais garantias, entretanto, podem servir como mais um fator de exclusão social e desrespeito aos direitos fundamentais individuais.

⁵¹Não se trata de um aprofundamento na teoria do garantismo penal. Faremos referência aos aspectos que vão servir a esta pesquisa.

⁵²De acordo com sua primeira acepção, o garantismo é expressado pelo princípio da legalidade, postulado jurídico sobre o qual descansa a função garantista do direito, segundo o qual são jurídicas somente as normas produzidas pelo Estado. As garantias aparecem como mecanismos para assegurar a efetividade dos direitos constitucionais, controlando e neutralizando o poder e o direito ilegítimos. O ponto de partida de uma teoria garantista são os direitos fundamentais previstos na Constituição. (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*). Sobre o conceito de garantias, ver CANOTILHO, J. J. Goraes & MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, p. 110.

Isto pode ser visto, particularmente, na idéia atual do princípio da culpabilidade penal. A análise do princípio quando da sua aplicação à realidade social demonstra que em determinadas situações trata-se de um princípio que desrespeita o direito fundamental de liberdade, previsto constitucionalmente.

Surge, então, o problema de que não basta a mera suposição de um “poder de agir conforme o direito” no momento do crime para que se verifique a culpabilidade. Mais do que isso, é necessário ter-se em vista o meio social a que este sujeito está adaptado, em que (sub)cultura está inserido e que normas, princípios e valores ele incorporou. Logo, a aplicação do princípio deve ser feita a partir da realidade social na qual está inserido o sujeito, para que não se constitua em uma verdadeira ofensa aos direitos fundamentais.

Trata-se de questões de crucial importância para o direito na atualidade, visto que se referem a direitos individuais fundamentais, muitas vezes desrespeitados pelos socialmente “incluídos” que atuam no setor de decisão do sistema penal, que, de um modo geral, é dirigido aos outros, “excluídos”⁵³.

5. CULPABILIDADE E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL: O PAPEL DO JUIZ

Quando se diz que a missão do direito penal é a proteção da convivência humana⁵⁴, como uma ordem de paz e proteção, tem-se em vista o próprio desenvolvimento dessa convivência humana, a partir de regras sociais e jurídicas, estas últimas, porém, constituindo apenas parte do sistema, visto que “as sanções penais preventivas ou repressivas empregadas são inclusive intercambiáveis até certo ponto”⁵⁵. O direito penal, assim, limita-se à proteção dos valores fundamentais da ordem social.

⁵³Na realidade, temos um Código Civil feito para os que têm, e um Código Penal feito para os que não têm nada...” (STRECK, Lenio Luiz. *Direito Penal. Criminologia e paradigma dogmático: um (re)pensar crítico*, p. 76). Remeto ainda o leitor ao primeiro capítulo da obra de ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, que trata da compartimentalização dos setores do sistema penal.

⁵⁴Especificamente sobre esse assunto, JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, p. 1.

⁵⁵Assim se manifesta Hans-Heinrich JESCHECK: “La convivencia de las gentes se desarrolla en primer término conforme a las reglas tradicionales (normas), que en su conjunto integran el orden social. La vigencia de estas normas previamente dadas es en buena parte independiente de la coacción externa, porque descansa en el reconocimiento de su necesidad por parte de todos y se encuentran protegidas por sanciones inmanentes que reaccionan de modo automático frente a sus infracciones (represión social mediata). Existe un sistema global de “control social” cuyos titulares son las más variadas instituciones, como la familia, el municipio, la escuela, la Iglesia, las empresas, los sindicatos y las asociaciones. La Administración de Justicia Penal constituye sólo la una parte de tal sistema, y las sanciones preventivas o repressivas empleadas son incluso intercambiables hasta cierto punto” (*Tratado de Derecho Penal*, pp. 1-2).

ASSUBCULTURAS CRIMINAIS: ELEMENTOS PARA PENSAR O PAPELO DO JUIZ EM FACE DA CULPABILIDADE PENAL

Esta proteção aos valores fundamentais é possível através dos mecanismos que o direito penal coloca à disposição dos cidadãos e dos operadores jurídicos. Dentre os mecanismos de proteção, estão incluídas as garantias penais.

Aparece, então, a culpabilidade como fundamento da pena e como seu limite, tendo como um aspecto a garantia da limitação à atuação dos órgãos públicos estatais quando da imposição de uma sanção penal. A culpabilidade e o direito penal em geral aparecem como um limite à liberdade e também como um instrumento de liberdade individual contra as agressões do Estado ou particulares.

Neste ponto verifica-se a estreita relação entre os valores constitucionais e o direito penal: a Constituição prevê garantias quando da aplicação da pena e há uma exigência de eticidade, baseada na dignidade da pessoa humana, que serve como fundamento e finalidade do *jus puniendi*⁵⁶.

O princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento do nosso Estado Democrático de Direito e pode ser alcançado através da previsão legal de princípios fundamentais garantidores dos direitos tutelados pelo Estado (este é o caráter garantidor destes princípios constitucionais). Tais princípios fundamentais

“actuum conjugadamente, completando-se, condicionando-se e modificando-se em termos recíprocos. Desde logo, assentam numa *base antropológica comum* – homem como pessoa, como cidadão e como trabalhador –, o que aponta não apenas para o reconhecimento da

⁵⁶Neste sentido, expressou-se Francesco PALAZZO: “No campo das relações entre política e direito penal, as modernas Constituições liberal-democráticas exercem uma recíproca influência racionalizadora, proporcionando, em consequência, forma jurídica às exigências que surgem, não raro, dissimuladas nas indistintas roupagens do ‘direito natural’. Substancialmente, o elenco das Constituições reforça o vínculo – por assim dizer – entre política e direito penal, desdramatizando as relações problemáticas. Para tanto, leva em conta, em primeiro lugar, o perigo de uma instrumentalização política do direito penal, reforçando, de fato, os numerosos e crescentes *limites constitucionais garantidores*, tanto no plano formal como no substancial, da utilização da sanção criminal. Para isso, considera, em segundo lugar, a satisfação da assinalada exigência de eticidade, o que se dá por meio das várias afirmações constitucionais a propósito da intangibilidade da dignidade humana, bem como, de igual forma, os eternos problemas do fundamento e da finalidade do *jus puniendi* que podem encontrar uma solução parcial, quer quando seja possível reconduzir a ordem dos bens penalmente tutelados àquele vasto consenso democrático que serve de fundamento para a ordem dos valores constitucionais, quer, ademais, quando possibilite a valorização constitucional do direito penal, não somente como *limite* à liberdade, mas também como *instrumento de liberdade* individual contra as agressões provenientes do Estado ou de particulares”, p. 18. Sobre essa dupla valorização constitucional do direito penal, que limita a liberdade e também a cria, ver JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*.

ALLANA CAMPOS MARQUES SCHRAPPE

dignidade humana e da autonomia individual perante o Estado (dimensão de Estado de direito), mas também para a inserção do homem livre num *processo democraticamente comunicativo* (princípio democrático) e para a garantia existencial do indivíduo nos planos econômico, social e cultural (princípio do Estado social).⁵⁷

O aspecto da culpabilidade como garantia penal em vista do princípio da dignidade da pessoa humana é de extrema importância para o direito penal moderno como fonte de transformação social.

Enfatiza-se, pois, a necessária e urgente aplicação do princípio em vista da realidade social brasileira, tendo como parâmetro os direitos fundamentais constitucionalmente previstos e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Vale lembrar que, diante do novo modelo neoliberal, as garantias já elencadas e previstas no texto constitucional vêm-se ameaçadas. Agostinho Ramalho Marques Neto, analisando algumas das consequências do neoliberalismo no campo do Direito, enquanto instância de garantia de direitos, afirma: “Assiste-se, ainda, à realização do que HAYEK preconizava já na década de 40: um direito que não implicasse necessariamente em garantias para o futuro. Com isso, vão-se dissolvendo aos poucos a eficácia e o próprio conceito de direitos adquiridos (transformados subrepticamente, na linguagem do poder, em *privilégios* adquiridos), de atas jurídicos perfeitos e de coisa julgada. Nesse processo, as garantias jurídicas vão sendo substituídas pelas garantias de mercado: em última instância, é o interesse do empresário que garante o consumidor! Ora, se o Direito não pode garantir que o consumado ao império da lei atual valha para o futuro, não pode, a rigor, garantir mais nada! A garantia de direitos para o futuro é um pressuposto necessário do Estado Democrático de Direito”⁵⁸.

Neste contexto, a culpabilidade, conforme os conceitos atuais, merece uma aplicação adaptada ao meio social. O princípio da culpabilidade, aliado a seu presumido poder de agir conforme o direito, pode ser efetivado quando aplicado como garantia a indivíduos socialmente incluídos, mas nem sempre se efetivará como garantia quando se tratar de indivíduos pertencentes a subculturas. Ressalte-se que tampouco isto é uma regra geral. A atuação do operador jurídico é de fundamental importância no contexto.

⁵⁷CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, p. 74. Consultar: BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. “A Constituição de 1988, fundamentando o Estado Democrático de Direito, por ela criado, na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), teria, necessariamente, de contemplar, como corolário dessa dignidade, o princípio da culpabilidade (inciso LVII, do artigo 5º), ao qual se connexionam princípios outros, como o da presunção da inocência, o da individualização da pena, enfim, todo aquele feixe de princípios que materializam aquele outro ‘do devido processo legal’” (CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do Direito Penal*, p. 64).

⁵⁸MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Neoliberalismo: o direito na infância*, p. 226.

ASSUBCULTURAS CRIMINAIS: ELEMENTOS PARA PENSAR O PAPEL DO JUIZ EM FACE DA CULPABILIDADE PENAL

Já nos referimos brevemente ao caráter garantidor do princípio da culpabilidade. Este caráter traz algumas implicações teóricas, tais como a sujeição do juiz à Constituição e sua função de garantidor do cidadão contra as violações de qualquer nível da legalidade por parte dos poderes públicos, cabendo a ele interpretar a lei conforme a Constituição e questionar sua validade quando houver contraste insanável entre lei constitucional e lei infraconstitucional. Aparece, então, o juiz com papel de garantidor dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, “precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y a cada uno de manera incondicionada (...). Puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y no de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como lícitos, los actos através de los cuales aquéllos se ejercen”⁵⁹.

Cabe ao juiz atribuir juízos de valor. Censurar é atribuir um juízo, uma valoração. Esta valoração só pode ser atribuída por um juiz investido em sua prática judicante, naquilo que ele tem de subjetividade. A existência de juízes imparciais, investidos em uma neutralidade e aplicando o direito nos exatos limites dos preceitos legais há de ser questionada.

“O jurista tradicional vai além, consegue esquecer a relação entre direito e sociedade. Ele isola, separa o direito da sociedade, dos problemas econômicos e políticos da sociedade, problemas de riqueza e pobreza, porque há os ricos e os menos ricos e os pobres... Ele (o jurista tradicional) consegue esquecer os problemas do poder, porque há governantes e governados, e também opressores e oprimidos... Assim pensando e fazendo, o jurista tradicional pesquisa o direito num vácuo, num espaço não fantasioso, não imaginário, mas num espaço que não tem paredes e portas. E neste espaço sem paredes e portas, o jurista tradicional exige, pretende ser absolutamente imparcial, neutro”⁶⁰.

Conforme Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “desde logo é preciso que fique claro que não há imparcialidade, neutralidade e, de conseqüência, perfeição na figura do juiz, que é um homem normal e, como todos os outros, sujeito à história de sua sociedade e à sua própria história”⁶¹. E continua mais adiante:

⁵⁹FERRAJOLI, Luigi. *El derecho como sistemas de garantías*, p. 66.

⁶⁰BROUSSARD, Domenico Corradini. *Os direitos fundamentais e o primeiro dever fundamental*, p. 13.

⁶¹COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*, p. 36. No original, o texto está em negrito. Sobre este tema, indicamos AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do Direito e contexto social*, e CARVALHO, Amilton Bueno de. *Atuação dos juízes alternativos gaúchos no processo de pós-transição democrática (ou uma práxis em busca de uma teoria)*.

ALLANA CAMPOS MARQUES SCHRAPPE

“Não é possível pegar uma partida honesta ou justa contra quem se esconde sob máscaras tais como as de ‘objetividade’ ou ‘neutralidade’. Até mesmo porque sabe-se que tais referências têm como função principal a ocultação dos conflitos sócio-econômico-políticos. Em outras palavras: *democracia - a começar a processual - exige que os sujeitos se assumam ideologicamente*. Por esta razão é que não se exige que o legislador, e de conseqüência o juiz, seja tomado completamente por neutro, mas que procure, à vista dos resultados da Ciência do Direito, assumir um compromisso efetivo com as reais aspirações das bases sociais. Exige-se não mais a neutralidade, mas a *clara assunção de uma postura ideológica*, isto é, que sejam retiradas as máscaras hipócritas dos discursos neutrais, o que começa pelo domínio da dogmática, apreendida e construída na base da *interdisciplinaridade*”⁶².

O lugar do juiz não é “um lugar de neutralidade. A neutralidade é a dissolução do lugar do Juiz, o que não quer dizer que o Juiz deva ser sectário, partidário etc. Mas o Juiz está implicado subjetivamente na sua função”⁶³ e, nesse sentido, ele responde por sua prática, podendo flexibilizar a aplicação da lei. “Longe de uma neutralidade, o que é necessário, efetivamente, é uma exposição subjetiva, é um engajamento”⁶⁴.

O papel do juiz aponta para o lugar do outro, da lei simbólica, por isso é um lugar de extrema dignidade⁶⁵. Como afirma Dussel, “o direito do outro, fora do sistema”⁶⁶, não é um direito que se justifique pelo projeto do sistema ou por suas leis. Seu direito absoluto, por ser alguém, livre, sagrado, funda-se em sua própria exterioridade, na constituição real de sua dignidade humana”⁶⁷. O outro, antes de tudo, é outro histórico-popular, social. É rosto de um sexo, de uma geração, de uma classe social, de um grupo cultural.

⁶²Idem, p. 43.

⁶³MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *O Poder Judiciário na perspectiva da sociedade democrática*, p. 50.

⁶⁴Idem, p. 50.

⁶⁵Idem, p. 50.

⁶⁶Enrique DUSSEL afirma que o sujeito é parte de sistemas, mas há momentos em que ele mostra toda a sua exterioridade, a sua alteridade, e revela-se como exterior ao sistema de instrumentos, como uma liberdade que interpela, que provoca. A partir de então, ele mostra que não é algo, mas alguém. Este alguém se mostra como outro quando irrompe como o mais extremamente distinto, não-habitual, como o pobre, oprimido. Ser outro significa ser exterior à totalidade, ser rosto interpelante. Sem exterioridade ou sem incondicionalidade da conduta não há liberdade. (*Filosofia na América Latina: Filosofia da Libertação*).

⁶⁷DUSSEL, Enrique. *Filosofia na América Latina: Filosofia da Libertação*, p. 58.

AS SUBCULTURAS CRIMINAIS: ELEMENTOS PARA PENSAR O PAPEL DO JUÍZ EM FACE DA CULPABILIDADE PENAL

O princípio da culpabilidade relaciona-se com liberdade de escolha entre possibilidades, que, todavia, são historicamente limitadas. Há uma determinação histórica que influi na liberdade do homem, visto que este é, antes de tudo, histórico-popular, pertencente a uma determinada classe social ou grupo cultural. Não existe a tal liberdade de escolha entre diversas possibilidades, da qual todo homem teoricamente estaria investido.

O sistema impõe ao sujeito, com valores, normas e costumes próprios, que observe e obedeça o direito da totalidade, o direito tido como oficial e imperante. O outro é deslocado de seu próprio centro para o centro da totalidade alheia.

Parece certo que uma solução seja a conscientização, isto é, a implicação subjetiva dos juízes e demais operadores do direito, para que atuem eticamente, sempre em face do princípio da dignidade da pessoa humana e no sentido de uma ética da alteridade⁶⁸, utilizando o direito penal como fonte de transformação social e como fonte de justiça, que encontra seu fundamento se relacionada com valores de liberdade, igualdade e dignidade humana⁶⁹.

“Eis aí, de modo esquemático, o dilema hoje enfrentado pelo Judiciário brasileiro – ao menos em suas instâncias inferiores: cobrir o fosso entre esse sistema jurídico-positivo e as condições de vida de uma sociedade com 40% de seus habitantes vivendo abaixo da linha de pobreza, em condições subumanas, na consciência de que a atividade judicial extravasa os estreitos limites do universo legal, afetando o sistema social, político e econômico na sua totalidade. Com a expansão dos direitos humanos, que nas últimas décadas perderam seu sentido ‘liberal’ originário e ganharam uma dimensão ‘social’, ficou evidente que pertencer a uma dada ordem político-jurídica é, também, desfrutar do reconhecimento da ‘condição humana’. Quando essas condições não são efetivamente dadas, os segmentos mais desfavorecidos se tornam **párias**, no sentido dado ao termo por Hannah Arendt.

⁶⁸Agostinho Ramalho MARQUES NETO, sobre esse assunto, afirma que “a alteridade é a contraface do sujeito. Sem o outro, sem diferença, não pode haver sujeito. Assim como os antigos gregos vincularam a ética à política, a Arte Mestra, e assim como os modernos pretenderam organizar arquitetonicamente os princípios de uma política racional, sem qualquer sustentação ética ou teleológica, não caberá a nós, nas dias que correm, reivindicar uma política e um direito vinculados à oca, a valores éticos que sejam sua condição de possibilidade? Não seria a partir dessa vinculação que o sistema jurídico poderia fundamentar sua pretensão de autonomia, construindo para si mesmo o espaço de sua “maioridade” e escapando ao infantilismo a que o modelo neoliberal parece querer condená-lo? A aposta na via ética, quer dizer, no desejo, é uma reafirmação da pulsão de vida: *‘A ética é o triunfo de Eros, a máxima expressão de Eros’*, disse certa vez o filósofo italiano DOMÉNICO CORRADINI, num encontro de Filosofia do Direito realizado na cidade do México” (*Neoliberalismo: o direito na infância*, p. 227).

⁶⁹Como bem afirmou David Sánchez RUBLO em aula proferida na Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana Santa Maria de la Rábida, durante a “*IV Maestría en Teorías Críticas del Derecho y la Democracia en Iberoamerica Alternativas Democráticas ante el siglo XXI*”, quando tratava do tema “Democracia e Justiça”.

ALLANA CAMPOS MARQUES SCHRAPPE

Esse tem sido o grande paradoxo dos direitos humanos – e também dos direitos sociais – no Brasil: apesar de formalmente consagrados pela Constituição, em termos concretos eles quase nada valem quando homens historicamente localizados se vêem reduzidos à mera condição genérica de ‘humanidade’; portanto, sem a proteção efetiva de um Estado capaz de identificar as diferenças e singularidades dos cidadãos, de promover justiça social, de corrigir as disparidades econômicas e de neutralizar uma iníqua distribuição tanto de renda quanto de prestígio e de conhecimento⁷⁰.

A aplicação do direito pelo juiz aponta para a necessidade de repensar o próprio fundamento da culpabilidade, ou ao menos ampliar as hipóteses de aplicação do erro de proibição aos casos de falta de consciência da antijuridicidade por erros de compreensão culturalmente condicionados e aceitar como causa supralegal de exculpação os conflitos de deveres em situações de marginalidade e pobreza, onde uma conduta conforme o direito passa a ser inexigível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.
- BROUSSARD, Domenico Corradini. Os direitos fundamentais e o primeiro dever fundamental. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Ano 30. n. 30. Curitiba: Editora UFPR, 1998, p. 11-23.
- CANOTILHO, J.J. & MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CÁRCOVA, Carlos Maria. *La opacidad del derecho*. Valladolid: Trotta, 1998.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. Atuação dos juízes alternativos gaúchos no processo de pós-transição democrática (ou uma práxis em busca de uma teoria). In: *Direito Alternativo. Seminário Nacional sobre o uso alternativo do direito*. Rio de Janeiro: 1993, p. 29-32.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima de Cárvalho. *Fundamentação constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Fabris, 1992.
- CARVALHO, Salo de. *A Política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização*. 2.ed. Rio de Janeiro: LUAM, 1997.
- COHEN, Albert K. *Delinquent Boys*. New York: The Free Press, 1963.
- CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: *Direito Alternativo. Seminário Nacional sobre o uso alternativo do direito*. Rio de Janeiro 1993, p. 33-43.
- DE LEO, Gaetano. *Appunti di Psicosociologia della criminalità e della devianza*. Parte primeira. Roma: Bulzoni, 1984.
- DIAS, Jorge de Figueiredo & ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: homem delinquent e sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

⁷⁰FARIA, José Eduardo. *O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da Justiça Brasileira*, p. 5.

AS SUBCULTURAS CRIMINAIS: ELEMENTOS PARA PENSAR O PAPEL DO JUIZ EM FACE DA CULPABILIDADE PENAL

- DUSSEL, Enrique. *Filosofia na América Latina: Filosofia da Libertação*. 2. ed., v. 1, São Paulo: Loyola e UNIMEP, 1985.
- FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: *Direito Alternativo. Seminário Nacional sobre o uso alternativo do direito*. Rio de Janeiro: 1993, p. 5-11.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. 2. ed. Madrid: Trotta. 1997.
- _____. *El Derecho como sistema de garantías*. Conferência proferida nas jornadas sobre “A crise do direito e suas alternativas”, organizadas pelo Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.
- GOMEZ, Manuel Jesús Sabariego. *Los límites culturales al desarrollo de las identidades colectivas: políticas para una nueva ecología social de la identificación*. (inédito).
- GORDON, Milton M. The concept of the sub-culture and its application. In: *The Sociology of Subcultures*. Berkeley: Glendessary, 1970, p. 31-36.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Granada: Comares, 1993.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Neoliberalismo: o direito na infância*. In: ESCOLA LACANIANA DE PSICANÁLISE DO RIO DE JANEIRO. Anais do Congresso Internacional de Psicanálise e suas Conexões: Trata-se uma Criança. Tomo II Rio de Janeiro: Companhia de Freud. 1999.
- _____. O Poder judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: o Juiz-cidadão. In: *Revista ANAMATRA*, Ano 6, n.º 21, Out/Nov/Dez/1994, p. 30-50.
- _____. Subsídios para pensar a possibilidade de articular Direito e Psicanálise. In: *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996, p. 17-37.
- PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. 6.ed. México: Siglo Veintiuno, 1998.
- PEREZ, Jose Luis Monereo. La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de “desmercantilización”. In: *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. Set. 1995.
- PONTI, Gian Luigi. *Compendio di Criminologia*. 2.ed Milão Libreria Cortina, 1980.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. Movimentos sociais e práticas instituintes de direito: perspectivas para a pesquisa sócio-jurídica no Brasil. In: *Ensino Jurídico OAB: 170 anos de cursos jurídicos no Brasil*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1997.
- STRECK, Lenio Luiz. Direito Penal. Criminologia e Paradigma Dogmático: um (re)pensar crítico. In *Livro de Estudos Jurídicos*. v.11. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1995, p. 69-85.
- WOLFGANG, Marvin E. & FERRACUTI, Franco. *La subcultura de la violencia hacia una teoría criminológica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.
- WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralidade alternativa no interior do direito oficial. In: *Revista de Direito Alternativo*. n.3. São Paulo: Acadêmica. 1994, p. 39-43.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 2.ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.