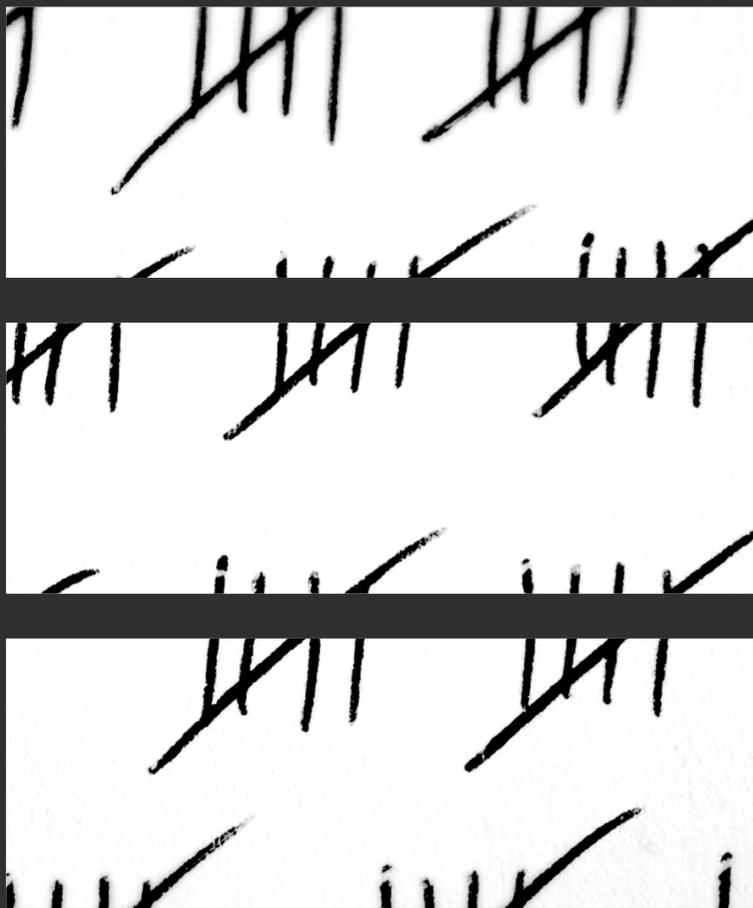


Leonardo Siqueira

7

CULPABILIDADE E PENA:

*A trajetória do conceito material da culpabilidade
e suas relações com a medida da pena*



COLEÇÃO CIÊNCIA CRIMINAL CONTEMPORÂNEA

Coordenação: Cláudio Brandão

D'PLÁCIDO
EDITORA

Leonardo Siqueira

CULPABILIDADE E PENA:

*A trajetória do conceito material da culpabilidade
e suas relações com a medida da pena*

7

COLEÇÃO CIÊNCIA CRIMINAL CONTEMPORÂNEA

Coordenação: Cláudio Brandão



D'PLÁCIDO
EDITORA

Copyright © 2016, D'Plácido Editora.
Copyright © 2016, Leonardo Siqueira.

Editor Chefe

Plácido Arraes

Produtor Editorial

Tales Leon de Marco

Capa

Leticia Robini de Souza

(Sob imagem de Martin Fisch para flickr.com)

Diagramação

Leticia Robini de Souza

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia da D'Plácido Editora.



Editora D'Plácido

Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 3261 2801
CEP 30140-007

Catálogo na Publicação (CIP)

Ficha catalográfica

SIQUEIRA, Leonardo.

Culpabilidade e pena: a trajetória do conceito material da culpabilidade e suas relações com a medida da pena -- Coleção Ciência Criminal Contemporânea -- vol. 7 -- Coordenação: Cláudio Brandão -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

Bibliografia

ISBN: 978-85-8425-306-7

1. Direito . 2. Direito Penal. 3. Culpabilidade. I. Título. II. Direito

CDU343.8

CDD341.5

Ao meu pai, por ter me mostrado a beleza da literatura, poesia,
história e filosofia, quer dizer, dos *studia humanitatis*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
FORMAÇÃO E SISTEMAS DE MEDIDA DA PENA	17
1. A FORMAÇÃO HISTÓRICA DOS SISTEMAS DE APLICAÇÃO DA PENA	19
1.1. Introdução.....	19
1.2. A Escola Clássica.....	20
1.3. A Escola Positivista.....	36
2. AS INFLUÊNCIAS DAS ESCOLAS NOS ULTERIORES SISTEMAS DE APLICAÇÃO DA PENA E O SEU DESENVOLVIMENTO	51
2.1. Considerações iniciais.....	51
2.2. Os sistemas de aplicação da pena.....	53
2.3. A aplicação da pena no sistema jurídico penal brasileiro: um exame do artigo 59 do Código Penal.....	61
CULPABILIDADE E MEDIDA DA PENA	69
3. FORMAÇÃO HISTÓRICA DA CULPABILIDADE: A PASSAGEM DA CONCEPÇÃO PSICOLÓGICA A NORMATIVA E SUAS RELAÇÕES COM A MEDIDA DA PENA	71
3.1. Introdução.....	71
3.2. A concepção psicológica da culpabilidade e sua relação com a medida da pena.....	74
3.3. A teoria normativa da culpabilidade e suas relações com a medida da pena privativa de liberdade.....	76

4. O CONCEITO MATERIAL DE CULPABILIDADE E SUAS RELAÇÕES COM A MEDIDA DA PENA	97
4.1. Introdução.....	97
4.2. O poder agir de maneira diversa: um exame do livre arbitrio, das suas conseqüências e dificuldades.....	98
4.3. A dirigibilidade normativa como fundamento empírico do conceito material de culpabilidade.....	112
4.4. A vulnerabilidade social como fundamento material da culpabilidade no pensamento de Zaffaroni.....	120
4.5. Culpabilidade e prevenção em Jakobs: da prevenção geral positiva a pulverização do conceito de reprovação pessoal.....	125
5. O CARÁTER RETÓRICO DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE COMO MEDIDA DA PENA: A DESCONSTRUÇÃO E SUPERAÇÃO DE UMA CULPABILIDADE ETICIZANTE	129
5.1. Introdução.....	129
5.2. A vital separação e delimitação entre a culpabilidade e as teorias da prevenção: críticas a teorização de Günther Jakobs.....	130
5.2. A vulnerabilidade social e a sua pretensão de funcionar como um corretor ético da tradicional culpabilidade ética, irracional e legitimante do poder de punir do estado.....	142
CONCLUSÃO	155
REFERÊNCIAS	163

INTRODUÇÃO

Talvez estejamos na seara de uma das questões mais importantes e complexas – senão a maior – de toda a dogmática penal. A medida da pena privativa de liberdade reflete o desenrolar de toda uma construção teórica sobre a teoria do crime e da pena, mais especificamente, a relação entre culpabilidade e fins da sanção criminal.

Esse “convívio” nunca fora fácil, por mais que se procurasse sob diversos véus esconder a tensão existente. A afirmação de Zaffaroni¹ no sentido de deixar as claras os problemas existentes na medida da pena, deve-se a própria dificuldade de se esboçar doutrinariamente aquele elemento que é criação própria e exclusiva da seara penal, quer dizer, a culpabilidade, tendo em vista que esse elemento cuja importância transcende a teoria do crime, é vista atualmente como a conexão punitiva, ou seja, o elo entre o delito e a pena.

Construir essa ponte sob bases sólidas – diga-se, respeitando todos os princípios constitucionais penais, extremamente importantes para um direito penal democrático – é imprescindível para que se possa falar em um sistema penal garantista, que almeje sempre controlar dentro de limites limitados e delimitados o âmbito de incidência da violência que lhe é intrínseca.

Por ser a culpabilidade uma construção de responsabilidade dos penalistas, em virtude da sua importância, ela sempre fez jus a um exame extensivo e pormenorizado, todavia isso não quer dizer que se buscou traçar as relações aqui suscitadas.

A preocupação no desenvolvimento na teoria do delito, por exemplo, é antiga e mereceu por parte dos dogmáticos um estudo

¹ Cf. ZAFFARONI, E. Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: BdeF, 2005.

acurado, o que nos fez avançar muito nesse aspecto. O mesmo não se pode dizer sobre a teoria da pena, para parafrazeamos Carnelutti, e muito menos sobre a medida da sanção criminal, que apenas nas últimas décadas do século passado passou a receber considerável importância por parte dos penalistas.

Isso quer dizer que, no começo, logo após a separação da ilicitude e consolidação do conceito de culpabilidade como elemento do crime, os juristas ao invés de buscar relacioná-la com a teoria da pena – a culpabilidade como conexão punitiva –, desenvolveram-na de forma isolada, a partir de uma visão unilateral e restringida do seu alcance e importância.

Estamos falando da concepção psicológica da culpabilidade, que afirmara a sua natureza subjetiva, a causalidade psíquica do crime. Assim, não podemos falar, em que pese às opiniões contrárias dos seus defensores, numa culpabilidade como elemento de ligação entre a teoria do crime e a pena, já que essa conexão era erguida exclusivamente na teoria da pena, tomando como base, e esse era o real norte para a fixação do quantum de pena, a periculosidade criminal do agente.

Somente a partir da concepção normativa da culpabilidade é que passamos a construir essa conexão punitiva a partir da teoria do crime, e não mais como outrora. O problema é que o velho conceito positivista de periculosidade social, que estava adstrito – na concepção causalista clássica – a teoria da pena, passa a integrar o conceito de delito, justamente na culpabilidade.

Isso não nega, a nosso ver, as vantagens da normatização da culpabilidade e a sua superioridade a concepção anterior, mas, ao mesmo tempo, essa teorização pode ser extremamente perigosa, pois acaba por encobrir, com extrema eficácia, construções adequadas àquilo que comumente denominamos como direito penal do autor.

As teorizações sobre a culpabilidade a partir de Reinhard Frank, em maior ou menor grau, acabaram por trabalhar com o conceito de periculosidade, não de forma tão explícita como fizeram os autores da escola positivista, mas quando, por exemplo, defende a personalidade como fator importante, senão decisivo, para definir o grau de reprovabilidade sobre o agente.

A noção de reprovabilidade, diferentemente do que defendeu o seu criador e depois os autores posteriores, pode levar a traçados diversos aos seguidos pela doutrina, isto é, se extirparmos e desenraizarmos a noção secular de periculosidade é possível caminhar para

uma culpabilidade do fato, o que, por conseguinte, acaba influenciando decididamente na aplicação da pena.

A coerência permanece com Zaffaroni² ao discorrer igualmente sobre o tema, pois o autor afirma que uma das conseqüências da teoria normativa da culpabilidade é exatamente uma menor culpabilidade e, por conseqüência, uma pena reduzida aos criminosos reincidentes e habituais, uma vez que não se pode reprová-los com a mesma intensidade por não serem “tão livres assim”, se comparados com aqueles denominados delinqüentes ocasionais.

Todavia, e isso confirma a idéia referenciada, quando a doutrina fala na relação da culpabilidade com a medida da pena, todos eles no âmbito da culpabilidade normativa, afirmam, contraditoriamente, uma maior culpabilidade aos criminosos habituais, aos reincidentes e aos criminosos de tendência. Por outro lado, tendem a diminuir a culpabilidade do agente quando este é primário.

Esse desdobramento doutrinário, que longe está de ser coerente com os pressupostos de um direito penal do fato, é amplamente e majoritariamente aceito se posicionarmos as suas lentes para a doutrina e jurisprudência brasileira.

É de uma perplexidade sem tamanho, principalmente da grande maioria da doutrina, que aceitemos tão pacificamente uma pena graduada levando-se em consideração a personalidade, os antecedentes e a conduta social que nada tem a ver com o fato delituoso concretamente perpetrado pelo agente.

É difícil conciliar uma pretensa culpabilidade pelo fato e essas circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do código penal brasileiro, tendo em vista que elas se referem ao agente e como ele conduz a sua vida.

É possível que um dos motivos para tamanha falta de coerência derive da própria legislação brasileira, o que não exime minimamente a responsabilidade dos nossos juristas. Acontece que o referido artigo 59 do código penal brasileiro, e isso já tinha sido percebido de forma oportuna por Nelson Hungria, é uma união, epistemologicamente falando, impossível dos pressupostos da escola clássica e positivista, tendo em vista que, para a primeira, deve ser examinado o fato delituoso com o fito de se aplicar a pena; já para a segunda, e por esse motivo a pena não pode ser certa e determinada, o quantum

² Cf. ZAFFARONI, E. Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: BdeF, 2005.

necessário para cada crime vai ficar na dependência do exame da periculosidade social do agente.

Assim, existe uma tensão imanente no próprio dispositivo legal, que acaba normalmente “pendendo” para o lado da escola positivista, lancinando fatalmente a culpabilidade como fundamento e limite, uma vez que esse elemento é visto apenas como mais uma circunstância judicial³ para fixação da pena, podendo ser diluída – como normalmente é – se as demais circunstâncias, que se referem na sua maioria ao sujeito e não ao fato criminoso, forem desfavoráveis ao agente. E tudo isso acontece como num mar de rosas, como se tudo estivesse harmonizado.

É de se advertir que outras questões discutidas pela doutrina alienígena passam longe da análise brasileira, como, por exemplo, a discussão travada entre os funcionalistas sobre a influencia da prevenção geral e especial no tocante a medida da pena, o que, sob um determinado ponto de vista, é até mesmo positivo, tendo em vista a confusão que causaria a já vacilante jurisprudência e doutrina pátria.

Estamos a nos referir, como suscitado acima, sobre a influência das questões preventivas na medida da pena de liberdade, pois, para os seus defensores, a culpabilidade deixa de ser o seu fundamento, continuando apenas como limite. Isso se deve a inserção da culpabilidade dentro um elemento mais geral, a responsabilidade, que restaria afastada não exclusivamente pelas situações conhecidas e clássicas de exclusão da culpabilidade – como a menoridade ou a deficiência mental que leva o agente a não entender o caráter ilícito do fato, por exemplo –, mas também pela desnecessidade de aplicação de uma pena, em face de questões de prevenção geral.

Isso significa, voltando ao assunto, que a medida da pena aplicada vai variar de acordo com as suas necessidades preventivas, mas nunca pode ultrapassar a culpabilidade do agente, constituindo-se como uma garantia ao cidadão e limite aos interesses estatais.

Ainda sem julgar as vantagens e correção dessa doutrina, podemos afirmar aqui um aumento de complexidade no tocante à fixação da sanção penal, pois, além de permanecer as questões suscitadas sobre a culpabilidade, acabou-se por adicionar novos problemas, agora relacionados às finalidades da pena.

³ Juarez Cirino dos Santos, de forma muito coerente, afirma que a culpabilidade não pode ser vista como apenas mais uma circunstância judicial, o que referenda e corrobora a nossa posição. Cf. SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna teoria do fato punível*. Curitiba: Lumen Juris; ICPC, 2005.

Isso se deve, primeiro, porque se faz necessário saber e ponderar quais as finalidades preventivas da pena, ou se são todas, que vão influir na aplicação e medida do quantum necessário. Já temos aqui uma primeira cisão entre os seus adeptos, tendo em vista que, por exemplo, Claus Roxin afirma que é a finalidade preventiva especial a ser considerada no momento da dosagem da pena, indo de encontro ao defendido por Anabela Rodrigues e Günther Jakobs que defendem a prevenção geral positiva como o elemento a ser ponderado.

Como vamos tentar demonstrar ao longo do trabalho, acreditamos que apenas a culpabilidade pode funcionar como elemento para medir a pena privativa de liberdade, evitando, dessa forma, um direito penal do autor que engendra processos eticizantes, procurando expurgar as diferenças entre os indivíduos a favor de padrões homogêneos de comportamentos, que é incompatível com um direito penal que pretenda ser adequado ao estado democrático de direito.

O grande desafio é que a culpabilidade do fato funcione como uma barreira intransponível as pretensões antidemocráticas advindas de uma culpabilidade do autor, e o perigoso conceito de periculosidade social do agente.

Para tentar responder as questões suscitadas, a presente investigação está dividida em cinco capítulos, que são pressupostos necessários para a discussão que se trava.

No primeiro capítulo, tendo em vista o observado por Nelson Hungria, buscou-se examinar os pressupostos da teoria clássica e do positivismo jurídico, primordialmente quanto à questão da responsabilidade criminal, em virtude da sua influência na aplicação da pena. Insta salientar que, não obstante discorrermos sobre Beccaria e Feuerbach e simplesmente abdicarmos dos demais representantes, concentramos os nossos esforços na teorização operada por Carrara, que, inegavelmente, é o maior expoente do classicismo jurídico penal a tal ponto que os positivistas – nomeadamente Ferri – concentraram as suas críticas aos posicionamentos do mestre italiano.

Nesse espeque, examinou-se da mesma maneira o positivismo penal, concentrando os nossos esforços no seu principal representante – Enrico Ferri –, mas sem esquecer as importantes contribuições de outros autores, que contribuíram para a formação dos principais pressupostos dessa escola.

O objetivo desse capítulo é deixar a exposição às principais diferenças entre as escolas penais, mostrando, dessa forma, as contradições

existentes no artigo 59 do código penal brasileiro, responsável para fornecer os parâmetros necessários a fixação da pena base, que será detalhado e examinado de forma mais acurada no capítulo subsequente.

No segundo capítulo, buscamos estudar os sistemas de aplicação da pena. Primeiramente, e dentro de uma conexão com o capítulo anterior, buscamos deixar clara a influência das escolas supracitadas nos sistemas de aplicação da pena.

Por outro lado, porém dentro de mesmo capítulo, analisamos os diversos aportes teóricos que buscam explicar como medir a pena privativa de liberdade, chegando a conclusão – independente do sistema que se adote – que é imprescindível se deter de forma mais cuidadosa nas questões relacionadas à culpabilidade e a medida da pena, e, também, no tocante as finalidades da pena e a sua possibilidade de graduação.

No capítulo terceiro e quarto discorreu-se sobre a culpabilidade e suas relações com a medida da pena. No terceiro capítulo buscou-se, num primeiro momento, compreender a passagem da concepção psicológica a normativa e as diferentes influências na aplicação da pena que decorrem de uma e da outra.

Ainda dentro desse mesmo capítulo, desenvolveu-se a culpabilidade dentro de uma perspectiva funcional, porém com diferenças substanciais as concepções de Roxin, Jakobs ou qualquer outro doutrinador jurídico penal que insira dentro da culpabilidade questões preventivas, seguindo, assim, um caminho oposto as construções desses autores.

Dando seqüência à exposição sobre a culpabilidade e a forma na qual a trabalhamos, abordamos o conceito material de culpabilidade, tendo em vista que é ele, em última medida, que faz a conexão punitiva com a pena. Aqui, apesar do conhecimento de várias construções sobre a matéria, buscamos trazer a baila apenas as concepções de Hans Welzel, Claus Roxin, Günther Jakobs e Eugenio Zaffaroni, com o objetivo de aprofundar tais posicionamentos, mesmo que à custa de uma abordagem generalista, que contém obrigatoriamente um maior número de construções diferenciadas, mas que, normalmente, peca na profundidade.

Ainda nesse capítulo, fizemos uma abordagem crítica das concepções de Welzel e Roxin, deixando para o capítulo posterior essa mesma análise das teorias de Jakobs e Zaffaroni. O principal motivo de assim proceder, além das razões de caráter estilístico, fundamenta-se na discussão travada por ambos na questão relacionada ao livre arbítrio.

Assim, pudemos, num mesmo capítulo e de forma coesa, examinar essa questão tão tortuosa e complexa, porém de fundamental

importância para a nossa construção, o que possibilitou uma visão diferente das defendidas pelos autores em questão.

É no quinto e derradeiro capítulo que escurecemos um pouco mais os contornos do nosso posicionamento. Começamos pela discussão e pertinência entre a teoria de Jakobs e do sociólogo alemão Niklas Luhmann.

Apesar de ser alvo de citação por parte de Jakobs, acreditamos que o funcionalismo de Luhmann não fora compreendido satisfatoriamente pelo penalista alemão. O sustentáculo de tal afirmação é a obra do próprio sociólogo, que parece dar guarida ao posicionamento defendido nessa investigação.

Ainda nesse tópico, procedeu-se com a crítica a culpabilidade como vulnerabilidade social, tal como é defendida por Zaffaroni. Parece-nos que é nesse ponto, além de completarmos todos os estudos propostos, que damos as principais contribuições para os mais diversos aspectos da nossa investigação, que, em conjunto com as demais argumentações propostas ao longo dos capítulos, completam a nossa teorização sobre o tema.

Talvez estejamos na seara de uma das questões mais importantes e complexas – senão a maior – de toda a dogmática penal. A medida da pena privativa de liberdade reflete o desenrolar de toda uma construção teórica sobre a teoria do crime e da pena, mais especificamente, a relação entre culpabilidade e fins da sanção criminal.



D'PLÁCIDO
EDITORA

www.livrariadplacido.com.br

ISBN 978-85-8425-306-7



ISBN 978-85-8425-306-7