

# O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A DOGMÁTICA PENAL

## THE PRINCIPLE OF EQUALITY AND CRIMINAL DOGMA

**Pierpaolo Cruz Bottini**<sup>1</sup>



Universidade de São Paulo, USP, Brasil  
pierpaolo@btadvogados.com.br

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.13881955>

**Resumo:** O artigo tem o objetivo de discutir o princípio constitucional da igualdade como elemento de orientação teleológica da dogmática penal e seus impactos sobre a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade dos atos praticados pelos indivíduos socialmente vulneráveis.

**Palavras-chave:** legalidade; princípio da lesividade; princípio da insignificância.

**Abstract:** The aim of this article is to discuss the constitutional principle of equality as a guiding teleological element of criminal science and its impacts on the typicality, unlawfulness, and culpability of members of the most vulnerable segments of society.

**Keywords:** legality; principle of harm; principle of insignificance.

### 1. Introdução

Dogmática penal é a sistematização das ideias com o objetivo de organizar o pensamento criminal e garantir coerência na aplicação das normas. Apoiada em premissas filosóficas e ideológicas, busca formatar conceitos para alcançar segurança e justiça na distribuição do direito, de acordo com as peculiaridades e o contexto histórico na qual se desenvolve.

O objetivo do presente artigo não é debater as propostas de estruturação dos diferentes sistemas dogmáticos, mas, a partir da premissa de que o direito posto é elemento que deve ser levado em consideração em todos eles, debater o rendimento do princípio da igualdade — previsto no caput do art. 5º da Constituição e em diversos outros dispositivos constitucionais — como elemento de orientação teleológica da dogmática penal, em especial no Brasil.

Igualdade significa tratar de forma isonômica os cidadãos, vedar a criação de privilégios ou benefícios sem justificativa juridicamente fundada e incentivar instrumentos para reduzir assimetrias estruturais ou conjunturais na aplicação da norma pelos agentes estatais. A garantia da dignidade humana, princípio vertebral do ordenamento brasileiro, só existe com igualdade jurídica que permita o reconhecimento recíproco e isonômico das esferas de autodeterminação entre os membros da comunidade jurídica. Do contrário, a consagração positiva da liberdade será uma mera

impressão subjetiva sem respaldo comunicativo, uma falácia sem efeitos práticos.

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 (Bobbio, 2022, p. 29). Definir o grau de igualdade que deve orientar o direito não é tarefa 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. Exclui mulheres e eclesiásticos do serviço militar obrigatório, 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

<sup>1</sup> Professor livre-docente da Faculdade de Direito da USP, membro titular do CNPCP. Advogado. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2010889300740486>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8531-468X>.

formas de discriminação (CF, art. 3º, incisos III e IV), dentre outras finalidades abrangidas pelo ordenamento (Mello, 1997, p. 17; Rocha, 1990, p. 46).

Nesse contexto, a desigualdade socioeconômica é um elemento que deve ser levado em consideração para aferir a constitucionalidade das leis, tanto para reconhecer a legitimidade de tratamentos distintos, que visem reduzir a distância entre as diferentes categorias com relação a oportunidades e acesso a direitos, quanto para afastar a incidência de normas ou interpretações que acirrem esse desequilíbrio social (González Sánchez, 2023, p. 44). No campo criminal, leis que concedam privilégios justificados aos mais vulneráveis, como a atipicidade do abatimento de animais para saciar a fome, ou que prevejam punições mais graves a condutas contra grupos historicamente discriminados, como os crimes contra a honra de cunho racial ou homofóbico, não violam a igualdade constitucional. Por outro lado, não passam no teste de isonomia normas que abrigam desigualdades sem justificativa, como o art. 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 não prove sua destinação legítima. A distinção feita entre vadios e mendigos e os demais cidadãos tem por base a 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.

## 2. Igualdade e dogmática penal

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, capaz de 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 (Silva, 2022, p. 129).

Para isso, é preciso perceber que a relação das instituições responsáveis pela aplicação da norma penal com os integrantes da comunidade jurídica é diferente a depender do segmento social ao qual eles pertencem<sup>1</sup>. Abordagens policiais, denúncias, condenações e penas são mais frequentes quando membros de grupos socialmente vulneráveis (pobres, negros, travestis, prostitutas) são submetidos ao escrutínio penal. Há uma seleção dos elegíveis à pena, em geral em decorrência de fatores como cor, local de moradia ou educação (Zaffaroni *et al.*, 2017, p. 44). São os estigmatizados (Goffman, 2008, p. 15), para quem o chamado Direito Penal moderno — sedimentado na Ilustração, que traz os princípios da legalidade, subsidiariedade, fragmentariedade e proporcionalidade, da presunção de inocência e da culpabilidade — nunca foi aplicado integralmente.

Essa incidência distinta das normas penais sobre os grupos sociais é um dado ontológico, uma realidade que deve ser levada em consideração para a construção da dogmática, uma vez que impacta suas premissas (Cirino dos Santos, 2020, p. 35).

Qualquer teoria da pena, por exemplo, considera a relação real entre o Estado e os cidadãos para orientar-se em direção ao dever ser ideal. Para aqueles que veem na sanção penal uma retribuição, um reforço comunicativo da vigência da norma, a exclusão social tem largo impacto. Quando um setor (excluídos) é afastado estruturalmente do conjunto de garantias oponível aos demais membros da comunidade e outro (privilegiados) é imune à incidência da norma penal por conta de privilégios penais e processuais, os mecanismos de redução de contingências que

sustentam a legitimidade dos comandos normativos, e motivam sua obediência, deixam de existir. A força comunicativa da norma penal e da sanção falha diante da vulnerabilidade estrutural de certos grupos, que não têm expectativa de proteção estatal de seus espaços de dignidade perante terceiros e as próprias agências penais (Kindhäuser; Mañalich, 2009, p. 24). Por outro lado, as teorias que sustentam ser a pena um instrumento de proteção de bens jurídicos também são impactadas pela exclusão social, que coloca em xeque sua funcionalidade, pela desproporção da comunicação preventiva, positiva ou negativa, àqueles que não participam da comunidade jurídica de forma plena.

Deve a dogmática, portanto, escrutinar a desigualdade como elemento desestabilizador da racionalidade da pena e de sua aplicação para desenvolver instrumentos mais efetivos de superar tais anacronismos.

Na história do pensamento penal, no entanto, ao invés de reconhecer na desigualdade um problema a ser enfrentado, inúmeros juristas sugeriram intervenções político-criminais voltadas, explícita ou implicitamente, a acirrar tal desequilíbrio.

Von Liszt (2006, p. 59) afirmava que os criminosos habituais eram o câncer da sociedade e recomendava um tratamento penal mais severo para esse grupo, que abrigava mendigos e vagabundos, prostitutas e michês, alcoólatras e gente de origem social ambígua, todos reunidos no grupo do “proletariado”. Welzel (1976, p. 19) 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.

Por outro lado, e em tempo distinto, a incidência desigual das normas penais sobre os diferentes grupos sociais, e seus desdobramentos dogmáticos, foi objeto de atenção de outros autores (Beade; Lorca, 2017; Ciguela Sola, 2019; Correcher Mira, 2023; Duff, 2003; Gargarella, 2010; Martínez Escamilla, 2005; Silva Sánchez, 2022). Silva Sánchez (2022, p. 25), por exemplo, aponta que o funcionamento defeituoso do sistema social indica a corresponsabilidade da sociedade com a comissão do delito e defende atenuar ou excluir a responsabilidade individual em alguns desses casos. Ciguela Sola (2019, p. 144)<sup>2</sup> 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 *et al.* (2017, p. 167 *et seq.*) também 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. Juarez Tavares (2018, p. 443) aponta que a marginalização social pode ser causa de exculpação.

## 3. A igualdade como elemento teleológico

Em um sistema ideal, a legitimidade da norma penal decorre de um pacto estabelecido entre cidadãos para formar uma comunidade de liberdades, na qual as instituições públicas protegem espaços de dignidade, enquanto seus membros contribuem com a estabilidade das relações cumprindo as normas, sempre racionalmente pautados por essa funcionalidade de preservar a autonomia de cada mundo de vida. O Estado exerce uma espécie

de função de garante de proteção das liberdades em relação a agressões de terceiros (negativa) e a promoção de um mínimo de dignidade econômica e cultural aos cidadãos para garantir entre eles um nível básico de reconhecimento recíproco (positiva) (**Silva Sánchez**, 2022, p. 86).

Ocorre que mundo ideal não existe, em especial na América Latina. Há um déficit de legitimidade da sanção em relação àqueles que convivem cotidianamente com a dignidade em xeque pela ausência de qualquer prestação estatal para o usufruto dessas mesmas liberdades, seja porque vivem em penúria econômica, seja porque estão sob o domínio de organizações criminosas. Os excluídos não usufruem plenamente do Estado Democrático de Direito, do sentimento de integrar uma comunidade jurídica e do reconhecimento pelos demais como pessoa. A reflexividade necessária à consciência pessoal em comunidade é restrita, e isso afeta sua relação com o direito enquanto modelo de conduta e pauta de expectativas legítimas de proteção de liberdades.

Para os incluídos, a normalidade é a preservação dos espaços de dignidade. O delito é uma frustração conjuntural das expectativas de proteção, o que justifica a pena, seja como prevenção, retribuição ou reforço contrafático para preservar a normalidade estrutural das relações. Para os excluídos, a frustração com a vigência da norma é estrutural. Não se trata de um caso excepcional, mas de um cotidiano, de forma que a violação dos mandamentos jurídicos não gera frustrações, apenas a confirmação de um *status* de exclusão (**Silva Sánchez**, 2022, p. 79). É preciso repensar institutos dogmáticos para modular a incidência da norma penal nesses casos. Não se trata de criar uma dogmática penal do excluído, mas encontrar um anteparo axiológico, uma diretriz normativa para inserir no sistema elementos que permitam levar em consideração as condições sociais de determinadas pessoas ou grupos na identificação do crime e na dosagem da pena.

O princípio constitucional da igualdade pode desempenhar esse papel de orientação teleológica na interpretação e aplicação das normas penais, colaborar na formatação de conceitos para solucionar questões específicas relacionadas à desigualdade e, ao mesmo tempo, evitar a casuística tão comum nesse setor.

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 os demais crimes patrimoniais, como o furto e o estelionato, com agentes de classes sociais diferentes. Não há correlação lógica entre a desigualdade jurídica e a natureza dos crimes. Todos afetam patrimônios, são dolosos e praticados sem violência ou grave ameaça. Pode-se dizer que os fiscais

são relacionados a uma capacidade arrecadatória do Estado e, os demais, afetam diretamente o patrimônio de terceiros, mas tal distinção não parece suficiente para justificar o afastamento da intervenção penal pela reparação apenas 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, art. 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 visitar 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 tirania 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.

Esses e muitos outros exemplos revelam como o princípio da igualdade pode cumprir um papel relevante na 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 se ocupar 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.

## A construção de um sistema dogmático precisa considerar as profundas assimetrias no tratamento dos grupos mais vulneráveis, resultantes de um histórico de privilégios e preconceitos que marcam a relação das instituições penais com pobres, negros e excluídos.

A construção de um sistema dogmático precisa considerar as profundas assimetrias no tratamento dos grupos mais vulneráveis, resultantes de um histórico de privilégios e preconceitos que marcam a relação das instituições penais com pobres, negros e excluídos. É necessário incorporar a análise da realidade social e das desigualdades estruturais nos programas de política criminal que orientam teleologicamente a dogmática.

A incorporação do princípio da igualdade como elemento

teleológico pode cumprir com esse papel, orientando a interpretação de leis e sua aplicação ao caso concreto, sem casuismos de qualquer espécie. 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.

### Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

**Declaração de conflito de interesses:** o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** somente o pesquisador que cumpre o requisito de autoria deste artigo é listado como autor. **Declaração de originalidade:** o autor garante que o texto aqui publicado não

foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ele também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplagio.

### Como citar (ABNT Brasil)

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O princípio da igualdade e a dogmática penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 32, n. 384, p. 13-16, 2024. DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.13881955>. Disponível em: [https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim\\_1993/article/view/1651](https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1651). Acesso em: 1 nov. 2024.

org/10.5281/zenodo.13881955. Disponível em: [https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim\\_1993/article/view/1651](https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1651). Acesso em: 1 nov. 2024.

### Notas

<sup>1</sup> As funções manifestas do Direito Penal não coincidem com as funções latentes ou reais, representadas pelo concreto funcionamento das agências policiais, como apontam Zaffaroni *et al.* (2017, p. 88). Sobre o tema, ver: Gonzáles Sánchez (2023, p. 51).

<sup>2</sup> 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 (2023, p. 45).

### Referências

BEADE, Gustavo A; LORCA, Rocío. ¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social. *Isonomía*, Cidade do México, n. 47, p. 135-164, 2017. Disponível em: [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-02182017000200135](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182017000200135). Acesso em: 17 out. 2024.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2022.

CIGUELA SOLA, Javier. *Crimen y castigo del excluído social: sobre la ilegitimidade política de la pena*. Valência: Tirant lo Blanch, 2019.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

CORRECHER MIRA, Jorge. (Org.). *Sistema penal y exclusión: una mirada integral al conflicto de la desigualdade en el ámbito del Derecho Penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 2023.

CRUZ BLANCA, María José. La individualización de la pena frente a las vulnerabilidades. In: CUESTA AGUADO, Paz M. de la; SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, Bárbara (Org.). *Derecho penal y distribución de la riqueza en la sociedade tecnológica*. Valência, Tirant lo Blanch, 2023. p. 43-60.

DUFF, Robin Antony. *Punishment, communication and community*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

GARGARELLA, Roberto. Penal coercion in contexts of unjust inequality. In: SEMINARIO EN LATINOAMÉRICA DE TEORÍA CONSTITUCIONAL Y POLÍTICA (SELA), 2010, New Haven. *Papers* [...]. New Haven: Yale Law School, 2010. Disponível em: <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/17583>. Acesso em: 1 out. 2024.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

GONZÁLES SÁNCHEZ, Ignacio. Sistema penal y estratificación social. In: CORRECHER MIRA, Jorge (Org.). *Sistema penal y exclusión: una mirada integral*

al conflicto de la desigualdade en el ámbito del Derecho Penal. Valência: Tirant lo Blanch, 2023.

KINDHÄUSER, Urs Konrad; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho*. Peru: Ara, 2009.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. Pobreza, estado de necesidad y prevención general: los correos de la cocaína y el tribunal supremo español. *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, v. 12, p. 5-52, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Malum passionis: mitigar a dor do Direito Penal*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 44. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiro, 2022.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

VON LISZT, Franz. *A ideia do fim no Direito Penal*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Rideel, 2006.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman: Parte general*. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1976.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: volume 1 – Teoria Feral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.