



Dogmática penal e realidade social: uma proposta de aproximação (parte 2)

10/02/2025

A ideia de levar em consideração a *realidade social* na construção do sistema dogmático, mencionada no artigo anterior ([clique aqui](#)), não é nova ou revolucionária. Na história do pensamento penal, as circunstâncias *sociais* dos diferentes destinatários das normas penais foram mencionadas por autores das mais variadas propostas de sistematização científica, muitas vezes para *justificar* um tratamento mais rigoroso dos excluídos ou marginalizados.

Von Liszt, por exemplo, afirmava que os *criminosos habituais* eram o câncer da sociedade, e recomendava um tratamento penal mais severo para esse grupo, que abrigava os *excluídos*, como “*mendigos e vagabundos, prostitutas e michês, alcoólatras e gente de origem social ambígua*”, todos reunidos no que o autor chamava de “*proletariado*” [1]. Welzel apontava a existência de *criminosos de estado, de caráter degenerado*, grupo que incluía “*o mendigo, o vagabundo, o reacionário ao trabalho, as prostitutas*”, justificando a aplicação distinta da sanção de acordo com características que, em última análise, referem-se à sua classe social [2].

Com o passar do tempo, a desigualdade social e seus reflexos na aplicação da norma penal passaram a chamar a atenção sob um outro prisma. Ao invés de legitimar um Direito Penal mais acentuado sobre os excluídos, essa desigualdade pautou um pensamento crítico voltado a propostas de abrandamento ou exclusão da punição quando constatada a participação do Estado na criação de um contexto social que favorece o delito, e a falta de legitimidade da própria comunidade jurídica para exigir a observância das normas daqueles que dela não recebem qualquer benefício político, econômico ou social [3].

Silva Sánchez, por exemplo, aponta que o funcionamento defeituoso do sistema social implica a corresponsabilidade da sociedade na comissão do delito e defende atenuar ou excluir a responsabilidade individual em alguns desses casos. Ciguela Sola sugere que, em crimes *específicos*, é possível admitir a exclusão social como elemento redutor ou supressor da punição, pela ampliação da abrangência do *estado de necessidade* ou pela *inexigibilidade de conduta diversa*.

Zaffaroni e Nilo Batista, por sua vez, buscam elementos para incorporar a *igualdade* na dogmática, em especial por meio da ideia da *culpabilidade pela vulnerabilidade*, pela qual o vínculo pessoal do injusto com seu autor é derivado da *periculosidade do sistema penal* em relação a ele, verificado a partir de dados referentes à sua classe social, sua inserção nas relações sociais de produção e outras condições que interfiram em sua posição na hierarquia social.

Essas propostas e ideias de orientar teleologicamente o sistema penal diante da desigualdade social indicam um caminho a seguir, uma vertente de estudos que ainda demanda reflexão, para evitar casuísmo e insegurança jurídica. O intérprete ou o dogmata não devem pautar sua atuação pelo seu *sentimento pessoal* de justiça social, mas por parâmetros claros e objetivos,

desenvolvidos dentro da ciência jurídica.

Princípio da igualdade

Uma forma de orientar a dogmática diante dos desafios de uma *realidade social* estruturalmente marcada por problemas de distribuição de riquezas, direitos políticos e participação social é conferir amplitude hermenêutica ao princípio *constitucional* da *igualdade*, previsto no artigo 5º, XXX da Carta Magna.

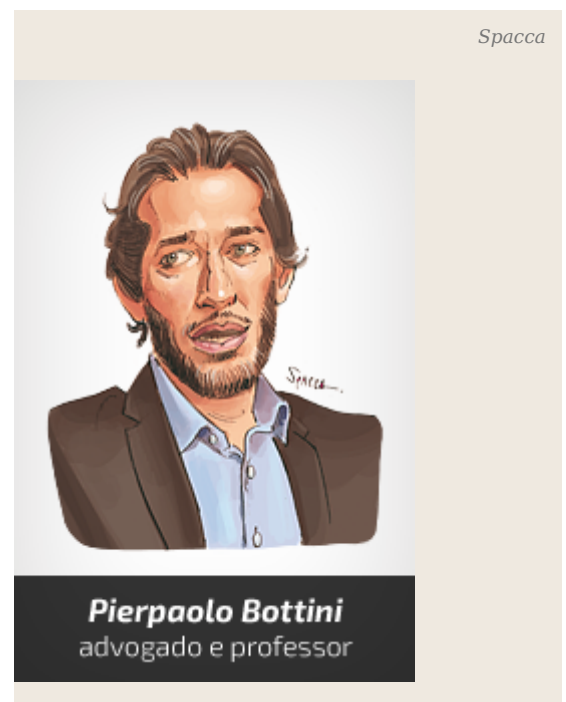
Igualdade significa *isonomia* no tratamento jurídico dos cidadãos, a vedação da criação de privilégios ou benefícios sem *justificativa juridicamente fundada*, e o desenvolvimento de estratégias institucionais para reduzir assimetrias sociais ou econômicas.

A previsão constitucional da *igualdade* não significa *isonomia plena* entre os integrantes da sociedade, nem legitima a intervenção estatal para suprimir *toda e qualquer* distinção, natural em qualquer organização humana. Definir o grau de igualdade que deve orientar o direito não é simples, porque não se trata de um *valor absoluto*, mas de uma *relação*, uma *medida*, que demanda critérios materiais para fixar seus contornos e definir as hipóteses em que intervenções para sua garantia são legítimas.

O ordenamento jurídico faz *distinções legítimas* entre pessoas e categorias. Concede imunidade de opiniões, palavras e votos a parlamentares, afasta a culpabilidade dos menores de 18 anos, prevê penas mais brandas para crimes contra a vida praticados por mulheres contra filhos no estado puerperal. Essas *desigualdades constitucionais ou legais* não afetam a *isonomia*, dada a existência de um *vínculo de correlação lógica* entre a peculiaridade que fundamenta a diferenciação e o *tratamento distinto* conferido, fundado em interesses constitucionalmente protegidos, como a preservação da *dignidade humana*, a redução das *desigualdades sociais e regionais*, a promoção do *bem-estar de todos*, sem *preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (CF, artigo 3º, incisos III e IV), dentre outras finalidades abrigadas pelo ordenamento

Também *constitucionalmente* adequadas são as normas que concedem privilégios justificados aos mais vulneráveis, como a atipicidade do abatimento de animais para saciar a fome, ou que preveem punições mais graves para condutas praticadas contra grupos historicamente discriminados, como os crimes contra a honra de cunho *racial* ou *homofóbico*.

Por outro lado, não passam no *teste de isonomia* normas que abrigam *desigualdades* sem justificativa, como o artigo 25 da Lei de Contravenções Penais, que pune o *conhecido como vadio ou mendigo* que porta instrumentos usualmente empregados na prática de crime de furto,



caso este não prove sua destinação legítima. A distinção feita entre *vadios e mendigos* e os demais cidadãos tem por base uma *presunção*, sem fundamento legal, de que os primeiros seriam mais propensos a cometer crimes contra o patrimônio, o que não encontra amparo na *igualdade constitucional*.

Para além de um *critério de controle de constitucionalidade* das normas, o *princípio da igualdade* é um instrumento importante para a orientação *teleológica* da dogmática, para impedir a incidência *distinta* da norma penal sobre os diversos grupos sociais que compõem a comunidade jurídica e evitar que sua aplicação seja um fator de *acirramento* de desigualdades

Um exemplo: nos crimes contra a ordem tributária, em geral praticados pelos mais abastados, o pagamento dos valores devidos pelo réu, a qualquer tempo, *extingue sua punibilidade*. Tal *benefício* não existe para outros crimes praticados sem violência ou grave ameaça, com repercussão patrimonial, como a apropriação indébita, o furto e o estelionato. Não parece haver *correlação lógica* entre a *desigualdade jurídica* e a *natureza* dos crimes.

Ainda que existam diferenças, que os crimes *fiscais* afetem a *capacidade arrecadatória do Estado* e os demais o patrimônio de terceiros, isso não parece suficiente para justificar o afastamento da intervenção penal pela reparação no primeiro caso e impedir o mesmo efeito no segundo. Manter o benefício apenas para os crimes contra a ordem tributária, em geral praticados por aqueles que se encontram em substratos sociais mais elevados, e afastá-lo dos demais delitos similares colide com o objetivo constitucional de *construir uma sociedade livre, justa e solidária* e de *erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais* (CF, artigo 5º, I e III). A *igualdade*, aqui, pode cumprir um papel relevante para estender o benefício da extinção de punibilidade, por *analogia*, para todos aqueles que praticam crimes de natureza similar aos tributários.

A ideia de *igualdade* pode ainda moldar a *tipicidade* do crime *culposos* ou do *dever de garante* na *omissão imprópria*. Os parâmetros do *dever de cuidado* podem ser distintos em razão da situação social do agente. A extensão dos *deveres de garantia* de uma mãe ou pai que deixam seus filhos bebês sob a supervisão de outros ainda crianças, porque precisam trabalhar e não têm condições de contratar babás ou de acionar parentes, é distinta daquela que incide sobre genitores com melhores condições econômicas.

No âmbito da antijuridicidade, é possível revisitar a abrangência e a atualidade do perigo necessário à legítima defesa ou ao *estado de necessidade agressivo* dos excluídos em situações de *abandono institucional em contextos de violência*, como nas hipóteses de *tiranía doméstica* ou de *jurados de morte* em presídios. Na *culpabilidade*, a definição do *erro de proibição*, da *obediência hierárquica* ou da *inexigibilidade de conduta diversa* apresentam *contornos distintos* a depender da condição social do agente, da mesma forma que, na *punibilidade*, institutos como o *perdão judicial* e o *indulto* podem considerar a situação econômica do condenado para atenuar ou extinguir a pena.

Cada uma dessas situações exige análise e reflexão, mas expõe o *potencial de rendimento* do princípio da *igualdade* como um instrumento relevante para a orientação *teleológica* da dogmática penal. A tarefa do jurista, mais que organizar um sistema abstrato de ideias, é

orientar o intérprete para a realização da Justiça material e garantir a legitimidade dos comandos normativos. Deve, para isso, levar em conta a *realidade* concreta das *desigualdades* e incorporar esse *dado ontológico* na interpretação e aplicação da norma penal. Como ciência racional contra o arbítrio, a dogmática deve ocupar-se não apenas do *exercício abstrato* do poder, mas das formas *concretas e materiais* pelas quais esse poder é exercido efetivamente, das fontes *reais* de força e de submissão que organizam ou desorganizam determinados setores sociais.

Não se espera que a dogmática, ao incorporar a ideia de *isonomia*, seja o instrumento de superação das *desigualdades estruturais* da sociedade brasileira, mas ao menos pode deixar de ser um elemento de *acirramento* do desequilíbrio, ao *reduzir* a *má distribuição* da incidência da norma penal entre os diversos segmentos da comunidade jurídica.

[1] Von Liszt, Franz *A ideia do fim do Direito Penal*, trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Editora Rideel, 2006. p. 59

[2] Welzel, Hans. *Derecho penal aleman: Parte general*, trad. Imprenta. Santiago, Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1976. p. 19

[3] Gargarella, Roberto *Penal Coercion in Contexts of Unjust Inequality*. Springer Science Business Media B.V. 2010. p.2 e ss.; Silva Sánchez, Jesus Maria, *Malum passionis. Mitigar a dor do Direito Penal*. 1ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022; Ciguela Sola, Javier. *Crimen y castigo del excluído social. Sobre la ilegitimidade política de la pena*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019; Correcher Mira, Jorge. *Sistema Penal y exclusión. Uma mirada integral al conflicto de la desigualdade em el ámbito del Derecho penal*; Duff, Robin Anthony. *Punishment, Communication and Community*; Beade, Gustavo/ Lorca, Rocio *¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social*; Escamilla, Margarita Martínez. *Pobreza y estado de necesidad y prevención general*.

[4] Silva Sánchez, Jesus Maria, *Malum passionais*, p. 25

[5] Ciguela Sola *Crimen y castigo*. p.244. Na mesma linha de conferir importância à apreciação da vulnerabilidade do agente para a aplicação da pena e para o reconhecimento de estados de necessidade em certos crimes patrimoniais, ver: Cruz Blanca, Maria Jose *La inidividualización*. In: Cuesta Aguado, Paz M. de La/ Fernandez, San Millan. *Derecho penal y distribución de la riqueza em la sociedade tecnológica*, 2023. p. 45

[6] Zaffaroni e Batista, *Direito Penal Brasileiro: volume 1* p. 167 e ss. Juarez Tavares aponta que a marginalização social pode ser causa de exculpação, em: *Fundamentos da teoria do delito*. Florianópolis: Tirant, 2018. p.443.

[7] Sobre o tema, Bobbio, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2022. p. 29



[8] Bandeira de Mello, Celso Antonio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1997. p.17 e ss.. Na mesma linha: Rocha, Carmen Lucia. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990. p. 46

[9] Silva, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 44ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiro, 2022. p.129

[10] Nesses casos parece necessário discutir a natureza de excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade à luz das diversas consequências práticas decorrentes da adoção de uma ou outra posição, como a exclusão da legítima defesa do agredido e a punição dos partícipes.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2025-fev-10/dogmatica-penal-e-realidade-social-uma-proposta-de-aproximacao-parte-2/>