

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

JAQUELINE CORRÊA

**FUNDAMENTO DA CULPABILIDADE EM DIREITO PENAL:
NOVOS APONTAMENTOS PARA O PROBLEMA DA
CENSURA JURÍDICO-CRIMINAL**

PORTO ALEGRE

2010

JAQUELINE CORRÊA

**FUNDAMENTO DA CULPABILIDADE EM DIREITO PENAL:
NOVOS APONTAMENTOS PARA O PROBLEMA DA
CENSURA JURÍDICO-CRIMINAL**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Área de Concentração: Sistema Penal e Violência.

Orientador: Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila

Porto Alegre

2010

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C824f Corrêa, Jaqueline
Fundamento da culpabilidade em direito penal: novos apontamentos para o problema da censura jurídico-criminal. / Jaqueline Corrêa. – Porto Alegre, 2010. 161 f.

Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS.

Orientação: Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila.

1. Direito Penal. 2. Culpabilidade.
3. Fundamento. 4. Liberdade. I. D'Avila, Fabio Roberto. II. Título.

CDD 341.522

Ficha elaborada pela bibliotecária Cíntia Borges Greff CRB 10/1437

JAQUELINE CORRÊA

**FUNDAMENTO DA CULPABILIDADE EM DIREITO PENAL:
NOVOS APONTAMENTOS PARA O PROBLEMA DA
CENSURA JURÍDICO-CRIMINAL**

Dissertação apresentada como requisito para
obtenção do grau de Mestre pelo Programa
de Pós-Graduação em Ciências Criminais da
Faculdade de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovada com Louvor pela Banca Examinadora em 23 de março de 2010.

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Brasil

Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Brasil

Prof. Dr. Tupinambá Pinto de Azevedo
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Brasil

RESUMO

A culpabilidade é, sem dúvida, um dos temas mais polêmicos da dogmática jurídico-penal. A principal dificuldade está em relacionar a liberdade de vontade como fundamento da culpabilidade. Tradicionalmente, a reprovação é feita porque o sujeito não se motivou pela norma, sendo que ele dispunha de plena liberdade para isso. No entanto, tal pressuposto é indemonstrável empiricamente e remete à discussão entre livre-arbítrio e determinismo. Muitas foram as tentativas de superação das antinomias, no entanto, ainda não há um consenso sobre esse impasse. E a questão volta a ser o centro de discussão em razão do avanço das pesquisas da neurociência, cujo resultado nega a existência do livre-arbítrio. Diante disso, o fundamento da culpabilidade em Direito Penal cai por terra e, sem culpabilidade, não pode haver censura. Dessa forma, é imperioso buscar outro fundamento para a culpabilidade para que se possa afirmar sua possibilidade enquanto categoria jurídica. Para tanto, são buscadas novas propostas, como a culpabilidade relacionada ao conceito de pessoa deliberativa, a culpabilidade pela vulnerabilidade, a compreensão de base onto-antropológica, a culpabilidade relacionada ao princípio da alteridade e o denominado princípio da desculpa. Porém, no atual estado da doutrina, nenhuma fundamentação prescinde da idéia de liberdade e de autonomia do ser humano. Assim, para que se possa afirmar a liberdade enquanto fundamento da culpabilidade, o conceito do compatibilismo filosófico representa uma forma de superar as divergências relacionadas ao livre-arbítrio e ao determinismo, como uma tentativa de construir uma decisão sobre incertezas. E as possíveis lacunas relacionadas ao poder de autodeterminação do agente são preenchidas pela inserção do princípio da desculpa, como uma forma de trazer justiça na aplicação da censura.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO PENAL – CULPABILIDADE – FUNDAMENTO – LIBERDADE.

SINTESI

La colpevolezza è senza dubbio uno dei più controversi temi della dogmatica penale. La difficoltà principale è relazionare la libertà di volontà come fondamento della colpevolezza. Tradizionalmente, la disapprovazione è fatta perché il soggetto non è motivato dalla norma, quando aveva la piena libertà di farlo. Tuttavia, questa ipotesi non è empiricamente dimostrabile e si riferisce alla discussione tra libero arbitrio e determinismo. Molti furono i tentativi di superare le antinomie, tuttavia, non c'è ancora consenso su questa situazione. E la questione è di nuovo il centro della discussione a causa del progresso delle neuroscienze, risultato cui nega l'esistenza del libero arbitrio. Davanti a questo, il fondamento della colpevolezza nel Diritto Penale cade a terra e, senza la colpevolezza, non ci può essere riprovazione. Dunque, è assolutamente necessario trovare un'altro fondamento per la colpevolezza in modo che si possa affermare la sua possibilità come categoria giuridica. Di conseguenza, nuove proposte sono cercate, come ad esempio, la colpevolezza legata al concetto di persona deliberativa, la colpevolezza per la vulnerabilità, la comprensione di base onto-antropologica, la colpevolezza legata al principio di alterità e di cosiddetto principio della scusa. Tuttavia, allo stato attuale della dottrina, nessuna proposta dispensa l'idea di libertà e di autonomia degli uomini. Così, in modo che si può affermare la libertà come base della colpevolezza, il concetto di compatibilismo filosofico è un modo per superare le differenze relative al libero arbitrio e determinismo, come una tentativo di costruire una decisione intorno a incertezze. E le carenze relative al potere di autodeterminazione dell'agente sono soddisfatti con l'inclusione del principio della scusa, come un modo per portare la giustizia nell'applicazione della censura.

PAROLE CHIAVI: DIRITTO PENALE – COLPEVOLEZZA – FONDAMENTO – LIBERTÀ.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA	11
2.1. LEITURA CONSTITUCIONAL DA CULPABILIDADE	11
2.1.1. Princípio da Culpabilidade – <i>Nullum crimen sine culpa</i>	11
2.1.2. Dignidade da Pessoa Humana	17
2.2. LEITURA PENAL DA CULPABILIDADE	22
2.2.1. Dificuldades	22
2.2.1.1. O Livre-arbítrio em Welzel	22
2.2.1.2. O retorno à discussão determinismo x indeterminismo	25
2.2.1.3. A insustentabilidade da concepção baseada no livre-arbítrio e no “poder de agir de outra maneira”	29
2.2.2. Alternativas para a culpabilidade	32
2.2.2.1. Culpabilidade referida à personalidade	32
2.2.2.2. A liberdade pessoal e a tese da culpabilidade da pessoa	36
2.2.2.3. Culpabilidade de Fato e de Autor	39
2.2.2.4. Culpabilidade pela atitude interna juridicamente desaprovada	42
2.2.2.5. Culpabilidade pelos fins da pena	44
2.2.2.5.1. Culpabilidade e necessidade preventiva como pressuposto da responsabilidade jurídico-penal	44
2.2.2.5.2. Culpabilidade como atribuição segundo as necessidades de prevenção geral positiva	50
2.2.2.5.3. Culpabilidade orientada pelos fins preventivos da pena	54
2.2.2.6. Culpabilidade e Teorias Motivadoras da Norma	58
2.2.2.6.1. Culpabilidade motivada pela norma	58
2.2.2.6.2. Imputação pessoal como normalidade da motivação	62
2.3. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS	67

3. NOVOS APONTAMENTOS SOBRE O FUNDAMENTO DA CULPABILIDADE	73
3.1. CULPABILIDADE RELACIONADA AO CONCEITO DE PESSOA DELIBERATIVA	73
3.1.1. Algumas considerações sobre a proposta de Klaus Günther	80
3.2. CULPABILIDADE PELA VULNERABILIDADE	82
3.2.1. Sobre a viabilidade da tese culpabilidade pela vulnerabilidade	87
3.3. SOBRE O PODER DE AUTODETERMINAÇÃO DO AGENTE – A CONTRIBUIÇÃO DA PSICANÁLISE	91
3.3.1. Id, Ego e Superego	91
3.3.2. Sentimento de culpa	94
3.3.3. O impacto criminológico e a estruturação do superego	99
3.3.4. Severidade do superego e sua relação com o crime	101
3.3.5. Implicações das teorias psicanalíticas para a culpabilidade jurídico-penal	103
3.4. SOBRE OS AVANÇOS DA NEUROCIÊNCIA E SUA POSSÍVEL IMPLICAÇÃO PARA O JUÍZO DE CULPABILIDADE	106
3.4.1. Sobre a neurociência	106
3.4.2. Neurociência e Direito	110
3.4.3. Novas considerações sobre o Livre-Arbitrio	112
3.4.4. Conseqüências para o Direito Penal	114
3.4.5. Compatibilismo Filosófico: Uma alternativa	118
3.4.6. O Problema da Liberdade	120
3.4.7. Livre-Arbitrio e Responsabilidade Pessoal	124
3.5. SOBRE A COMPREENSÃO DE BASE ONTO-ANTROPOLÓGICA	126
3.5.1. Perspectiva onto-antropológica da culpabilidade	126
3.5.2. Sobre a orientação de base onto-antropológica de cuidado-de-perigo	128
3.5.3. Consciência e culpabilidade em Ser e Tempo.....	129
3.5.4. Breve comentário sobre a compreensão de base onto-antropológica	133
3.6. CULPABILIDADE RELACIONADA AO PRINCÍPIO DA ALTERIDADE	134
3.6.1. Críticas relacionadas ao princípio da alteridade	135
3.7. O PRINCÍPIO DA DESCULPA EM DIREITO PENAL	136
3.7.1. Algumas considerações sobre o princípio da desculpa	148

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS150

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS154

1. INTRODUÇÃO

A culpabilidade é um dos temas mais instigantes da dogmática jurídico-penal. Absolutamente imprescindível à censura, a culpabilidade enfrenta dificuldades no que diz respeito ao seu fundamento.

No estado atual da arte, a culpabilidade, segundo a concepção normativa, está fundamentada na liberdade de vontade. O sujeito é censurado porque não se motivou pela norma, quando ele tinha plena liberdade para isso. No entanto, tal pressuposto é indemonstrável empiricamente e remete à discussão entre livre-arbítrio e determinismo. Muitas são as dificuldades político-criminais e diversas são as tentativas de superação das antinomias, mas ainda não há um consenso sobre a questão. É uma questão perene que agora assume novas proporções em razão dos avanços das pesquisas da neurociência, e seus possíveis reflexos no âmbito do Direito e, particularmente, do Direito Penal.

Diante disso, para melhor elucidar o tema, este trabalho será dividido em dois momentos.

No primeiro momento, analisaremos a fundamentação jurídica da culpabilidade, através de uma leitura constitucional, com o estudo do princípio da culpabilidade e da dignidade da pessoa humana. A seguir, em uma leitura penal, serão examinadas as principais questões relacionadas à problemática fundamentação da culpabilidade jurídico-penal, desde o finalismo de Welzel, às eternas discussões baseadas no indeterminismo versus determinismo e, por fim, as diversas propostas de fundamentação que buscaram superar as dificuldades em que incorre a culpabilidade da vontade, como as teorias referentes à personalidade do agente, a tese da culpabilidade da pessoa de Figueiredo Dias, a culpabilidade pela atitude interna juridicamente desaprovada de Gallas, as teorias finalistas da pena de Roxin e Jakobs, como também as chamadas teorias motivadoras da norma.

No segundo momento, examinaremos as novas tendências sobre o fundamento da culpabilidade.

Assim, estudaremos os conceitos propostos por Zaffaroni, com a sua culpabilidade pela vulnerabilidade, como também por Klaus Günther, que tem como referencial a culpabilidade relacionada ao conceito de pessoa deliberativa.

Após, se buscará relacionar o poder de autodeterminação – como conteúdo material da culpabilidade jurídico-penal – com os conceitos associados às teorias psicanalíticas de Freud e Melanie Klein, tais como sentimento de culpa e severidade do superego, e suas possíveis implicações para a culpabilidade jurídico-penal.

No âmbito da neurociência, veremos a repercussão das pesquisas relacionadas à negação do livre-arbítrio para o juízo de culpabilidade e para o Direito Penal.

Com o auxílio da filosofia, o estudo se dará através da perspectiva ontológico-antropológica da culpabilidade e, também, da culpabilidade relacionada ao princípio da alteridade.

Por fim, buscando a superação do quadro lógico de exigibilidade, chegaremos ao chamado princípio da desculpa, na tentativa de recuperar a eticidade na fundamentação da culpabilidade e, com isso, contribuir para o pensamento atual da doutrina da culpabilidade jurídico-penal.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, é possível concluir que não há como fundamentar a culpabilidade senão sob a idéia de liberdade e de autonomia do ser humano, e as possíveis lacunas acabam por se completar com a inserção do princípio da desculpa, como critério geral de inexigibilidade, que é o que mais se aproxima de uma fundamentação justa e coerente para a culpabilidade jurídico-penal fundada num Estado de Direito Democrático.

E, de forma específica, é possível formular as seguintes considerações:

Primeira: O princípio da culpabilidade deve ser entendido como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade objetiva, e também, como exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito lhe seja reprovável.

Segunda: O princípio da dignidade da pessoa, impondo limites à atuação estatal, objetiva impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica que o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos.

Terceira: Fundamentando o conceito material de culpabilidade na liberdade de vontade, no livre-arbítrio, como capacidade de autodeterminação conforme a norma, Welzel propiciou o retorno à discussão acerca do determinismo versus indeterminismo.

Quarta: Muitos pensadores tentaram ultrapassar a indemonstrabilidade do livre-arbítrio, deixando persistir as antinomias referentes ao “poder de agir de outra maneira”.

Quinta: As teses da culpabilidade referente à personalidade são inaceitáveis por pretender ligar a punibilidade a uma determinada personalidade e tal fundamentação é incompatível com o Estado de Direito Democrático.

Sexta: A tese da liberdade pessoal não avança na fundamentação da culpabilidade, pois se remete a uma concepção de “liberdade da pessoa” que não é passível de demonstração, além de se direcionar para uma culpabilidade de autor.

Sétima: Sobre a culpabilidade de fato e culpabilidade de autor, deve-se procurar compatibilizar ambas as concepções, priorizando a culpabilidade do fato, pois o núcleo

do conceito de culpabilidade só pode ser a culpabilidade pelo fato isolado. No entanto, o direito penal precisa levar em conta a culpabilidade do agente. Assim, a análise sobre o autor do fato se daria mais precisamente no momento da aplicação da pena, o que aliás se coaduna com a legislação penal brasileira, conforme o artigo 59 do Código Penal.

Oitava: Conceitos como “*atitude interna juridicamente desaprovada*”, de Gallas, ou como Wessels que considera como objeto de censura da culpabilidade a “*defeituosa posição do autor para com as exigências de conduta da ordem jurídica, manifestada no fato antijurídico*”, são insuficientes para fins de fundamentação da culpabilidade jurídico-penal, uma vez que recaem num conceito abstrato e persistem com o critério do “poder de agir de outra maneira”, não conseguindo superar substancialmente o caráter formal da reprovabilidade.

Nona: A compreensão da culpabilidade como “*comportamento espiritual lesivo de bens jurídicos*”, também não se aplica, uma vez que tal definição não caracteriza de modo satisfatório o que se quer dizer com isso e, novamente, esbarra no “poder de agir de outro modo”, pois o autor se refere à “*vontade*” do sujeito em lesionar o bem, “*apesar do contato espiritual valorativo*”.

Décima: Roxin, com sua tese, engloba a culpabilidade e a necessidade de prevenção em um conceito mais abrangente, a responsabilidade. Entendendo a liberdade como uma ficção legal, sustenta que a culpabilidade é o merecimento da pena, que se constitui num limite à prevenção. As críticas se dão principalmente em razão de o autor considerar a liberdade e, por conseguinte a responsabilidade, uma ficção, o que significa dizer que todo o ordenamento está estruturado sobre uma ficção e, da mesma forma que a própria dignidade humana, a vivência e os direitos humanos não seriam uma realidade, mas uma ficção, o que conduz à impossibilidade real de diferenciação entre um Estado Democrático de Direito e um Estado Totalitarista.

Décima primeira: A proposta de Jakobs não é admissível porque trata o indivíduo como um instrumento dos interesses do Estado.

Décima segunda: Hassemer, partidário das teorias dos fins da pena, busca substituir a culpabilidade pelo princípio da proporcionalidade, no entanto, a proporcionalidade não consegue suprir ou substituir a culpabilidade, tendo em vista que se trata de um princípio meramente formal, que só indica proporção e, além do mais, não tem o caráter material da culpabilidade.

Décima terceira: As propostas que tem como fundamento a motivação do indivíduo frente à norma, ou o “acesso normal” à norma, são insuficientes e visivelmente falhas, principalmente quando se trata de América Latina, em razão das condições de pobreza sócio-econômica e cultural.

Décima quarta: A culpabilidade pela vulnerabilidade de Zaffaroni, apesar de representar uma superação do excesso de generalização, não basta para fins de fundamentação material da culpabilidade, além de ser um conceito bastante dúbio, que pode suscitar diversas interpretações a respeito.

Décima quinta: A proposta de Klaus Günther, sobre a culpabilidade relacionada ao conceito de pessoa deliberativa, também não avança na fundamentação da culpabilidade, ou seja, não responde por que a pessoa é considerada responsável por ter violado uma norma que é considerada legítima.

Décima sexta: As teorias psicanalíticas de Freud e Melanie Klein são baseadas e vinculadas ao inconsciente do indivíduo e, estando a culpabilidade vinculada à vontade consciente do homem, tais argumentos não podem ser considerados em sede de culpabilidade jurídico-penal, devendo continuar restritos ao âmbito da psiquiatria forense.

Décima sétima: O compatibilismo representa uma forma de superar as divergências relacionadas ao livre-arbítrio e ao determinismo. Não nega nem aceita, é uma tentativa de construir uma decisão sobre incertezas, ou melhor, de admitir que mesmo que haja um determinismo num certo grau, ainda assim será possível uma articulação com um específico sentido de liberdade, se não se puder saber se há liberdade em absoluto.

Décima oitava: Sobre a noção onto-antropológica da culpabilidade, percebemos que a autonomia e a liberdade são pressupostos fundamentais da compreensão onto-antropológica de cuidado-de-perigo, porque somente em plena liberdade e autonomia alguém pode ser responsabilizado.

Décima nona: No tocante à culpabilidade relacionada ao princípio de alteridade, o autor propõe uma fundamentação desatrelada do ideal de liberdade, no entanto, não avança, nem ao menos refere como seria possível fundamentar a culpabilidade de uma tal forma, propondo pesquisas que venham um dia a “explicar” o modo pelo qual o homem forma a

sua vontade, se um dia for possível se chegar a esse entendimento, tal qual como preconiza a neurociência.

Vigésima: O princípio da desculpa significa, conforme vimos, um repúdio pela normatização da exclusão da culpabilidade – com relação a critérios médios predeterminados em lei – e a abertura ao reconhecimento de novas causas de desculpa, segundo princípios de justiça e sempre que a situação reclame.