

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA - POSGRAP
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PRODIR

ALAN JEFFERSON SANTOS VARJÃO

CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL:
A ilusão do *poder agir de outro modo* a partir do problema do
livre-arbítrio.

São Cristóvão

2014

ALAN JEFFERSON SANTOS VARJÃO

CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL:

A ilusão do *poder agir de outro modo* a partir do problema do livre-arbítrio.

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal de Sergipe, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Estudos sobre Violência e Criminalidade.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes

São Cristóvão

2014

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE

V313c Varjão, Alan Jefferson Santos
Culpabilidade no direito penal: a ilusão do poder agir de outro modo a partir do problema do livre-arbítrio / Alan Jefferson Santos Varjão; orientador Carlos Alberto Menezes. – São Cristóvão, 2014. 115 f.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, 2014.

1. Direito penal – Filosofia. 2. Livre-arbítrio. 3. Culpa (Direito). 4. Pena (Direito). 5. Utilitarismo. I. Menezes, Carlos Alberto, orient. II. Título.

CDU 343.222

ALAN JEFFERSON SANTOS VARJÃO

CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL:

A ilusão do *poder agir de outro modo* a partir do problema do livre-arbítrio.

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pela Banca Examinadora.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, Brasil.

Prof.^a Dr.^a Daniela Carvalho Almeida da Costa

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo – USP, Brasil.

Prof.^a Dr.^a Gabriela Maia Rebouças

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Brasil.

Coordenador do PRODIR: Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

São Cristóvão, Fevereiro de 2014.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a José Gonçalves Varjão (*in memoriam*), meu avô. Com sua partida, ficou pra mim a sensação de que a morte está sempre bem próxima; seremos cérebro até descobrir o fim da ansiedade; talvez a mente surja depois. E o senhor, vovô, deixou uma lição que não encontro em nenhum livro.

AGRADECIMENTOS

À minha família, e em especial, à minha mãe. Ela é principal testemunha da minha existência e do esforço até aqui.

À Jéssica, porque me deu um sentido. Cada reflexão terá sempre você.

Aos meus amigos de graduação. Cada um segue seu caminho, mas as lembranças estão arquivadas.

Aos colegas do Ministério da Saúde, e em especial, aos companheiros da Legislação. Cada página desse trabalho foi testada e debatida também por pessoas que não gostam de filosofia.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito, pela oportunidade de realização da pesquisa, especialmente à Catuscha, que me ajudou a solucionar os problemas no departamento.

Ao meu orientador, o professor Carlos Alberto de Menezes, por ser um verdadeiro filósofo. Obrigado pela ajuda desde a graduação. Com ele aprendi que o Direito se aprende nos textos clássicos. Joguei fora os códigos, manuais e estou construindo minha nova biblioteca. Obrigado também pela oportunidade no estágio de docência. Descobri que é isso que eu quero para minha vida.

Aos colegas de curso, pelo seu auxílio nas tarefas desenvolvidas. Foram aulas, seminários, artigos, prazos e angústias.

Aos professores, por cada momento de reflexão durante as aulas.

À professora Flávia, por todo o apoio durante o período em que foi Coordenadora do PRODIR.

À Fapitec pela provisão da bolsa de mestrado durante o ano de 2012.

“O homem é livre para fazer o que quer, mas não para querer o que quer.”
(Arthur Schopenhauer)

RESUMO

Trata-se de pesquisa teórica que procura questionar a ideia do *poder agir de outro modo* da culpabilidade a partir do problema do livre-arbítrio. Defendemos que a culpabilidade é legitimada por uma sensação libertista de livre-arbítrio no senso comum que não tem fundamento empírico. Assim, diante da impossibilidade de comprovação da vontade livre, afirmamos que o Direito penal não pode fundamentar a pena no merecimento. Apesar da aparência compatibilista, o *poder agir de outro modo* se baseia, implicitamente, no libertismo. Em outras palavras, o juízo de reprovação é justificado por uma noção insustentável de liberdade. A ideia é demonstrar que o modo como as pessoas enxergam o livre-arbítrio representa uma ilusão, pois os pressupostos que o sustentam são falsos. Como fundamentação, utilizamos argumentos de alguns filósofos e descobertas da neurociência. A partir deles, demonstramos que a única saída para a culpabilidade é a presunção normativa com base em um conceito *a priori* de homem médio. Além do falso livre-arbítrio, a culpabilidade traz uma noção de realismo moral que não pode ser sustentada diante de algumas descobertas da neurociência. Em segundo plano, demonstramos a evolução do Direito penal como construção sistemática e o papel ocupado pela culpabilidade no sistema da dogmática penal. Com a negação do conceito normativo, analisamos as propostas funcionalistas de Claus Roxin e Gunther Jakobs, e também a teoria do utilitarismo por dissuasão.

Palavras-chaves: Livre-arbítrio. Culpabilidade. Realismo moral e Utilitarismo.

ABSTRACT

We have here a theoretical research that intends to question the concept of culpability, in other words, the idea of being able to act otherwise considering the problem of free will. We argue that the concept of culpability is legitimized by a libertarian sense of free will in the common sense that has no empirical basis. Thus, given the impossibility of proving the existence of free will, we affirm that the criminal law cannot justify punishment on desert. Despite the compatibilist appearance, the idea of being able to do otherwise is supported implicitly by a libertarian point of view. In other words, the judgment of disapproval is justified by an untenable notion of freedom. The idea is to demonstrate that the way people see free will is an illusion because the assumptions that sustain it are false. In support, we use arguments of some philosophers and discoveries of neuroscience. From them, we demonstrated that the only way out of culpability is the normative presumption based on an *a priori* concept of average man. Besides false free will, the culpability brings a sense of moral realism that cannot be sustained in the face of some discoveries of neuroscience. In the background, we showed the evolution of criminal law as a systematic construction and the role played by culpability in the criminal dogmatic system. With the denial of the normative concept, we analyzed the functionalism of Claus Roxin and Gunther Jakobs, and also the theory of utilitarianism by deterrence.

Keywords: Free will. Culpability. Moral realism. Utilitarianism.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	LIVRE-ARBÍTRIO E CULPABILIDADE	15
2.1	O PROBLEMA DO LIVRE-ARBÍTRIO	15
2.2	PRESSUPOSTOS DO LIVRE-ARBÍTRIO	17
2.3	O PROBLEMA DO LIVRE-ARBÍTRIO NA FILOSOFIA	27
2.3.1	Os Antigos	28
2.3.2	Estoicismo	32
2.3.3	Escolástica.....	33
2.3.4	Filosofia moderna	37
2.4	DO SER AO DEVER-SER E A NEGAÇÃO DO LIVRE-ARBÍTRIO PELO EMPIRISMO	45
2.5	O REALISMO MORAL DO PODER AGIR DE OUTRO MODO.....	53
2.6	DIREITO PENAL SEM LIVRE-ARBÍTRIO. É POSSÍVEL?	59
3	CULPABILIDADE E SISTEMÁTICA PENAL	65
3.1	SISTEMA JURÍDICO-PENAL	66
3.2	FASES DA CONSTRUÇÃO SISTEMÁTICA.....	72
3.2.1	O positivismo normativista	72
3.2.2	O positivismo naturalista.....	73
3.2.3	O neokantismo	76
3.2.4	O finalismo.....	78
3.3	EVOLUÇÃO DO CONCEITO MATERIAL DE CULPABILIDADE	82
3.4	A CULPABILIDADE COMO PRINCÍPIO. DIFICULDADES PARA VIVER SEM ELA	87
3.5	A PROPOSTA DE CLAUS ROXIN COMO ALTERNATIVA	93
3.6	A PROPOSTA DE GUNTHER JAKOBS COMO ALTERNATIVA	100
3.7	O UTILITARISMO POR DISSUAÇÃO COMO ALTERNATIVA	105
4	CONCLUSÃO	111
	REFERÊNCIAS.....	114

1 INTRODUÇÃO

Esta dissertação representa o resultado de uma pesquisa teórica que procurou responder a seguinte pergunta: pode o conceito material de culpabilidade ser sustentado pela ideia do *poder agir de outro modo*, diante da impossibilidade empírica de comprovação do livre-arbítrio? Associadas à resposta desta principal, as seguintes: Se sim, qual a relevância de presumir uma liberdade que não existe? Se não, qual seria a alternativa para a categoria da culpabilidade na dogmática penal?

Defende-se neste estudo que o conceito material da culpabilidade representa algo incerto na teoria do delito; incerteza, cuja relevância se dá pelo efeito prático que ocasiona – a imputação fundada no juízo de reprovação, diante da presunção de uma liberdade para atuar de acordo com a norma. Assim, o ataque ao conceito neste trabalho se justifica, tendo em vista que esse modelo ainda representa a concepção dominante no campo das teorias da culpabilidade.

A motivação do trabalho não se origina exclusivamente de um anseio de reconstrução dogmática dos modelos normativos relacionados ao conceito material de culpabilidade. Pelo contrário, o nascimento desta pesquisa tem relação com o clássico problema filosófico do livre-arbítrio, que adquiriu uma nova importância a partir da perspectiva neurocientífica, pois resultados de estudos comprovam que a noção libertista (que não aceita o determinismo) não pode ser sustentada.

Como forma de realizar um encontro teórico entre o problema filosófico e esta pesquisa, será utilizada a seguinte hipótese: a noção de *poder agir de outro modo*, que é o fundamento material da culpabilidade, não está fundamentada por uma resposta compatibilista ao problema do livre-arbítrio, mas sim por uma resposta libertista que não tem fundamento empírico. Apesar da aparência compatibilista, o *poder agir de outro modo* se sustenta, implicitamente, no libertismo. Em outras palavras, o juízo de reprovação é justificado por uma noção insustentável de liberdade.

A partir de descobertas da neurociência cognitiva, que atacam empiricamente a liberdade de vontade, as teorias fundamentadas no libertismo perdem o principal argumento para legitimar o juízo de reprovação. Com isso, os defensores da culpabilidade utilizam a saída da presunção. Motivados por um racionalismo ético

duvidoso, concebem a liberdade como um *a priori*, uma presunção necessária para constituir as bases de qualquer ramo do Direito.

No entanto, qual seria a relevância prática da presunção de algo refutado empiricamente? Se aceitarmos a ideia da presunção da liberdade inexistente, estaremos assumindo que o Direito penal serve apenas para retribuir o mal, fundamentando-se unicamente na reprovaçãodaquele que comete o crime. Isso porque, considerando a noção libertista, a pena não teria nenhuma função utilitarista.

Além disso, mesmo percebendo a fragilidade do conceito, muitos adotam posições compatibilistas, ou seja, assumem o determinismo, mas defendem que o livre-arbítrio é possível, pois o ser humano é capaz de agir racionalmente. Porém, na verdade, a culpabilidade não está fundamentada nessa suposta autodeterminação racional, que poderia ser relacionada à imputabilidade. Implicitamente, a culpabilidade esconde uma noção intuitiva de justiça que pode ser questionada empiricamente. O que o juiz de fato quer saber é se, no momento do crime, o autor era ele mesmo, ou era um produto das circunstâncias. O que realmente importa para as pessoas e para o Direito penal é se, diante de suas condições e das circunstâncias externas, o autor poderia ter agido conforme a lei; se ele poderia, fazendo o bom uso de seu livre-arbítrio, ter superado as causas e ter escolhido outro caminho.

Ora, essa exigência só pode ser fundamentada por uma noção ampla de livre-arbítrio, ou seja, o Direito penal de culpabilidade parte da premissa de que o autor do crime pode superar as causas e circunstâncias e, dessa forma, interferir na relação de causa e efeito de forma independente. Porém, essa ideia representa uma ilusão. Como alguns filósofos naturalistas e a grande maioria dos cientistas defendem, não existe um homem independente dessas circunstâncias, apesar de muita gente, inclusive o Direito penal, enxergar a mente humana de uma forma dualista, isto é, separada de todo o resto, como defendem os teóricos libertistas de tradição cartesiana.

Além disso, essa ideia dualista/libertista esconde uma noção intuitiva de justiça baseada no realismo moral, ou seja, o Direito penal acha justo condenar aquele que, mesmo sendo livre em determinada ocasião, resolveu cometer o crime,

mas, por outro lado, acha injusto condenar alguém que atuou movido pelas circunstâncias.

O que vamos defender nesta pesquisa, utilizando argumentos da filosofia e resultados de algumas descobertas da neurociência, é que a noção libertista de livre-arbítrio não pode ser sustentada, e, por isso, não pode servir de fundamento para a culpabilidade, nem pode justificar a pena. Essa concepção de homem livre representa um absurdo apriorístico que precisa ser afastado do Direito penal.

Uma constatação dessa natureza desafia não somente as teorias retributivas, fundamentadas na ideia da culpabilidade como *poder agir de outro modo*, mas também as teorias relacionadas com a prevenção geral positiva, que tomam por base a culpabilidade como critério limitador da pena, e acabam, com isso, defendendo indiretamente uma culpabilidade fundamentada em um inexistente amplo livre-arbítrio do ser humano.

De certo modo, o desenvolvimento das teorias preventivas, como a de Roxin e a de Jakobs, nasceu desse problema de fundamentação da culpabilidade a partir do livre-arbítrio, o que levou a dogmática penal a considerar a culpabilidade como um conceito em crise. Porém, muitos penalistas afirmam que esta condição não está relacionada com algo novo. Pelo contrário, parece ter relação com o antigo problema filosófico do determinismo, que sempre questionou a noção de responsabilidade relacionada com a aceitação da ideia do livre-arbítrio. Defendem que, de qualquer forma, mesmo diante do problema, a culpabilidade pertence ao universo do *dever-ser*, e, por isso, não pode ser influenciada pelas descobertas científicas, pois estas pertencem ao universo do *ser*.

Além disso, os defensores da culpabilidade, a partir do problema da indução, proposto por David Hume, criticam o método dos empiristas, e adotam uma postura de escolha diante do problema da vontade livre, que é um problema não apenas relativo à culpabilidade, nem somente do Direito penal, mas de todo o Direito, ou mesmo, de toda filosofia da ação humana. Ou seja, a culpabilidade, como elemento normativo, não depende de constatações, e pode ser expressa na forma de uma escolha epistemológica, ou seja, um *a priori* necessário para o Direito penal.

No caso de uma escolha apriorística pela condição de liberdade, as justificativas filosóficas serviram durante séculos para legitimar qualquer construção dogmática, pois consideravam o ser humano livre, emancipado pelo uso da razão.

Aliás, foi a razão a principal aliada nesta defesa, pois sempre foi considerada a ferramenta capaz de livrar o ser humano dos condicionamentos da natureza. Assim, o homem racional figurou por muito tempo como o protagonista das concepções filosóficas que legitimaram a responsabilidade penal. O argumento racionalista pode ser simplificado na seguinte: se a existência da razão é algo que ninguém pode refutar, qual a relevância de provar empiricamente a vontade livre?

Com efeito, a dogmática penal sempre considerou que a prova empírica da vontade livre não seria algo fundamental, tendo em vista que nenhum tipo de construção da culpabilidade poderia abrir mão do livre-arbítrio, de modo que, bastaria presumi-lo para fins de fundamentação da responsabilidade. Assim, por razões de sobrevivência, a dogmática adotou o conceito de homem médio para fundamentar o *poder agir de outro modo*. Ou seja, para a dogmática penal, não é realmente importante aquilo que o autor no caso concreto poderia ter feito, mas sim se é possível exigir do homem médio um comportamento normativo.

Ora, um argumento desse tipo só tem relevância se assumirmos que o Direito penal deve ser construído com base na presunção. E não é isso que queremos. Com a evolução da neurociência cognitiva, trazendo dados empíricos que refutam a suposta liberdade de vontade, a constatação de que o *poder agir de outro modo* baseia-se unicamente em uma presunção normativa coloca em xeque a culpabilidade como juízo de reprovação, deixando espaço para outros problemas: Até quando a presunção será capaz de legitimar algo incoerente com a realidade empírica? As teorias da prevenção geral são compatíveis com as descobertas da neurociência?

Um dos objetivos desta pesquisa é demonstrar como o resultado dessas novas descobertas derruba a noção libertista de livre-arbítrio, relacionando este impacto com o conceito material de culpabilidade. Por esta razão, é preciso esclarecer que o trabalho também tem um caráter interdisciplinar; representa um ponto de encontro entre a filosofia, a neurociência e o Direito penal, mais especificamente, um confronto entre algumas descobertas recentes com o problema do livre-arbítrio, e com as teorias normativas de culpabilidade.

Para uma melhor compreensão, dividimos o trabalho em duas partes, na forma de dois capítulos principais. No primeiro, apresentamos o problema do livre-arbítrio na filosofia, analisando os argumentos de alguns filósofos importantes.

Também demonstramos que a concepção libertista de livre-arbítrio não pode ser sustentada, pois os seus pressupostos são falsos. Além disso, com as descobertas da neurociência, demonstramos que a intuição de livre-arbítrio representa uma ilusão do senso comum que também não tem fundamento, e, por isso, não pode ser utilizada para legitimar o Direito penal de culpabilidade. Defendemos que as descobertas da neurociência podem modificar a forma como as pessoas julgam o comportamento dos criminosos. Sem o livre-arbítrio do senso comum, será possível rejeitar a idéia de culpabilidade e desenvolver um Direito penal orientado por teorias utilitaristas.

Depois disso, analisamos também o velho argumento dos racionalistas que afirmam que não é possível chegar ao *dever-ser* a partir do *ser*. Demonstramos que esse argumento teve origem no problema de David Hume, que já foi reformulado por Karl Popper e, portanto, não pode ser utilizado em sua totalidade. Se não é possível chegar ao *dever-ser* a partir do *ser*, defendemos que ao menos é possível utilizar a ciência para demonstrar que algumas construções do *dever-ser* são insustentáveis. Além disso, demonstramos que a ideia de merecimento da culpabilidade é fundamentada por uma noção de realismo moral que também não é compatível com as descobertas da ciência. Fizemos a exposição de alguns estudos que demonstraram que nossos julgamentos morais dependem essencialmente da forma como nosso cérebro foi programado. Assim, qualquer noção objetiva de certo ou errado não passa de uma ilusão.

No segundo capítulo, analisamos a culpabilidade como um conceito da dogmática penal alemã. Assim, demonstramos a importância da construção sistemática como uma forma de organização do conhecimento penal, defendendo que, apesar do ataque à culpabilidade, o sistema jurídico-penal pode ser defendido. Por isso, não utilizamos qualquer saída abolicionista, nem defendemos a substituição da construção sistemática pelo uso da tópica. Pelo contrário, entendemos que a filosofia penal já presenteou a dogmática com argumentos suficientes para que o Direito penal possa sobreviver sem a culpabilidade. Assim, analisamos as propostas funcionalistas de Claus Roxin e Gunther Jakobs, além da teoria utilitarista da dissuasão.

2 LIVRE-ARBÍTRIO E CULPABILIDADE

2.1 O PROBLEMA DO LIVRE-ARBÍTRIO.

Entender a essência do livre-arbítrio é o primeiro passo para negar a culpabilidade normativa. Isso porque essa questão está relacionada com tudo aquilo que os indivíduos se importam em uma sociedade: política, filosofia, religião, responsabilidade moral, Direito penal etc. Mas antes de entendê-lo como um problema, é preciso admitir que o livre-arbítrio existe no senso comum das pessoas. Será que você decidiu livremente o momento de ler essa dissertação? Deixou para agora porque conscientemente entendeu que esta seria a melhor ocasião? Bom, se você for como a maioria, provavelmente responderá que sim. O certo é que as pessoas sentem que possuem livre-arbítrio. Assim, não estão preocupadas em questioná-lo, simplesmente porque entendem que a ação humana depende da vontade livre, isto é, depende de uma visão em que cada ser humano é capaz de enxergar um ao outro como um sujeito consciente, capaz de realizar escolhas e decidir livremente. Em resumo, precisamos do livre-arbítrio para sustentar nosso modelo de vida.

No entanto, essa visão passou a representar um problema quando a comunidade científica afirmou que o livre-arbítrio é uma ilusão.¹ Não só isso, além de ser uma ilusão, os cientistas defendem que seria impossível conceber um modelo de universo em que o livre-arbítrio pudesse existir.

Somente uma declaração dessa natureza já seria suficiente para justificar nosso trabalho. Afinal, se a ciência diz que o livre-arbítrio é uma ilusão, isso significa que o nosso Direito penal está fundamentado nessa mesma ilusão. Ora, nenhum jurista vai querer ouvir algo desse tipo. Seria muita ingratidão com aqueles que vivem do Direito. Isso porque, no nosso dia a dia de profissão, precisamos decidir se o sujeito é ou não imputável, se atuou de forma dolosa ou culposa, se tinha maus antecedentes, se conseguiu vencer as circunstâncias etc. Com cada juízo dessa natureza, os juristas estão pressupondo que o sujeito foi livre para escolher

¹ HARRIS, S. **Free Will**. New York: Free Press, 2012, p. 1.

algo diferente do que escolheu, ou seja, estamos pressupondo que o sujeito poderia não ter escolhido o crime, que poderia ter escolhido ir para outro lugar e não nos conhecer no Tribunal. E agora vem o pessoal da ciência dizer que nossos pressupostos são ilusórios. É o mesmo que dizer que tudo aquilo que fazemos é falso; que cada sentença proferida reconhecendo a culpabilidade está cientificamente incorreta. De um modo impactante, todos que foram condenados pela culpabilidade só estão presos por causa de um grande erro dos juízes.

Pode parecer estranho, pode parecer uma traição ao Direito, mas nossa pesquisa concorda com os cientistas. Defenderemos que o Direito penal de culpabilidade não pode ser sustentado, porque o livre-arbítrio é falso. Além de ser falso, a sensação de que o possuímos representa uma ilusão. Nossa vontade consciente não é a origem de nossos atos e pensamentos, pois eles dependem de causas desconhecidas sobre as quais não temos controle. Simplesmente não temos como agir de modo distinto daquele que agimos e não há nada que possamos fazer para mudar essa situação.

E ainda que a dimensão desse trabalho não possibilite uma justificativa completa, mostraremos os principais argumentos que comprovam a falsidade do livre-arbítrio. De modo geral, a maioria desses argumentos não pertence ao campo do Direito. Os juristas não desenvolveram uma teoria do livre-arbítrio, apenas o presumiram como verdadeiro. Porém, apesar da nossa fundamentação não ser essencialmente jurídica, defendemos que ela é bem consistente, pois nossas justificativas serão encontradas na filosofia e na ciência. Não estamos afirmando que o livre-arbítrio é falso, porque achamos que é falso, mas sim, porque estamos plenamente justificados para declarar a falsidade.

Assim, o impacto na culpabilidade não vem de uma desconstrução dogmática de alguma teoria do Direito, mas sim das conseqüências que os argumentos científicos e filosóficos provocam quando confrontados com a presunção jurídica do livre-arbítrio. Demonstraremos quais são os argumentos que justificam o porquê do livre-arbítrio ser falso, e depois tentaremos defender que a compreensão dessa falsidade é capaz de modificar a opinião geral das pessoas a respeito da reprovação moral dos criminosos. Sem o apoio do livre-arbítrio do senso comum, o realismo moral da culpabilidade normativa perde legitimidade e não pode sustentar o juízo de reprovação.

2.2 PRESSUPOSTOS DO LIVRE-ARBÍTRIO.

O livre-arbítrio é baseado em dois pressupostos principais. O primeiro é a ideia de que cada um de nós foi livre para agir de modo diferente de como agiu. É a ideia de que era possível ter feito diferente. Ou seja, se escolhemos estudar Direito, poderíamos ter escolhido estudar matemática, se escolhemos um sorvete de morango, poderíamos ter escolhido chocolate etc. Basicamente é a noção de que cada ação realizada pelo homem foi uma escolha livre, e que poderia ter sido diferente do que foi se a escolha tivesse sido outra.

O segundo pressuposto é a ideia de que nós somos a fonte consciente dessas ações. Nossa vontade de querer fazer é aquilo que determina a escolha. Primeiro sentimos que queremos estudar Direito, então nos matriculamos no curso; sentimos que queremos carne, e então escolhemos a carne rejeitando a salada. Por esse pressuposto, nós somos o comando consciente de nossas vidas, somos a fonte daquilo que queremos fazer. Também, a partir desse pressuposto, alguns defendem que, se não somos a fonte consciente da vontade, ao menos temos o poder de controlar o impulso, reprimindo-o, ou deixando-o seguir em frente.

O problema é que esses dois pressupostos são falsos. Isso mesmo. Estamos justificados para afirmar essa falsidade e podemos defender que o livre-arbítrio não deve ser sustentado.

Primeiramente, todos sabem que vivemos em um mundo de causa e efeito, e não há como falar em causa e efeito sem a ideia de necessidade. Num universo regido pela relação de causa e efeito, se algo acontece, é porque precisou acontecer. Cada consequência é explicada a partir de sua causa. Por exemplo, se fosse possível visualizar todas as causas que nos levaram a escolher o Direito, saberíamos que a escolha aconteceu necessariamente e que não poderia ter sido de outro jeito. Imagine cada acontecimento de sua vida, cada singularidade de evento determinando seus atos e pensamentos numa espécie de cadeia contínua, que tem início com a criação do universo. Imagine a forma como o universo se originou, imagine como a espécie humana controlou o planeta; tente visualizar o fato de você ter nascido no Brasil, a forma como sua família se constituiu, a profissão de seus pais, o modo de criação e educação, cada professor que teve durante a fase de colégio, seus vizinhos, sua comunidade, os filmes e seriados que assistiu sobre

Direito, os pensamentos que foram se formando a partir deles, os medos, os sonhos, a preocupação com o futuro etc. Se você pudesse visualizar cada evento de sua existência nessa cadeia, com certeza saberia que a sua escolha pelo Direito ocorreu de forma necessária e que você não poderia ter escolhido ser um matemático, por exemplo. Bom, você poderia ter sido um matemático, no entanto, você teria que mudar tudo que aconteceu no universo até a sua escolha por Direito, e isso é bem complicado.

Imagine agora o último estupro de um psicopata sexual. A escolha para cometer esse último crime também é determinada por uma série de eventos, que também são determinados por outros, e assim por diante, até a origem do universo. Por exemplo, a vontade de estuprar é determinada por impulsos inconscientes, que são determinados por processos neurofisiológicos em seu cérebro; a preferência por mulheres loiras é determinada por um trauma na infância, no qual via sua mãe loira ter relações sexuais com vários homens enquanto seu pai estava fora; a escolha da corda de violão, utilizada para sufocar as mulheres, é determinada pela ausência de seu pai que sempre esteve longe de casa para tocar violão em bares. Além disso, todos esses acontecimentos também são determinados por causas prévias de todo tipo, sociais, biológicas, históricas etc. Todos esses eventos precedem qualquer decisão consciente de agir.

Então, o que significa dizer que o psicopata estuprador tem livre-arbítrio? Bom, somente pode significar que ele poderia ter agido de outro modo, que poderia ter reprimido o impulso, ou que poderia não ter escolhido estuprar a loira, e isso é impossível. Quando visualizamos toda a cadeia de eventos na vida do psicopata, a culpabilidade desaparece. Diante de todas as causas ocorridas em sua vida, é falso afirmar que o psicopata escolheu livremente estuprar, isto é, que ele foi a fonte consciente de sua vontade. Do contrário, se assumirmos que ele realmente poderia ter agido de outro modo, teríamos que também assumir que ele poderia ter escolhido viver em outro universo, e novamente, isso é impossível.

Se fosse possível ocupar o lugar do psicopata, ou seja, se tivéssemos sido ele nesse mesmo contexto de causa e efeito, se tivéssemos os mesmos genes, a mesma mãe, o mesmo pai, o mesmo trauma, a mesma cadeia de eventos, também seríamos um estuprador de loiras, exatamente como o psicopata, nem pior, nem

melhor. Então, pensando por esse lado, o nosso psicopata estuprador não é culpado coisa nenhuma, mas somente vítima de todas as circunstâncias.

Num universo de causa de efeito, dizer que alguém poderia ter escolhido de outro modo é o mesmo que dizer que esse alguém tem o poder de escolher o contexto causal do qual faz parte. Qualquer posição nesse sentido é insustentável. Ora, ninguém tem o poder de escolher o universo em que vive, de escolher todos os eventos que acontecem na vida, os genes que formam as células, as influências que formam a personalidade, os pais, a sociedade da qual faz parte. Da mesma forma, ninguém é nem um pouco responsável pela estrutura cerebral que determina a realização de suas ações. Culpar um indivíduo afirmando que poderia ter agido de outro modo é o mesmo que dizer ele é culpado pelo conjunto de todas as circunstâncias em sua vida. Isso é um absurdo. O pior de tudo é quando mandamos esse sujeito para a cadeia fundamentando a pena nessa culpa.

Em um argumento parecido com o do nosso psicopata, Joshua Greene e Jonathan Cohen propuseram o caso do “Senhor Boneco”.² O exemplo deles é útil para demonstrar a falsidade do primeiro pressuposto. Vamos imaginar que somos uma dupla de cientistas e resolvemos criar em laboratório um indivíduo batizando-o de Senhor Boneco. Certo dia, o Senhor Boneco se envolveu em um crime violento de homicídio e nós fomos arrolados para depor no Tribunal. O advogado de defesa lhe chama: “Por favor, nos fale da sua relação com o Senhor Boneco...”. Então, você diz somente a verdade:

É muito simples, realmente. Eu o criei. Eu cuidadosamente selecionei cada gene em seu corpo e cuidadosamente planejei cada evento significativo em sua vida, de modo que ele se tornaria precisamente aquilo que ele é hoje. Eu selecionei para que sua mãe o deixasse chorando por horas e horas antes de buscá-lo. Eu cuidadosamente selecionei cada um de seus parentes, professores, amigos, inimigos, etc. e lhes falei exatamente aquilo que deveriam falar e como deveriam tratá-lo. As coisas geralmente saíram como planejadas, mas nem sempre. Por exemplo, a carta de ódio escrita para seu falecido pai não deveria ter aparecido até que ele completasse quatorze anos, mas por volta dos treze ele já tinha escrito quatro delas. Em retrospectiva, eu acho que isso aconteceu por causa de uma substituição

² COHEN, J; GREENE, J. For the law, neuroscience changes nothing and everything. *Philosophical Transactions of the Royal Society of London B*. Vol. 359, p. 1775 – 1785, 2004.

que eu fiz no oitavo cromossomo. De qualquer maneira, meus planos para ele foram bem sucedidos já que está na média dos 95% das pessoas que eu já criei. Eu te asseguro que o acusado não merece nenhum crédito.³

Diante dessas circunstâncias, o que fazer com o Senhor Boneco? A própria testemunha está dizendo que ele não é responsável por nenhum de seus atos. Será que é possível dizer que o homicídio provocado pelo Senhor boneco poderia não ter acontecido, isto é, será que podemos dizer que ele poderia ter agido de outro modo? Bom, pelo Direito penal de culpabilidade é óbvio que não podemos responsabilizar o Senhor boneco. Simplesmente não é justo! Afinal, forças além de seu controle exerceram um papel dominante e fundamental para a prática do homicídio. O Senhor Boneco não teve escolha. Exigir uma conduta diversa nesse caso significa dizer que o Senhor Boneco poderia ter modificado, por sua livre vontade, algum acontecimento em sua vida, e isso foi impossível. Visualizando todas as causas na vida do coitado, somente podemos concluir que o homicídio teve que acontecer. Em resumo, o Senhor Boneco foi o produto de um plano maléfico previamente programado. Porém, uma pergunta importante deve ser feita. Qual é a diferença entre o Senhor Boneco e qualquer outra pessoa acusada de um crime?

Na verdade, a única diferença é que no caso do Senhor Boneco todas as causas foram conhecidas, e na grande maioria das vezes, isso não acontece nos Tribunais. O momento processual é apenas uma fotografia mal tirada do conjunto de circunstâncias. Imagine que, sem o seu depoimento, muito provavelmente, o Senhor Boneco seria condenado. É o que acontece com a maioria das pessoas. Os juízes fundamentam a decisão levando em conta o simples contexto do crime, e, para isso, presumem um livre-arbítrio que não existe. Se pudéssemos ter um depoimento tão preciso quanto o da vida do Senhor Boneco, saberíamos que cada crime seria um resultado necessário. Quando conhecemos as circunstâncias, a sensação de livre-arbítrio desaparece e a inexigibilidade de conduta diversa vira uma regra. Em resumo, como no famoso provérbio: conhecer tudo é perdoar tudo.

Em segundo lugar, além do problema da causalidade, o segundo pressuposto do livre-arbítrio é falso, porque não somos a fonte consciente de nenhuma

³ Ibidem, p.1780.

conseqüência no universo. Apesar da evidência do determinismo, as pessoas sentem que têm livre-arbítrio, que temos uma justificação subjetiva da nossa vontade livre. Afinal, quem duvida que você possa levantar a mão quando bem entender? Além disso, por ser uma sensação, algo subjetivo, as pessoas também acreditam que ela não pode ser comprovada por evidências científicas.

Contrariando o senso comum, defendemos que essa sensação não tem fundamento e a ciência não precisa provar coisa nenhuma. Se prestarmos mais atenção, até mesmo nossos pensamentos surgem em nossa mente de forma inconsciente. Tente se lembrar de tudo que pensou até aqui durante a leitura dessa dissertação? Será que você controlou tudo que veio à sua mente. Provavelmente surgiram imagens que não foram escolhidas de forma livre. É como se o cérebro fosse invadido por ideias intrusas.

Para fundamentar essa nossa afirmação, um pouco de Freud é suficiente. O criador da psicanálise sempre defendeu o fato de que existem atos psíquicos que são inconscientes, e de que eles estão ativos mesmo enquanto se acham inconscientes, e nesse caso, podem inclusive, ocasionalmente, levar a melhor sobre as intenções conscientes. ⁴ Então, diante desse fato, como podemos dizer que temos a sensação de liberdade? Como é possível dizer o que vamos pensar, se não temos o controle das associações inconscientes que determinam os pensamentos? Tente, por exemplo, pensar numa Ferrari vermelha. Você consegue sentir que tem controle sobre a imagem em sua mente?

A resposta é evidente. Não podemos afirmar que temos essa sensação. Mesmo que de forma consciente nosso cérebro queira imaginar um carro vermelho, não temos controle sobre a imagem que se forma, nem das diversas associações que vão ocorrendo a partir da imagem formada. Os pensamentos vão surgindo de forma aleatória, e no final, você fez muito mais do que apenas pensar em um carro vermelho. Mesmo que você ache que decidiu o que pensar, as imagens se formaram de forma inconsciente. Você apenas testemunhou um resultado. Cada único pensamento, cada única imagem em sua mente, é determinado por alguma associação a partir de outro pensamento prévio.

⁴ FREUD, S. **Algumas lições elementares de psicanálise**. Vol. XXIII. Rio de Janeiro: Imago, 2006, p.304.

Para não perdermos mais tempo com toda a teoria da associação livre de Freud, o que nos importa, nesse momento, é o fato de que não podemos sustentar o livre-arbítrio a partir da falsa sensação de que somos a origem consciente de algo. Se você não pode controlar o que você vai pensar, nem o que surgirá na sua mente até que o pensamento apareça, e nem mesmo o que surge depois desse pensamento, então por que você acha que tem a sensação de livre-arbítrio?

Diante desses argumentos, os defensores do livre-arbítrio se apegam à ideia que associa o livre-arbítrio com a capacidade de controle dos impulsos. Isto é, se não somos a origem consciente daquilo que pensamos ou fazemos, ao menos temos a capacidade de controlar o que fazer, reprimindo o impulso ou deixando que prossiga. Porém, esse controle não pode ser associado à vontade livre, pois ele também depende de outra causa prévia inconsciente, ou seja, um impulso inconsciente também determina a capacidade consciente de reprimir outro impulso.

Para aqueles que não gostam de Freud, ou rejeitam a psicanálise como um argumento válido, podemos fundamentar nossa afirmação a partir da neurociência. Na década de 80, Benjamin Libet realizou um experimento comprovando que nossas escolhas voluntárias são precedidas por atividade cerebral inconsciente.⁵ De acordo com a visão tradicional de livre-arbítrio, a vontade consciente deve aparecer antes do comando cerebral de realizar a ação. Ou seja, se realmente somos livres, nossa vontade consciente deve surgir antes de tudo. Porém, de acordo com o experimento de Libet, é possível identificar atividade cerebral inconsciente determinando a aparição da escolha consciente, ou seja, aquilo que achamos que teve origem a partir de nossa vontade foi determinado inconscientemente.

A partir das descobertas da neurociência, estamos plenamente justificados para dizer que, momentos antes da nossa decisão consciente, apesar de termos a sensação de que estamos livres, nosso cérebro já determinou aquilo de devemos fazer ou não fazer. Não é simplesmente um argumento filosófico baseado em alguma teoria racional da mente. Pelo contrário, descobertas científicas nos permitem afirmar que nossa sensação de livre-arbítrio é falsa.

Uma possível explicação para a origem dessa falsa sensação é o desconhecimento das forças que estão além de nosso controle. Ninguém consegue

⁵LIBET, B. Do we have free will? *Journal of Consciousness Studies*, 6, No. 8–9, 1999, p. 47–57.

imaginar o inconsciente, da mesma forma que não é possível para nenhum ser humano visualizar todas as circunstâncias que precedem uma decisão.

Aqui, um pequeno exercício mental é útil para comprovar que ignoramos nosso desconhecimento. Vamos lançar o seguinte desafio: pense em uma fruta qualquer. Isso mesmo, qualquer fruta do mundo pode ser escolhida. Nesse momento, você está livre para escolher qualquer fruta do planeta sem nenhuma restrição. Em um primeiro momento, ninguém pode afirmar que sua escolha está sendo determinada, afinal nenhuma restrição foi imposta. Consegue negar que existe uma forte sensação de livre-arbítrio nesse momento? Porém, observe a fragilidade dessa sensação. Qual a fruta que você pensou? Seria possível que você tivesse escolhido o cantalupo, fruta de origem indiana? Ou será que você escolheu o rambutão da Malásia? Muito provavelmente não, a não ser que você seja um gênio de outro planeta.

Então, reformulando a pergunta, será que você realmente foi livre para escolher qualquer fruta diante da circunstância de que existem centenas de frutas que você não conhece? Nesse caso, é inegável que circunstâncias desconhecidas estão determinando a sua decisão, afinal sua escolha foi limitada pela lista de frutas que você conhece. Desse modo, se fosse possível catalogar todas as frutas que o seu cérebro conseguiu armazenar ao longo de sua vida, poderíamos visualizar que sua escolha foi determinada por uma busca na memória de frutas arquivadas. No momento da pergunta, de modo inconsciente, seu cérebro realizou uma busca nesse arquivo, e determinou qual seria a sua escolha consciente, apesar de sua sensação de que a escolha foi realizada livremente.

Assim, onde está o livre-arbítrio? Qual o motivo de justificá-lo a partir de uma falsa intuição? Provavelmente, o nosso desconhecimento do modo como o cérebro funciona nesses casos pode ser uma boa explicação. No momento da pergunta, achando que estava escolhendo livremente, você deve ter pensado: “laranja”; e depois: “não, laranja é muito fácil, vou escolher maçã”. Essa sensação de que é possível modificar mentalmente sua escolha é a causa da sua crença no livre-arbítrio. Porém, nesse momento em que você acha que escolheu livremente a maçã no lugar da laranja, seu inconsciente realizou uma busca pelas frutas mais comuns da sua memória. Ou seja, você foi condicionado a escolher as frutas que você come no seu dia a dia. São essas associações mais simples que explicam a sua escolha,

e por alguma razão, seu inconsciente associou a laranja após a maçã, de modo que, quando foi preciso tornar isso consciente, você apenas testemunhou o resultado da última associação realizada. Isso mesmo, pela neurociência, você não escolhe, apenas testemunha a escolha.

Se, por um momento, pudéssemos visualizar nosso cérebro inconsciente, saberíamos que nossas escolhas são resultados de associações que se desenvolvem numa cadeia de causa e efeito a partir de todos os condicionamentos de nossa vida. Da mesma forma, se pudéssemos ter acesso a todas as causas dessas associações, não teríamos essa sensação de liberdade, pois seria possível compreender a necessidade de fazer aquilo que fazemos. Então, como nós podemos ser livres, como fonte consciente de nossas vidas, se todos os nossos pensamentos e atos conscientes são causados por eventos inconscientes no nosso cérebro sobre os quais não temos controle?

A verdade é que sentimos que estamos no comando de nosso cérebro, e essa sensação é ilusória. Imagine um neurocientista, através da técnica da neuroimagem, detectando todos os seus pensamentos inconscientes momentos antes de você decidir pensá-los de forma consciente. Você ficaria apavorado. Isso representaria um golpe mortal na sua sensação de comando. Não seria mais possível dizer que você é a fonte consciente da sua vida, e isso modificaria totalmente a forma como você encara a responsabilidade moral e o Direito. De algum modo, você teria a convicção de que não é possível reprovar as pessoas alegando que elas são livres. Isso modificaria totalmente o seu senso de justiça. Imagine agora como seria a sociedade se todas as pessoas descobrissem que o livre-arbítrio é uma ilusão. Será que o Direito penal conseguiria fundamentar a pena na ideia de *poder agir de outro modo*? Muito provavelmente não.

Mesmo com a demonstração da falsidade dos pressupostos do livre-arbítrio, e apesar da evidência do determinismo, existe uma corrente na filosofia que entende que é possível sustentar o livre-arbítrio. Essa posição é chamada de compatibilismo, e seus defensores defendem que livre-arbítrio e determinismo são perfeitamente compatíveis. Os compatibilistas argumentam que uma pessoa pode ser livre se é capaz de prevenir seus impulsos e ter intenção baseada em seus desejos. Como é possível ter desejos e impulsos, é também possível orientar o comportamento a partir desses desejos.

Na visão compatibilista, se um assassino tem a intenção de matar e voluntariamente o faz, essa vontade intencional representa todo o livre-arbítrio necessário para responsabilizá-lo. Numa primeira leitura, o argumento compatibilista parece ser bem convincente, isso porque nem a filosofia, nem a ciência são capazes de negar que podemos querer fazer alguma coisa. Porém, analisando com mais cuidado, o livre-arbítrio do compatibilismo não tem relevância para justificar a responsabilidade, e nem corresponde às nossas intuições de liberdade. Afinal, como é possível falar em livre-arbítrio de alguém que quer fazer algo, se esse “querer” fazer algo é determinado por causas prévias que não são conhecidas, nem podem ser controladas? Certamente, não há nada de livre-arbítrio aqui, pois o querer é uma necessidade, e não uma possibilidade. Em outras palavras, quando alguém quer alguma coisa, é necessário que queira alguma coisa, porque esse querer foi determinado por causas inconscientes. Assim, como é possível considerarmos que nossa intenção foi livre, se ela é causada por eventos inconscientes em relação aos quais não tivemos intenção?

Os compatibilistas também atacam esse argumento. Para eles, mesmo que o nosso querer seja produto de associações inconscientes, ainda assim existe livre-arbítrio, pois essas associações nos pertencem. Tudo aquilo que o seu cérebro cria inconsciente é algo que você também cria, ou seja, se você é o seu cérebro, você faz o que o seu cérebro faz.

Nesse ponto, os compatibilistas têm razão. Realmente, nós somos o nosso cérebro. Tanto somos aquilo que o nosso cérebro faz de forma consciente, como também somos aquilo que é feito inconscientemente. Nesse ponto, o compatibilismo se utiliza do argumento da totalidade, que é verdadeiro. Porém, não é nesse tipo de livre-arbítrio que as pessoas acreditam, nem é nele que o Direito penal se apóia.

Psicologicamente falando, o livre-arbítrio em que as pessoas acreditam é aquele relacionado com a experiência subjetiva de que somos seres conscientes, livres para fazer o que queremos. Ninguém tem a sensação de orgulho por boas ações inconscientes. Do mesmo modo, ninguém se sente responsável por sonhos imorais. Existe um consenso entre as pessoas de que não podemos ser responsabilizados por aquilo que ocorre inconscientemente. Em resumo, as pessoas sentem um livre-arbítrio que é falso, e que não tem nenhuma relação com a visão compatibilista. Da mesma forma, o Direito penal não está preocupado com os

acontecimentos inconscientes. Por exemplo, pelo tipo de livre-arbítrio que o Direito penal se preocupa, não é possível imaginar a condenação de um assassino sonâmbulo, pois ele estava inconsciente. Na verdade, com o argumento da totalidade, o compatibilismo nega que possa existir um problema entre livre-arbítrio e determinismo. Entendemos que esse tipo de argumento não serve para justificar o livre-arbítrio, pois a totalidade não corresponde à noção de livre-arbítrio do conceito normativo de culpabilidade que é defendida pelo senso comum.

2.3 O PROBLEMA DO LIVRE-ARBÍTRIO NA FILOSOFIA.

Antes de qualquer introdução ao problema na filosofia, podemos dizer que atualmente existem algumas posições que representam uma espécie de taxonomia do livre-arbítrio. Basicamente são três posições. Em primeiro lugar, está o libertismo, uma corrente representada pelos filósofos que acreditam que o determinismo é falso e que o livre-arbítrio existe. Os libertistas defendem que o livre-arbítrio é incompatível com a ideia de determinismo, e, portanto, para que o livre-arbítrio seja verdadeiro, o determinismo precisa ser falso. É comum associar o libertismo com o racionalismo, porém isso não é uma regra. Existem racionalistas que não são libertistas. O que ocorre é que geralmente os libertistas utilizam argumentos que não podem ser falseados por descobertas empíricas, pois são exclusivamente construídos com fundamentos racionais. Os libertistas acreditam que, de algum modo, apesar da existência de circunstâncias relevantes para qualquer ação, a mente humana é independente, pois é dotada de razão. Os libertistas geralmente se apegam em construções metafísicas como, por exemplo, a ideia de que existe uma alma que independe do nosso corpo. Os libertistas são, portanto, dualistas. Acreditam que existe uma separação entre realidade racional e realidade material; acreditam que a mente está separada do cérebro, e que a origem autêntica do conhecimento está na razão, e não na experiência. Talvez você esteja identificando essas características com o pensamento de filósofos como Agostinho, Descartes, Kant, Robert Kane etc. A associação está correta. Todos eles acreditavam no livre-arbítrio racionalista.

Em segundo lugar, está o determinismo, uma corrente da filosofia que não aceita que o livre-arbítrio possa existir diante da evidência da causalidade. Se todo o universo é determinado pelas leis da natureza, inclusive nosso cérebro, então não é possível conceber alguma parte independente dessas circunstâncias, de modo que, acreditar em uma vontade livre seria um absurdo. Os deterministas rejeitam os argumentos racionalistas do libertismo, porque entendem que eles não passam de uma metafísica desesperada. Os deterministas também rejeitam qualquer tipo de argumento que não pode ser submetido ao teste empírico. Não acreditam que a razão seja capaz de tornar o homem independente, e também não acreditam em

construções metafísicas como a do dualismo. Os deterministas também defendem a ideia da necessidade. Se no universo, cada efeito é determinado por uma causa, então se existir a causa, necessariamente, deve existir o efeito. Não existe a possibilidade de existir causa independente. Cada acontecimento no mundo é necessário. Em terceiro lugar, temos o compatibilismo, uma corrente que, como vimos, defende que livre-arbítrio e determinismo são perfeitamente compatíveis.

Com o objetivo de melhor entender o contexto do problema, porém sem pretensões de tentar reconstruir o caminho ao longo da história filosófica, será demonstrado como o problema surgiu entre os filósofos antigos até chegar aos modelos de Hobbes e Spinoza. Na leitura desses filósofos, podemos encontrar fortes argumentos relacionados com o duelo entre determinismo e livre-arbítrio. Apesar do debate ainda existir nos dias de hoje, entendemos que os argumentos são os mesmos, e podem ser encontrados nos textos clássicos.

2.3.1 Os Antigos.

Mesmo entre os filósofos antigos, a noção intuitiva de certo ou errado já aparecia relacionada à conduta como algo que justificasse recompensas e castigos, ainda que dissociada da ideia de liberdade. Porém, a existência do livre-arbítrio sempre foi questionada a partir da condição mitológica. Como ser livre em um mundo controlado por deuses? Se tudo já foi previamente traçado, do que adiantaria o livre-arbítrio? Como responsabilizar o homem pela vontade de Zeus?

Foram essas perguntas que motivaram os gregos no desenvolvimento de uma teoria moral associada à liberdade de vontade. Como exemplo do dilema, podemos citar a tragédia de Sófocles, Édipo Rei, na qual a ideia de livre-arbítrio é confrontada com a de predestinação. Enquanto Édipo acreditava que seria possível fugir de seu destino, a vida já trouxera o casamento com Jocasta e a morte de Laio como necessidade. A liberdade para o rei de Tebas era apenas consequência da ignorância. Se realmente Édipo tivesse visualizado a cadeia de causa e efeito em sua vida, saberia que seu destino foi realmente necessário e que não poderia ter agido de outro modo.

Na *República*, Platão menciona em diversos diálogos a existência de prêmios e penas, relacionando-os à ideia de justiça. No julgamento de Er, o Armênio, por exemplo, relata-se a passagem em que Er, após retornar à vida, descreveu como se davam os julgamentos no além:

[...] por exemplo, quem fosse culpado da morte de muita gente, por ter traído Estados ou exércitos e os ter lançado na escravatura, ou por ser responsável por qualquer outro malefício, por cada um desses crimes suportava padecimentos a decuplicar; e inversamente, se tivesse praticado boas ações e tivesse sido justo e piedoso, recebia recompensas na mesma proporção.⁶

Apesar da ideia de recompensa para os justos e punição para os injustos, a noção de responsabilidade moral em Platão só ganha sentido a partir da doutrina das almas. O julgamento ao qual estariam destinadas, de certo modo, sugere a noção de algum critério para a escolha moral, implicando a ideia de merecimento para a recompensa ou castigo. Porém, ainda não é possível encontrar uma noção aprimorada de vontade. As bases para isso só foram formadas por seu discípulo.

Aristóteles pode ser considerado o filósofo grego que mais contribuiu para o desenvolvimento de uma teoria do comportamento moral. Logo no início de *Ética a Nicômaco*, o filósofo traz uma justificativa para ação do homem: “Admite-se geralmente que toda arte e toda investigação, assim como toda ação e toda escolha, têm em mira um bem qualquer; e por isso foi dito com muito acerto, que o bem é aquilo a que todas as coisas tendem.”⁷

Apesar de Aristóteles considerar que existiam diferenças entre os fins, pois alguns eram as atividades, já outros eram diferentes das atividades que os produziam, existiria um fim que se desejaria por ele mesmo, e esse fim seria o bem: “Embora valha a pena atingir esse fim para um indivíduo só, é mais belo e mais divino alcançá-lo para uma nação ou para as cidades-Estados.”⁸ Partindo da ideia de que todo trabalho visa algum bem, Aristóteles procurou identificar o que seria esse bem, e quais as atividades ou ciências o tomam por objeto. Essa atividade seria a ciência política. “Ora, como a política utiliza as demais ciências e, por outro

⁶ PLATÃO. *A República*. Trad. Maria Helena de Rocha Pereira. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1987, p. 486.

⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornhelm. São Paulo: Editor Victor Civita, 1984, p. 49.

⁸ *Ibidem*, p. 49.

lado, legisla sobre o que devemos e o que não devemos fazer, a finalidade dessa ciência deve abranger as das outras, de modo que essa finalidade será o bem humano.”⁹ Aristóteles considerava que quase todos identificavam esse bem com a felicidade, sendo a vida pelo bem identificada com o ser feliz, apesar de haver divergência em relação ao que ela poderia ser. “Diferem, porém, quanto ao que seja a felicidade, e o vulgo não concebe do mesmo modo que os sábios. Os primeiros pensam que seja alguma coisa simples e óbvia, como o prazer, a riqueza, ou as honras, muito embora discordem entre si.”¹⁰ Assim, seria melhor identificar o bem com algo universal, e identificar o que poderia ser essa concepção, porém Aristóteles discordava da doutrina das Formas de Platão.

Para descobrir a natureza desse bem, ele deveria ser tomado como absoluto, isto é, aquilo que merece ser buscado por si mesmo, e não com vistas em outras coisas. Aristóteles identifica essa natureza com a felicidade. “É ela procurada sempre por si mesma e nunca com vistas em outra coisa.”¹¹ E a partir dessa constatação a identifica como sendo uma virtude: “Também se ajusta à nossa concepção a dos que identificam a felicidade com a virtude em geral ou com alguma virtude particular, pois que à virtude pertence a atividade virtuosa”¹² A felicidade seria então a atividade virtuosa da alma, o que leva necessariamente à tarefa de considerar a natureza da virtude. Para Aristóteles, a virtude que se deveria estudar seria a virtude humana, pois o bem seria humano e a felicidade também humana. “Por virtude humana entendemos não a do corpo, mas a da alma; e também à felicidade chamamos uma atividade da alma. Mas, assim sendo, é óbvio que o político deve saber de algum modo o que diz respeito à alma [...]”¹³

Para Aristóteles, a alma teria uma parte racional e outra privada de razão. A parte irracional seria formada de uma parte vegetativa, que não interferiria na parte racional, e de uma parte apetitiva, que produziria efeito na racionalidade. Do mesmo modo, a virtude também se dividiria em duas espécies, pois existiriam as virtudes intelectuais e as virtudes morais. “Sendo, pois, de duas espécies a virtude, intelectual e moral, a primeira, por via de regra, gera-se e cresce graças ao ensino – por isso requer experiência e tempo; enquanto a virtude moral é adquirida em

⁹ Ibidem, p. 49.

¹⁰ Ibidem, p. 51.

¹¹ Ibidem, p. 55.

¹² Ibidem, p. 57.

¹³ Ibidem, p. 63.

resultado do hábito [...]”¹⁴ Não seria por natureza que o homem poderia ser considerado virtuoso, mas somente pela prática de ações virtuosas. Além disso, as virtudes se gerariam da mesma causa. “Numa palavra: as diferenças de caráter nascem de forma semelhantes. É preciso, pois, atentar para a qualidade dos atos que praticamos, porquanto da sua diferença se pode aquilatar a diferença de caracteres.”¹⁵

Para configurar critérios de responsabilidade moral, Aristóteles separa as faculdades da alma relacionadas à virtude. São elas: paixões, faculdades e disposições de caráter. “Por paixões entendo os apetites, a cólera, o medo, a audácia, a inveja [...]. Por faculdades as coisas em virtude das quais se diz que somos capazes de sentir tudo isso, ou seja, de nos irarmos, de magoar-nos ou compadecer-nos.”¹⁶ Para Aristóteles, não podemos ser louvados, nem censurados por sentir emoções. Somente a partir da nossa disposição de caráter em relação a elas é que se pode dizer se somos bons ou maus. A virtude moral está relacionada com a escolha de paixões. A partir daí, Aristóteles desenvolve os conceitos de ações voluntárias e involuntárias, lembrando que só podemos ser responsabilizados por nossas ações voluntárias.

São, pois, consideradas involuntárias aquelas coisas que ocorrem sob compulsão ou por ignorância; e é compulsório ou forçado aquilo cujo princípio motor se encontra fora de nós para o qual em nada contribui a pessoa que age e que sente a paixão – por exemplo, se tal pessoa fosse levada a alguma parte pelo vento ou por homens dela se houvessem apoderado.¹⁷

Apesar dessa distinção, Aristóteles diz que nem sempre é fácil determinar o voluntário e o involuntário, de tal modo que, esses conceitos devem ser utilizados com referência ao momento da ação. Além disso, o que determina o critério da responsabilidade é a deliberação. Ainda que de forma rudimentar, é no desenvolvimento desse conceito que Aristóteles inicia a base para a construção do conceito do livre-arbítrio. “Deliberamos sobre as coisas que estão ao nosso alcance e podem ser realizadas; e essas são, efetivamente, as que restam.”¹⁸

¹⁴ Ibidem, p. 67.

¹⁵ Ibidem, p.68.

¹⁶ Ibidem, p.71.

¹⁷ Ibidem, p. 81.

¹⁸ Ibidem, p. 85.

A virtude, portanto, além de prática, é escolha, deliberação. Assim, as ações virtuosas, para que possam ser escolhidas, devem, antes, ser voluntárias. A virtude, assim como o vício, está em nosso poder, pois para Aristóteles, depende do homem o agir e o não agir. “Se está em nosso poder o não agir quando isso é nobre, também está o agir quando isso é vil. Logo, depende de nós praticarmos atos nobres ou vis, e se é isso que se entende por ser bom ou mau, então depende de nós sermos virtuosos ou viciosos.”¹⁹

2.3.2 Estoicismo.

Mesmo com a noção de deliberação em Aristóteles, pode-se dizer que foi com a escola estóica que a noção de vontade foi solidificada a partir da relação com o determinismo. Os estóicos introduziram a ideia de que o mundo seria controlado pelas leis da física, e com isso desenvolveram um conceito de virtude relacionado com o agir de acordo com a natureza. As leis naturais estariam no controle de tudo, inclusive da mente.

Nos estóicos, também se encontra a primeira noção da lei de causa e efeito, de modo que, todo evento no mundo teria uma causa necessária, negando-se, com isso, a noção de que poderia haver algum evento que surgisse por impulso, do nada, como pretendiam os epicuristas. “Todo o universo já está determinado em qualquer um dos seus momentos, já que não há possibilidade de acontecer algo distinto que não seja determinado pelos próprios fatos que já estão em andamento.”²⁰

Juntamente com Crisipo de Solis, é possível afirmar que entre os estóicos o grande representante da tensão entre liberdade e determinismo foi Epicteto.²¹ Para ele, existiriam dois tipos de coisas que poderiam expressar a vontade. Em primeiro lugar, as coisas que dependeriam essencialmente de nós mesmos, como nossas opiniões, nossos movimentos, nossos desejos, nossas inclinações, ou seja, todas as nossas ações. Em segundo lugar, as coisas que não dependeriam de nós mesmos,

¹⁹ Ibidem, p. 87.

²⁰ PINHEIRO, M. R. Determinismo, Liberdade e Astrologia nos estóicos. *História, imagem e narrativas*, Rio de Janeiro, vol. 10, p. 1-14, 2010.

²¹ EPICETETO. **El Manual de Epicteto**. Trad. Margarita Mosquera. Rosario: Biblioteca Nueva Era, 2003.

os corpos, os bens, a reputação, a honra, ou em uma palavra, tudo aquilo que não é a nossa própria ação. Sendo assim, as coisas que dependem do homem são, por natureza, livres, nada pode detê-las, nem criar obstáculos para a realização. As que não dependem do homem são, de modo contrário, dependentes, escravas, sujeitas a vários obstáculos e a mil inconvenientes. A ética de Epicteto consistia na conduta de desejar aquilo que depende de nós mesmos. Na tensão entre causa e efeito, a liberdade ainda existiria, pois haveria a possibilidade de querer as coisas que dependem essencialmente do homem. A liberdade da vontade seria fundamentada pela existência de algumas coisas que dependem essencialmente dos homens. Para Epicteto, exercer a liberdade é desejar aquilo que está debaixo do nosso poder. Todo homem que quer ser livre não deseja algo que dependa de outro, do contrário estará destinado a ser um escravo.

2.3.3 Escolástica.

Na filosofia escolástica, a existência do livre-arbítrio passou a ser considerada fundamental para justificar a responsabilidade moral. Se Deus nos reservou o inferno, a ida seria por nossa conta, pois teríamos o livre-arbítrio. Porém, para que Deus nos deu um poder tão perigoso? Podemos ser responsabilizados por ter o livre-arbítrio?

É no *Livre-Arbítrio*, livro em diálogo entre Agostinho e seu amigo Evódio, que o problema do livre-arbítrio recebe um enfrentamento direto a partir de uma relação entre a liberdade da vontade e o problema da origem do mal. A intenção de Agostinho era defender o livre-arbítrio como uma forma de livrar o todo-poderoso Deus da responsabilidade pelos acontecimentos ruins do mundo. A ideia era a de que o livre-arbítrio poderia ser plenamente compatível com o fato de Deus ter criado todo o Universo.

A questão tem início com a pergunta de Evódio sobre a origem do mal: “Peço-te que me digas, será Deus o autor do mal?”²² Agostinho reformula o problema para melhor entendimento: “Se o pecado procede dos seres criados por Deus, como não

²² AGOSTINHO. **O Livre-arbítrio**. Trad. Nair de Assis Oliveira. 2ª ed. São Paulo: Paulus, 1995, p.25.

atribuir a Deus os pecados, sendo tão imediata a relação entre ambos?”²³ Agostinho desenvolve a resposta partindo da premissa de que existem dois sentidos para o termo “mal”, o primeiro aparece quando dizemos que alguém praticou o mal, e o segundo ao dizer que alguém sofreu algum mal. Considerando que Deus é bom, e assim, não poderia praticar o mal e, da mesma forma, sendo justo, deve distribuir recompensas aos bons e castigos aos maus. Assim, Deus não seria o autor do primeiro gênero de males, somente do segundo. Para Agostinho, não se deve imaginar que exista um único autor para o mal, no sentido empregado no primeiro gênero, pois cada pessoa ao cometer o mal é autor de sua má ação. Como Deus é justo e deve distribuir castigos para as más ações, não poderia haver justiça se não tivessem sido praticadas de modo voluntário. Porém, para Evódio, isentar Deus não bastava para explicar o motivo que levava o homem a ser autor do mal, pois ainda seria necessário explicar qual a causa de procedermos mal.

Para Agostinho, todas as ações más são unicamente más, por causa da paixão pela qual são praticadas, isto é, por causa do desejo culpável. Além disso, como a mente humana é produto da razão divina, não seria possível que a paixão fosse mais poderosa. Nada força a razão humana a se submeter às paixões. Os diálogos de Agostinho e Evódio dedicam-se a justificar essa condição: “Ag. Com mais forte razão, por conseguinte, um corpo, seja ele qual for, não poderia vencer um espírito dotado de virtude?” “Ev. Evidentíssimo que não.” “Ag. Então! O espírito justo, e a mente firme em seu direito, e conservando seu domínio, poderá afastar-se de sua força e submeter à paixão outra mente que reina com igual equidade e virtude?” “Ev. De modo algum. Não somente porque a excelência é igual em uma e outra, mas, também, a primeira mente não poderia obrigar a outra a se tornar viciada, sem ela mesma decair de sua justiça e tornar-se viciada, ficando por isso mesmo mais fraca.”²⁴

Desse modo, se a razão somente é mais fraca que Deus, mas Deus, como ser justo que é, não pode forçar a razão humana a submeter-se à paixão, seria necessário explicar quem seria o responsável por essa submissão nos casos de ações ruins. Agostinho e Evódio chegam, então, a resposta. “Ag. [...] Portanto, não há nenhuma outra realidade que torne a mente cúmplice da paixão a não ser a

²³ Ibidem, p. 28.

²⁴ Ibidem, p. 51.

própria vontade e o livre-arbítrio.” “*Ev.* Não vejo conclusão nenhuma tão necessária quanto essa.”²⁵

Porém, Evódio questiona como o homem, dotado de razão, pode abandonar voluntariamente a virtude e escolher a paixão. É necessário, então, realizar uma distinção entre querer a felicidade, desejo comum de todos os homens, e querê-la com retidão. “*Ag.* Não há, pois, nada de contraditório ao raciocínio precedente: todos querem ser felizes, mas sem poder sê-lo. Pois nem todos querem viver com retidão, e é só com essa boa vontade que têm o direito à vida feliz.”²⁶

Assim, cada ser humano, ao pecar, afasta-se das coisas divinas e realmente duráveis para se apegar às coisas mutáveis e incertas, ainda que estas se encontrem perfeitamente dispostas. Pecar é querer voluntariamente esses bens temporais. Pertence ao livre-arbítrio, e somente a ela, a escolha entre esses bens, o que justifica a recompensa para aquele que escolhe a coisa divina, e o castigo para aquele que escolhe as coisas transitórias.

Incomodado com essa condição, Evódio questiona se o livre-arbítrio é vantajoso, se pode ser considerado um bem.

Ev. Mas quanto a esse mesmo livre-arbítrio, o qual estamos convencidos de ter o poder de nos levar ao pecado, pergunto-me se Aquele que nos criou fez bem de no-lo ter dado. Na verdade, parece-me que não pecaríamos se estivéssemos privados dele, e é para se temer que, nesse caso, Deus mesmo venha a ser considerado o autor de nossas más ações.²⁷

Agostinho responde afirmando que o livre-arbítrio nos foi dado para que pudéssemos agir retamente, e não para que pudéssemos agir retamente ou pecar. “*Ag.* [...] Com efeito, não é pelo fato de uma pessoa poder se servir da vontade também para pecar, que é preciso supor que Deus no-la tenha concedido nessa intenção.”²⁸ A responsabilidade do castigo, então, só seria justificada, porque o homem não utilizou o livre-arbítrio para o fim em virtude do qual foi concedido. Para Agostinho, se o homem não tivesse o livre-arbítrio, não poderia haver justiça na condenação dos pecados e na premiação das boas-ações, visto que nenhuma conduta poderia ser pecado, nem boa ação, se não fosse voluntária. Podemos dizer

²⁵ *Ibidem*, p. 52.

²⁶ *Ibidem*, p. 62.

²⁷ *Ibidem*, p. 69.

²⁸ *Ibidem*, p. 74.

que esse argumento construído por Agostinho é a principal base para a criação da ideia de livre-arbítrio no senso comum das pessoas.

Na resposta da questão 83 da *Suma Teológica*, Tomás de Aquino enfrenta o problema do livre-arbítrio, a partir das principais objeções vigentes na época, defendendo a inexistência de dúvidas sobre a questão de que no homem existe o livre-arbítrio. “Se não fosse assim, seriam inúteis os conselhos, as proibições, os preceitos, os prêmios e os castigos.”²⁹ Para justificar a existência da vontade livre, Tomás de Aquino afirma que existem seres carentes de razão, que atuam sem juízo prévio algum, como as rochas, e seres que atuam através de um juízo prévio, mas também não são livres, como os animais. Um lobo, por exemplo, julga para onde quer ir, mas o faz por causa de um juízo natural, instintivo, portanto não é livre. Assim são todos os animais.

Por outro lado, o homem atua com base em um juízo prévio, por uma faculdade cognitiva, julgando aquilo que deve buscar ou evitar. Como esse juízo não surge por causa de um instinto natural, mas sim de uma análise racional, é possível, segundo Aquino, concluir que o homem age por um juízo livre, podendo decidir por coisas distintas.

Aquino defende ainda que, apesar de em um sentido gramatical o livre-arbítrio significar um ato, no sentido a que ele se refere, significa o princípio desse ato, aquilo em virtude do qual o homem julga livremente. Como, no homem, o princípio de um ato pode ser tanto uma capacidade intelectual, como um hábito adquirido, para Aquino, o livre-arbítrio seria uma capacidade intelectual. Além disso, seria uma capacidade relacionada com a escolha. “A escolha é o propósito do livre-arbítrio e por isso se diz que temos livre-arbítrio, porque podemos aceitar algo ou recusá-lo.”³⁰ Desse modo, a natureza do livre-arbítrio deve ser analisada a partir da escolha. Como o ato de escolha envolve deliberação dos meios e fins, o livre-arbítrio seria possível, pois somente uma escolha livre pode se relacionar com a ideia de deliberação.

Perceba que o argumento de Aquino representa a base para a construção do segundo pressuposto do livre-arbítrio como vimos anteriormente. De algum modo, Tomás de Aquino achava que o homem seria capaz de ser o princípio consciente de

²⁹ AQUINO, T. **Suma de Teologia**. Trad. José Martorell Capó. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1988, p. 754.

³⁰ *Ibidem*, p. 757.

sua ação. Diferenciando-se dos animais, o homem poderia romper a cadeia de causa e efeito e deliberar, julgando aquilo que deve buscar ou evitar. Ora, como vimos esse pressuposto é falso. Demonstrar a origem desse argumento também nos ajuda a compreender a relação desse pressuposto com a religião. Se a base do pensamento cristão pode ser encontrada na filosofia escolástica, é mais do que natural que a crença no livre-arbítrio seja um dogma entre os religiosos. Essa crença de certo modo é aproveitada pelo Direito penal de culpabilidade para legitimar o castigo, da mesma forma que os religiosos utilizam o livre-arbítrio para legitimar o pecado e o inferno como punição.

2.3.4 Filosofia Moderna.

O problema do livre-arbítrio foi um tema importante para a filosofia moderna, principalmente para aqueles que defendiam a razão como forma de buscar a verdade. Durante o período Iluminista, a resposta para o problema teria que ser dada por critérios racionais, de modo que, os principais argumentos da filosofia escolástica foram afastados. Assim, nessa época, a questão poderia ser formulada da seguinte maneira: como podemos ser livres, se as leis da física controlam o movimento de todos os corpos materiais? Se o homem é um ser material, como é possível afirmar que a vontade não está condicionada?

Porém, a ideia de ser governado pelas leis da física não era desejada pelos iluministas. Haveria de existir algum meio capaz de libertar o homem desses condicionamentos. Além do mais, os filósofos daquela época também se sentiam livres, então, não seria difícil de imaginar que alguma metafísica da liberdade fosse criada. Se as leis da física são evidentes e não podemos justificar o livre-arbítrio exclusivamente pela vontade de Deus, somente uma teoria racionalista poderia solucionar o problema. E foi isso que aconteceu.

Descartes encontrava a liberdade do homem na mente, através da qual, concebendo-a separada do corpo, seria possível escapar dos condicionamentos. É a partir desse dualismo –mente/corpo– que alguns racionalistas vão defender a existência do livre-arbítrio. Enquanto o corpo seria condicionado pela relação de causa e efeito existente no mundo, a mente seria livre, pois é dotada de razão.

Na *Quarta Meditação*, numa investigação que tinha como objetivo descobrir a origem do erro no ser humano, Descartes reflete sobre a questão do livre-arbítrio, e com isso, se pergunta se seria possível atribuir o erro à capacidade de entendimento e escolha do homem.

E, em seguida, olhando-me de mais perto e considerando quais são meus erros (que apenas testemunham haver imperfeição em mim), descubro que dependem do concurso de duas causas, a saber, do poder de conhecer que existe em mim e do poder de escolher, ou seja, meu livre arbítrio; isto é, de meu entendimento e conjuntamente de minha vontade.³¹

Para Descartes, não seria possível lastimar que Deus não o tenha dado o livre-arbítrio, pois é possível experimentá-lo de uma maneira tão vaga e tão extensa que ele não tem limites. “Resta tão somente a vontade, que eu sinto ser em mim tão grande, que não concebo absolutamente a ideia de nenhuma outra mais ampla e mais extensa: de sorte que é principalmente ela que me faz conhecer que eu trago a imagem e semelhança de Deus.”³²

Descartes não associava o livre-arbítrio com a indiferença, isto é, com a capacidade de não se influenciar para um ou outro entre dois opostos. Pelo contrário, para ele, quanto mais houvesse espontaneidade, entendida como inclinação para um dos opostos por critérios racionais, mais liberdade se teria, pois haveria a certeza do Bem e do verdadeiro. O livre-arbítrio, como mais alto grau de liberdade, vem da possibilidade de poder guiar a vontade pelo entendimento, isto é, não escolher de um modo, pois, por critérios racionais, se está impelido a escolher de outro. Livre arbítrio é a possibilidade de escolha racional, espontânea. É possível compreender essa noção de livre-arbítrio em diversos trechos da Quarta meditação:

Pois, para que eu seja livre, não é necessário que eu seja indiferente na escolha de um ou de outro dos dois contrários; mas antes, quanto mais eu pender para um, seja porque eu conheça evidentemente que o bom e o verdadeiro aí se encontrem, seja porque Deus disponha assim o interior do meu pensamento, tanto mais livremente o escolherei e o abraçarei.³³

³¹ DESCARTES, R. **Meditações Metafísicas**. Tradução de Homero Santiago e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 125.

³² Ibidem, p. 126.

³³ Ibidem, p. 126.

Assim, o entendimento racional seria um instrumento de garantir a liberdade de escolha. E, por outro lado, o entendimento afastado da razão, indiferente, pois, tornaria a escolha menos livre. “De maneira que esta indiferença que sinto, quando não sou absolutamente impelido para um lado mais do que outro pelo peso de alguma razão, é o mais baixo grau de liberdade [...]”³⁴. Assim, para Descartes, o poder da vontade em si mesma não poderia ser considerado a causa do erro humano, pois quando guiada pelo entendimento, a vontade permite a escolha do verdadeiro. O problema estaria, então, naquelas decisões que são tomadas de forma indiferente, ou seja, que são proferidas a partir do mau uso do livre-arbítrio.

Desse modo, o livre-arbítrio, para Descartes, existe, pois é possível escolher de forma guiada pelo entendimento, é possível reter o julgamento quando não se tem conhecimento da evidência da verdade. Porém, mesmo quando não estamos guiados pela razão, fazemos escolhas. Mesmo diante da não evidência do verdadeiro, é possível formular algum juízo.

A saber, somente de que, sendo a vontade muito mais ampla e extensa que o entendimento, eu não a contenho nos mesmos limites, mas estendo-a também às coisas que não entendo; das quais, sendo a vontade por si indiferente, ela se perde muito facilmente e escolhe o mal pelo bem ou o falso pelo verdadeiro. O que faz com que eu me engane e peque.³⁵

Para Descartes, o mau uso do livre-arbítrio seria a grande explicação para o erro humano, pois não se deve formular qualquer juízo sobre uma coisa, quando não é possível concebê-la com suficiente clareza e distinção. Apesar disso, pelo fato da vontade ser maior que o entendimento, é possível decidir mesmo sem a evidência do verdadeiro. “E é neste mau uso do livre arbítrio que se encontra a privação que constitui a forma do erro.”³⁶ Porém, Deus é inocentado dessa condição humana. Descartes não via motivo para culpar Deus por ter nos dado uma vontade maior que o entendimento, pois considerava que a imperfeição estaria no homem, pois este não deveria formular juízos na ignorância. E é essa a questão fundamental para a existência do livre-arbítrio em Descartes. Para ele, o livre-arbítrio seria a possibilidade de reter nosso julgamento para fazê-lo somente quando guiado pela razão.

³⁴ Ibidem, p. 127.

³⁵ Ibidem, p. 127.

³⁶ Ibidem, p. 128.

Pois, com efeito, não é uma imperfeição em Deus o fato de ele me haver concedido a liberdade de dar meu juízo ou de não o dar sobre certas coisas, a cujo respeito ele não pôs um claro e distinto saber em meu entendimento; mas, sem dúvida, é em mim uma imperfeição o fato de eu não a usar corretamente e de dar temerariamente meu juízo sobre coisas que eu concebo apenas com obscuridade e confusão.³⁷

Em oposição a Descartes, Thomas Hobbes, no *Leviatã*, expõe o seu determinismo causal, criticando duramente qualquer defesa da ideia de livre-arbítrio na concepção libertista. Para Hobbes, não seria possível atribuir a noção de liberdade a algo que não fosse um corpo. Isso porque a liberdade estaria relacionada simplesmente com a ideia de movimento, isto é, ser livre seria somente não encontrar obstáculos para se mover, ou seja, não estar sujeito à oposição do movimento; e esse conceito se aplicaria também às criaturas irracionais e inanimadas, pois estariam de algum modo amarradas ou envolvidas. Conforme esse conceito de liberdade, Hobbes defendia que um homem livre é aquele que não é impedido de fazer o que tem vontade de fazer.

Hobbes afirmava que sempre que a palavra livre ou liberdade fossem aplicadas a qualquer coisa que não fosse um corpo, haveria um abuso de linguagem, isso porque, aquilo que não se encontra sujeito a movimento, não se encontra sujeito a impedimentos. “Portanto, quando se diz, por exemplo, que o caminho está livre, não se está indicando qualquer liberdade do caminho, e sim daqueles que por ali caminham sem parar.”³⁸

Assim, para Hobbes, quando se fala em livre-arbítrio não se está querendo dizer que a vontade seja livre, ou seja, não se fala em qualquer liberdade do desejo, mas somente na liberdade do homem. Com livre-arbítrio se está querendo dizer que o homem atuou sem se deparar com entraves ao fazer aquilo que tem vontade de fazer. E essa noção é perfeitamente compatível com o determinismo causal.

Para Hobbes, o medo e a liberdade seriam perfeitamente compatíveis, pois mesmo com medo o homem poderia atuar sem qualquer oposição ao movimento.

Como quando alguém atira seus bens ao mar com medo de fazer afundar seu barco, e apesar disso o faz por vontade própria, podendo recusar fazê-lo se quiser, tratando-se, portanto da ação de alguém que é livre. Assim também às vezes só se pagam as dívidas com medo de ser preso, o que,

³⁷ Ibidem, p. 129.

³⁸ HOBBS, T. *Leviatã*. Organizado por Richard Tuck; Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 73.

como ninguém impede a abstenção do ato, constitui o ato de uma pessoa em liberdade. E de maneira geral todos os atos praticados pelos homens no Estado, por medo da lei, são ações que seus autores têm a liberdade de não praticar.³⁹

Além disso, a liberdade e a necessidade também seriam compatíveis, condição que nega qualquer noção libertista do livre-arbítrio, pois Hobbes não admitia que a vontade do homem pudesse ser livre de qualquer causa. “Tal como as águas não tinham apenas a liberdade, mas também a necessidade de descer pelo canal, assim também as ações que os homens voluntariamente praticam, dado que derivam de sua vontade, derivam da liberdade.”⁴⁰ Para Hobbes, da mesma forma que uma ação livre do homem deriva da vontade ou desejo, essas vontades ou desejos derivam de alguma causa, e essa de outra causa, numa cadeia contínua, cuja primeira de todas estaria na mão de Deus. Se alguém pudesse ver a conexão dessas causas, perceberia que a necessidade de todas as ações voluntárias dos homens pareceria manifesta. “Portanto Deus, que vê e dispõe todas as coisas, vê também que a liberdade que o homem tem de fazer o que quer é acompanhada pela necessidade de fazer aquilo que Deus quer, e nem mais nem menos do que isso.”⁴¹ Assim, fica clara a noção compatibilista de Hobbes para a questão do livre-arbítrio.

Hobbes não aceitava que a vontade pudesse ser livre de causas anteriores, portanto, rejeitava a noção de vontade racional. Para ele, “na deliberação, o último apetite ou aversão imediatamente anterior à ação ou omissão desta é o que se chama vontade, o ato de querer.”⁴² A vontade não teria uma causa em si mesma, pelo contrário, dependeria de nossas reações internas. Ou seja, sempre existem causas internas que fazem com que o homem tenha vontade, portanto, para Hobbes, não existe livre-arbítrio numa concepção de liberdade da vontade. “Tal como na sensação aquilo que realmente está dentro de nós é apenas movimento, provocado pela ação dos objetos externos, mas em aparência: para a vista, a luz e a cor; para o ouvido, o som; para o olfato, o odor, etc;”⁴³

Contrariando aqueles que relacionavam razão e vontade, Hobbes defendeu que a vontade não seria produto da razão, mas apenas uma consequência de outros

³⁹ Ibidem, p. 73.

⁴⁰ Ibidem, p.73.

⁴¹ Ibidem, p. 73.

⁴² Ibidem, p. 26.

⁴³ Ibidem, p. 24.

apetites que se sucederam antes na cadeia. De certo modo, a razão até participaria no processo de deliberação, pois ajudaria a prever as conseqüências da ação, porém não seria possível afirmar que o apetite último antes da ação fosse determinado pela razão.

Da mesma forma que Hobbes, outro determinista que defendeu a inexistência do livre-arbítrio foi Baruch Spinoza. Na proposição 26, logo no início da *Ética*, Spinoza defende a ideia de necessidade, e, com isso, constrói a fundamentação para o seu modelo de natureza onde a contingência não era admitida. Nesse modelo, o homem ocupava um papel secundário, de modo que, somente Deus, entendido como única substância infinita, seria exclusivamente a causa imanente de tudo. Para Spinoza, Deus agiria unicamente pelas leis da natureza e não poderia ser coagido por ninguém, afinal seria também causa de sua própria existência. “Deus é causa eficiente não apenas da existência das coisas, mas também de sua essência.”

⁴⁴Considerando a natureza divina, para Spinoza, dela se deve necessariamente deduzir tanto a essência quanto a existência das coisas. E se Deus é causa de si mesmo, logo também se deve dizer que ele é a causa de todas as coisas. Desse modo, as coisas que existem no mundo não passam de afecções dos atributos de Deus, representam somente uma expressão determinada de algum atributo divino.

Ao identificar Deus com o universo, Spinoza estabelece uma causa final para todas as coisas que existem. “Proposição 26. Uma coisa que é determinada a operar de alguma maneira foi necessariamente assim determinada por Deus; e a que não foi determinada por Deus não pode determinar a si própria a operar.” ⁴⁵ Além disso, uma coisa que foi determinada por Deus, não pode, por si só, se converter em indeterminada.

Para Spinoza, não existe nada que seja contingente. Pelo contrário, tudo é determinado a existir e a operar de uma maneira definida. Considerando que Deus existe necessariamente, e que as coisas na natureza existem por causa de Deus, também essas coisas existem necessariamente, e não contingentemente. Além disso, Deus é causa das coisas não apenas enquanto elas existem, mas também enquanto são determinadas a operar de algum modo. Dessa forma, se alguma coisa não for determinada por Deus, não poderá determinar a si própria, por

⁴⁴ SPINOZA, B. *Ética*. Trad. Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009, p. 15.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 17.

impossibilidade, e não por contingência. Da mesma forma, se algo for determinado por Deus, é por impossibilidade, e não por contingência, que não consegue converter a si próprio em indeterminado. “Portanto, tudo é determinado, pela necessidade da natureza divina, não apenas a existir, mas também a existir e a operar de uma maneira definida, nada existindo que seja contingente.”⁴⁶

Para explicar a questão da vontade livre, Spinoza esclarece, antes, a diferença entre natureza naturante e natureza naturada. Segundo ele, por natureza naturante deve-se compreender aquilo que existe em si mesmo e por si mesmo é concebido, logo, por esse conceito, Deus. Por natureza naturada compreende-se tudo aquilo que depende necessariamente da natureza de Deus, ou seja, todos os modos dos atributos de Deus, enquanto considerados como coisas que existem em Deus.

Essa distinção é essencial para a compreensão da proposição 31. “Um intelecto em ato, quer seja finito, quer seja infinito, tal como a vontade, o desejo, o amor etc, deve estar referido à natureza naturada e não à natureza naturante.”⁴⁷ Assim, se o pensamento deve ser compreendido como natureza naturada, ele depende necessariamente de algum atributo de Deus que exprima a essência eterna e infinita do pensamento, de modo que sem esse atributo divino, o intelecto não pode existir nem ser conhecido.

Na proposição 32, Spinoza chega, assim, à questão da vontade livre. “A vontade não pode ser chamada causa livre, mas unicamente necessária.”⁴⁸ Para Spinoza, da mesma forma que o intelecto, a vontade seria apenas um modo definido do pensar. Assim, nenhum ato de vontade pode ser concebido a não ser por outra causa e, essa, por sua vez, por outra, assim por diante, até o infinito. “Seja qual for a maneira pela qual a vontade é concebida, seja como finita, seja como infinita, ela requer uma causa pela qual seja determinadas a existir e a operar. Portanto, ela não pode ser causa livre, mas unicamente necessária ou coagida.”⁴⁹

O livre-arbítrio, então, para Spinoza, na concepção de vontade livre seria uma ficção. Não seria possível imaginar a vontade como uma causa sem causa, criada a partir de si mesma. Não existe um querer independente, livre de causas. Toda

⁴⁶ Ibidem, idem.

⁴⁷ Ibidem, p. 18.

⁴⁸ Ibidem, p. 18.

⁴⁹ Ibidem, p. 20.

vontade humana se manifesta, porque foi necessário que operasse de maneira definida, não podendo ter se manifestado de outra maneira.

Na proposição 33, Spinoza ataca qualquer noção de possibilidade, de modo que, as coisas que acontecem não poderiam ter acontecido de nenhuma outra maneira nem em qualquer outra ordem. Com a analogia entre Deus e o universo, se as coisas tivessem podido ser de uma outra natureza, ou se tivessem podido ser determinadas a operar de uma outra maneira, então o universo também deveria ser diferente do que foi, e isso é absurdo.

Podemos dizer que os modelos deterministas de Hobbes e Spinoza representam o padrão dos principais argumentos contra a noção libertista de livre-arbítrio, e, portanto, servem para fundamentar o ataque à culpabilidade. A ideia de necessidade nesses dois filósofos justifica nossa demonstração da falsidade do primeiro pressuposto do livre-arbítrio. Em um mundo determinado pelas leis da física, não existe vontade livre, mas somente vontade necessária, de modo que, nenhum modelo de responsabilidade pode ser fundamentado pelo poder agir de outro modo.

2.4 DO SER AO DEVER-SER E A NEGAÇÃO DO LIVRE-ARBÍTRIO PELO EMPIRISMO.

Com o uso de evidências científicas para refutar o livre-arbítrio, é também preciso enfrentar um velho argumento que sempre aparece em estudos que envolvem a relação entre ética e ciência. De maneira sucinta, o argumento pode ser representado na seguinte frase: qualquer aproximação entre fundamentos éticos e científicos é insignificante, pois, enquanto a ciência se preocupa com a natureza das coisas, isto é, com o *ser*, a ética está preocupada com o *dever-ser*. Assim, não é possível que qualquer investigação científica seja capaz de interferir nas construções normativas, pois a natureza das investigações é distinta, sendo que uma é de ordem empírica, e a outra de ordem racional.

De certa forma, talvez o argumento expresse o interminável conflito entre racionalistas e empiristas na tarefa de fundamentar o conhecimento humano. Para evitar o ataque recíproco, é preferível assumir que o terreno de um não pode ser habitado pelo outro. E isso se dá com outro argumento forte, criado a partir do problema da indução de Hume, podendo ser expresso, a partir da seguinte frase: o *dever-ser* não se dá a partir do *ser*, ou melhor, algo não *será*, somente porque sempre *foi*.

Se aceitarmos esse argumento em sua plenitude, estaríamos rejeitando qualquer importância prática que este trabalho possa ter, pois de nada adiantaria demonstrar as descobertas da neurociência e confrontá-las com o Direito penal, já que muitos defenderiam que as construções da dogmática penal expressam o racionalismo ético, representando aquilo que se pretende alcançar por meio da razão. Alegariam ainda que as descobertas da ciência não poderiam determinar o modo como o Direito deve ser.

Então, desde já, afirmamos que o tradicional argumento sobre o embate entre o *ser* e o *dever-ser* não será aceito em sua totalidade. Esta pesquisa aceita que a ciência e a neurociência cognitiva, em particular, podem ameaçar a ética, expondo descobertas que, de alguma forma, são capazes de promover uma reavaliação das tradicionais construções morais. O objetivo não é afirmar que a ciência tem o poder de excluir o Direito penal, pois as condutas indesejáveis continuarão a existir. Porém, como a responsabilidade penal é fundamentada pelo livre-arbítrio, é possível

questionar o Direito penal, demonstrando que essa ideia é baseada em algo que não é cientificamente justificado.

Para realizar qualquer ataque fundamentado pela neurociência, é necessário compreender que o juízo de reprovação está intimamente ligado ao contexto de tomada de decisão que associa o crime ao livre-arbítrio. Só reprovamos porque temos uma sensação de livre-arbítrio. Por exemplo, a punição de um criminoso Y não está relacionada com o fato de Y ter tido a vontade consciente de causar o delito, mas sim com o contexto de circunstâncias que envolvem uma decisão livre e correta, previamente determinada pela norma penal. A escolha da decisão incorreta, considerando que Y poderia ter escolhido a decisão correta, justifica o juízo de reprovação, necessário para a aplicação do castigo. Porém, como já demonstramos anteriormente, a neurociência tem procurado provar que o contexto de tomada de decisão no momento do crime é determinado por causas prévias que são desconhecidas, e nem podem ser escolhidas, pois estão além do nosso controle. Assim, empiricamente, a decisão não depende do livre-arbítrio, mas sim da maneira como o cérebro foi programado.

De modo distinto ao que presenciamos no campo das investigações filosóficas sobre a liberdade de vontade, ao longo dos últimos trinta anos, testemunhou-se um impressionante desenvolvimento no campo da neuroimagem, especialmente com o aperfeiçoamento de metodologias avançadas, que possibilitaram a exploração específica da arquitetura do cérebro.

Porém, ainda que essas descobertas da neurociência possam demonstrar como algum fato se apresenta no mundo, não é possível, unicamente a partir delas, formular um juízo universal, determinando como o fato se apresentará no futuro. Em outras palavras, um evento singular justificado não pode servir como justificativa para um evento geral não justificado. A partir da leitura de David Hume, os racionalistas estipulam os limites do empirismo, argumentando que as construções da ciência não podem determinar como as coisas devem ser. Porém, não acreditamos que Hume possa ajudar os racionalistas nesse momento.

Na *Investigação sobre o entendimento humano*⁵⁰, Hume descreve que os objetos da investigação humana podem ser divididos em dois tipos: as relações de

⁵⁰ HUME, D. **Uma investigação sobre o entendimento humano**. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Editora Unesp, 1999.

ideia e as questões de fato. Enquanto as do primeiro tipo estão relacionadas com as questões intuitivas, demonstráveis pelo pensamento, as do segundo tipo envolvem a relação de causa e efeito, sendo que essa relação só pode ser descoberta pela experiência.

Para comprovar que as questões de fato só podem ser descobertas a partir da experiência, Hume utiliza um argumento fundamental. Se fôssemos trazidos de súbito a este mundo, e nos fosse apresentada uma maçã, poderíamos afirmar, somente pelo pensamento, que ela poderia ser capaz de nos alimentar? Seria possível concluir pelo efeito, somente pela intuição?

Qualquer conclusão sobre a propriedade alimentícia da maçã se daria pela imaginação, portanto seria arbitrária. Por mais que examinássemos cuidadosamente, não seria possível determinar algum efeito, pelo simples fato de ele ser diferente da causa. Sabemos que a maçã é saborosa e nos alimenta, mas considerando um olhar *a priori*, seria possível identificar intuitivamente alguma propriedade alimentícia? A resposta é negativa. Em toda primeira investigação, a invenção de um efeito é arbitrária. Desse modo, todo efeito é um acontecimento distinto de sua causa, significando, assim, que ele não pode ser descoberto a partir da causa em uma primeira investigação ou concepção *a priori*.

Hume não ficou satisfeito com a constatação de que a experiência é o fundamento das relações de causa e efeito, questionando também as conseqüências da experiência. Mesmo após o conhecimento das relações de causa e efeito, por meio da experiência, as conclusões dessa experiência não estão baseadas no raciocínio ou em qualquer outro processo de entendimento.

Apesar de sabermos que relações de causa e efeito só podem ser conhecidas a partir da experiência, sempre que vemos coisas semelhantes, supomos que elas têm efeitos semelhantes aos efeitos que tivemos por experiência. Hume nos alertou que esse tipo de conclusão não é necessária. Utilizando o exemplo da maçã, podemos dizer que, se nos for apresentada uma maçã, e se descobrirmos por experiência que ela tem propriedades alimentícias, diremos, com muita certeza, que uma nova maçã semelhante também terá as mesmas propriedades alimentícias. A mente, de alguma forma, extraiu uma conseqüência a partir de um evento passado. Porém, qual é o processo de raciocínio que, a partir de um caso único, é capaz de extrair uma conclusão universal de efeitos para experiências não realizadas?

A resposta dessa generalização está no hábito. Para Hume, é o hábito o motor da vida humana. Sem ele, nossa vida no planeta seria um fracasso. Somente o hábito permite que esperemos do futuro aquilo que vimos no passado. Não existe nenhum tipo de raciocínio que mostre a ligação entre um efeito passado e outro futuro, simplesmente porque tiveram causas semelhantes.

Assim, o problema da indução é o grande argumento daqueles que pretendem negar a influência das descobertas empíricas na construção de regras universais. Alegam que por não ser possível chegar ao conhecimento a partir da indução, a ciência deve se ocupar apenas em investigar a natureza das coisas na forma como se apresentam. Os racionalistas defendem que conclusões científicas não podem ser utilizadas para a construção de regras universais, porque não conseguem provar que algo *será* simplesmente porque sempre *foi*.

Porém, não é razoável aceitar esse argumento em sua plenitude. Não é prudente atribuir um papel de mero coadjuvante para a ciência. O distanciamento entre o *ser* e o *dever-ser* não é suficiente para legitimar uma construção ética desvinculada da realidade. Por mais que Hume tenha nos mostrado os limites do empirismo, é possível acreditar que as descobertas da neurociência podem influenciar as construções do *dever-ser*, principalmente no que diz respeito às construções normativas. A demonstração de como o nosso cérebro funciona pode servir para evitar que o Direito seja construído a partir de representações que talvez nunca possam de fato acontecer. Assim, mesmo que não seja possível justificar acontecimentos futuros pelo passado, é possível rejeitar uma ideia falsa a partir de conhecimentos científicos. Qual a relevância de presumir algo tão distante do que realmente é? Por que não modificar o sentido das construções, aproximando-as da realidade?

Além disso, muitos juristas esquecem que o problema da indução de Hume foi reformulado por Karl Popper. Na verdade, o grande mérito do empirismo é permitir que suas conclusões sejam refutadas pela experiência. Não é na pretensão de universalidade que reside a importância de uma teoria científica, mas sim na possibilidade que ela tem de ser refutada. Vejamos como Karl Popper contribuiu para esse argumento. Para Popper, o problema tradicional da indução pode ser formulado da seguinte maneira: “Qual é a justificativa para a crença de que o futuro

será (amplamente) como o passado? Ou, talvez, qual é a justificativa para as inferências indutivas?”⁵¹.

Popper entendeu que esse tipo de redação do problema não estava correto. A primeira formulação é criticada por não ser exigido especificamente que o futuro seja como o passado; já a segunda nos leva a crer que possam existir normas para a realização de inferências indutivas, suposição que Popper considera errada.

Para a reformulação do problema, o filósofo apresenta primeiramente a visão do senso comum a respeito da indução, e posteriormente, a divisão feita por Hume. A formulação para o problema do senso comum feita por Popper é a seguinte: “Como podem ter surgido essas expectativas e crenças?”⁵² As bases do problema do senso comum estão nas nossas expectativas e crenças com relação à causalidade dos acontecimentos. Temos o hábito de acreditar que as coisas vão acontecer novamente, simplesmente porque aconteceram inúmeras vezes. “Na concepção de senso comum é simplesmente tido como certo (sem quaisquer problemas se suscitem) que nossa crença nas regularidades é justificada por aquelas observações repetidas que são responsáveis por sua gênese.”⁵³

Ainda que não tenha usado o termo indução, Hume levantou o problema das inferências baseadas puramente no princípio da causalidade. Segundo Popper, em Hume, o problema da indução pode ser apresentado em dois outros problemas. O primeiro, Popper chama de problema lógico e pode ser formulado da seguinte maneira: “Somos justificados em raciocinar partindo de exemplos (repetidos), dos quais temos experiência, para outros exemplos (conclusões), dos quais não temos experiência?”⁵⁴ A resposta de Hume, como demonstrado antes, é negativa. Não temos justificativas racionais para concluir por meio de eventos do passado, por maior que seja enorme o número de repetições.

O segundo problema da indução em Hume é chamado por Popper de problema psicológico e diz respeito à nossa crença em exemplos de que não temos experiência. Qual o motivo que nos leva a crer em fatos futuros que não foram experimentados?

⁵¹ POPPER, K. R. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999, p. 14.

⁵² Ibidem, p. 15.

⁵³ Ibidem, idem.

⁵⁴ Ibidem, idem.

Para Popper, temos essa expectativa “por causa do costume ou hábito; isto é, porque somos condicionados pelas repetições e pelo mecanismo da associação de ideias, mecanismo sem o qual, diz Hume, dificilmente poderíamos sobreviver”.⁵⁵

Ora, se a justificação é dada simplesmente por um condicionamento baseado no costume, segundo Popper, vindo dessa maneira, nossas crenças indutivas não passam de crenças irracionais baseadas na causalidade. Assim, pela via indutiva, a razão não exerce um papel tão fundamental na nossa forma de obter conhecimento, sendo a fé muito mais predominante.

Popper destaca a importância da distinção feita por Hume, entre um tipo lógico e outro psicológico, mas não concorda com a formulação do problema, tendo modificado a questão para uma forma objetiva. Assim, a formulação do problema da indução (L1) dada por Popper é: “Pode a alegação de que uma teoria explanativa universal é verdadeira se justificada por razões empíricas; isto admitindo a verdade de certas asserções de teste ou asserções de observação (que, pode-se dizer, são baseadas em experiências)?”.⁵⁶

A resposta de Popper é a mesma de Hume, portanto negativa. Uma teoria explanativa universal não pode ser considerada verdadeira por asserções de testes verdadeiras, ainda que sejam inúmeras as repetições.

Dessa reformulação, Popper percebeu que existe um segundo problema lógico (L2), que é generalização de (L1). O segundo problema lógico de Popper é obtido pela substituição das palavras “é verdadeira” por “é verdadeira, ou é falsa”. Assim, (L2) pode ser expresso da seguinte forma: “Pode a alegação de que uma teoria explanativa universal é verdadeira, ou é falsa, ser justificada por razões empíricas; isto é, pode a admissão da verdade de asserções de teste justificar a alegação de que uma teoria universal é verdadeira, ou a alegação de que é falsa?”⁵⁷. Agora, a resposta é afirmativa. Às vezes, as razões empíricas nos permitem dizer que uma teoria explanativa universal é falsa.

Diante dessa constatação, é possível imaginar um determinado problema científico ao qual são apresentadas diferentes teorias para sua resolução. Cada teoria apresenta uma resposta diferente para o problema, e todas são baseadas em

⁵⁵ Ibidem, p.16.

⁵⁶ Ibidem, p.18.

⁵⁷ Ibidem, idem.

asserções de teste. Como poderemos, então, escolher uma teoria (boa), e afastar as demais?

Ora, a resposta para esta situação pode ser obtida pela soma das duas respostas de Popper ao problema da indução. A teoria escolhida deve ser aquela que ainda não foi refutada pelas asserções de teste.

O que podemos concluir desta resposta é que, para Popper, “devemos encarar todas as leis ou teorias como hipotéticas ou conjecturais; isto é, como suposições”.⁵⁸ Nesse aspecto, Popper contribuiu de maneira fundamental, pois a partir de suas constatações, a metodologia de qualquer estudo deve ser encarada de forma crítica. A generalização de uma teoria baseada na indução só pode nos levar ao arbítrio, trazendo a falha justamente em relação ao aspecto científico.

A resposta de Popper gera algumas conseqüências no que diz respeito ao modo de tratar as teorias que estão na mesma condição, ou seja, as que ainda não foram refutadas por asserções de teste. Levando em conta que todas as teorias não passam de hipóteses, qual seria o método adequado para que possamos aceitar umas e rejeitar outras; isto é, como podemos, de maneira racional, escolher uma determinada teoria dentro de um conjunto de teorias não refutadas por asserções de teste? Em outras palavras, uma teoria pode ser melhor do que outra?

Sabemos que não estamos justificados a afirmar que uma determinada teoria explanativa é verdadeira porque foi justificada por asserções de teste repetidas, porém, por outro lado, podemos dizer que ela é falsa se foi refutada. Assim, a preferência por algumas teorias concorrentes se dá pela falseabilidade de outras. Ao passo que descobrimos a falha de uma teoria através de um teste, surge um novo problema, pois é preciso verificar se as outras demais teorias não falham no mesmo teste. “Qualquer teoria nova deverá não só ter êxito onde sua predecessora refutada o teve, mas também ter êxito onde essa predecessora falhou, isto é, onde foi refutada. Se a nova teoria tiver êxito em ambos os casos, ela será, de qualquer modo, de mais êxito e, portanto, melhor”.⁵⁹

Contudo, uma teoria melhor do que outra não será necessariamente verdadeira. Ela simplesmente é uma teoria ainda não refutada, pois podem existir outros testes que a refutem. Por esta razão, o pesquisador comprometido em fazer

⁵⁸ Ibidem, p.20.

⁵⁹ Ibidem, p.25.

ciência deve sempre tentar ao máximo pensar em casos que possam submeter uma teoria a falha. Assim, “por este método de eliminação podemos dar com uma teoria verdadeira. Mas em nenhum caso o método pode estabelecer sua verdade, ainda que seja verdadeira, pois o número de teorias possivelmente verdadeiras continua infinito”.⁶⁰

Popper consegue provar que o importante para uma teoria científica não é a pretensão de estabelecer a verdade universal, até porque, se isso acontecer não será mais necessário qualquer outra teoria. De forma contrária, o que realmente importa é o caráter de falseabilidade da teoria. Se ela puder ser falseada a partir da experiência, então ela poderá ser rejeitada, portanto é uma boa teoria.

A conclusão de Popper pode ser utilizada como argumento em favor da pretensão de confrontar as descobertas da neurociência cognitiva com o Direito penal, justificando assim nossa pesquisa. Apesar de não ser possível se chegar ao *dever-ser* através de experiências repetidas, é possível destacar a importância das descobertas da neurociência até que elas sejam falseadas, isto é, até que reprovem em algum teste. Até lá, é razoável acreditar na importância que elas possuem para modificar algumas construções normativas, principalmente a noção de liberdade.

Se de alguma forma for possível demonstrar empiricamente que a noção de livre-arbítrio não existe, é razoável questionar os comandos normativos do Direito penal. Do que adiantaria exigir uma atuação conforme a norma, e assim legitimar a punição, se empiricamente existe uma teoria ainda não falseada demonstrando que as nossas decisões são determinadas por condicionamentos cerebrais. Por que insistir em condenar pessoas, exigindo-se uma noção de livre-arbítrio que é falsa, se a ciência demonstra que essa noção não é o que determina nossas decisões? Qual a relevância da presunção de algo que está sendo demonstrado que não existe?

⁶⁰ Ibidem, idem.

2.5 O REALISMO MORAL DO PODER AGIR DE OUTRO MODO: NOSSA NECESSIDADE DE CERTO E ERRADO.

Além de presumir o livre-arbítrio, a culpabilidade normativa fundamenta a pena através de um juízo de reprovação que está baseado implicitamente no realismo moral. Para classificar a conduta típica e ilícita como culpável, é preciso reprovar o autor que deveria ter agido de outro modo. A exigibilidade parte do pressuposto de que seria possível atuar de outra maneira no momento do crime.

Se o autor podia, então deveria ter agido conforme a norma. Como analisamos, o *poder agir de outro modo* está baseado numa concepção de livre-arbítrio que é falsa, pois a partir dele é possível deduzir que a lei penal acredita que é possível existir um homem independente das circunstâncias. Porém, além do *poder agir de outro modo*, o juízo de reprovação está fundamentado por uma noção de certo ou errado, ou melhor, de justo ou injusto, que surge quando se faz uso do livre-arbítrio. O argumento pode ser expresso da seguinte maneira: se o autor é livre, então pode agir de outro modo. Se ele pode agir de outro modo, então deve agir de outro modo, porque é certo agir de outro modo. O autor deve fazer o certo diante das circunstâncias, porque é livre para fazer o certo. Quando o autor não faz um bom uso do livre-arbítrio, recebe um juízo de reprovação e deve ser castigado. A pena é fundamentada pelo mau uso do livre-arbítrio, ou melhor, pela escolha errada quando era possível escolher o certo.

Ora, desse argumento é possível deduzir que a culpabilidade normativa fundamenta a reprovação utilizando o binômio certo/errado. Resta saber qual a origem desse julgamento, ou seja, é preciso saber se o juízo de certo ou errado tem origem na necessidade de respeitar o Direito penal, ou se tem a ver com uma noção de moral objetiva independente da existência do ordenamento jurídico. Será que a reprovação encontra legitimidade pelo fato do autor não ter respeitado a norma quando podia? Ou não, pelo contrário, será que a reprovação encontra fundamento a partir do senso comum moral que acredita na existência de critérios objetivos para definir o certo e errado?

Apesar da existência de argumentos positivistas que tendem a legitimar a reprovação por critérios legais, defendemos que o Direito penal de culpabilidade encontra legitimidade no realismo moral do senso comum que é insustentável. Partiremos da ideia de que nossos julgamentos de ordem moral não podem ser expressos de forma objetiva como postulam os kantianos, apesar de a grande maioria das pessoas, por uma questão intuitiva, acreditar realmente que o Direito é capaz de expressar uma noção objetiva de justiça. E é essa crença que legitima a reprovação da culpabilidade. As pessoas não estão preocupadas se o autor é errado porque desrespeitou o Direito, mas sim se é errado porque agiu realmente de forma errada, independente de qualquer posição jurídica. Para reprovar um autor que agiu de forma errada, além de pressupor um livre-arbítrio, as pessoas também precisam se apoiar no realismo moral.

Por exemplo, imagine a cena em que uma doce velhinha é enganada por um funcionário do banco no momento em que ela pede ajuda para sacar o dinheiro de sua aposentadoria. Antes de ensinar como realizar o saque, o funcionário realiza uma transferência sem que a senhora pudesse desconfiar. Porém, você, logo atrás na fila, percebe a manobra do funcionário e grita: “Isso está errado!”. Esse julgamento não tem relação com o fato de você sentir que isso é errado, mas porque você realmente acha que é errado, independente de qualquer sentimento individual. Também não tem relação com o fato de o Direito penal proibir o estelionato ou algum outro crime relacionado com a fraude, pois mesmo que a lei perdoasse essa conduta, você continuaria achando que enganar uma pobre velhinha é errado. Em resumo, mesmo que a comunidade mundial inteira resolvesse perdoar a conduta do funcionário, você continuaria reprovando, porque esse juízo não depende do que as pessoas acham, mas sim daquilo que é considerado objetivamente certo ou errado. Ao acreditar nesse julgamento, você está defendendo intuitivamente o realismo moral. E é dessa crença intuitiva que o Direito penal precisa para legitimar a reprovação.

No entanto, não é possível admitir que a legitimidade do Direito penal venha de uma noção de realismo moral que é falsa. E essa afirmação não é baseada em alguma posição filosófica, nem mesmo em algum tipo de crítica ao senso comum moral. Defendemos que o Direito não pode ser baseado no realismo moral,

simplesmente porque as investigações científicas já demonstraram que nossos julgamentos de ordem moral não são determinados por algum critério objetivo.

Ora, estamos plenamente justificados para dizer que não existe uma noção absoluta de certo ou errado, apesar da grande maioria acreditar que isso é possível. As investigações da neurociência que possuem relevância para um confronto com o Direito penal estão relacionadas com experimentos sobre tomada de decisão envolvendo dilemas morais. Demonstraremos como o resultado dessas investigações é capaz de modificar a nossa maneira de compreender nossos julgamentos de ordem moral. A partir daí, será demonstrada a relação que os resultados podem ter com o Direito penal de culpabilidade.

Os estudos neurocientíficos de tomada de decisão são baseados em conhecidos dilemas morais da filosofia contemporânea, como o famoso dilema do bonde desgovernado (trolleydilemma), proposto por PhilipaFoot, em 1967. O dilema pode ser descrito da seguinte maneira: Imagine um bonde desgovernado, indo na direção de cinco pessoas, que morrerão se o bonde seguir na sua trajetória. A única maneira de salvá-las é apertar um interruptor que irá desviar a trajetória do bonde para uma via alternativa, onde ele matará uma única pessoa em vez de cinco. Pergunta-se: deve-se apertar o interruptor, desviando o bonde para salvar as cinco pessoas? A maioria das pessoas responde que sim.

Considere agora outra versão do dilema: Imagine que antes do bonde se chocar, matando as cinco pessoas, é possível empurrar, do alto de uma ponte, um desconhecido com dimensão corporal capaz de parar o bonde e salvar as cinco pessoas, porém isso ocasionaria a morte desse desconhecido. Ele morrerá, mas seu corpo será capaz de parar o bonde, evitando a morte de cinco pessoas. Pergunta-se: deve-se salvar as cinco pessoas, empurrando o estranho para a morte? Nesse caso, a maioria das pessoas responde que não.

Se os dilemas forem interpretados conjuntamente, essas diferentes respostas levantam outra questão: por que é moralmente aceitável sacrificar uma vida para salvar cinco, no dilema do bonde, mas não no dilema da ponte? Quais os critérios morais justificam as diferenças nas respostas?

O objetivo aqui não é apresentar as explicações morais para o dilema, tendo em vista que foram várias as tentativas de justificação pelos filósofos. Além do mais, não é possível dizer se existe uma única solução do ponto de vista moral. O fato é

que a maioria das pessoas aceita o sacrifício utilitarista de uma vida no lugar de cinco, no dilema do bonde, mas não no dilema da ponte.

Joshua Greene, Brian Sommerville, Leigh Nystron, John Darley e Jonathan Cohen⁶¹, utilizando a técnica da neuroimagem, realizaram um estudo, no qual participantes respondiam ao dilema do bonde, além de outros semelhantes, onde era preciso realizar uma decisão envolvendo alguma questão moral.

Esses pesquisadores defendem que, de um ponto de vista psicológico, a principal diferença de resposta entre os dois dilemas está na capacidade que um tem de despertar a emoção das pessoas. A ideia de empurrar alguém para a morte desperta mais emoção do que a ideia de apertar um botão que irá causar conseqüências semelhantes, e é essa dose de emoção que explica o repúdio das pessoas no caso do dilema da ponte. Por mais que a razão utilitarista seja idêntica em ambos os casos, os pesquisadores alegam que nosso cérebro responde emocionalmente no dilema da ponte, impedindo que utilizemos a razão utilitarista de trocar uma vida por cinco.

Para justificar o estudo, eles partem da seguinte hipótese: alguns dilemas morais (aqueles semelhantes ao dilema da ponte) envolvem mais processos emocionais do que outros dilemas (como o dilema do bonde), e essas diferenças afetam o julgamento das pessoas. Partindo dessa hipótese genérica, o objetivo foi provar que as áreas cerebrais associadas com emoções são mais ativas durante o enfrentamento de dilemas como o da ponte, evidenciando que as pessoas nesses casos apresentam respostas emocionais automáticas.

Utilizando ressonância magnética funcional (fMRI), os pesquisadores entrevistaram participantes que deveriam responder dilemas morais, submetidos à escaneamento cerebral. Durante as entrevistas, as imagens comprovaram que os cérebros daqueles que respondiam aos dilemas da ponte apresentavam uma forte atividade em áreas relacionadas com as emoções. Porém, os cérebros daqueles que respondiam ao dilema do bonde não apresentavam a mesma atividade. Não foi só isso. A minoria das pessoas que achou aceitável empurrar o desconhecido da ponte demorou muito mais para fazer esse julgamento, demonstrando que de alguma forma o cérebro delas estaria lutando contra as emoções.

⁶¹ GREENE, J.D., et al. An Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgment. *Science*, vol 293, p. 2105 – 2108, 2001.

Os experimentos demonstraram que o fator determinante nos casos do dilema da ponte é o que os pesquisadores chamaram de força pessoal (*Personalfactor*).⁶² Uma pessoa aplica força pessoal quando atua diretamente no comportamento da outra. Dessa forma, nos dilemas que envolvem força pessoal, a razão utilitarista fica em segundo plano.

Mas por que os julgamentos que envolvem força pessoal despertam essas emoções? E, de forma contrária, por que não despertamos as mesmas emoções nos julgamentos que não envolvem força pessoal?

Greene afirma que essas respostas estão relacionadas com o modo como evoluímos. Ele defende que a seleção natural, a partir de certas circunstâncias, favoreceu o desenvolvimento de nossa percepção de violência, pois nossos ancestrais cresceram em um ambiente formado por grupos pequenos, no qual as ações de violência somente poderiam prejudicar as pessoas se elas estivessem muito próximas umas das outras. Para lidar com essas situações, nós desenvolvemos respostas emocionais automáticas para ações que envolvem força pessoal. Por outro lado, somente nos últimos séculos, o que não é tempo suficiente para ter algum significado evolutivo, nós percebemos que podemos prejudicar alguém com violência indireta, por exemplo, apertando um interruptor que desvia um bonde mortal. Porém, esses casos ainda não despertam nossas respostas emocionais.

As pesquisas procuram demonstrar que nossas intuições morais não são determinadas a partir de algum critério moral objetivo, de uma noção racional de certo ou errado. De alguma forma, nós analisamos comportamentos seguindo essas intuições, e com isso atribuímos um juízo de reprovação para algumas condutas. Compreender que nossas intuições podem ser resultado de uma resposta emocional automática, desenvolvida por necessidades evolutivas, pode nos ajudar a questionar esse juízo de reprovação.

Para o Direito penal isso tem uma grande importância, pois possibilita a compreensão da origem de nossa reação intuitiva de reprovação diante de alguns delitos. O juízo de reprovação do conceito material de culpabilidade pode estar relacionado, muito mais com as nossas respostas emocionais automáticas, do que

⁶² GREENE, J.D., et al. Pushing moral buttons: The interaction between personal force. *Cognition*, vol. 111, p. 364 – 371, 2009.

com uma análise racional do *poder agir de outro modo*. Por que no dilema do bonde não atribuímos um juízo de reprovação? Por que somente no dilema da ponte acreditamos no *poder agir de outro modo*?

Compreender que nossa noção de justiça pode estar equivocada ajudará a entender que nem sempre é confiável utilizá-la para atribuir um juízo de reprovação.

2.6 DIREITO PENAL SEM LIVRE-ARBÍTRIO. É POSSÍVEL?

Com a demonstração da falsidade dos pressupostos, vimos que o livre-arbítrio é uma ilusão. Isso porque não estamos justificados para dizer que poderíamos ter agido de modo diferente do que agimos, nem podemos dizer que somos a fonte consciente de nossas ações. E o que isso significa para o Direito penal? Em uma palavra: tudo. O nosso Direito penal é fundamentado por um conceito de culpabilidade que tem na sua essência a ideia do livre-arbítrio. No dia a dia dos Tribunais, cada processo que se desenvolve procura reproduzir as circunstâncias do crime, de modo que, o grau de culpabilidade criado pelo juiz depende implicitamente de uma noção libertista de livre-arbítrio. Para determinar a conduta criminosa, o juiz precisa saber se o sujeito teve intenção ou imprudência; para determinar a imputabilidade, precisa saber se tem capacidade mental de autodeterminação; para determinar a legítima defesa, é preciso saber se o sujeito teve a vontade prejudicada pela ameaça da vida etc.

Em resumo, no nosso Direito penal, sempre que o livre-arbítrio é ameaçado, os juízes inocentam o réu. Toda vez que alguma circunstância determinante é reconhecida, os juízes admitem a tese da inexigibilidade de conduta diversa e excluem a culpabilidade. Por outro lado, sempre que desconhecem as circunstâncias, chegam à conclusão de que o réu poderia ter feito algo diferente, e o condenam, fundamentando a condenação nessa liberdade de agir. Mas se todos os juízes tivessem a certeza de que sempre há uma circunstância determinante, será que sustentariam a culpabilidade? Muito provavelmente, não. Os juízes só condenam por causa da culpabilidade; somente porque partem do pressuposto de que o réu pode agir de outro modo.

Essa afirmação não é um exagero. Todos os dias nos tribunais do Brasil alguém é condenado por causa de uma liberdade que não possui. Os juízes realmente consideram que o réu é a fonte consciente dos atos criminosos, que ele poderia ter escolhido não cometer o crime. Para fundamentar essa afirmação, basta analisar alguns acórdãos de Tribunais Superiores. Isso mesmo. Não estamos falando de uma falha cometida em primeiro grau, por algum juiz religioso que não

consegue admitir o determinismo. Todo o sistema jurídico-penal é baseado na falsa ideia de livre-arbítrio. Vejamos:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, 2º, I E II, CÓDIGO PENAL. 1- IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CONDENAÇÃO. 2- PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ARGUMENTOS INADEQUADOS. FLAGRANTE ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

[...] Nos termos do artigo 59 do Código Penal, constata-se que **a culpabilidade do réu encontra grande grau de reprovação social, posto que se trata de delito em que o réu poderia agir de modo diverso, porém, preferiu, deliberadamente, praticar o crime.** Os antecedentes do réu já eram maculados ao tempo dos fatos **A personalidade é voltada para a prática de delitos contra o patrimônio A conduta social é reprovável.** A motivação é totalmente egoísta, posto que pretendia o réu a locupletação mediante o patrimônio alheio. As circunstâncias especialmente aumentam a pena. A consequência é perene ante a não devolução da res furtiva.⁶³

Ora, no exemplo acima, a professora Maria Thereza de Assis Moura deixou bem claro que a reprovação do réu foi fundamentada porque ele poderia ter agido de outro modo. Em outras palavras, diante das circunstâncias, ela tem certeza que o réu poderia ter escolhido fazer outra coisa, no entanto, “preferiu deliberadamente” praticar o crime. Com essa fundamentação, a professora realmente acredita que o réu poderia ter escolhido todas as causas prévias que determinaram a sua conduta, ou seja, ela realmente acredita que ele poderia ter escolhido não viver nesse universo. Porém, não é só isso. Mais adiante, a professora diz que “a personalidade é voltada para a prática de delitos contra o patrimônio”. Mas como? Quer dizer que o caráter do réu é determinado para cometer delitos? Mas se ele é determinado para roubar, então como é possível exigir o contrário? No mesmo relatório, a Ministra concebeu o determinismo, porém, fundamentou a condenação no livre-arbítrio. Ora, se a personalidade do réu é voltada para a prática de delitos, então como é possível dizer que ele preferiu deliberadamente praticar o crime? Realmente, não é possível. Ou ele preferiu deliberadamente, ou foi determinado por sua personalidade

⁶³ STJ, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 16/05/2013, T6 - SEXTA TURMA.

criminosa. Admitir as duas posições é o mesmo que dizer que o réu poderia escolher sair da cadeia de causa e efeito da qual faz parte somente para roubar, e isso é impossível. No mesmo sentido desse voto, podemos encontrar vários outros:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO TRIBUNAL A QUO, NO PATAMAR DE UM TERÇO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. PROGRESSÃO A ESSE REGIME DEFERIDA AO PACIENTE. WRIT PREJUDICADO, NO PONTO. SUBSTITUIÇÃO DA

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO Nº 05/2012, DO SENADO FEDERAL. REQUISITOS SUBJETIVOS NÃO PREENCHIDOS. DESCABIMENTO. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDA, E NESSA EXTENSÃO DENEGADA. RELATÓRIO.

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

[...] Levando ainda em consideração as circunstâncias judiciais, verifica-se que a culpabilidade do réu como juízo de reprovação foi acentuada, pois agiu com potencial conhecimento da ilicitude do fato, **com alto grau de previsibilidade do resultado lesivo, sendo que poderia agir de modo diverso.** [...] ⁶⁴

EMENTA: APELAÇÃO. RECUSA DE OBEDIÊNCIA (CPM, ART. 163).

VONTADE LIVRE E CONSCIENTE DE DESOBEDECER. FATO TÍPICO. INEXISTÊNCIA DE EXCLUDENTES DE ILICITUDE E DE CULPABILIDADE. INCABÍVEL NA HIPÓTESE A CONVERSÃO DA CONDOTA EM TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO. IMPOSSIBILIDADE POR FALTA DE PREVISÃO LEGAL. CONTINUIDADE DELITIVA NÃO RECONHECIDA. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA RECORRIDA.

Os autos evidenciaram a vontade livre e consciente do réu de praticar a conduta prevista no art. 163 do CPM, o qual se negou a cumprir ordem de superiores sobre a matéria de serviço, dando ensejo à sua prisão em flagrante delito. [...] ⁶⁵

EMENTA: PENAL. CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. ART. 1º, INCISO I, DA LEI 8.137/90. NEGATIVA DE AUTORIA. TESE DEFENSIVA NÃO ACOLHIDA. DEMONSTRADA PELA PROVA DOS AUTOS A VONTADE LIVRE E CONSCIENTE DE FRAUDAR O FISCO. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

[...] 4. **Configurada, pela prova dos autos, a vontade livre e consciente do acusado** em prestar declarações falsas à autoridade fazendária, objetivando fraudar o Fisco.

5. Negado provimento ao recurso de apelação. ⁶⁶

⁶⁴ STJ, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 16/04/2013, T5 - QUINTA TURMA.

⁶⁵ STM - AP: 1514020127070007 PE 0000151-40.2012.7.07.0007, Relator: Lúcio Mário de Barros Góes, Data de Julgamento: 09/10/2013, data de publicação: 16/10/2013.

⁶⁶ TRF-2 - APR: 200651015130423, Relator: Desembargador Federal ALUISIO GONCALVES DE CASTRO MENDES, Data de Julgamento: 16/06/2010, PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 09/07/2010.

Nesse momento, uma pergunta começa a surgir. Até aqui, todos nós já percebemos a dificuldade e o perigo de sustentar a culpabilidade no livre-arbítrio. Mas, e agora? Se o Direito penal não pode ser fundamentado pelo livre-arbítrio, qual seria a alternativa? Afinal, todos nós sabemos que as condutas indesejadas não deixarão de existir. Mesmo sem o livre-arbítrio, o Direito penal precisa existir para proteger a comunidade. Aqui, uma questão precisa ser solucionada.

Ora, o fato de que nossas escolhas dependem de causas prévias não as tornam menos importantes. Deixar isso bem claro é fundamental, porque geralmente os defensores do livre-arbítrio confundem essa questão, ou seja, acabam misturando determinismo com fatalismo. Geralmente alegam: “bom, se tudo é determinado, por que eu tenho que fazer algo?” “Por que não ficar sentado esperando que as coisas aconteçam?”. Ora, para essa alegação, nós temos uma resposta. Ficar sentado esperando que as coisas aconteçam também é uma escolha determinada por causas prévias. Além disso, seria muito mais complicado ficar sem fazer nada do que fazer alguma coisa. Nós, seres humanos, simplesmente fazemos. Fomos feitos para isso; nossas escolhas determinadas sustentam a cadeia de causa e efeito.

Defenderemos que é plenamente possível fundamentar um Direito penal sem a ideia de livre-arbítrio. Nós não podemos ser culpados por nossas escolhas, mas, ainda assim, elas existem e são relevantes para a sociedade em que vivemos. Vejamos novamente o caso do psicopata estuprador. Com a visualização da cadeia de causa e efeito, nós percebemos que realmente ele não poderia ter agido de outro modo, de maneira que, o resultado final só poderia ter sido o estupro.

Porém, ninguém pode negar o fato de que em nossa sociedade o estupro não pode ser permitido. Assim, temos um problema. De um lado, existe um psicopata sedento por loiras, determinado a estuprar, que não pode fazer nada para evitar o crime, pois sua vontade foi determinada por causas prévias sobre as quais ele não tem controle; de outro, temos a necessidade de prevenir o crime, pois nossa comunidade não pode sobreviver com a ameaça de um psicopata estuprador.

Pelo Direito penal de culpabilidade, não podemos prender o psicopata, pois ele não poderia ter agido de outra forma, logo a culpabilidade estaria excluída pela

inexigibilidade de conduta diversa. Porém, o mesmo não acontece se fundamentarmos a punição por um critério utilitarista. A prisão do psicopata é necessária, simplesmente porque será capaz de prevenir o estupro. Não importa se ele poderia ter agido ou não de outro modo, até porque, como demonstrado, ninguém pode agir de modo diferente daquilo que agiu. O importante é analisar se a pena será útil, e nesse caso, a resposta só pode ser afirmativa, afinal ninguém vai querer correr o risco de testemunhar o estupro de loiras.

É possível sustentar um Direito penal sem o livre-arbítrio, desde que rejeitemos a ideia de retribuição. Por uma visão utilitarista, a punição não depende do falso julgamento que concebe o criminoso como a fonte consciente da conduta. Para fundamentar essa afirmação, Jeremy Bentham pode ser útil.

Se o Direito penal for orientado por uma teoria da utilidade da pena, não precisaremos culpar os criminosos, nem reprová-los moralmente. Além disso, o desenvolvimento de uma teoria utilitarista possibilita que as penas sejam compatíveis com as necessidades de cada criminoso em especial, e com as necessidades da sociedade.

Apesar dessas vantagens, os defensores da culpabilidade, geralmente fundamentados por Kant, tentam rejeitar o utilitarismo, alegando que o homem não pode ser utilizado como meio para outros fins. Não concordamos com essa posição, mas vamos analisar os principais argumentos contrários ao utilitarismo.

O primeiro argumento dos defensores da culpabilidade é o de que se rejeitarmos o livre-arbítrio, não teremos legitimidade para punir ninguém, e a sociedade estará destinada ao relativismo. Nós discordamos. Existem boas justificativas para punir que não necessitam da ideia de livre-arbítrio, nem da reprovação moral. A razão é simples. Ao saber que o ser humano é determinado, poderemos utilizar a pena para a função de servir de causa inibidora de uma futura intenção de cometer o crime. A pena servirá de meio para tentar evitar o crime, ainda que não seja possível afirmar seguramente se esse efeito ocorrerá no futuro, pois existem milhões de causas que determinarão a conduta. Porém, a ameaça da pena, por si só, já é uma causa poderosa para determinar o que um ser humano fará ou deixará de fazer.

O segundo argumento nega o utilitarismo penal por causa do perigo que ele pode representar no sentido de permitir punições rigorosas em nome da prevenção

de crimes. Imagine, por exemplo, que o estado estabeleça pena de morte para prevenir as infrações de trânsito. Ninguém pode negar o efeito utilitarista que a pena pode ter nesses casos, porém viveríamos com um medo insuportável, e isso, nem o maior utilitarista quer. Porém, entendemos que esse argumento é insustentável, pois viola o próprio utilitarismo. A sociedade ficaria pior com a ameaça de morte nesses casos, mesmo que houvesse a redução no número de faltas cometidas ao volante. Fundamentamos essa afirmação por um princípio básico do utilitarismo: o valor do castigo deve ser apenas aquele suficiente para que os lucros do crime não compensem a sua realização.⁶⁷ É a ideia de proporção entre a pena e o crime. Punir infrações de trânsito com pena de morte viola qualquer proporção e nenhum utilitarista vai defender isso.

Os libertistas podem argumentar que uma teoria utilitarista não explica os casos extremos em que as causas do crime estão evidentes. Por exemplo, como diferenciar os casos de legítima defesa, estado de necessidade, daqueles em que o autor atua de forma “livre”? Ora, a legítima defesa é um caso diferente, não porque o autor não podia atuar de outro modo, afinal ninguém pode, mas sim porque fica evidente que a pena não tem nenhuma utilidade nesse caso, justamente porque não existe nenhum prejuízo para a sociedade nos crimes cometidos em legítima defesa.

Do mesmo modo, não é necessário intimidar alguém que cometeu um crime em legítima defesa. A pena simplesmente não é útil. Mais adiante, quando analisarmos a proposta do utilitarismo por dissuasão, poderemos desenvolver esses argumentos. Por enquanto, basta saber que existe uma resposta capaz de fundamentar o Direito penal sem a culpabilidade.

⁶⁷BENTHAM, J. **An Introduction to Principles of Moral and Legislation**. Ontario: Batoche books Kitchener, 2000, p. 141.

3 CULPABILIDADE E SISTEMÁTICA PENAL

Com a demonstração de que o livre-arbítrio é insustentável, nos resta analisar como o conceito da culpabilidade adquiriu o papel de protagonista na dogmática. Apesar de a sistemática penal ser orientada por mais outros três conceitos – conduta, tipicidade, ilicitude – a culpabilidade adquiriu uma maior importância, ganhando o status de princípio constitucional. Porém, toda essa importância vem acompanhada pela fragilidade na fundamentação. Isso porque a culpabilidade depende da ideia de livre-arbítrio. E o pior é que não estamos falando de uma visão compatibilista, mas sim de uma visão libertista que não pode ser sustentada.

Assim, antes de qualquer exposição sobre a dogmática penal, uma advertência deve ser feita, pois a ideia de desenvolver uma crítica do sistema pode nos levar a alguns desentendimentos desnecessários. Desse modo, deixaremos bem claro que o fato de o conceito material de culpabilidade não poder ser sustentado não significa que a construção sistemática é insignificante. Ou seja, a insustentabilidade do conceito não leva à destruição do sistema, pois o Direito penal possui argumentos que podem legitimar a sua existência sem depender da ideia de livre-arbítrio.

O que estamos propondo nessa dissertação é que a dogmática penal abandone a ideia de fundamentar a pena pela culpabilidade, pois ela não tem relevância empírica. Isso não significa, no entanto, que o Direito penal irá deixar de existir, cedendo lugar para práticas alternativas que não dependem da construção sistemática. Muito pelo contrário. O Direito penal pode muito bem abdicar de fundamentar a pena no merecimento da culpabilidade para permitir o desenvolvimento de justificativas utilitaristas.

3.1 SISTEMA JURÍDICO-PENAL

Considerando uma disposição de determinado conhecimento científico de forma sistemática, é possível dizer que o aperfeiçoamento do sistema está relacionado ao estágio das descobertas científicas, de tal forma que, quanto mais desenvolvido estiver o sistema, maior será o conhecimento alcançado pela ciência em particular. Do mesmo modo, uma disposição sistemática precária denuncia um estágio inicial das descobertas, ocasionando uma organização embrionária do conhecimento alcançado.

Além disso, uma aperfeiçoada construção sistemática possibilita uma relação lógica entre os elementos do sistema, permitindo aferir se a disposição de um elemento em particular está em concordância com os demais. Para isso, é necessário estabelecer o sentido que cada elemento do sistema deve possuir, de modo que, quanto mais estreito e bem definido for o sentido dos elementos, melhor será a relação lógica de uns com os outros.

A organização do conhecimento científico e a possibilidade de verificação da concordância lógica entre as descobertas representam, portanto, duas grandes vantagens da construção sistemática, imprescindíveis para o desenvolvimento de qualquer ciência. Porém, além das vantagens relacionadas ao próprio saber científico, pode-se relacionar a disposição sistemática com as finalidades que se procuram alcançar com o desenvolvimento científico em particular.

Assim, da mesma forma que o êxito de um sistema, constituído para organizar as descobertas existentes, é determinado pelo grau de concordância lógica entre os elementos, o grau de satisfação com um sistema teleológico é determinado pelo alcance dos objetivos. Quanto mais o sistema atender às necessidades, maior será o êxito. A postura teleológica relaciona a criação do sistema ao conceito de racionalidade final, o que implica um questionamento sobre as finalidades dos elementos de um sistema.

Na disposição do conhecimento jurídico-penal, pode-se dizer que a construção sistemática, sobretudo a construção alemã, representa a mais elaborada forma de organização das descobertas relativas à culpabilidade, constituindo-se produto de exportação internacional para muitos países, inclusive o Brasil. Com a ressalva de que a importação de um modelo de sistema sempre requer cuidado com

as particularidades de cada lugar, é possível dizer que a dogmática penal alemã está presente apesar de a realidade brasileira ser bem diferente. Isso porque, o objeto da construção jurídica – as relações sociais – apresenta variações relacionadas com a própria formação da comunidade em particular. Assim, qualquer estudo de algum elemento do sistema jurídico-penal deve levar em consideração as particularidades relacionadas com o contexto motivador da criação sistemática.

É possível dizer que o estudo sistemático jurídico-penal com pretensões científicas é um produto relacionado com a necessidade de codificação do período Iluminista. No início, as intenções estavam concentradas na tentativa de elaborar uma linguagem penal própria, distinta das motivações geradas pelo uso da linguagem ordinária.

Nesse sentido, a organização dos elementos do sistema jurídico-penal é tarefa que pertence à dogmática penal. Já os principais elementos do sistema – conduta, tipicidade, antijuricidade e culpabilidade – relacionam-se logicamente, constituindo a chamada teoria geral do crime. A distinção entre parte geral e parte especial foi o ponto de partida para uma elaboração sistemática do Direito penal; depois os esforços se dirigiram para a classificação dos crimes em espécie, de acordo com o bem jurídico protegido por eles; e, finalmente, a elaboração de uma teoria esclarecendo o sentido do delito no sistema.⁶⁸

Não é incomum a crítica sobre a relevância da construção sistemática jurídico-penal, principalmente no que diz respeito aos sistemas teleológicos, muitas vezes considerados ineficazes para o alcance das finalidades relacionadas às questões de política criminal. De qualquer forma, antes de qualquer exposição a respeito de algum modelo de sistema, é preciso analisar alguns dos principais argumentos que defendem a ideia de um conhecimento jurídico-penal de forma assistemática.

A partir das falhas originadas pelo elevado grau de abstração dos elementos do sistema, ou pela comprovação empírica de que os problemas sociais não desaparecem, muitos questionaram a relevância, ou mesmo a real necessidade de uma construção sistemática. Enquanto a teoria do delito foi ampliando seu alcance na criação de uma racionalidade penal, as críticas revezavam seu ataque, ora

⁶⁸ MUÑOZ CONDE, F. **Introducción al Derecho penal**. Buenos Aires: B de f, 2001, p. 254.

atuando contra determinada construção na teoria do delito, ora argumentando contra o próprio sistema.

No enfrentamento da crítica à construção sistemática, Schunemann defende que uma disposição do conhecimento de maneira totalmente assistemática não é possível no Direito. Isso porque as relações sociais só podem ser descritas a partir da linguagem ordinária, o que resulta numa sistematização própria, gerada pelo uso primário da linguagem. Assim, a renúncia de qualquer sistema jurídico não significaria uma disposição assistemática das descobertas, mas somente a substituição da racionalidade jurídica pela sistematização arbitrária da linguagem cotidiana, dando lugar a uma pluralidade de opiniões e pontos de vista, que podem ser contraditórios entre si.⁶⁹

Outra dimensão da crítica leva em consideração que a construção de um sistema pode dificultar a solução dos conflitos sociais a partir de critérios de justiça material, ou mesmo, dificultar o alcance dos objetivos político-criminais, reduzindo as oportunidades para resolver problemas, pois as opções estariam restritas aos elementos do próprio sistema. Porém, dificuldades dessa natureza não estão relacionadas à existência de uma construção sistemática. Pelo contrário, apenas denunciam problemas na adequação do sentido dos elementos do sistema com questões de natureza empírica. De certo modo, essa é uma característica marcante de alguns sistemas, mas não pode ser utilizada como argumento contrário a todo tipo de sistema.

No que diz respeito ao fato de uma construção sistemática dificultar o alcance dos objetivos de política criminal, Zaffaroni destaca que muitas vezes essa característica pode ser uma vantagem:

Especial mención merece la observación referida a la política criminal, porque si por tal se entiende la dificultad para llevar alguna función manifiesta de la pena hasta sus últimas consecuencias, en un sistema que lo impide por la necesidad de no contradecir algún dato legal o interno, además de que a veces esto puede ser una ventaja y no um defecto (cuando um limite impida la pretensión de imponer todo lo que la aspirada prevención necesitaría), en los casos contrarios se trata de um defecto que también es atribuible a la construcción del sistema y no a su mera existencia. Si se construye un sistema partiendo de una pretendida función positiva del poder punitivo, y la medida de la pena que ésta indica no puede lograrse porque la ley no lo permite, debe optarse entre considerar

⁶⁹ SCHUNEMANN, B. **El sistema moderno del Derecho penal**: cuestiones fundamentales. Madrid: Tecnos, 1991, p. 33.

inconstitucional la ley o metodologicamente incorrecta la construcción, por violar la regla de la compatibilidad legal.⁷⁰

Com efeito, isso ocorre, porque, algumas vezes, as tentativas de se utilizar critérios político-criminais podem encontrar obstáculos nos elementos do próprio sistema, denunciando que o sentido dos elementos não está em concordância com o objetivo motivador do sistema.

Uma nova corrente, que de certo modo vem ganhando destaque no cenário acadêmico, não somente em Direito penal, argumenta contra a construção sistemática, defendendo o uso da tópica, numa espécie de retomada ao pensamento aristotélico. Basicamente, essa corrente defende o desenvolvimento de uma argumentação particular, motivada pelas características do caso concreto, concentrando toda a importância do Direito na decisão, isto é, na possibilidade de por fim à tensão de âmbito problemático.

Apesar de a dogmática jurídica – encarregada da elaboração de um determinado sistema jurídico – possuir um objeto de estudo totalmente distinto da técnica jurídica, os defensores da tópica atacam o sistema, ignorando que a existência de um conhecimento organizado serve de ferramenta para o alcance da legitimidade da decisão judicial, finalidade que tanto desejam.

É possível dizer que esse tipo de ataque tem como causa a falta de uma distinção precisa entre dogmática jurídica e técnica jurídica. Enquanto esta tem por objeto a decisão jurídica, aquela se concentra na disposição do conhecimento – organizá-lo de maneira racional para o uso específico de estudiosos. Embora ambas estejam, de algum modo, voltadas para a interpretação do saber jurídico, a forma de cada uma interpretar é distinta, o que ocasiona necessariamente diferenças entre a metodologia da técnica e da dogmática.

A tarefa interpretativa da técnica jurídica está diretamente orientada para a solução de um problema concreto, que é preciso solucionar através de uma decisão judicial razoável. Já a interpretação da dogmática jurídica, pelo contrário, apesar de ser orientada por problemas epistemológicos, não é condicionada por algum tipo de problema específico da prática jurídica. O principal objetivo da dogmática jurídica é a construção coerente de um todo sistemático, além da busca pela correta atribuição

⁷⁰ ZAFFARONI, E. R. **Derecho penal**: Parte General. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, 2002, p. 84.

de sentido aos diferentes elementos e proposições lingüísticas que formam determinado ramo do direito.⁷¹

Além disso, a proposta de substituir elementos do sistema por argumentos desenvolvidos no caso concreto só tem relevância quando a construção sistemática for utilizada como instrumento para resolução do conflito, adentrando, nesse caso, ao universo de estudo da técnica jurídica. Ora, não se pode negar a importância da construção sistemática no desempenho de sua tarefa principal, que é a de organizar as descobertas, dispondo de maneira lógica o sentido dos diversos elementos. Porém, muitas vezes, o sistema desempenha um papel secundário, que é o de legitimar a argumentação jurídica, servindo como fundamento da decisão judicial.

Nesses casos, quando o sistema se apresenta insuficiente para resolver o conflito particular, os protagonistas da decisão, diante da necessidade de solucionar o problema, passam a desenvolver um tipo de argumentação que não é fundamentada no método lógico-dedutivo, proveniente da utilização do sistema. A partir da constatação de que a construção sistemática pode se apresentar insuficiente para resolver conflitos, propõe-se uma substituição pela tópica.

O principal argumento para a crítica ao sistema, nesses casos de conflito, tem relação com a falsa ideia de que o sistema jurídico deve se apresentar de maneira axiomática, constituindo-se uma unidade fechada.

Conforme esse modelo, a disposição do conhecimento pode ser reduzida a um número determinado de fórmulas fundamentais, os chamados axiomas. Essa disposição permite que o sentido de um elemento seja determinado a partir da dedução, apoiando-se nos axiomas já existentes, e evitando-se a interpretação.

Partindo da ideia que associa o sistema à axiomatização, Viehweg desenvolveu a defesa da tópica, apontando que um modelo de sistema jurídico axiomático nunca se realizou.

Se se conseguisse, além disso, colocar de um modo semelhante todos os demais assuntos jurídicos sob alguns axiomas e conceitos fundamentais unitários e fazer o mesmo com o âmbito total do direito positivo em questão, então e só então seria permitido falar de uma completa fundamentação lógica do direito e de um sistema jurídico lógico. Sua construção nunca se

⁷¹ MORCHON, G. R. La decisión en el Derecho y La tópica jurídica. *Boletim Mexicano de Derecho Comparado*. México: UNAM, 1985, p. 964.

realizou, ainda que sua existência seja pressuposta usualmente em nosso pensamento jurídico.⁷²

Além de nunca ter se realizado, um sistema jurídico axiomático nunca se realizará. Isso porque a enorme complexidade da vida social não permite que seus valores possam ser representados em axiomas. Diferente da geometria, que lida com objetos imutáveis – círculos, retas, quadrados – o Direito estará sempre condicionado a existência de um objeto que sofre variações ao longo da história. É possível considerar praticamente impossível uma completa axiomatização dos valores que representam a sociedade humana.

No entanto, a impossibilidade do método axiomático não deixa uma lacuna a ser preenchida pela tópica, numa espécie de cenário caracterizado pelo desenvolvimento de uma argumentação assistemática. Pelo contrário, é possível conceber o sistema jurídico como um sistema aberto, significando que o conhecimento jurídico existente se dispõe de modo que pode ser removível a qualquer tempo. Além disso, nos casos concretos em que o sistema não apresentar uma solução, não significa que eles não devem ser resolvidos, ou devem ser ignorados. Pelo contrário, um sistema aberto possibilita que os elementos sejam modificados a qualquer tempo para que sejam compatíveis com as novas necessidades. Como exemplo disso, é possível visualizar o próprio caso da culpabilidade. Partindo de uma noção psicológica, o sentido do elemento evoluiu, de tal modo que, se apresenta hoje como um conceito normativo, que começa a ser questionado, pois o sentido não alcança os resultados de pesquisas científicas que negam o livre-arbítrio. Essa constatação não obriga necessariamente à destruição do sistema e sua substituição pela tópica, mas apenas uma revisão do elemento ou a substituição por outro. O sistema jurídico-penal pode muito bem sobreviver como um sistema aberto, no qual cada elemento pode ser revisado sempre que descobertas empíricas refutam as velhas atribuições de sentido.

⁷² VIEHWEG, T. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 77.

3.2 FASES DA CONSTRUÇÃO SISTEMÁTICA.

Para a visualização do problema nesta pesquisa, é preciso encarar a culpabilidade como um produto da construção sistemática alemã. Assim, antes de analisar especificamente o conceito, é necessário, de modo geral, compreender como se deu a construção sistemática como um todo. Não se pretende, no entanto, realizar uma exposição detalhada de todas as fases da evolução dogmática ao longo da história. O objetivo é conseguir enxergar o contexto que permitiu a elaboração do conceito da culpabilidade.

Assim, para uma compreensão genérica da construção sistemática alemã, levando em conta seus fundamentos filosóficos, é possível visualizar algumas épocas distintas que antecederam à fase de construção normativa: o positivismo normativista, o positivismo naturalista, que tem seu ápice com o sistema de Von Liszt; o neokantismo e o finalismo. Apesar de o funcionalismo representar uma fase distinta, entendemos que as propostas funcionalistas vieram após a crise do conceito normativo, portanto, devem ser estudadas em um momento diferente.

3.2.10 positivismo normativista.

A principal manifestação do positivismo na dogmática penal alemã foi o positivismo normativista. Nessa fase, a construção sistemática foi caracterizada pela rejeição a qualquer tentativa de introduzir juízos de valor ou referências metajurídicas no sistema. De acordo com o método positivista, a dogmática deveria abster-se de promover valorações éticas, ou de levar em consideração as consequências na realidade social produzidas pelas normas. De modo semelhante ao modelo das ciências naturais, o positivismo jurídico era concebido a partir de um normativismo formalista, que buscava somente a compatibilidade lógica dos elementos do sistema. Além da necessidade de adequação às exigências positivistas da época, outro fator que contribuiu para o normativismo foi a elaboração do Código Penal Alemão de 1871, pois a pluralidade legislativa, marca do Direito penal liberal alemão, impedia uma elaboração dogmática exclusivamente apoiada no direito positivo.⁷³

⁷³ MIR PUIG, S. **Introducción a las Bases del Derecho Penal**. Buenos Aires: B de f, 2003, p.190.

Pode-se afirmar que o principal representante do positivismo normativista na dogmática penal alemã foi Karl Binding, principalmente pela elaboração de sua teoria da norma e pela crítica às construções sociológicas na sistemática penal. Binding concebia a norma como puramente jurídica, sem qualquer vinculação com o costume, ou com algum tipo de construção social. A única missão do penalista consistia na interpretação do Direito penal positivo, e era nisso que Binding via o seu orgulho. A lei positiva, considerada como um todo objetivo, é o único objeto e ponto de partida para o jurista. Fora do âmbito positivo sobravam aspectos extralegais ou metalegais que, por não serem jurídicos, deveriam ser descartados do trabalho do jurista. Além disso, Binding exigia do legislador o mesmo cuidado que exigia do juiz. Assim, quando o legislador falhasse na redação de um tipo legal, não poderia o juiz ser responsabilizado pela falha na interpretação, mas somente o próprio legislador.

O positivismo de Binding fez oposição às correntes da época que exigiam uma aproximação do Direito penal com a realidade empírica. Não admitia que a dogmática pudesse abandonar o universo normativo para se dedicar à política criminal. Desse modo, também rejeitou qualquer possibilidade de utilizar a pena como meio para prevenção de delitos.⁷⁴

Para Binding, a pena era justificada somente como uma resposta necessária diante da violação de uma norma estatal. A essência do crime, então, seria somente a violação da norma positiva, não possuindo qualquer relação com algum preceito de ordem moral. A pena, entendida puramente a partir de um critério retributivo, seria uma compensação para a violação da ordem jurídica, pois esse seria o único fim deduzido da lei.

3.2.20 positivismo naturalista.

A partir da década de 80 do século XIX, com a publicação do *Programa de Marburgo*, de Franz Von Liszt, desenvolveu-se na Alemanha uma corrente doutrinária que, apesar de também se originar do positivismo científico, possuía uma metodologia oposta ao normativismo formalista. O positivismo naturalista de Von Liszt foi caracterizado pelo desenvolvimento da ideia de fim no Direito penal,

⁷⁴ Ibidem, p. 193

significando uma virada metodológica que buscou aproximar a dogmática da realidade empírica.

Politicamente, Mir Puig destaca que essa nova direção do positivismo respondeu a crise do Estado liberal clássico e sua substituição pelo Estado social intervencionista. Se o Estado liberal concebeu um Direito penal de garantia, despreocupado com a realidade empírica, o novo Estado social tinha por objetivo desenvolver um Direito penal de prevenção efetiva.⁷⁵

Além disso, outro fator que contribuiu para o desenvolvimento do positivismo naturalista foi o apogeu das ciências da natureza, especialmente, o desenvolvimento da teoria evolucionista de Darwin. Acreditava-se que o único conceito verdadeiro de ciência era o conceito positivista, de maneira que, somente o método experimental poderia atestar o caráter científico de uma atividade.⁷⁶ De certo modo, os mesmos fatores políticos e sociais que influenciaram o desenvolvimento do positivismo naturalista alemão também apareceram na Itália. Porém, na Alemanha, o positivismo natural não chegou a ser tão extremo quanto o italiano, pois não se pretendeu substituir o objeto tradicional da dogmática, isto é, o direito positivo não chegou a ser totalmente substituído pelo estudo da realidade empírica.⁷⁷

Em oposição a Binding, para Liszt, a tarefa do Direito penal não se esgotava no jurídico, ou seja, além do conhecimento dogmático, era necessário o conhecimento da realidade, constituído com o auxílio de outras ciências como a antropologia e a sociologia criminal. Enquanto a parte dogmática do Direito penal teria um caráter pedagógico, a parte criminológica teria um caráter científico, e seria necessária para identificar as reais causas do delito e os efeitos da pena. Como resultado dessa investigação científica, surgiria a política criminal, que seria a tarefa da ciência total do Direito penal. O grande papel do Direito penal, segundo Liszt, seria extrair uma linha política a partir de conhecimentos pedagógicos e científicos, isto é, constituir um sistema científico de política criminal.⁷⁸

Para Liszt, a utilização da pena de forma consciente, como arma contra o delinqüente, não era possível sem a indagação científica do crime na sua manifestação exterior material, e nas suas causas internas que se inferem dos fatos.

⁷⁵ MIR PUIG, S. **Introducción a Las Bases Del Derecho Penal**. Buenos Aires: B de f, 2003, p. 196.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 197.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 198.

⁷⁸ ZAFFARONI, E. R. **Tratado de derecho penal: parte general**. Tomo II. Buenos Aires: Ediar, 1987, p. 238.

Para designar essa ciência do crime, causal e naturalística, poderia se utilizar a expressão criminologia.⁷⁹ Liszt dividia a criminologia em biologia ou antropologia criminal e em sociologia criminal. A primeira descreveria o crime como fenômeno que se produz na vida do indivíduo; já a segunda teria por objeto descrever o crime como fenômeno que se produz na vida social, e estudaria na sua conformação e nas suas condições sociais. Essa divisão seria facilmente justificada, pois, segundo Liszt, “todo crime resultaria do concurso de dois grupos de condições. De um lado, a natureza individual do delinqüente, e, de outro, as relações exteriores, sociais, especialmente as relações econômicas que o cercam.”⁸⁰

Para a elaboração de seu sistema político, Liszt partia de uma diferença entre política social e política criminal. Enquanto a política social teria por objetivo tentar reduzir ou limitar as condições sociais do crime, a política criminal só deveria se preocupar com o delinqüente, individualmente considerado. Para Liszt, a política criminal exigiria que a pena, como meio, fosse adequada ao fim, ou seja, que fosse determinada quanto ao gênero e medida de acordo com a natureza do delinqüente, a quem inflige um mal.

A elaboração do plano de política criminal caracterizou-se também pela crítica ao modelo retributivo vigente no normativismo formalista de Binding. Segundo Liszt, a justiça retributiva exigia um sofrimento que fazia com que a pena fosse medida conforme a gravidade da culpa. O padrão para determinar esse conceito de gravidade era o valor que a ordem jurídica atribuía ao bem. A partir do caso concreto, o juiz determinaria a gravidade do fato, levando em consideração a importância do bem lesado. “O homicídio é mais grave do que a ofensa física, o roubo mais grave do que o furto. É, pois, pelo resultado que se determina o valor da ação.”⁸¹

De modo contrário, a teoria da pena de Liszt encontrava o padrão da gravidade do delito na intenção delituosa demonstrada pelo fato. No julgamento do delinqüente, seria necessário ir além do fato individual e investigar o passado para, a partir dele, tirar conclusões sobre o futuro. Liszt defendia que “não se trata da intenção delituosa em si, mas da intenção demonstrada por um crime certo e

⁷⁹ LISZT, F. V. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia, 1899, p. 104.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 107.

⁸¹ *Ibidem*, p. 127.

determinado.”⁸² Por ser uma medida que atingia de maneira profunda, tanto o indivíduo, como a comunidade, a pena não poderia ser medida unicamente pela intenção, que para Liszt seria suspeita, mas sempre pelo fato, isto é, somente a realidade poderia dar causa a ação repressiva do Estado.

3.2.30 neokantismo.

A partir do ataque ao empirismo da corrente naturalista, nas primeiras décadas do século XX, o neokantismo surgiu trazendo o velho argumento que afirmava a impossibilidade de se chegar ao *dever-ser* a partir do *ser*. Para os críticos do positivismo, não poderiam ser traçados preceitos normativos para a valoração da realidade, unicamente a partir de uma análise empírica da mesma. Os neokantistas concordavam com Kant, quando defendiam que a realidade em si não seria, em sua totalidade, suscetível de apreensão pelo conhecimento humano, mas somente em sua manifestação espaço-temporal, como produto dos sentidos. Seria preciso, então, além da apreensão sensorial, o desenvolvimento de formas *a priori*.⁸³ No entanto, discordavam de Kant quanto à ideia de reduzir o conhecimento científico somente ao universo das ciências da natureza.

O objetivo dos neokantianos era desenvolver um novo conceito de ciência que permitisse garantir às ciências sociais o mesmo rigor das ciências da natureza. “Em outras palavras, queriam ampliar o estreito conceito positivista de ciência, de modo que coubesse nesse, não só os fatos perceptíveis pelos sentidos e sua observação, mas também os fenômenos espirituais e a compreensão de sua essência específica.”⁸⁴ Na Alemanha, o desenvolvimento do neokantismo se deu de dois modos distintos, concentrados, de um lado, na escola de Marburgo, cujo principal representante é Stammler, e, de outro, na escola sudocidental ou de Baden, destacando-se os trabalhos de Lask e Radbruch.

Stammler defendia a necessidade da reintrodução valorativa na ciência jurídica, argumentando que seria necessário o desenvolvimento de categorias valorativas autônomas, ou seja, o direito deveria possuir suas próprias formas *a priori*. Argumentava também que esses valores não poderiam ser alcançados a partir

⁸² Ibidem, p. 127.

⁸³ MIR PUIG, S. *Introducción a Las Bases Del Derecho Penal*. Buenos Aires: B de f, 2003, p. 213.

⁸⁴ Ibidem, p. 211.

do ser. Para Stammler, os preceitos do *dever-ser*, isto é, os valores normativos do direito, não poderiam ser fundamentados indutivamente a partir da investigação empírica da realidade.

Na filosofia de Stammler, “as específicas formas *a priori* do conhecimento próprio da ciência do direito são as ‘formas puras’ do pensamento jurídico, da matéria representada pelo conteúdo das normas de direito positivo.”⁸⁵ Da mesma forma que as ciências da natureza possuem seu caráter científico a partir das formas *a priori* do conhecimento, para a dogmática jurídica, esse caráter seria garantido pela presença de formas jurídicas puras *a priori*. As categorias jurídicas puras, da mesma forma que nas ciências naturais, permitiriam ordenar de modo unitário as ideias, garantindo-se, assim, a qualidade de ciência para o Direito.

No neokantismo de Stammler, as formas que possibilitam o conhecimento da matéria condicionam o conteúdo desta, de modo que o conteúdo do Direito seria, de alguma maneira, condicionado pelas formas jurídicas puras e categorias sistemáticas. Dessa forma, seria preciso discutir a relação que os valores teriam para a configuração dessas formas puras.

Para Stammler, a filosofia do Direito seria a teoria em que a discussão das formas jurídicas poderia formular-se com validade incondicionada, ou seja, seria o âmbito de discussão do sentido dessas formas, cabendo a dogmática o papel de ordená-las sistematicamente. Partindo dessa ideia de tarefa da filosofia do Direito, Stammler distingue, de um lado, a questão do conceito de Direito e, de outro, a questão da ideia do Direito.⁸⁶ O conceito de Direito seria um pensamento com validade geral incondicionada que proporciona caráter homogêneo às diversas questões jurídicas, seria o querer inviolável e soberanamente vinculante. Através do conceito de Direito é possível ordenar a ideia de Direito, isto é, a partir de uma forma pura incondicionada é possível delimitar um querer jurídico frente a outras possibilidades, como a moral, os costumes e a força arbitrária.

Mesmo não influenciando diretamente a dogmática penal, a filosofia de Stammler foi o ponto de partida para os autores da escola sudocidental, cujo representante mais influente para o Direito penal foi Radbruch. Partindo do dualismo neokantiano, Radbruch afirmava que, além de pertencer ao domínio da cultura, o

⁸⁵ Ibidem, p. 214.

⁸⁶ MOTRAVETA, S. C. **El Tipo Penal Em Beling Y Los Neokantianos**. Barcelona: Editorial PPU, 2002, p. 325.

Direito também convivia com o mundo da natureza, e, por isso, sustentou que a existência da lei seria precedida por uma ideia norteadora, um *dever-ser* específico que não poderia ser compreendido a partir dos dados fornecidos pela experiência, mas somente do mundo dos valores.

A importância de Radbruch e da filosofia neokantiana para o Direito penal foi enorme. Francisco Muñoz Conde destaca que conceitos como o de causa supralegal de justificação, a função teleológica do bem jurídico e a teoria normativa da culpabilidade tiveram suas origens ou foram desenvolvidos a partir da base de pressupostos neokantianos.⁸⁷ O dualismo metodológico dos neokantianos permitiu que os penalistas encontrassem finalmente o objeto de sua atividade. Segundo Muñoz Conde, até então, por influência do positivismo, os problemas relacionados com o delito e com a pena eram estudados a partir do mesmo ponto de vista, o que ocasionava confusão. O neokantismo, a partir da separação entre *ser* e *dever-ser*, possibilitou um estudo distinto do delito, a partir de sua natureza. “O neokantismo veio para delimitar os campos: o delito pode ser estudado desde um ponto de vista causal-explicativo e ser objeto da criminologia, mas também pode ser estudado como um fenômeno jurídico objeto de valorações e ser, portanto, objeto da ciência do Direito penal.”⁸⁸

3.2.40 finalismo.

O finalismo, além de ser considerado a corrente de pensamento mais influente na evolução da dogmática penal alemã, representa, apesar do relativo sucesso da tendência funcionalista, o principal modelo de construção sistemática do Direito penal dos dias atuais. O seu início se deu nos anos trinta do século XX, com a publicação das obras de Hans Welzel.

Contrariando a sistemática causal influenciada pelo positivismo, e de modo contrário ao neokantismo, o finalismo defendia o uso de uma metodologia fundada em critérios ontológicos, a partir dos quais, fosse possível o desenvolvimento de estruturas lógico-objetivas que seriam condicionadoras da lei. Essas estruturas seriam objetivas, porque deveriam ser expressas da maneira que são na realidade,

⁸⁷ MUÑOZ CONDE, F. **Introducción al Derecho Penal**. Buenos Aires: B de f, 2001, p. 180.

⁸⁸ *Ibidem*, *idem*.

e lógicas, pois o legislador deveria ajustá-las de acordo com a natureza das coisas. Segundo Welzel, o legislador estaria condicionado por realidades ônticas preexistentes, por estruturas reais e lógicas, ou seja, pela natureza das coisas. Assim, no campo do direito penal, a natureza das coisas se manifestaria pela característica final da ação.

Para o criador do finalismo cabia à ciência do direito penal a missão de elaborar um sistema partindo dessas estruturas lógico-objetivas, de tal modo que, seria a ação a estrutura lógico-objetiva fundamental para o direito penal. Porém, a ação seria considerada, não pelo critério tradicional, resultado do modelo causalista de Liszt, mas por um critério final. A ação ontologicamente considerada seria exercício da atividade final, ou seja, sua finalidade. Além de atuar finalisticamente, para Welzel, o homem é também “um ser moralmente responsável por suas ações. Ele não pode, simplesmente, mover-se por fins arbitrários e concretizá-los da forma planejada, mas também deve escolher antes os fins, de acordo com seu sentido e seu valor social”⁸⁹

A construção do modelo final da ação se deu a partir da crítica ao modelo causalista de Liszt-Beling, em relação ao qual Welzel fez duas principais objeções. Primeiramente, o modelo causalista não correspondia à verdadeira estrutura da ação, pois destruía a função de finalidade e a reduzia a um processo puramente causal. Em segundo lugar, errava ao afirmar que o dolo seria somente o reflexo da ação exterior no aparelho psíquico do autor, quando na verdade o dolo é o elemento que determina finalisticamente o acontecer da ação.

A vontade finalista, segundo Welzel, seria a vontade de concretização capaz de abranger todas as conseqüências que o autor conhece, e que estão, necessariamente, vinculadas com a obtenção do objetivo. Somente em relação às conseqüências compreendidas na vontade de concretização que existe um nexos finalista. Uma ação é finalista, somente no que se refere aos resultados propostos pela vontade; no que se refere a outros resultados não propostos pela vontade de concretização, o nexos é somente causal.⁹⁰

Welzel considerava que a direção finalista do acontecer causal seria uma forma através da qual o homem, consciente da sua finalidade, poderia estruturar os

⁸⁹ WELZEL, H. **Derecho Penal**. Parte General. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 36.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 41.

atos de sua vida de maneira civilizada. Porém, o homem seria indiferente ao valor, pois poderia atuar tanto para concretizar os objetivos socialmente positivos, como também os socialmente negativos. Assim, o Direito penal somente estaria interessado pela atuação finalista para o alcance de objetivos socialmente negativos. Essa atuação seria classificada de antijurídica pela lei penal na forma de tipo doloso, sendo o dolo a vontade finalista de ação que estaria dirigida para a concretização das características objetivas de um tipo de injusto.⁹¹

Porém, o direito não se conformaria em proibir somente as ações dolosas antijurídicas, de modo que, deveria estabelecer também para as ações que não têm nenhum dolo antijurídico, determinadas exigências em sua direção finalista, como forma de proteger bens jurídicos. Para Welzel, o direito exigiria também que o homem observasse em suas demais ações um mínimo de direcionamento finalista para evitar a lesão de bens jurídicos. As ações que não observassem esse mínimo juridicamente indicado seriam compreendidas pelos tipos culposos, ou seja, seriam lesões imprudentes ou negligentes de bens jurídicos.⁹²

Para Schunemann, a construção finalista trouxe várias conseqüências para a elaboração da sistemática penal. “O tipo, que configurava a matéria de proibição, não poderia permanecer por mais tempo reduzido à descrição de um processo objetivo (do mundo exterior), sendo que haveria de apreender também a estrutura final da ação humana.”⁹³ Assim, desenvolveu-se a figura de um tipo subjetivo, que apareceria junto de um tipo objetivo. “Disso resultava, por outra parte, que os delitos dolosos e os culposos se distinguem já no plano da tipicidade e que, nos delitos dolosos, o dolo típico passava a constituir o elemento central do tipo subjetivo [...]”⁹⁴ Além disso, no sistema finalista de Welzel, o conceito de dolo não se confundia com o conhecimento da ilicitude. Enquanto que o dolo seria elemento integrante da estrutura do tipo, o conhecimento da ilicitude seria uma questão valorativa da culpabilidade.

Outra contribuição do modelo finalista foi a definição do sentido da antijuricidade dentro do sistema. Na construção sistemática de Welzel, “a antijuricidade é o desacordo da ação final com as exigências que o direito impõe

⁹¹ Ibidem, p. 42.

⁹² Ibidem, p. 44.

⁹³ SCHUNEMANN, B. **El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales.** Madrid: Tecnos, 1991, p.55.

⁹⁴ Ibidem, p. 56

para as ações que se realizam na vida social. É o desvalor jurídico que corresponde à ação a consequência dessa divergência.”⁹⁵

Mir Puig alerta para uma característica que freqüentemente é deixada de lado no finalismo penal, referindo-se ao caráter de reprovabilidade da culpabilidade. Para ele, a teoria final da ação não seria a única manifestação da metodologia finalista. Além da finalidade da ação, a concepção da essência da culpabilidade como reprovabilidade pelo poder agir de outro modo do autor consistiria no segundo pilar da teoria do delito de Welzel. A noção de homem como um ser caracterizado pela possibilidade de autodeterminação final é também um elemento ontológico fundamental para o finalismo.⁹⁶

⁹⁵ WELZEL, H. **Derecho Penal**. Parte General. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 57.

⁹⁶ MIR PUIG, S. **Introducción a Las Bases Del Derecho Penal**. Buenos Aires: B de f, 2003, p. 227.

3.3 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO MATERIAL DE CULPABILIDADE.

Para o entendimento da moderna ideia de reprovação, que reveste o atual conceito de culpabilidade, é preciso levar em consideração que, em um primeiro momento de sua evolução, a responsabilidade penal aparecia simplesmente como uma consequência natural para o resultado danoso. Isso significava que, para a imputação do castigo, seria suficiente a relação entre conduta e resultado, numa espécie de responsabilidade sem culpa.

Hoje sabemos que em sua trajetória, o Direito penal passou a rejeitar essa possibilidade, a partir da construção de um modelo de imputação que leva em conta o fundamento subjetivo, e que assume a noção de responsabilidade pelo grau de culpabilidade. Essa nova concepção de responsabilidade penal relacionou a imputação ao vínculo subjetivo existente entre o autor e o fato, de tal forma que, somente através da existência de uma ação livre, intencionada ou imprudente, seria possível estabelecer a responsabilidade do fato criminoso.

A partir daí, o conceito de culpabilidade evoluiu até se tornar um dos elementos fundamentais de todo o sistema de justiça criminal; ora como integrante da teoria do delito, qualificando a conduta como o terceiro elemento constitutivo da infração penal, juntamente com a ilicitude e a tipicidade, ora como escala de medida para a determinação proporcional da pena, seu papel central foi reforçado pela tendência contemporânea que relaciona o conceito de culpabilidade a outros princípios máximos do direito, como a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Na verdade, nos dias de hoje, é comum tratar a culpabilidade como um princípio genérico de responsabilidade penal, limitador da aplicação da pena.

De qualquer modo, seja na condição atual de princípio, ou como elemento integrante do conceito de crime, a culpabilidade ainda está associada ao juízo de reprovação pelo fato criminoso, ideia que, devido às descobertas científicas, não pode ser capaz de sustentar a responsabilidade penal por si só.

Na trajetória de atribuição de sentido à culpabilidade como elemento do conceito analítico do delito, Karl Binding pode ser considerado, em 1872, o primeiro a tratar da culpabilidade como um conceito da sistemática penal, afastando-o da ideia genérica de responsabilidade. Para Binding, a culpabilidade do indivíduo é

necessária em todo crime, sendo que o dolo e a imprudência são os conceitos acessórios, nos quais se decompõe o conceito de culpabilidade.⁹⁷

De modo geral, esse modelo representou a base para a construção da teoria psicológica da culpabilidade. Coube a Franz Von Liszt a tarefa de desenvolver um primeiro conceito estrito de culpabilidade, enunciando o crime como uma ação seguida de variadas qualidades, precisamente, um injusto contra o qual o estado comina uma pena, sendo esse injusto a ação culposa e contrária ao Direito.⁹⁸

O desenvolvimento da culpabilidade que culminaria no modelo de Liszt teve, na segunda metade do século XIX, a primeira concepção da chamada culpabilidade psicológica. Esse modelo agregou à noção de culpabilidade a relação psíquica entre autor e o fato criminoso; uma culpabilidade que tinha em seu conceito duas espécies de atitudes mentais: a intenção e a imprudência. Em resumo, a aferição da culpabilidade psicológica é resolvida no momento da infração e expressa a dupla exigência de punir apenas uma atitude psíquica precisa, reportável à voluntariedade do autor, seja pelo querer voluntário do fato, seja pela falta de prudência que ocasiona o resultado.

Assim, a culpabilidade seria concebida para atender à crítica da conexão causal, atribuindo, além do aspecto objetivo, uma conexão psicológica com o fato criminoso. Seria o relacionamento psíquico, a manifestação mental do querer o resultado criminoso, ou a rejeição do juízo de prudência. Foi assim que Liszt, em uma primeira tentativa de sistematizar a culpabilidade na teoria do delito, a concebeu como uma relação subjetiva entre o ato e o autor; uma relação que somente poderia ser de caráter psicológico.

No mesmo sentido, Radbruch sustentou que a ideia de culpabilidade abrangeria somente o conteúdo da vontade, a pura relação psicológica com o resultado, porém não teria relação com o impulso desta vontade, pois, esse último, pertence ao âmbito da teoria da ação.

A concepção psicológica do modelo Liszt-Beling foi deixando espaço para o desenvolvimento de uma fundamentação material da culpabilidade. À medida que ficava esclarecida a relação subjetiva entre autor e fato criminoso, considerava-se uma dificuldade a comprovação na prática.

⁹⁷ BINDING, K. **La Culpabilidad en Derecho penal**. Buenos Aires, B de f, 2009, p. 72.

⁹⁸ LISZT, F. V. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia, 1899, p. 262.

Ficou claro que a relação psicológica entre o fato e o autor, por si só, não permitia graduações com base em características pessoais do ofensor e do processo motivacional que apóia a realização da conduta. Assim, a concepção psicológica foi permitindo o desenvolvimento de teorias que defendiam a relação entre periculosidade e culpabilidade, como forma de atender à exigência de proporcionalidade da pena.

Além disso, o desdobramento da culpabilidade em duas ramificações - intenção e imprudência - tornou obrigatório o desenvolvimento desses conceitos. O esforço para se desenvolver um conceito dogmático do dolo foi deixando de lado a preocupação com o fundamento material da culpabilidade, revelando um sintoma da insustentabilidade do modelo psicológico.

Não resta dúvida que o modelo psicológico alcançou os anseios do positivismo naturalista, pois permitiu o desenvolvimento de uma ideia determinista para averiguar a relação subjetiva do caso concreto. Porém, a associação de cunho determinista entre uma condição antissocial e a prova da intenção não foram suficientes para relacionar a culpabilidade com a aplicação da pena. Isso só aconteceu com o desenvolvimento de uma nova teoria da culpabilidade.

Reinhard Frank rejeitou a noção psicológica de culpabilidade, partindo do problema da aplicação da pena, numa tentativa de comprovar que a noção psicológica nada dizia a respeito do fundamento da responsabilidade penal. Frank defendia que a tentativa de resposta do modelo psicológico representava um círculo vicioso, pois não respondia ao questionamento sobre quando uma pessoa é punida por seu comportamento.

Assim, sendo possível existir alguma circunstância de exclusão da pena fora do âmbito do dolo ou da imprudência, então a culpabilidade psicológica seria um fracasso para garantir a responsabilidade penal.⁹⁹

Para Frank, esse obstáculo só existia, porque a noção de culpabilidade era limitada. E essa limitação ocorria pela confusão gerada a partir da noção de imputabilidade, conceito que era impreciso na dogmática penal, estando à época associado à noção de livre capacidade de autodeterminação para o delito, um pressuposto para a existência do dolo e da imprudência.

⁹⁹ FRANK, R. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: B de f, 2004, p. 35.

Tal concepção da imputabilidade como pressuposto da culpabilidade foi aceita por Frank, porém não de maneira a permitir qualquer relação com a aplicação da pena, como defendia Liszt. A relação da imputabilidade com a responsabilidade penal seria a mesma que esta teria com a noção de culpabilidade.

Frank solucionou a imprecisão da imputabilidade, relacionando-a com a própria noção de capacidade de culpabilidade, ou seja, a imputabilidade seria um pressuposto da culpabilidade, representada pela faculdade espiritual normal de reconhecer o caráter antijurídico da conduta. Assim, a culpabilidade de Frank abrangeria tanto a imputabilidade, como também o dolo e a imprudência, além das condições concomitantes.

O grande erro da concepção psicológica baseou-se na falta desta consideração pelos elementos individuais da culpabilidade, pois considerava apenas o dolo e a imprudência, ignorando a imputabilidade e a existência de circunstâncias com base nas quais o ato criminoso é cometido.

A concepção de Frank serviu muito bem para utilizar o conceito de culpabilidade como critério proporcional da punibilidade, tendo em conta que poderia ser possível dar importância, não só para os elementos de intenção e imprudência, mas também para as circunstâncias da ação, para os motivos sociais do crime. Finalmente, a punibilidade foi associada a um resultado do somatório de todas as condições do agente para o conhecimento do fato criminoso.

Assim, na busca de um conceito que pudesse levar em consideração esses elementos individuais, Frank utilizou a expressão reprovabilidade. Culpabilidade seria reprovabilidade; uma expressão que não soava agradável, mas servia.

A culpabilidade como reprovabilidade foi se desenvolvendo até chegar numa posição estritamente normativa. Foi James Goldschmidt quem, partindo do problema do estado de necessidade, associou o caráter normativo da culpabilidade à contrariedade do “dever”, diferenciando a ilicitude da culpabilidade; a primeira seria uma norma de ação (de caráter imperativo); já a segunda, norma de dever (de caráter motivador).¹⁰⁰

Com efeito, a ideia de dever para Goldschmidt estaria associada à necessidade de uma ação orientada pelo respeito à lei; a culpabilidade seria, então,

¹⁰⁰ GOLDSCHMIDT, J. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Buenos Aires: B de f, 2002, p. 86

a contrariedade ao dever gerado pela norma, o que produziria um juízo de reprovabilidade, concepção herdada de Frank – um juízo de censura pelo desrespeito ao dever de motivação em conformidade com a lei, de maneira que, quando esta motivação fosse anormal, não poderia haver reprovação. Assim, a motivação anormal justificaria a não punibilidade daquele que atuou de forma contrária ao direito.

Uma terceira concepção da culpabilidade normativa, agora como juízo de exigibilidade, foi desenvolvida por Berthold Freudenthal, para quem a noção de culpabilidade estaria associada a uma ideia de liberdade de atuação, ou seja, reprova-se a conduta daquele que se comportou de determinada maneira, quando poderia e deveria ter agido de outro modo. Culpabilidade para Freudenthal seria sinônimo de exigibilidade; se o autor podia e devia atuar de outra maneira, então seria exigível uma conduta de acordo com o direito.

A teoria de Freudenthal tem uma importância significativa para essa pesquisa, pois a afirmação da culpabilidade como exigibilidade só é possível a partir de uma teoria da liberdade, levando em conta que todo juízo do poder agir de outro modo carrega, implicitamente uma ideia libertista de livre-arbítrio. Para Freudenthal, o poder agir de outro modo estaria condicionado à livre autodeterminação, pois somente pode agir de acordo com a norma aquele que é livre; sem liberdade não cabe exigir do autor uma conduta distinta.

Da mesma forma que Frank, a culpabilidade de Freudenthal não excluiu o poder que as circunstâncias concomitantes exerceriam no momento da conduta criminosa, entendendo que, somente na análise do caso concreto seria possível avaliar a presença do juízo de exigibilidade. Freudenthal deu muita importância às circunstâncias concomitantes; defendeu que poderiam influenciar o poder agir de outro modo, e que a verificação da responsabilidade dependeria de uma investigação do efeito daquelas sobre a conduta criminosa.

Nos dias de hoje, combinando o finalismo com as teorias normativas, a dogmática associa a culpabilidade com exigibilidade de conduta diversa. Essa exigibilidade presume uma noção de *poder agir de outro modo* que, como vimos, não pode ser sustentada.

3.4 A CULPABILIDADE COMO PRINCÍPIO. DIFICULDADES PARA VIVER SEM ELA.

O princípio da culpabilidade surgiu, de certa forma, como resultado de uma tendência moral, caracterizada pelo repúdio ao castigo como simples efeito, isto é, como uma consequência de qualquer violação. Por critérios intuitivos de moral, passou-se a exigir que o castigo levasse em conta o domínio das circunstâncias envolvidas no contexto da violação de algo moralmente proibido. Se, de alguma forma, a violação não dependeu exclusivamente do domínio dessas circunstâncias, então o autor não poderia ser responsabilizado inteiramente, devendo receber apenas o castigo relacionado com a parte da violação decorrente do domínio das circunstâncias.

Além da rejeição ao castigo como mera consequência de uma violação, o princípio também surgiu como resposta às posturas autoritárias, que puniam aqueles que, mesmo não estando no contexto da violação, tinham alguma relação de amizade ou parentesco com o autor do delito, numa espécie de responsabilidade por parentesco. Nesse modelo de responsabilidade, as penas seguiam como herança, condenando gerações por algum delito cometido por um membro da família.

A forte sensação intuitiva de ordem moral não aceitava o castigo como efeito. Era preciso um modelo de responsabilidade que evitasse o repúdio gerado por condenações injustas. Era preciso um modelo de responsabilidade que levasse em conta a intenção e o domínio das circunstâncias no contexto da violação.

De forma geral, nos dias de hoje, o princípio da culpabilidade representa essas conquistas para uma responsabilização subjetiva do delito, trazendo as seguintes premissas: que a pena só pode ser imposta a uma pessoa, isto é, excluem-se os animais e as pessoas jurídicas; que a pena só pode ser imposta se entre o sujeito e o resultado existe um nexó psicológico, representado pela intenção ou pela imprudência, excluindo-se assim o caso fortuito; e que a pena se impõe individualmente ao sujeito imputável, que realiza o ato, excluindo-se a responsabilidade por parentesco ou dependência, além de não ser possível responsabilizar o imputável.

Além disso, mesmo nos modelos utilitaristas que negam o poder agir de outro modo, o princípio da culpabilidade é defendido como garantia para limitar a política

criminal do Estado. Apesar da rejeição de associar à culpabilidade com o livre-arbítrio, esses modelos propuseram a reformulação do princípio, de modo que, mesmo que a culpabilidade não seja capaz de fundamentar a pena, deve ser mantida porque serve como meio de limitá-la.

De todo modo, o certo é que o princípio da culpabilidade está em crise, e com essa constatação, apenas nos resta analisar os argumentos daqueles que ainda o defendem. Na década de 80, um artigo de Hassemer ganhou fama por reunir os principais argumentos em favor da culpabilidade.¹⁰¹ No geral, esses argumentos baseiam-se em supostas funções específicas do princípio da culpabilidade; ele afirma que não podemos abrir mão do princípio sem ter que abandonar suas funções, e essas funções são conquistas fundamentais para o Estado Democrático de Direito. O argumento pode parecer convincente, porém esconde uma intuição muito forte de retribucionismo. Vamos analisar essas supostas funções da culpabilidade.

Em primeiro lugar, afirma-se que não podemos abandonar o princípio da culpabilidade, porque ele possibilita a imputação subjetiva, isto é, a vinculação de um crime com uma pessoa atuante. Por essa visão, parte-se da hipótese de que o crime só pode ser encarado como um fato de autor, como um ato seu.

A resposta para esse argumento é a seguinte: se por imputação subjetiva se entender que o autor é a fonte consciente do seu ato, como se ele tivesse escolhido livremente praticar o crime, então a imputação subjetiva é falsa. Porém, se entendermos a imputação subjetiva como um querer do autor do crime, então a imputação subjetiva é verdadeira, pois é possível que o autor queira cometer o crime.

O fato de existir “um querer” não significa que esse querer dependeu unicamente da vontade do autor. Por exemplo, imagine um disparo de uma arma por um sujeito “A”. É possível dizer que “A” quis o disparo, se ele teve vontade consciente, apesar dessa vontade consciente não ter sido a fonte independente do disparo. O fato da escolha de “A” ser determinada por causas anteriores não significa que ele não possa ter vontade consciente. Somente não podemos dizer que “A” poderia ter agido de outro modo, como se ele fosse capaz de retirar a sua vontade da cadeia de causa e efeito, preferindo outra conduta. Agora, imagine que

¹⁰¹HASSEMER, W. ¿Alternativas al principio de culpabilidad?, *CPC*, 1982, nº 18, p. 473.

“A” recebe um empurrão de “B”, que o move contra a parede, ocasionando o disparo da arma. Nesse caso, não é possível dizer que o disparo poderia não ter acontecido, pois era necessário que acontecesse. Porém, não podemos imputar o disparo à “A”, pois não existe vontade consciente. É possível manter a imputação subjetiva nesse sentido, mesmo sem a ideia de culpabilidade, portanto o primeiro argumento de Hassemer não pode ser aceito em sua totalidade.

Em segundo lugar, Hassemer afirma que não é possível abrir mão da culpabilidade, pois ela permite excluir a responsabilidade pelo resultado. Hassemer não aceitava que o homem fosse responsabilizado pelo simples azar, e qualquer tentativa nesse sentido representaria um atentado ao estado democrático de direito. Entendemos que esse argumento está associado ao argumento anterior, de modo que, é possível excluir a responsabilidade pelo resultado sem ter que depender da culpabilidade. Por responsabilidade pelo resultado chamamos aquelas situações em que a imputação é promovida de forma absoluta, ou seja, sem que ao menos o autor possa ter consciência da vontade do ato. Imagine o caso de alguém que atropela uma pessoa por causa de uma vontade de espirrar incontrolável. No momento do espirro, o autor perde o controle da direção e acaba atropelando a vítima. Nesse caso, uma teoria da responsabilidade pelo resultado entende que é possível aplicar a pena independente da consciência de uma vontade de atropelar. Já uma teoria da imputação subjetiva entende que não é possível aplicar a pena nesses casos. Ora, pela razão utilitarista é possível excluir a imputação sem precisar saber se o autor poderia ter agido de outro modo, pois ninguém duvida que a pena simplesmente não é útil nesse caso. Excluir a responsabilidade pelo resultado não é uma questão de saber se o autor era capaz ou não de agir de outro modo.

Além disso, não concordamos que a responsabilidade pelo resultado seja sempre um problema. Pelo contrário, em alguns casos, ela é realmente necessária. Imagine o caso daqueles que bebem intensamente e acabam cometendo crimes. Não há como negar que no momento de embriaguez extrema o autor não tem consciência da vontade de cometer o crime, portanto, a responsabilidade por crimes cometidos nesse estado só pode ser efetivada de forma objetiva. Uma teoria da culpabilidade vai tentar resolver o problema por explicações metafísicas, alegando uma suposta assunção de risco, responsabilizando o autor pela culpa de beber intensamente para cometer crimes. Porém, não concordamos com essa solução. A

responsabilidade pelo resultado é necessária nesses casos, porque ninguém quer que as pessoas saiam por aí com a desculpa de que cometeram o crime porque estavam bêbadas. Assim, não concordamos com o segundo argumento de Hassemer.

Em terceiro lugar, Hassemer defende o princípio da culpabilidade, pois ele supostamente permitiria a gradação da participação interna no momento do crime, de modo que, pela culpabilidade seria possível separar os crimes cometidos de forma intencional daqueles cometidos por imprudência. Ora, nesse ponto Hassemer tem razão, porém a culpabilidade que ele está defendendo nesse caso representa um conceito que está ultrapassado. Como vimos, o vínculo subjetivo entre autor do fato e conduta criminosa era possível a partir de um conceito psicológico da culpabilidade que foi substituído pelo conceito normativo. Assim, hoje sabemos que o dolo e a culpa não são explicados pela culpabilidade, mas sim pela tipicidade, o que significa dizer que o princípio da culpabilidade não é tão relevante para defender a distinção entre dolo e culpa. Portanto, o terceiro argumento de Hassemer também não pode ser sustentado.

O quarto e último argumento defende que o princípio da culpabilidade seria a única forma de permitir uma aplicação justa da pena. Por esse argumento, a culpabilidade é necessária, pois serve como critério limitador do poder estatal. Do mesmo modo, a culpabilidade impediria os abusos cometidos em nome da política-criminal. É o clássico postulado constitucional: alguém somente pode ser punido na medida de sua culpabilidade. Hassemer teme que a eliminação do juízo de reprovação da culpabilidade seja capaz de também eliminar a principal garantia do réu para se proteger de penas injustas.

Na verdade, esse quarto argumento é o principal entre aqueles que defendem a culpabilidade. Curiosamente, antes mesmo do artigo de Hassemer, esse argumento foi lançado primeiramente por um funcionalista. Isso mesmo. Foi Claus Roxin, como veremos no tópico seguinte, quem defendeu a culpabilidade como critério limitador da pena. Os defensores da culpabilidade não perdoaram o fato de um funcionalista defender o princípio, de modo que, até hoje, quando se fala em culpabilidade, muitos acabam associando-a com proporcionalidade.

Como veremos adiante, aqueles que defendem a culpabilidade nesses casos estão muito mais preocupados com a consequência jurídica do crime do que com o

crime em si. De acordo com esse pensamento, é até admissível que a culpabilidade não possa ser sustentada pelo *poder agir de outro modo*, porém, é necessário presumir essa ideia, pois ela é capaz de proteger o réu do poder punitivo. Porém, qual a relevância da presunção de algo refutado empiricamente? Será que o argumento de que a culpabilidade limita a pena é suficiente para justificar a presunção? Entendemos que não.

Na verdade, os defensores do princípio da culpabilidade rejeitam que a comprovação empírica do livre-arbítrio seja importante, pois defendem que a renúncia à presunção da vontade livre levaria à ruína todo o sistema jurídico moderno. Assim, o livre-arbítrio ganha a forma de um *a priori* fundamental para a construção da culpabilidade. Além disso, também utilizam o argumento de que o livre-arbítrio exigido é o mínimo necessário para a construção das relações humanas. Nesse argumento, o livre-arbítrio estaria relacionado com a capacidade humana de utilizar a razão, numa espécie de resposta compatibilista ao problema.

Outro argumento a favor da culpabilidade defende que o livre-arbítrio pode ser representado por um juízo social-comparativo. No lugar de se defender uma liberdade individual de atuar de outro modo, defende-se a exigência de um juízo genérico relativo à capacidade do homem médio de poder evitar o ato criminoso na mesma situação que o autor; por esse argumento, não se pode abrir mão dessa capacidade genérica de livre-arbítrio, porque os homens só podem existir com consciência de liberdade e responsabilidade. Dessa forma, a crença no livre-arbítrio seria uma ficção necessária para o Estado.

No entanto, os dois argumentos são frágeis e podem ser atacados com certa facilidade a partir da prática forense.

O primeiro é frágil porque o Direito penal não utiliza uma resposta compatibilista ao problema do livre-arbítrio. No dia a dia dos fóruns, ninguém é punido porque simplesmente possui uma capacidade de utilizar a razão. O que o juiz quer saber na verdade é se as circunstâncias foram determinantes para o caso, de tal modo que, se ficar demonstrado que o autor não *poderia ter agido de outra forma*, ele é considerado inocente.

Ora, mas existe como o juiz determinar se o autor poderia ter agido de outra forma? Isso porque a concepção de uma liberdade presumida exige a ideia de uma investigação do caso concreto, pois somente assim será possível determinar o grau

de atuação das circunstâncias concomitantes na conduta criminosa. O principal obstáculo dessa investigação é a impossibilidade de se reconstruir o momento do crime diante da barreira da linearidade do tempo. Toda reconstrução da conduta, toda verificação do contexto de circunstâncias se dá em um momento posterior. E este momento de verificação só acontece através do processo penal; a fase processual funciona como uma espécie de reprodução do momento da conduta, porém, de forma muito limitada, pois os depoimentos são construídos a partir de um novo estado psíquico; o autor já é outro, simplesmente, porque as condições são outras; o espaço é indeterminado, pois não se pode trazer ao fórum a cena do crime. Assim, essa estratégia processual é capaz de servir como comprovação do poder agir de modo.

Além disso, essa ideia de inocentar pelas circunstâncias levaria à necessidade de ter que excluir a culpabilidade de qualquer réu, pois não existe ação que não seja produto das circunstâncias. Se, de alguma forma, fosse possível reproduzir a corrente de causa e efeito na vida do autor do crime, ficaria evidente que ele foi resultado de todas as causas preexistentes e, com isso, não poderia ter agido de outra forma. Aqui, utilizamos o velho argumento de Spinoza: não existe um querer independente, livre de causas. Toda vontade humana se manifesta, porque foi necessário que operasse de maneira definida, não podendo ter se manifestado de outra maneira.

O segundo argumento é falho porque ataca um princípio básico que é o da individualização. Ao substituir o autor por um suposto homem médio, o juiz constrói uma imagem que não tem nada a ver com a realidade. Isso implica dizer que a reprovação não vem de um suposto *poder agir de outro modo*, mas sim da fantasia de circunstâncias criada no momento processual. Ora, como é possível fundamentar a pena contra uma pessoa que se conhece de modo tão rudimentar como a conhece o juiz penal?

3.5 A TESE DE CLAUS ROXIN COMO ALTERNATIVA.

Logo no início de suas *Reflexões político-criminais sobre o princípio de culpabilidade*¹⁰², Roxin destaca que os defensores da culpabilidade apóiam-se em dois principais argumentos para defender o conceito, ambos relacionados com as funções da culpabilidade na sistemática penal. O primeiro argumento, relacionado com a primeira função, afirma que a culpabilidade serve para justificar a pena a partir da retribuição. Como a retribuição fundamenta-se na imposição de um mal adequado à culpabilidade do autor, é natural que exista uma culpabilidade que pode ser compensada ou expiada. Nessa perspectiva, a culpabilidade teria um efeito prejudicial para o acusado, legitimando o mal que se impõe.

O segundo argumento, relacionado com a segunda função, afirma que a culpabilidade serve para limitar a pena, impondo barreiras ao poder de punir do estado, pois o grau da culpabilidade seria capaz de representar o limite máximo para aplicação da pena. Nessa segunda perspectiva, a culpabilidade não seria prejudicial ao autor do crime; muito pelo contrário, ela seria um instrumento capaz de proteger a liberdade frente à força punitiva do aparelho estatal.

Diante desses dois argumentos, a proposta de Roxin para a culpabilidade seria a seguinte: A culpabilidade enquanto fundamento da retribuição não é suficiente, portanto, deve ser abandonada. Porém, a culpabilidade enquanto princípio limitador da pena deve ser mantida, ou melhor, a culpabilidade pode ser fundamentada também por essa função.

Antes de analisar as duas teses, é preciso adiantar desde já que o funcionalismo de Roxin esconde implicitamente uma noção de livre-arbítrio, ainda que o autor pareça criticar tal noção. Em um primeiro momento, ele ataca o livre-arbítrio que seria a justificativa da punição, criticando assim o *poder agir de outro modo* da culpabilidade como fundamento da pena. Porém, num segundo momento, ele defende a culpabilidade, justificando-a como algo fundamental para o limite do poder punitivo.

Ora, para defender o limite do poder punitivo na medida de culpabilidade, é preciso também defender, de certo modo, o livre-arbítrio. A culpabilidade de Roxin

¹⁰² ROXIN, C. **Culpabilidad y prevención en derecho penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus SA, 1981, p. 41.

parece um fantasma; primeiro desaparece, pois é insustentável defendê-la como justificativa de retribuição, mas depois aparece novamente, pois seria muito perigoso viver sem ela. Em resumo, Roxin critica a culpabilidade enquanto fundamento da pena, mas defende-a enquanto limite.

No primeiro argumento de sua tese, Roxin afastou a relevância da culpabilidade como *poder agir de outro modo*, rejeitando qualquer fundamentação da pena a partir da reprovação ou retribuição. Para Roxin, a teoria da retribuição seria cientificamente insustentável e prejudicial de um ponto de vista político-criminal.

Seria cientificamente insustentável, porque o *poder agir de outro modo* não poderia ser defendido unicamente por um argumento metafísico, diante das evidências científicas que atacam a noção libertista de livre-arbítrio.

Além do mais, a ideia de que o ato ilícito deve ser compensado e anulado pela pena retributiva não é compatível com um estado democrático. Roxin atacou duramente as tentativas de relacionar o Direito penal com a autoridade divina, afastando qualquer possibilidade de comparar a pena com um castigo pela retribuição do mal.

Além disso, seria prejudicial de um ponto de vista político-criminal, porque uma pena justificada pela retribuição do mal não seria compatível com uma política eficaz de prevenção de crimes, nem seria capaz de ressocializar o delinqüente. Para Roxin, a aplicação da pena só seria eficaz quando tivesse por objetivo corrigir as falhas sociais que poderiam ter levado a pessoa ao crime, isto é, quando estivesse configurada por um critério de prevenção especial e, além disso, quando tivesse por objetivo prevenir futuros crimes por um critério de prevenção geral. Porém, de modo contrário, a culpabilidade enquanto critério limitador da pena deve ser sustentada.

Nesse contexto, a culpabilidade apareceria não especificamente como um elemento do conceito do delito, mas sim como uma condição ou pressuposto para aplicação da pena; o princípio é o de que a pena não pode ultrapassar, nem em sua gravidade, nem em sua duração, a medida de culpabilidade. Roxin defende que, ao contrário do critério retributivo, a culpabilidade enquanto limitadora da pena não tem uma origem metafísica, e pode, então, ser defendida.

O princípio da culpabilidade serviria para evitar os abusos relacionados com as necessidades preventivas, e também permitiria que os crimes fossem tratados de maneira distinta de acordo com a gravidade. Pela culpabilidade, um crime

premeditado pode ser tratado de modo diferente daquele cometido de modo accidental, de tal maneira que, a pena aplicada deve ser proporcional à gravidade do ato.

Ao sustentar a culpabilidade como limitadora da pena, Roxin expõe uma espécie de preocupação com o poder punitivo do aparelho estatal. Seria preciso, segundo ele, manter a culpabilidade, pois retirá-la pode significar um perigo para a liberdade individual, diante do risco dos abusos que podem ser cometidos em nome da prevenção.

Porém, essa função limitadora defendida por Roxin não depende exclusivamente da culpabilidade, ao menos se esta não for confundida com proporcionalidade. Na verdade, parece que a grande preocupação de Roxin é a necessidade de existir algum critério que sirva para garantir razoabilidade na aplicação da pena, isto é, algo que permita diferenciar a gravidade das condutas, evitando-se, com isso, absurdos em nome da prevenção. Se não existir essa razoabilidade, poderíamos correr o risco de punir severamente, em nome da prevenção, aquele que rouba uma bicicleta, ou mesmo aquele que estaciona em local proibido.

Ora, fundamentar essa preocupação com a culpabilidade só faz sentido se esta for entendida como proporcionalidade, e não parece ser essa a verdadeira fundamentação do princípio; pelo contrário, o limite com base na culpabilidade parece ter muito mais a ver com a avaliação das circunstâncias do que com qualquer outra coisa. Avalia-se se o autor é reincidente, avaliam-se os motivos que levaram o autor a cometer o crime, avalia-se a vida social etc. Em resumo, ninguém está preocupado se a pena deve ser proporcional à gravidade do delito, mas sim se o autor foi capaz de fazer um bom uso de seu livre-arbítrio.

Desse modo, ao menos que o princípio da culpabilidade tenha um significado de proporcionalidade, a sua manutenção enquanto limite da pena levará aos mesmos problemas da culpabilidade enquanto fundamento.

Além disso, se a culpabilidade, para Roxin, não deve servir de fundamento, mas somente de limite, qual será, então, a ideia capaz de fundamentar a pena? Ora, se ele afirma que a pena deve ter um limite, está necessariamente assumindo que ela deve existir; mas sob qual justificativa? Por que caracterizamos um autor como culpado ou não culpado?

A primeira resposta de Roxin, como exposto anteriormente, é a ideia de que essa fundamentação não pode ser sustentada pela exigibilidade de conduta diversa, pois não é possível comprovar empiricamente que no momento do ato o autor poderia ter agido de outra maneira.

Assim, rejeitando a concepção normativa, Roxin propõe a tese de que os princípios político-criminais da teoria dos fins da pena sustentam a categoria sistemática da culpabilidade. “O decisivo não é o *poder agir de outro modo*, senão que o legislador, desde pontos de vista jurídico-penais, queira responsabilizar o autor por sua atuação. Por isso, não se falará de culpabilidade, mas de responsabilidade.”¹⁰³

Então, na sistemática de Roxin, culpabilidade passa a ser responsabilidade, sendo que esta consiste na verificação pelo juiz da necessidade de sancionar no caso concreto, a partir de critérios político-criminais. Uma categoria de responsabilidade permite ao legislador e ao juiz verificar a necessidade da pena no caso concreto, desde o ponto de vista da prevenção geral ou especial. A responsabilidade abrangeria a culpabilidade, mas esta por si só não seria o fundamento da pena.

Além da culpabilidade, o juiz precisaria verificar a existência da necessidade de punir. O importante não seria exigir o *poder agir de outro modo*, mas sim saber o motivo de se exigir uma conduta diferente, levando em conta os critérios político-criminais. Estes, para Roxin, estariam relacionados com o fim do Direito. “Na Política criminal inclui-se os métodos adequados, em sentido social, para a luta contra o delito, isto é, a chamada missão social do Direito penal.”¹⁰⁴

A responsabilidade, portanto, seria o meio através do qual a política criminal adentraria na dogmática, ou seja, a forma pela qual a finalidade da pena poderia ser justificada por conhecimentos criminológicos, sociológico-jurídicos e filosófico-jurídicos.

Na visão de Roxin, a fundamentação da responsabilidade por critérios político-criminais permitiria também resolver os problemas teóricos do Direito penal. Por exemplo, no caso da imputabilidade, a exclusão da pena se daria pela falta de

¹⁰³ Ibidem, p. 71

¹⁰⁴ ROXIN, C. **Política Criminal y Sistema del Derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 32.

necessidade de punição a partir da prevenção, pois a pena não teria nenhum efeito preventivo se fosse aplicada em um indivíduo que não pode se motivar pela norma.

Já no estado de necessidade ou em outras situações semelhantes, a exclusão da pena não se daria pelo não *poder agir de outro modo*, mas sim pela falta de necessidade preventiva, pois para os indeterministas haveria a possibilidade de culpabilidade, porém, do ponto de vista da prevenção geral ou especial, a responsabilidade estaria excluída, pois a pena não teria nenhum efeito nesses casos extremos.

Assim, a culpabilidade perderia sua relevância na fundamentação da pena, uma vez que sempre se poderia explicar pela falta de necessidade preventiva. Porém, no modelo de Roxin, a substituição do fundamento da pena pela responsabilidade não excluiu a categoria da culpabilidade.

Como exposto, a manutenção da culpabilidade estaria relacionada com a exigência de impor limites às necessidades preventivas. Isso porque a completa substituição da culpabilidade por uma teoria dos fins da pena poderia representar uma ameaça à liberdade individual frente ao poder de punição do aparelho estatal. Eliminar de vez a culpabilidade, na visão de Roxin, poderia representar um caminho perigoso e sem volta.

No entanto, o fundamento material da culpabilidade não poderia ser o *poder agir de outro modo*, pois a ausência de comprovação empírica resultaria no mesmo problema do modelo normativo. Seria preciso reformular o conteúdo da culpabilidade, de modo que, o conceito pudesse exercer um papel dentro do sistema e, ao mesmo tempo, fosse capaz de limitar a aplicação da pena.

Assim, a culpabilidade deixou de ser fundamentada no *poder agir de outro modo* e passou a ser entendida como capacidade de raciocinar pelo estímulo normativo. Com isso se quer dizer que “afirma-se a culpabilidade de um sujeito quando o mesmo estava disponível no momento do ato para a chamada da norma segundo seu estado mental e anímico, quando lhes eram psicicamente acessíveis possibilidades de decisão por uma conduta orientada conforme a norma.”¹⁰⁵

A origem desse novo conceito tem fundamento na ideia de que os homens normais podem sofrer a influência da norma, assim, da mesma forma, também podem orientar seu comportamento conforme o entendimento normativo. Não

¹⁰⁵ ROXIN, C. **Derecho penal**. Parte General. Madrid: Civitas, 1997, p. 807.

importa saber se o indivíduo poderia ter agido de outro modo, mas somente se ele possuiria a capacidade básica de autodeterminação.

Na opinião de Roxin, por esse conceito seria possível abrir mão do problema do livre-arbítrio, pois não seria necessário comprovar empiricamente se o autor podia ou não ter agido de outra maneira. “A suposição de liberdade é uma asserção normativa, uma regra de jogo social, cujo valor é independente do problema da teoria do conhecimento e das ciências naturais.”¹⁰⁶ É nesse ponto que Roxin implicitamente defende uma noção de livre-arbítrio, pois presume livre aquele que tem capacidade de raciocinar.

Ora, por um lado Roxin tem razão ao dizer que é possível verificar empiricamente a capacidade de raciocínio, porém, por outro, não é possível deduzir que essa capacidade de raciocínio implica numa liberdade para atuação conforme a norma. Não é possível afirmar que um indivíduo é livre somente porque pode raciocinar. Uma conclusão desse tipo só pode ser fundamentada por uma presunção normativa que Roxin não abriu mão:

Nos sentimos autorizados a la 'aserción normativa' de que una persona cuya capacidad psíquica de control en una determinada situación (aún) está em orden también puede actuar libremente, porque la autocomprensión natural del ser humano normal se basa en esta conciencia de libertad y porque una ordenación razonable de la vida humana em sociedad no es posible sin la concesión recíproca de libertad.¹⁰⁷

Apesar da tentativa de reformular o conceito, não é possível afirmar que Roxin solucionou o problema do livre-arbítrio. Pelo contrário, a substituição do *poder agir de outro modo* pela categoria da capacidade de raciocinar conforme a norma deixou o conteúdo da culpabilidade ainda mais impreciso. Isso porque a capacidade de raciocínio normativo nada mais é que um novo nome para a culpabilidade clássica de livre-arbítrio.

Não se pode negar os méritos da teoria de Roxin no sentido de rejeitar a culpabilidade como único fundamento da pena. Com a introdução da categoria da necessidade preventiva, Roxin deu um passo importante no abandono aos modelos retributivos de justificação. Porém, quando defendeu a culpabilidade como critério limitador da prevenção, teve que admiti-la também como fundamento.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 808.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 809.

De certo modo, se a culpabilidade é capaz de limitar a pena, ela deve também ser capaz de fundamentá-la, ainda que de maneira não exclusiva. Foi por isso que Roxin teve que reformular o conteúdo da culpabilidade, pois não poderia ser possível defendê-la como princípio limitador sem defini-la como parte do conceito de delito.

Nesse momento de explicar como a culpabilidade estaria dentro do sistema, Roxin teve que utilizar a mesma saída dos defensores da culpabilidade normativa, ou seja, presumir uma liberdade que não pode ser comprovada empiricamente. Nos modelos clássicos, essa liberdade era presumida pelo *poder agir de outro modo*, já no modelo de Roxin, a presunção aparece quando se tenta relacionar a capacidade de raciocinar normativamente com a liberdade de atuar normativamente.

Na questão da imputabilidade, por exemplo, não é correto afirmar que todo inimputável não é capaz de raciocinar conforme a norma. Existem casos limites de inimputabilidade, como no caso da psicopatia, em que é possível dizer que o indivíduo tem capacidade de raciocinar, porém não se pode dizer que ele é culpado.

Além disso, da mesma forma, não é possível afirmar que a punição de um psicopata não possui nenhuma função preventiva. Pelo contrário, a aplicação da pena nesses casos pode muito bem atender aos critérios de prevenção geral, apesar de não se falar em culpabilidade, segundo o modelo de Roxin.

Assim, apesar da culpabilidade ter sido afastada da pretensão de fundamentar exclusivamente a pena, na sistemática de Roxin, não é possível dizer que o conteúdo do conceito pode ser compreendido sem o apelo normativo, condição que não resolve o problema do livre-arbítrio.

3.6 O FUNCIONALISMO SISTÊMICO DE GUNTHER JAKOBS COMO ALTERNATIVA.

Também seguindo o modelo de prevenção geral positiva, Jakobs considera que o fim do Direito penal é a estabilização do ordenamento jurídico, e que a culpabilidade deveria ser fundamentada por esse fim. Assim, a culpabilidade seria um conceito que só pode ser formulado funcionalmente, a partir de seu fim que é a estabilização do ordenamento jurídico violado, ou seja, o restabelecimento da confiança na norma ameaçada por um indivíduo da sociedade.

Para Jakobs, a sociedade não seria constituída a partir da consciência individual, mas sim a partir da noção comunicativa de sistema social. O delito deveria ser entendido como uma expressão comunicativa, contrária à norma, e a pena, a resposta necessária para a reafirmação.

Desse modo, a punição serviria para a comunidade como um símbolo da seriedade do ordenamento, capaz de mostrar a todos a necessidade de respeito à norma, proibindo a conduta delitativa e negando-a como uma possibilidade. “A prestação que realiza o Direito penal consiste em contradizer a contradição das normas determinantes para a identidade da sociedade.”¹⁰⁸ O ataque à norma pelo delito significa a negação da própria sociedade, frustrando as expectativas da comunidade jurídica, de modo que, essa frustração gera a necessidade de interpretar como nociva a conduta delituosa, ou seja, é preciso culpá-la e puni-la.

Para construir seu modelo, Jakobs rejeita as premissas da retribuição, mas também não acredita que a prevenção geral por intimidação seja uma justificativa suficiente, de modo que, para a fundamentação da pena, seria preciso partir de argumentos distintos dos tradicionais *punitur ne peccetur* e *punitur quia peccatum est*.

Por um lado, Jakobs considerava que seria uma ilusão acreditar que a pena poderia prevenir delitos. O que se previne, na verdade, é o rompimento da confiança dos indivíduos na configuração normativa da sociedade. Portanto, os modelos firmados no *punitur ne peccetur* não poderiam justificar a pena. Nesse sentido, Jakobs afirma:

¹⁰⁸ JAKOBS, G. **Sociedad, norma y persona en una teoría de um derecho penal funcional**. Trad. Manuel Cancio Meliá y Feijó Sanchez. Madrid: Civitas, 1996, p. 18.

¿Por qué iba a entregarse la sociedad a la ilusión de que previene delitos? Su configuración se ve confirmada y sigue siendo el esquema de orientación determinante, y ello tanto para la determinación de lo que es fidelidade al Derecho como para la determinación del delito. Se previene algo, pero no un delito futuro cualquiera, sino que los delitos ya no se conciben como delitos; lo que se previene, por lo tanto, es la erosión de la configuración normativa real de la sociedad. La pena pública es el mantenimiento del esquema de interpretación válido públicamente.¹⁰⁹

Por outro lado, o *quia peccatum est* também não seria capaz de descrever de modo adequado o processo de punição. Não se trata propriamente de um pecado do indivíduo, pois o relevante não é a maldade do ato de um ponto de vista moral, mas sim a manutenção de uma determinada configuração social. Sem levar em conta essa configuração, não se pode fundamentar a pena.

Assim, o significado do crime precisaria ser explicado a partir de uma teoria do sistema, e não por uma teoria da moral, pois somente uma teoria do sistema é capaz de expressar o sentido da configuração normativa. Para Jakobs, a sociedade existe como produto das normas, isto é, o discurso que se desenvolve no contexto social é um discurso de comunicação formado por normas reais. E esse discurso só se desenvolve a partir de pessoas que também possuem a conduta definida por normas.

No esquema de comunicação normativa de Jakobs, a pessoa (*persona*) não atua conforme o esquema individual de satisfação/insatisfação, mas sim conforme um esquema de dever e espaço de liberdade. “É uma pessoa real aquele cujo comportamento resulta adequado à norma.”¹¹⁰ Para esse modelo de pessoa, duas condições são exigidas: em primeiro lugar, o comportamento deve ser orientado por normas, e em segundo, deve ser adequado à norma.

Por essas duas condições, o significado da infração é de difícil compreensão. Não se trata de um erro de uma pessoa, pois a pessoa só se define pela sua motivação conforme a norma. Assim, trata-se de algo que é formalmente pessoal, porém materialmente não pertence à sociedade real. O infrator apesar de não ser uma pessoa no sentido material, é considerado pessoa no sentido formal, pois é pressuposto que poderia dispor de sua personalidade.

¹⁰⁹ JAKOBS, G. **Sobre la teoria de la pena**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 16.

¹¹⁰ Ibidem, p. 17.

Desse modo, o delito é uma conduta de uma pessoa, porém essa conduta não se encontra na sociedade real, pois o ato criminoso mostra justamente o oposto da sociedade configurada por normas. E somente se liga a ela porque a sociedade real considera formalmente o indivíduo como pessoa:

Precisamente por esto, se mantiene su personalidad, su acción tiene sentido, aunque ambas cosas sólo em el plano formal. Dicho sea de paso: el hecho de que el infractor carece de personalidad *material* fundamenta la posibilidad de ejercer legítima defensa em su contra, al igual que los límites de ésta muestran que subsiste su personalidad formal.¹¹¹

Para Jakobs, a capacidade de culpabilidade ou imputabilidade não é algo que o sujeito possa ter ou não ter, não é algo que possa ser constatado empiricamente, mas algo que se atribui quando pode ser funcional, somente podendo ser afastada quando for possível interpretar o conflito de outra maneira. Não se trata somente de um estado psíquico do autor, mas também da função social que a imputação pode exercer na tarefa de garantir a fidelidade às normas. O imputável é considerado um sujeito igual, de maneira que, essa igualdade serve de parâmetro para analisar o processo de motivação normativa. Já o inimputável é um sujeito desigual, de forma que, sua condição não permite avaliar o grau de motivação normativa do homem médio.

Assim, a transgressão da norma por um sujeito imputável é uma transgressão que serve de exemplo para qualquer autor igual, por isso, implica numa lesão à validade da norma. Já quando um inimputável comete um delito, a falta de igualdade não permite dizer que a transgressão serve de exemplo para qualquer outro sujeito, por isso não representa uma lesão à norma. Porém, para Jakobs, em alguns casos, a conduta do inimputável pode representar um ataque à validade da norma e, portanto, deve ser atribuída a culpabilidade. Por exemplo, só é possível discutir a inimputabilidade de um assassino psicopata, quando a medicina for capaz de oferecer um tratamento. Até lá, a transgressão do psicopata representa uma transgressão exemplificadora e ataca à validade da norma, de modo que, sem tratamento para a psicopatia, o conflito não pode ser entendido de outra maneira.

¹¹¹ Ibidem, p. 21.

Da mesma forma que a imputabilidade, em Jakobs, a consciência da ilicitude deve ser interpretada a partir da possibilidade exemplificadora capaz de ameaçar a confiança à norma. Para Jakobs, se o autor age em desconhecimento da ilicitude da conduta é porque lhe falta a socialização necessária para que possa orientar sua conduta conforme a norma, portanto, falta a condição de pessoa. Assim, os casos de erro devem ser interpretados como casos em que a falta de socialização impede que a conduta sirva de exemplo ao homem médio, portanto, não ameaça a validade da norma.

Porém, no modelo de Jakobs existe uma distinção das espécies de erro, de modo que, a aceitação do erro deve ser baseada na necessidade social que a sociedade pode suportar para admitir o erro do autor. Isto é, deve-se questionar que tipo de desconhecimento do autor pode ser suportado pelo Estado e pela sociedade sem que se ameace paralelamente a função preventiva geral do Direito penal.

A questão do erro é tratada, então, da mesma forma que a culpabilidade, ou seja, deve depender do fim penal. Assim, para determinar a evitabilidade do erro é preciso diferenciar a expectativa de motivação normal a partir da distinção entre dois tipos de normas.

De um lado, Jakobs separa aquelas normas que são fundamentais para a estrutura social, portanto, indisponíveis. De outro, estão as normas de conteúdo disponível, mutáveis. Assim, existem também dois tipos de erro.

Em primeiro lugar, o erro sobre as normas fundamentais, que, para Jakobs, é sempre um erro evitável, a não ser que o autor demonstre um alto déficit de socialização, como nos delitos cometidos por estrangeiros que desconhecem a norma do país. Em segundo lugar, o erro que incide sobre as normas de conteúdo disponível, que deve ser determinado com base no perigo que pode gerar para a validade das normas.

Nesse segundo caso, a análise da evitabilidade do erro não depende do que se passa na cabeça do autor. O que importa é saber se com a conduta se pode chegar a um reconhecimento do Direito, de modo que, deve ser declarada a evitabilidade quando a conduta do autor é incompatível com a validade do Direito positivo e o erro não deve ser atribuído à causalidade ou a outra pessoa.

Em relação às situações de inexigibilidade de conduta diversa, Jakobs afirma que inexigibilidade é quando uma pessoa, que age conforme a norma como

qualquer outro imputável, atua ameaçando a validade das normas por uma motivação diferente daquela que a qualifica como pessoa. Nesses casos, não importa se o autor podia ter agido ou não de outro modo, ou seja, o relevante não é como o autor delibera diante das circunstâncias. O que importa é se a motivação pode ser atribuída a outro sistema ou à causalidade.

Do mesmo modo que a prevenção geral de Roxin, a teoria sistêmica de Jakobs não passa na prova do determinismo. Quando defende a prevenção geral positiva como estabilização de expectativas normativas, Jakobs defende implicitamente o livre-arbítrio, pois seu conceito de pessoa (*persona*) exige uma noção de ser humano livre, e, portanto, contrária ao determinismo e às descobertas da neurociência. Somente naquele que é livre pode ser depositada a expectativa normativa. Como afirma a professora Mercedes Pérez Manzano, as teorias da prevenção geral positiva “não constituem efeitos físicos em um mundo físico, senão efeitos sociais em um mundo de comunicação entre agentes morais, que dirigem sua conduta conforme as regras”.¹¹² Não negamos a importância da prevenção geral na tarefa de excluir um juízo de reprovação pelo poder agir de outro modo, porém não concordamos que esse tipo de resposta seja capaz de fundamentar a pena, pois, do contrário, estaríamos assumindo uma nova forma de presunção que também não é compatível com a realidade empírica. Pérez Manzano ainda afirma que “na medida em que as concepções da prevenção geral positiva tomam como ponto de partida a pessoa como sujeito livre, se encontram, em princípio, em situação de ser afetadas pelas críticas neurocientíficas”¹¹³ Assim, qualquer teoria que seja incompatível com a ciência estará destinada à presunção normativa de algo falseado, e não é isso que queremos. A presunção pode até ser útil enquanto não existem evidências empíricas, porém, no momento em que a experiência demonstra a falsidade, ela se torna insustentável.

¹¹² PÉREZ MANZANO, M. Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2011, p. 14.

¹¹³ *Ibidem*, *idem*.

3.7 O UTILITARISMO POR DISSUAÇÃO COMO ALTERNATIVA.

Nas teorias de dissuasão, a punição de criminosos é moralmente justificada pela capacidade que a pena pode desempenhar para desencorajar crimes, ou seja, a punição de crimes do passado mostra aos potenciais infratores do futuro os danos que a pena pode causar se estes resolverem desrespeitar a lei penal. Nesse caso, o castigo não depende da ideia de livre-arbítrio. Muito pelo contrário, a partir da compreensão de que somos seres determinados, utiliza-se a pena para que ela possa servir de causa para uma futura repressão de algum comportamento criminoso.

O objetivo básico da punição baseada na dissuasão não é reprovar ou ressocializar os infratores, mas sim produzir uma causa relevante para que possam obedecer a lei no futuro. Afinal, qualquer ser humano bem condicionado terá medo de sofrer os danos da punição. É inegável o efeito que a pena exerce como reforço de um condicionamento. E essa afirmação não é baseada no senso comum. A corrente behaviorista já nos mostrou que somos seres condicionados pelo simples fato de vivermos em sociedade. O princípio da intimidação é apenas reforçar esses condicionamentos de modo que o indivíduo seja orientado por uma causa relevante em suas ações futuras.

Além disso, as teorias de dissuasão são tipicamente uma forma de utilitarismo. Nesse quadro, a punição legal deve maximizar o bem estar social, o que significa que os benefícios obtidos por dissuadir o crime devem ser pesados contra os vários custos da punição.

Tais custos, quase inevitavelmente, incluem a despesa de punição, o medo despertado em potenciais infratores, e até mesmo, o sofrimento do criminoso punido. Esses custos também podem incluir os danos causados com a punição, como por exemplo, o risco de punir os infratores excessivamente, e o pior de tudo, o risco de punir pessoas inocentes e não punir os verdadeiros culpados. Em oposição a esse tipo de utilitarismo, os críticos argumentam que a teoria da dissuasão pode legitimar a imposição de punições absurdamente duras como forma de impedimento mais eficaz do crime, de tal forma que, mesmo um ladrão adolescente pode ser torturado até a morte.

Não concordamos com esse argumento. Ou melhor, não concordamos que essa crítica deve ser direcionada ao utilitarismo, afinal, a própria teoria utilitarista da dissuasão impede que tais punições sejam grosseiramente desproporcionais, pelo menos na maioria dos casos comuns. Não podemos admitir que o rigor na punição de um crime simples seja associado a uma falha do utilitarismo. O que acontece nesses casos é uma falha do próprio aparelho estatal na aplicação da pena.

Além disso, se o estado seguir os princípios do utilitarismo, as punições podem ser justificadas com antecedência para vários tipos de crimes, condição que impossibilitaria um rigor excessivo para este ou aquele crime particular. Na verdade, não é a punição rigorosa para um caso particular que serve de exemplo para a intimidação, mas sim a certeza geral da punição devidamente proporcional e protegida pelo princípio da legalidade.

No entanto, os teóricos utilitaristas da dissuasão precisam explicar por que as pessoas que trabalham no sistema de justiça, ocasionalmente ignoram essa regra e permitem que o réu seja silenciosamente beneficiado ou prejudicado a depender do caso concreto. Realmente, isso acontece, porém não é por causa do utilitarismo. Na verdade, essas variações no caso concreto só ocorrem por causa do sentimento retribucionista que existe no cérebro dos juízes. De algum modo, rejeitam o determinismo e fundamentam a pena no merecimento, o que prejudica o efeito dissuasivo que a pena pode ter nas pessoas, pois casos bem semelhantes são tratados de forma distinta. Ora, como teremos medo da pena, se ela será diferente em cada julgamento?

Então, apesar de o nosso sistema legal atual ser fortemente regido pela culpabilidade e pelo livre arbítrio, não significa que ele deve continuar assim, ou que o utilitarismo é impossível. Mesmo dentro de nosso sistema atual, se conseguirmos modificar o senso comum das pessoas a respeito do livre-arbítrio, conseguiremos também abandonar a noção de merecimento que existe entre policiais, promotores, juízes e jurados.

Porém, até lá, será que a teoria da dissuasão pode conviver com a culpabilidade tendo em vista que o conceito alcançou um patamar de princípio constitucional? Em suma, a resposta é não. Enquanto houver a ideia de merecimento, também haverá o risco de que verdadeiros culpados sejam inocentados, ou que criminosos de menor potencial ofensivo recebam penas graves,

de tal modo que, essa variação nos julgamentos prejudicará o reforço no condicionamento das pessoas. A razão básica é que, sem a certeza da pena, a dissuasão do crime futuro não ocorrerá, pois o incitamento de medo nas pessoas estará prejudicado.

Além disso, em relação ao argumento de que a teoria da dissuasão pode legitimar a punição de um inocente, concordamos que em tese isso é possível, mas a razão do argumento não refuta o utilitarismo, pois se o erro do estado não se tornar público, o efeito dissuasivo ocorrerá nesses casos. Afinal, se a comunidade não souber que o condenado é inocente, como será possível dizer que não há intimidação?

Nesses casos, a teoria da dissuasão pode justificar que a punição de pessoas inocentes traz benefícios à comunidade, quando isso implicar em deter o crime sem incorrer em custos maiores do que as vantagens da dissuasão. Alguns casos exigiriam uma estratégia por parte do estado, isto é, a pessoa inocente pode ser amplamente considerada culpada a partir de alguma falha processual provocada.

Por exemplo, imagine quando o verdadeiro autor de um homicídio violento não pode ser identificado ou condenado. Nesse caso, as provas poderiam ser suprimidas ou fabricadas para enquadrar um homem inocente. Enquanto a maioria das pessoas acreditar na veracidade da condenação, a punição injusta irá dissuadir potenciais infratores mais do que a alternativa de não punir ninguém pelo crime. Até mesmo o verdadeiro culpado, provavelmente ainda à solta, pode ser impedido de cometer mais crimes, pois permanecerá escondido na dúvida de que a verdade apareça e ele possa ser condenado.

Em outro contexto parecido, a teoria da dissuasão também poderia justificar a punição do inocente além do culpado. Para dar um exemplo simples, alguns criminosos potenciais seriam substancialmente desencorajados a cometer crimes, se tivessem a convicção de que a sua conduta criminosa não resultaria apenas em sua própria punição, mas também na punição de seus entes queridos.

Assim, um homem condenado por assassinato poderia ser obrigado a assistir a execução de sua esposa ou namorada. A perspectiva de tal punição auxiliar provavelmente iria dissuadir muitos criminosos potenciais, mais do que apenas a perspectiva de sua própria punição. Além disso, as potenciais vítimas inocentes de tal punição seriam fortemente motivadas para vigiar o comportamento do futuro

criminoso, talvez até mesmo relatar quaisquer suspeitas para a polícia se isso fosse capaz de protegê-los de qualquer punição auxiliar.

Da mesma forma, outro efeito relacionado com a punição de inocentes é a punição coletiva. A teoria da dissuasão poderia muito bem justificar a punição de um grupo de pessoas quando algum membro desconhecido desse grupo é o verdadeiro criminoso. São os casos em que existe a evidência de que o autor do crime pertence ao grupo, mas não é possível identificá-lo.

Então, por exemplo, imagine uma situação em que o dinheiro da conta bancária é roubado de uma empresa na qual apenas quatro funcionários tiveram acesso. Em um caso como esse, o estado pode simplesmente punir todas as quatro pessoas por peculato. Ao contrário da punição do inocente no lugar do culpado, nesse caso, a punição dos inocentes com o culpado iria dissuadir tanto o crime como a punição do culpado sozinho. Essa prática pode até ter um efeito dissuasivo maior se o potencial criminoso se preocupa o suficiente com os outros membros do grupo, de tal modo que, ele poderia não querer que seus colegas fossem punidos com ele. Tal punição coletiva, sem dúvida, pode dissuadir muito mais o crime do que simplesmente a abstenção de punição, justificada pelo fato de o verdadeiro culpado não poder ser identificado.

No entanto, como acontece com as outras formas de punir o inocente, um sistema de punição coletiva pagaria um preço muito caro, em particular na forma de desconfiança e ressentimento entre as pessoas. Nenhum utilitarista de verdade pode plausivelmente argumentar que tais custos são superados pelos benefícios de dissuadir o crime.

O problema básico é que a dissuasão depende de crenças subjetivas, ou seja, o medo da punição pode existir mesmo que um inocente seja condenado, pois as pessoas realmente pensam que a pessoa punida é culpada, ainda que eles realmente não saibam se ela é ou não. Consequentemente, a punição de um homem inocente que se acredita ser culpado, às vezes, pode prevenir o crime de forma mais eficaz do que a punição de um homem culpado que se acredita ser inocente. Assim, o argumento não refuta o utilitarismo em si.

O problema é que, de forma bem objetiva, sem erros e trapaças, condenar um inocente é errado e ponto final. Se as pessoas soubessem de uma estratégia tão

maquiavélica, qualquer efeito utilitarista iria por água abaixo. O medo daria lugar à revolução. E isso nenhum utilitarista deseja.

De fato, se o sistema de justiça errar em geral, intencionalmente, para punir o inocente, permitindo que o culpado fique livre, então potenciais infratores provavelmente irão subestimar o risco de punição por seus próprios crimes. Nesse caso, o estado poderia melhor prevenir o crime se punir tão somente os verdadeiros culpados. O verdadeiro utilitarista responderá essas objeções alegando que, nesses casos, o custo de punir os inocentes sempre será maior que a vantagem, especialmente porque, caso as punições injustas sejam descobertas, o efeito desastroso sobre a confiança pública poderá destruir qualquer proposta utilitarista da pena.

Assim, diante dessas considerações, o verdadeiro teórico da dissuasão não pode oferecer uma boa justificativa para apoiar sua afirmação de que a punição secreta do inocente no lugar do culpado, sempre ou mesmo geralmente, incorre em mais benefícios do que custos. Simplesmente ninguém aceita a punição de um inocente.

No entanto, apesar de entendermos que nosso argumento por si só é verdadeiro, concordamos que o caso de punição de inocentes é bem fácil de acontecer na prática, pois estamos falando de pessoas, ou seja, pessoas que controlam e julgam outras pessoas. As emoções sempre existirão, por mais que a razão utilitarista em si mesma seja útil para fundamentar a pena sem o livre-arbítrio.

Nesse ponto, esses casos de punição injusta sugerem um problema muito mais grave para a dissuasão. Imagine, por exemplo, que um sistema de justiça criminal, totalmente comprometido com a prevenção de crimes futuros, muito provavelmente, poderia não se comprometer com os diversos procedimentos e precauções destinados a evitar a acusação e punição de pessoas inocentes. Isso já é um problema sério para a dissuasão, e não é necessário que aconteça nenhuma grande conspiração maquiavélica para abalar a confiança pública. Seria necessário apenas um afrouxamento gradual dos padrões de evidências físicas, no processo de colheita de provas, testemunhos, interrogatório, e assim por diante.

Isso permitiria a punição de pessoas inocentes como uma coisa natural, sem a necessidade de qualquer engano intencional, pois apenas a negligência seria suficiente. Em resumo, um sistema de justiça criminal baseado na dissuasão pode

simplesmente crescer preguiçoso no desenvolvimento de critérios para determinar a culpa ou inocência das pessoas punidas.

Além disso, também concordamos que um sistema de dissuasão pode ser influenciado por questões sociais. A criminologia crítica já nos mostrou quem realmente sofre com o efeito dissuasivo. Concordamos que a dissuasão somente será eficaz se não houver distinção de qualquer ordem. Fazemos a ressalva novamente. O utilitarismo terá problemas que não são oriundos de si mesmo, mas sim da falha humana na implantação.

Ora, se o sistema não tiver o mesmo rigor com aqueles indivíduos oriundos de classes sociais mais elevadas, o efeito da intimidação será nulo. Além de encorajar o crime entre os ricos, a impunidade nesses casos provocará a revolta entre os pobres, ocasionando questionamentos sobre a legitimidade da pena e do próprio sistema.

Da mesma forma, se não houver o comprometimento do estado em resolver seus problemas sociais, a dissuasão estará comprometida, pois as classes menos favorecidas poderão enxergar o crime como uma vantagem diante das dificuldades em que vivem. Com meios escassos de sobrevivência, a vida criminosa passa a ser uma opção, o que levaria o estado a ter que implantar penas muito rigorosas para manter o efeito dissuasivo.

Aqui, vemos duas alternativas. Ou o estado resolve as questões sociais e implementa um sistema dissuasivo comprometido com os princípios utilitaristas, ou ignora seus problemas e utiliza a pena para conter revoltas, reprimindo qualquer comportamento indesejado. Entendemos que a segunda opção não seria viável num estado democrático.

4 CONCLUSÃO

Como resposta a nossa pergunta principal temos a seguinte: A culpabilidade não pode ser sustentada pela ideia de *poder agir de outro modo*, pois o livre-arbítrio libertista é falso. Demonstramos que os pressupostos do livre-arbítrio representam uma ilusão. Primeiro, porque a causalidade exige a ideia de necessidade, derrubando, assim, qualquer noção de que é possível agir de modo diferente. Segundo, porque nossa vontade não pode ser independente das circunstâncias. Ou melhor, não existe um ser humano independente da causalidade. Nossos pensamentos e intenções são conseqüências de causas inconscientes sobre as quais não temos controle. Antes mesmo de qualquer decisão consciente, o cérebro inconsciente já nos diz o que fazer. Não temos escolha livre, apenas testemunhamos a vontade. Muito provavelmente, a sensação ilusória de livre-arbítrio só existe porque desconhecemos que estamos dentro de uma cadeia de causa e efeito. Desconhecemos as causas, por isso, nos sentimos livres. Porém, no momento em que prestarmos mais atenção, será possível enxergar que o livre-arbítrio não pode ser sustentado.

Assim, a pena não pode ser fundamentada no merecimento. Ninguém é realmente culpado por alguma coisa, no sentido de que escolheu deliberadamente o que fazer, ou que poderia ter feito diferente. Reprovar alguém pela culpabilidade é um erro que precisa ser corrigido.

A nossa segunda resposta é a seguinte: existe uma alternativa para o Direito penal de culpabilidade. Ela consiste em substituir a ideia de merecimento por critérios de responsabilidade utilitaristas. A pena deve ser aplicada não porque alguém realmente merece, mas sim porque é necessária para o bem-estar coletivo.

Quando a sociedade for capaz de compreender que não temos livre-arbítrio, o sentimento de reprovação irá desaparecer. No lugar do ódio, sentiremos um misto de compaixão e tristeza. Compaixão, porque seremos capazes de compreender que o criminoso não poderia ter agido de outro modo, portanto ele não merecerá moralmente a pena. E tristeza porque, mesmo sabendo que não há merecimento, sentiremos que é preciso fazer alguma coisa para garantir a segurança da

coletividade. Sem o sentimento de ódio no senso comum, o Direito penal não poderá fundamentar a pena na culpabilidade.

Por mais que a realidade física não possa determinar a criação de comandos éticos, entendemos que a ciência será capaz de modificar a forma como as pessoas enxergam o comportamento humano. Apesar de não ser possível chegar ao *dever-ser* a partir do *ser*, quanto mais nós descobirmos sobre a neurociência do comportamento, mais argumentos existirão para desmistificar a nossa noção intuitiva de julgamento moral e o nosso falso sentimento de livre-arbítrio. Toda construção *a priori* do Direito penal somente servirá se estiver de acordo com as teorias não falseadas.

Com isso, a crença no realismo moral também deixará de existir. Entenderemos que o crime não representa algo errado, mas sim algo necessário. Porém, apesar de necessário, sempre será também algo indesejado. Puniremos não porque precisamos fazer o certo, mas somente porque escolhemos sobreviver em sociedade.

Assumindo uma postura utilitarista, será possível rejeitar a presunção e toda a metafísica desnecessária. O fato de ninguém ainda ter construído uma teoria da pena fundamentada no determinismo não significa que a presunção do livre-arbítrio seja necessária. Talvez, acreditar que somos independentes das circunstâncias pode ser um hábito vantajoso no dia a dia, mas a mesma vantagem não aparece quando é preciso fundamentar a privação da liberdade de alguém.

REFERÊNCIAS

- AGOSTINHO. **O Livre-arbítrio**. Trad. Nair de Assis Oliveira. 2ª ed. São Paulo: Paulus, 1995.
- AQUINO, T. **Suma de Teologia**. Trad. José Martorell Capó. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1988.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornhelm. São Paulo: Editor Victor Civita, 1984.
- BENTHAM, J. **An Introduction to Principles of Moral and Legislation**. Ontario: Batoche books Kitchener, 2000.
- BINDING, K. **La Culpabilidad en Derecho penal**. Buenos Aires, B de f, 2009.
- DESCARTES, R. **Meditações Metafísicas**. Tradução de Homero Santiago e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- EPICTETO. **El Manual de Epicteto**. Trad. Margarita Mosquera. Rosario: Biblioteca Nueva Era, 2003.
- FRANK, R. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: B de f, 2004.
- FREUD, S. **Algumas lições elementares de psicanálise**. Vol. XXIII. Rio de Janeiro: Imago, 2006.
- GOLDSCHMIDT, J. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Buenos Aires: B de f, 2002.
- GREENE, J.D., et al. An Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgment. *Science*, vol 293, p. 2105 – 2108, 2001.
- GREENE, J.D., et al. Pushing moral buttons: The interaction between personal force. *Cognition*, vol. 111, p. 364 – 371, 2009.
- HARRIS, S. **Free Will**. New York: Free Press, 2012.
- HASSEMER, W. ¿Alternativas al principio de culpabilidad?, *CPC*, 1982, nº 18, p. 473.
- HOBBS, T. **Leviatã**. Organizado por Richard Tuck; Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HUME, D. **Uma investigação sobre o entendimento humano**. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Editora Unesp, 1999.

JAKOBS, G. **Sociedad, norma y persona en una teoría de um derecho penal funcional**. Trad. Manuel Cancio Meliá y Feijó Sanchez. Madrid: Civitas, 1996.

JAKOBS, G. **Sobre la teoría de la pena**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

LIBET, B. Do we have free will? *Journal of Consciousness Studies*, 6, No. 8–9, 1999.

LISZT, F. V. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia, 1899.

MIR PUIG, S. **Introducción a las Bases del Derecho Penal**. Buenos Aires: B de f, 2003, p.190.

MORCHON, G. R. La decisión en el Derecho y La tópic jurídica. *Boletim Mexicano de Derecho Comparado*. México: UNAM, 1985.

MOTRAVETA, S. C. **El Tipo Penal EnBeling Y Los Neokantianos**. Barcelona: Editorial PPU, 2002.

MUÑOZ CONDE, F. **Introducción al Derecho penal**. Buenos Aires: B de f, 2001.

PÉREZ MANZANO, M. Fundamento y fines del Derecho penal. Uma revisión a la luz de las aportaciones de la neurociência. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2011.

PINHEIRO, M. R. Determinismo, Liberdade e Astrologia nos estóicos. *História, imagem e narrativas*, Rio de Janeiro, vol. 10, p. 1-14, 2010.

PLATÃO. **A República**. Trad. Maria Helena de Rocha Pereira. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1987.

POPPER, K. R. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatitaia, 1999.

ROXIN, C. **Culpabilidad y prevención en derecho penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus SA, 1981.

ROXIN, C. **Política Criminal y Sistema del Derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

ROXIN, C. **Derecho penal**. Parte General. Madrid: Civitas, 1997.

SCHUNEMANN, B. **El sistema moderno del Derecho penal**: cuestiones fundamentales. Madrid: Tecnos, 1991.

SPINOZA, B. **Ética**. Trad. Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009.

VIEHWEG, T. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WELZEL, H. **Derecho Penal**. Parte General. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

ZAFFARONI, E. R. **Derecho penal**: Parte General. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, 2002.

ZAFFARONI, E. R. **Tratado de derecho penal: parte general**. Tomo II. Buenos Aires: Ediar, 1987.