

Sebastian Borges de Albuquerque Mello

# O NOVO CONCEITO MATERIAL DE CULPABILIDADE:

O FUNDAMENTO DA IMPOSIÇÃO DA PENA  
A UM INDIVÍDUO CONCRETO EM FACE DA  
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA



Academia

São Paulo  
2019



Copyright© 2019 by Sebastian Borges de Albuquerque Mello

Editor Responsável: Aline Gostinski

Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

Imagem Capa: João Vitor Ferigato Choukr (7 anos). Ensaio sobre Monet. Óleo sobre tela. 2015.

#### CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

**EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**

*Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México*

**JUAREZ TAVARES**

*Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil*

**LUIS LÓPEZ GUERRA**

*Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha*

**OWEN M. FISS**

*Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA*

**TOMÁS S. VIVES ANTÓN**

*Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha*

M481

Mello, Sebastian Borges de Albuquerque

O novo conceito material de culpabilidade : o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana / Sebastian Borges de Albuquerque Mello. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019.

420 p.

ISBN: 978-85-9477-419-4

1.Direito penal. 2. Culpabilidade. I. Título.

CDU: 343.222

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.

A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empório do Direito Editorial Ltda.



**Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.**

Avenida Nove de Julho nº 3228, sala 404, ed. First Office Flat

Bairro Jardim Paulista, São Paulo - SP

CEP: 01406-000

[www.tirant.com.br](http://www.tirant.com.br) - [editora@tirant.com.br](mailto:editora@tirant.com.br)

# SUMÁRIO

<b>DEZ ANOS DEPOIS.....</b>	<b>9</b>
<b>APRESENTAÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>15</b>
<b>CAPÍTULO 1 - A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO PENAL .....</b>	<b>21</b>
1.1. PODER PUNITIVO E DIGNIDADE HUMANA .....	21
1.2. A BUSCA DE UM CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA .....	24
1.3. A CONCEPÇÃO MODERNA DE DIGNIDADE. O PENSAMENTO DE KANT .....	31
1.4. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NUMA PERSPECTIVA JURÍDICA: SUA RELAÇÃO COM DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	41
<b>CAPÍTULO 2 - ESTADO DE DIREITO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO PENAL. OS DIREITOS PENAIS FUNDAMENTAIS QUE REALIZAM A DIGNIDADE HUMANA.....</b>	<b>51</b>
2.1. O DIREITO PENAL E ESTADO DE DIREITO. O RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA COMO PARADIGMA DA INTERVENÇÃO PUNITIVA.....	51
2.2. A LEGALIDADE COMO PRIMEIRA CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA NO DIREITO PENAL. A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO PENAL .....	55
2.3. OUTRAS DIMENSÕES PENAIS DA DIGNIDADE HUMANA NO DIREITO PENAL: LESIVIDADE, INTERVENÇÃO MÍNIMA E HUMANIDADE DAS PENAS .....	72
<b>CAPÍTULO 3 - A CULPABILIDADE E SUA RELAÇÃO COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....</b>	<b>83</b>
3.1. AS ORIGENS DO MODERNO CONCEITO DE CULPABILIDADE. A RESPONSABILIDADE PESSOAL E SUBJETIVA.....	84
3.2. A CULPABILIDADE E O LIVRE-ARBÍTRIO CLÁSSICO .....	96
3.3. A DERROCADIA DO LIVRE-ARBITRIO E A ASCENSÃO DO POSITIVISMO .....	101
<b>CAPÍTULO 4 - O CONCEITO DE CULPABILIDADE NA TEORIA DO DELITO. DA CONCEPÇÃO PSICOLÓGICA ATÉ A CULPABILIDADE NORMATIVA.....</b>	<b>105</b>

4.1.	TEORIA PSICOLÓGICA DA CULPABILIDADE .....	106
4.2.	O CAMINHO PARA A CULPABILIDADE NORMATIVA. FRANK, GOLDSCHMIDT, FREUDHENTHAL, EBERHARD SCHMIDT E MEZGER .....	113
4.2.1.	REINHARD FRANK E A REPROVABILIDADE DA CONDUTA .....	121
4.2.2.	GOLDSCHMIDT E A VIOLAÇÃO DA NORMA DE DEVER .....	124
4.2.3.	FREUDHENTHAL E A CAUSA GERAL DE EXCULPAÇÃO SUPRALEGAL .....	127
4.2.4.	EBERHARD SCHMIDT E A GENERALIZAÇÃO DA TEORIA NORMATIVA. A RECORRÊNCIA AO HOMEM MÉDIO .....	132
4.2.5.	MEZGER E O CONCEITO COMPLEXO DE CULPABILIDADE .....	133
4.2.6.	IMPORTÂNCIA DA TEORIA PSICOLÓGICO-NORMATIVA DA CULPABILIDADE E SUA RELAÇÃO COM UMA CONCEPÇÃO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	137
4.3.	O FINALISMO E A TEORIA NORMATIVA PURA DA CULPABILIDADE .....	140
4.3.1.	O FUNDAMENTO MATERIAL DA CULPABILIDADE NO FINALISMO. A CONCEPÇÃO DE LIVRE-ARBÍTRIO EM WELZEL E O “PODER ATUAR DE OUTRO MODO” .....	146
<b>CAPÍTULO 5 - A BUSCA DE UMA ALTERNATIVA AO “PODER ATUAR DE OUTRO MODO”. A CULPABILIDADE NO PÓS- FINALISMO .....</b>		<b>151</b>
5.1.	A ASCENSÃO E A CRISE DO FINALISMO NA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XX. AS CRÍTICAS AO “PODER ATUAR DE OUTRO MODO” .....	152
5.2.	O CONTEXTO HISTÓRICO DO PÓS-FINALISMO. A NOVA DIMENSÃO DA DIGNIDADE HUMANA, O NEOCONSTITUCIONALISMO E A NOVA DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	162
5.3.	OS NOVOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DECORRENTES DO NEOCONSTITUCIONALISMO. PONDERAÇÃO COM DIREITOS FUNDAMENTAIS EM MATÉRIA PENAL .....	170
<b>CAPÍTULO 6 - A CULPABILIDADE PÓS-FINALISTA NA DOCTRINA ALEMÃ .....</b>		<b>185</b>
6.1.	A CULPABILIDADE E O PARADIGMA DO HOMEM MÉDIO. A ATITUDE INTERNA JURIDICAMENTE DESAPROVADA. GALLAS, JESCHEK E WESSELS .....	188
6.2.	A CULPABILIDADE E OS FINS PREVENTIVOS NA DOCTRINA DE CLAUD ROXIN .....	200
6.3.	A PREVENÇÃO GERAL POSITIVA COMO O FUNDAMENTO DA CULPABILIDADE. A TESE DE JAKOBS .....	211
6.4.	A CULPABILIDADE COMO LIMITE DA PENA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A TESE DE WINFRIED HASSEMER ..	225

6.5.	A CULPABILIDADE EM DECORRÊNCIA DA TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA, DE JÜRGEN HABERMAS: A PESSOA DELIBERATIVA, DE KLAUS GÜNTHER, E A DESLEALDADE AO DIREITO, DE KINDHÄUSER .....	233
6.5.1.	A PESSOA DELIBERATIVA EM KLAUS GÜNTHER. ....	235
6.5.2.	A INFIDELIDADE AO DIREITO EM KINDHÄUSER .....	240
6.5.3.	ANÁLISE CRÍTICA DAS CONCEPÇÕES DE CULPABILIDADE INSPIRADAS NA LEGITIMIDADE NORMATIVA ATRAVÉS DOS PROCEDIMENTOS DISCURSIVOS QUE LEGITIMAM A FORMAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS .....	247
6.6.	BERND SCHÜNEMANN E O INTERACIONISMO SIMBÓLICO ENTRE ONTOLOGISMO E NORMATIVISMO .....	250

## **CAPÍTULO 7 - O PÓS-FINALISMO E A CULPABILIDADE NA PENÍNSULA IBÉRICA. .... 255**

7.1.	A NEGAÇÃO DA CULPABILIDADE NO PENSAMENTO DE GIMBERNAT ORDEIG .....	255
7.2.	A IDEIA DE LIBERDADE DESENVOLVIDA POR FIGUEIREDO DIAS .....	260
7.3.	A CULPABILIDADE RELACIONADA COM MOTIVABILIDADE NA DOUTRINA DE MIR PUIG E MUÑOZ CONDE .....	266
7.3.1.	MIR PUIG E O CONCEITO DE IMPUTAÇÃO PESSOAL .....	267
7.3.2.	A MOTIVABILIDADE EM MUÑOZ CONDE .....	270
7.3.3.	OBSERVAÇÕES CRÍTICAS .....	274
7.4.	A EXIGIBILIDADE SOCIAL NO PENSAMENTO DE BUSTOS RAMIREZ E HORMAZÁBAL .....	278
7.5.	O PENSAMENTO DE VIVES ANTÓN E A CULPABILIDADE A PARTIR DA AÇÃO SIGNIFICATIVA E DA LINGUAGEM .....	285
7.6.	A IMPORTÂNCIA DO PARADIGMA NORMATIVISTA E A REAÇÃO FINALISTA NO PENSAMENTO DE CEREZO MIR, GRACIA MARTIN E HANS JOACHIM HIRSCH. PANORAMA DAS QUESTÕES CENTRAIS SOBRE CULPABILIDADE MATERIAL NA CONTEMPORANEIDADE .....	293

## **CAPÍTULO 8 - CULPABILIDADE, PENA E PREVENÇÃO ..... 299**

8.1.	A IMPORTÂNCIA DA PENA NA CONCEPÇÃO MATERIAL DE CULPABILIDADE. CULPABILIDADE E PREVENÇÃO .....	311
8.2.	A INCOMPATIBILIDADE ENTRE A PENA RETRIBUTIVA E UM CONCEITO MATERIAL DE CULPABILIDADE NUM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	318
8.3.	AS DIVERSAS TEORIAS DA PREVENÇÃO E SUA RELAÇÃO COM O CONTEÚDO MATERIAL DE CULPABILIDADE. ....	323
8.4.	A TEORIA AGNÓSTICA DA PENA E A IRRACIONALIDADE NO EXERCÍCIO DO PODER PUNITIVO .....	336

<b>CAPÍTULO 9 - UM CONCEITO MATERIAL DE CULPABILIDADE À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE E IGUALDADE .....</b>	<b>343</b>
9.1. A POLÊMICA SOBRE O LIVRE-ARBÍTRIO E O DETERMINISMO. A LIBERDADE HUMANA COMO DECISÃO POLÍTICA E JURÍDICA DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	347
9.1.1. AS PESQUISAS NEUROCIÊNCIAS E O LIVRE ARBÍTRIO.....	349
9.1.2. A NEUROCIÊNCIA E AS NOVAS TENSÕES NO CONCEITO DE CULPABILIDADE .....	352
9.1.3. A LIBERDADE E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	356
9.2. A INSUFICIÊNCIA DA LIBERDADE HUMANA COMO FUNDAMENTO MATERIAL DA CULPABILIDADE. A RECORRÊNCIA AO DIREITO FUNDAMENTAL DE IGUALDADE.....	375
<b>CONCLUSÕES .....</b>	<b>399</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>407</b>