

Universidade Federal de Minas Gerais

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

Fernando Nogueira Martins Júnior

**VIDA E MORTE (E VIDA) DA CULPABILIDADE PENAL:
CONTRIBUIÇÃO À TEORIA DO DELITO PARA UM ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Belo Horizonte
FDFMG
2012

FERNANDO NOGUEIRA MARTINS JÚNIOR

**VIDA E MORTE (E VIDA) DA CULPABILIDADE PENAL:
CONTRIBUIÇÃO À TEORIA DO DELITO PARA UM ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Minas Gerais, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Direito

Área de concentração: Direito e Justiça

Linha de pesquisa: Poder e cidadania no Estado Democrático de Direito

Projeto estruturante: Teoria do Delito

Orientadora: Professora Doutora Daniela de Freitas Marques – UFMG

Belo Horizonte
FDFMG
2012

FICHA CATALOGRÁFICA

M386n Martins Júnior, Fernando Nogueira
Vida e morte (e vida) da culpabilidade penal : contribuição à
teoria do delito para um Estado Democrático de Direito /
Fernando Nogueira Martins Júnior. – 2012.

Orientadora: Daniela de Freitas Marques
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas
Gerais, Faculdade de Direito.

Inclui bibliografia

1. Direito penal – Teses 2. Culpa (Direito) 3. Direito
penal – Filosofia 4. Culpa (Direito) – Filosofia I. Título

CDU: 43.222

Dissertação intitulada “**Vida e morte (e vida) da culpabilidade penal: contribuição à teoria do delito para um Estado Democrático de Direito**”, de autoria do mestrando **Fernando Nogueira Martins Júnior**, apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e examinada pela banca constituída pelos seguintes professores:

Professora Dra. Daniela de Freitas Marques – UFMG – Orientadora

Professor Dr. Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva – UFMG

Professor Dr. Gustavo Siqueira Silveira – UERJ

Defendida em

Local de Defesa:

Aos hiperbóreos, os daqui em especial. Ao meu país, que é o de todo mundo. Aos bravos e bravas que o Éter já engoliu, e aos se ainda se embatem para que as crianças possam ser salvas da escravidão.

Havemos de amanhecer.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Fernando e Vânia, e à minha irmã, Isabella: vocês são a razão da minha vida. Quão feliz sou pelo Cosmos ter me dado a oportunidade de fazer parte desta família. Que sempre e sempre fique atestado, por entre os séculos dos séculos, o quanto amo vocês três.

À minha orientadora, Professora Daniela de Freitas Marques, pela imensa delicadeza e solicitude para comigo, e pela escandalosamente vasta e apaixonante erudição que tanto me encantou, e que me fez enfrentar a árdua batalha para ser seu pupilo por estes dois anos e meio. Viver vale a pena mesmo, por causa de pessoas como você, existindo, deambulando e engrandecendo as pessoas por aí. Espero ser sempre seu discípulo e – por que não? – amigo. Pela primeira vez nestes quase três anos, permita-me romper um pouco a formalidade e deixá-la não com um abraço: um beijo pra você, Mestra.

Ao Professor Hermes Vilchez Guerrero, os eternos agradecimentos, por ter me convencido a não abandonar o Direito e, ao fim e ao cabo, ter me formado um penalista minimamente competente. Se vocação existe, achei a minha como penalista por causa de você. O que diz de uma vocação muito bem exercida da sua parte: a de grande professor, daqueles que tem o condão de levar seus alunos às mais altas e nobres aspirações. Espero, hoje e sempre, que você nunca se arrependa disso, na parte que me concerne.

Aos professores e professoras da Vetusta Casa de Afonso Pena, minha *Alma Mater*, que com seus valiosos ensinamentos, me transformaram em um jurista. Se de alguma forma, a mais ínfima que seja, tenho qualquer tipo de excelência jurídica, isto eu devo a vocês. Muito obrigado mesmo.

Aos amigos do Grupo Casa Verde, do qual tenho a imensa honra de ser coordenador: obrigado pelos excelentes debates acerca da Criminologia e, sim, da Democracia, necessária.

Ao brilhante amigo Ricardo de Lins e Horta, jurista e mestre em Neurociências, pelo apoio imprescindível, na pessoa de quem saúdo aos

Repensantes, agradecendo pelas intensas e profícuas (e polêmicas) discussões acerca do que podemos e devemos fazer pelo nosso país.

Aos meus amigos e amigas, todos, todas: obrigado por existirem. Sou feliz, e muito, por ter cada um e cada uma de vocês ao meu lado. Portanto, a vocês o meu sincero afeto. Um abraço pros manos, um beijo pras minas.

Aos meus concidadãos, a quem dedico todos os meus esforços enquanto penalista, advogado e defensor dos direitos humanos. Que juntos construamos um Brasil mais justo e democrático.

Ao meu país, o Brasil, devastado, dolorido: cá estou, e lhe escolhi. Sou brasileiro, latinoamericano, humano. Estou aqui. E não estou parado. O tempo das cabeças baixas, do medo que silencia acabou. O Estado Democrático de Direito vai sair. E nessa eu tô junto. E misturado.

Viva a República!

Viva a Resistência!

Viva a Humanidade!

Saravá!

RESUMO

A dissertação trata da “crise de culpabilidade”, tema importante no Direito Penal contemporâneo, sob um enfoque transdisciplinar. Após um histórico do conceito de culpabilidade penal, é apresentado o estado da arte das discussões sobre a “crise” de tal culpabilidade na dogmática penal. Subseqüentemente, são trazidas as contribuições filosóficas, neurocientíficas e criminológicas para a questão. Após, faz-se uma defesa da dogmática penal enquanto garantia do cidadão frente ao poder punitivo, passando-se a apresentar como os funcionalismos penais de Claus Roxin e Eugenio Raul Zaffaroni perceberam mais profundamente o problema e propuseram interessantes pontos para lidar com esta crise. Nas considerações finais, faz-se a sugestão veemente da adoção urgente, pelos operadores do sistema penal brasileiro, dos institutos de ambos os funcionalismos penais supracitados.

Palavras-chave: culpabilidade, crise, livre arbítrio, funcionalismo

ABSTRACT

The dissertation is about the “culpability crisis”, important issue in contemporary Criminal Law, under a transdisciplinary approach. After a historical presentation of the concept of criminal culpability, it is exposed the state of the art of the discussions on the “crisis” of such culpability in criminal dogmatics. Subsequently, it is brought the philosophical, neurocientific and criminological contributions to the question. After, it is made a defense of the criminal dogmatics as a insurance of the citizen before the punitive power, passing then to the presentation on how the criminal functionalisms of Claus Roxin and Eugenio Raul Zaffaroni perceived more deeply the problem and proposed interesting points to deal with such crisis. On the final considerations, it is made the vehement suggestion towards the urgent adoption, by the operators of the brazilian criminal system, of the institutes of both criminal functionalisms aforementioned.

Keywords: culpability, crisis, free will, functionalism

EPÍGRAFES FURTADAS

“E abertamente entreguei meu coração à terra séria e doente, e muitas vezes, na noite sagrada, prometi amá-la fielmente até a morte, sem medo, com a sua pesada carga de fatalidade, e não desprezar nenhum de seus enigmas. Dessa forma, liguei-me à fatalidade por um elo mortal.”

Friedrich Hölderlin (1770-1843), poeta e escritor alemão, “A morte de Empédocles” – epígrafe do ensaio “O homem revoltado”, de Albert Camus.

“Nenhum homem é uma ilha, completa em si mesma; todo homem é um pedaço do continente, uma parte da terra firme. Se um torrão de terra for levado pelo mar, a Europa fica menor, como se tivesse perdido um promontório, ou perdido o solar de um teu amigo, ou o teu próprio. A morte de qualquer homem diminui a mim, porque na humanidade me encontro envolvido; por isso, nunca mandes indagar por quem os sinos dobram; eles dobram por ti.”

John Donne (1572-1631) poeta inglês, “Meditação 17” – epígrafe do romance “Por quem os sinos dobram”, de Ernest Hemingway.

“Enquanto houver uma classe baixa, eu pertencerei a ela. Enquanto houver um elemento criminoso, eu estarei com ele. Enquanto houver uma alma na prisão, eu não serei livre.”

Eugene Victor Debs (1855-1926), político norte-americano, “Declaração” – epígrafe do romance “Hócus-Pócus”, de Kurt Vonnegut.

“Vendo, pois, que um número prodigioso de homens não tinha a menor idéia das dificuldades que me inquietam, e nem desconfiava daquilo que se diz nas escolas sobre o ser em geral, sobre a matéria, sobre o espírito, etc.; vendo também que freqüentemente muitos caçoavam do que eu queria saber, suspeitei que não seria absolutamente necessário que o soubéssemos. Pensei que a natureza deu a cada ser a porção que lhe convém; acreditei que as coisas que não podemos alcançar não são nossa partilha. No entanto, malgrado esse desespero, não abandono o desejo de ser instruído, e minha curiosidade enganada é sempre insaciável.”

Voltaire, em “O Filósofo Ignorante”

SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO: CRISE DE CULPABILIDADE?	15
2- METODOLOGIA	19
3- NOTÍCIA HISTÓRICO-DOGMÁTICA SOBRE A CULPABILIDADE E INSTITUTOS CORRELATOS.....	22
3.1- Intróito.....	22
3.2- Significado enciclopédico de culpabilidade	23
3.3- Antiguidade e Idade Média	23
3.4- Iluminismo.....	25
3.5- Século XIX e início do século XX	27
3.6- O divisor de águas: Reinhardt Frank e a culpabilidade como reprovabilidade ..	27
3.7- Primeira metade do século XX até a contemporaneidade.....	30
3.8- Fechamento: rol de conceitos de "culpabilidade"	33
4- CRISE DE CULPABILIDADE: ENDOXA	36
4.1- Intróito.....	36
4.2- O império das presunções	38
4.3- A indemonstrabilidade do livre arbítrio	42
4.4- A imbricação antidemocrática entre direito (penal) e moral	44
5- DESCONSTRUÇÃO FILOSÓFICA DA CULPABILIDADE PENAL	48
5.1- Intróito.....	48
5.2- O livre arbítrio enquanto Verdade: Santo Agostinho.....	49
5.3- Deus, natureza, determinação da vontade: a negação do livre arbítrio em Baruch de Espinosa	54

5.4- A vontade livre como ficção punitiva: a negação do livre arbítrio em Friedrich Nietzsche	56
6- DESCONSTRUÇÃO NEUROCIÊNCIA DA CULPABILIDADE PENAL.....	61
6.1- Intróito.....	62
6.2- Alguns experimentos	66
6.3- A inexistência do livre arbítrio, pelos neurocientistas	69
6.4- Três casos emblemáticos no debate do tema: tumor no córtex orbitofrontal direito, o polimorfismo no gene da monoamina oxidase A (MAO-A) e a chamada "psicopatia"	74
7- DESCONSTRUÇÃO CRIMINOLÓGICA DA CULPABILIDADE PENAL	79
7.1- Intróito.....	79
7.2- A teoria das subculturas criminais: origens, e a improcedência do fundamento axiológico da culpabilidade penal	81
8- ENTRETANTOS: VINDICAÇÃO DA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL	88
8.1- Intróito.....	89
8.2- Breve nota: o que é a dogmática penal	90
8.3- A autoridade dos Doutores, ou a demarcação do campo semântico das decisões penais.....	91
8.4- Dogmática jurídico-penal como garantia	93
8.5- Que fazer? Ponderando sobre culpabilidade penal, sua necessidade e sua obsolescência	96
9- A RECONSTRUÇÃO FUNCIONALISTA DEMOCRÁTICA DA CULPABILIDADE PENAL.....	97
9.1- Intróito.....	98
9.2- A responsabilidade normativa de Roxin e a política criminal como possibilidade de atualização da culpabilidade penal.....	98

9.3- A culpabilidade pela vulnerabilidade de Eugenio Raul Zaffaroni e a sensibilidade social e democrática do Direito Penal.....	102
10- CONSIDERAÇÕES FINAIS	107
11- EPÍLOGO, ou “PARABÉNS AOS NOIVOS: O PENALISTA E BAUBÓ”	109
12- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	111

1- INTRODUÇÃO: CRISE DE CULPABILIDADE?

“A deslegitimação dos sistemas penais e o desprestígio dos discursos jurídico-penais não se produziram abruptamente no marco teórico dos países centrais, mas resultaram de um longo processo de revelação de dados reais, acompanhado de um paralelo empobrecimento filosófico do discurso jurídico-penal, que permitiu a sobrevivência – quase intactas neste discurso – de concepções do homem ou de antropologias filosóficas há muitas décadas desaparecidas das correntes gerais do pensamento.”

Eugenio Raul Zaffaroni, “Em Busca das Penas Perdidas”

Os estudos jurídico-penais contemporâneos, em meio a formulações e reformulações oriundas certamente da ineficácia do instrumental para a contenção da violência socialmente percebida, identificaram, no que toca ao terceiro elemento do conceito analítico de crime¹, um “fenômeno” que chamaram “crise de culpabilidade”.

Esta “crise” versaria sobre alguns pontos que retirariam a legitimidade técnica e a eficácia social dos institutos que comporiam a chamada “culpabilidade normativa pura”.

A culpabilidade, elemento sumamente psicológico desde os idos do século XIX, chega enfim a um ponto de inflexão: Frank, em seu artigo “Über den Aufbau

¹ Aqui e no restante do presente trabalho, para fins de crítica e proposição, toma-se o conceito analítico de crime mais corrente, adotado pacificamente pela grande maioria dos penalistas, qual seja, o conceito tripartite adotado por Hans Welzel: crime é fato típico, antijurídico (ou ilícito) e culpável, sendo a punibilidade uma consequência jurídica do crime. Outros conceitos analíticos também existem. São eles: a) bipartite (Damásio de Jesus): fato típico e antijurídico, culpabilidade como pressuposto de aplicação da pena e a punibilidade como consequência jurídica do crime; bipartite (teoria dos elementos negativos do tipo): fato tipicamente antijurídico e culpável, punibilidade como consequência jurídica do crime; c) tripartite (Von Liszt): ação antijurídica e culpável, punibilidade como consequência jurídica do crime; d) tripartite (Luiz Flávio Gomes): fato típico, antijurídico e punível, culpabilidade como pressuposto de aplicação da pena; e) quadripartite (Beling): ação típica, antijurídica e culpável, punibilidade como consequência jurídica do crime, e; f) quadripartite: fato típico, antijurídico, culpável e punível.

des *Schuldbegriff*² lança a palavra de ordem “culpabilidade é reprovabilidade”; e um movimento de normatização da culpabilidade veio gradativamente tomando a dogmática penal, acabando por se consagrar como natureza única do terceiro elemento do conceito de crime com o Finalismo de Hans Welzel.

Ao modular a culpabilidade penal com o que chamou de “circunstâncias concomitantes” abriu-se as portas para uma reformulação drástica do instituto, retirando da análise a busca de lastros concretos relativos ao psiquismo do acusado para se deixar em mãos e mente dos juízes a tarefa de dizer, de forma estruturalmente abstrata, o que o suspeito pensava e representava sobre seu ato e sobre o mundo.

Tudo isso trouxe uma situação problemática à dogmática jurídica, nos mais diversos aspectos, o que em seu conjunto recebeu o epíteto de “crise”.

Mas qual a natureza desta crise? Seus pormenores, suas aporias, suas insuficiências? Este é o desafio que a presente pesquisa tenta responder, ainda que certamente sem esgotar todos os argumentos, todo o campo de discussão.

Após a introdução, daremos uma breve notícia acerca da evolução do conceito de culpabilidade na dogmática jurídico-penal, desde os idos do século XIX até o finalismo (pontuando apenas os funcionalismos, que serão tratados mais à frente no trabalho); daí traçaremos o panorama da crise de culpabilidade, com seus aspectos mais correntes, conhecidos, e indicaremos alguns outros pontos que, no escopo desta problemática, devem ser tratados; estes pontos então serão apresentados em pormenores, quais sejam: as desconstruções, as deslegitimações filosófica, neurocientífica e criminológica da culpabilidade; para então, ao final do trabalho, fazer a necessária apresentação da dimensão garantista da dogmática penal – proteção do cidadão contra o poder punitivo estatal – e identificar/propor, trabalhando com desenvolvimentos teóricos mais contemporâneos, a atualização e a operacionalização da dogmática penal num contexto de Estado Democrático de Direito.

² Usado no presente trabalho em sua versão em espanhol: FRANK, Reinhardt. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Montevideu e Buenos Aires: Editorial B de F, 2002.

É nesse encaminhamento que se deve retornar ao título desta introdução: “crise” de culpabilidade? Qual o significado mais preciso desta “crise”? Não seria esta palavra por vezes um significante vazio, onde os mais diversos conteúdos acham lugar? Ou ainda, que, se num primeiro momento indica problema, acaba indicando ao fim e ao cabo algo para o qual nunca se busca uma solução?³

Neste imbróglio recorreremos à enciclopédia para que ajude a lançar luz ao tema.

Segundo a Larrouse Cultural, crise significa:

“(do gr. *Krisis*, pelo lat. *Crisis*.) (...) 6. Fig. Ausência, carência, falta, penúria, deficiência (...) 7. Decadência, queda, enfraquecimento(...)”⁴

O segundo significado por certo é o mais corriqueiro, algo de um decaimento, de uma degradação da sustentação de um dado conceito, de uma cada coisa.

Entretanto cremos que o significado que melhor se aplica à culpabilidade penal seria o primeiro. Mais do que entraves, declives involucionários, a culpabilidade penal padece, *ab initio*, de uma imensa *falta* de substrato teórico e empírico para se sustentar. Não há um início plenamente válido, de onde se decai; desde os idos do causalismo clássico (ou mesmo antes com o construto teórico pufendorfiano), e especialmente na concepção inteiramente normativa deste terceiro elemento do conceito de crime nota-se uma profunda ausência de refinamento dogmático (que, tratando de fazer referência ao psiquismo, à posição subjetiva do cidadão acusado, deveria ser necessariamente transdisciplinar *ao menos* com os saberes psi⁵) que vicia desde sempre a eficiência e o rendimento do instituto quando da compreensão do fenômeno criminal/criminalizador e da própria aplicação *in concreto* do instituto, na feitura das centenas de milhares de sentenças criminais por

³ Nos precisos termos empregados por vezes pela Prof^a. Dr^a. Daniela de Freitas Marques, orientadora deste trabalho, em várias reuniões de orientação com o autor deste trabalho.

⁴ GRANDE ENCICLOPÉDIA Larousse Cultural. São Paulo: Nova Cultural, 1998. p. 1695.

⁵ Psicologia, psiquiatria, psicanálise.

todo o Brasil – dando azo para “o moralismo vulgar e autoritário que ela [culpabilidade] por vezes desata na prática judiciária”⁶.

Ou seja: a validade do conceito publicizado de culpabilidade, que poderia informar-nos de uma sustentação e consistência, nada mais mostra que uma aparente pertinência do conceito, sendo sua sustentação nada mais do que ponto de honra ideológico de um discurso de poder pobre em sua fundamentação, mas agradável aos intentos punitivos dos gestores do sistema penal de plantão.

Os penalistas olharam muito tempo para o abismo, e no retorno deste olhar eles mesmos foram abismo: teórico, prático, democrático, humano⁷. Tornaram-se monstros e construíram monstruosidades⁸. É hora de nos acautelarmos contra isso, tomarmos nossas “crises” em nossas mãos e nos colocarmos, de forma madura, inteligente e humana, no caminho de retirarmos os obstáculos que barram a construção de nossa jovem democracia.

Este é o intento da presente pesquisa.

⁶ BATISTA, Nilo. Cem Anos de Reprovação. IN: NASCIMENTO, André (org). **Cem Anos de Reprovação**: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 169.

⁷ Referência a Friedrich Nietzsche, em seu Aforismo 146: “O que digladia com monstros deve cuidar para que, na luta, não se transforme também em monstro. Quando tu olhas, durante muito tempo, para um abismo, o abismo também olha para dentro de ti”. Vide NIETZSCHE, Friedrich. **Para Além do Bem e do Mal**. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 95-96.

⁸ Isso é claro como água nos termos das sentenças criminais produzidas por tantos juízes pelo país, e suas conseqüências funestas: encarceramento em massa, mortificação corporal e psíquica em massa de presos, institucionalização da tortura no sistema penal (principal problema em Direitos Humanos no Brasil, segundo o Alto Comissariado da ONU para o tema), além da indigência intelectual da qual passaram a padecer magistrados em todos os níveis e por todo o Brasil.

2- METODOLOGIA

“Desconfio de todas as pessoas com sistemas e as evito. A vontade de sistema é uma falta de lealdade.”

Friedrich Nietzsche, Aforismo 26, “Crepúsculo dos Ídolos, ou Como Filosofar a Marteladas”

A doutrina clássica acerca da culpabilidade penal foi tomada aqui através da lição de diversos dogmatas penais brasileiros, tais como Francisco de Assis Toledo e Juarez Cirino dos Santos – tomados nesta parte da pesquisa como marcos teóricos –, Rogério Greco, Nilo Batista, José Henrique Pierangelli, César Roberto Bittencourt, Luis Régis Prado. Na verdade a assunção de um dos autores como marco teórico nesta parte da pesquisa não foi de tanta relevância – aqui a discrepância entre o pensamento de um doutrinador e de outro é mínima senão nula. Aqui, em suma, adotamos a *Communis opinio doctorum* juspenalista.

Quanto ao encaminhamento crítico-constitucional dos trabalhos, tomamos o que diz em especial Nilo Batista e Eugenio Raul Zaffaroni. A falência do sistema penal e sua discrepância diametral de um alinhamento garantista e humanista, principalmente na América Latina, são material de fundo na construção da pesquisa. As considerações do advogado brasileiro e do magistrado argentino, em especial as que existem na obra “Direito Penal Brasileiro – volume I”, escrita com os juristas argentino Alejandro Slokar e Alejandro Alagia, são outro marco teórico.

Já na crítica filosófica à culpabilidade, passou-se em revista importantes filósofos do livre arbítrio e da liberdade, como Santo Agostinho, mas o marco teórico que marca a crítica é o filósofo alemão Friedrich Nietzsche, junto com o adendo de Baruch de Spinoza, filósofo sefardita holandês.

A crítica neurocientífica é multifacetada em termos de suporte teórico neste trabalho – vários autores e textos serão usados –, mas temos como eixo de referência o relatório de 2011 “Neuroscience and Law” do Science Policy Centre da Royal Society, da Grã-Bretanha.

A crítica criminológica toma as considerações do criminólogo Alessandro Baratta como referência, passando pelos teóricos norte-americanos das subculturas criminais.

Já no tratamento da dogmática como garantia cidadã e dos aportes contemporâneos para uma concepção realmente democrática de dogmática penal e de culpabilidade, teremos como referencial teórico novamente Eugenio Raul Zaffaroni e Claus Roxin, jurista alemão, ambos os teóricos com os seus respectivos “Derecho Penal – Parte General”, aqui empregados.

A metodologia usada no trabalho foi a extensa revisão bibliográfica da obra dos diversos autores com os quais lidamos; a idéia foi entrar em contato com o máximo da obra de todos eles para buscarmos os pontos – por muitos que serão, com certeza – que nos ajudarão a elucidar a questão da falta de substrato teórico consistente da concepção de culpabilidade penal moderna. Ainda, para trabalhar a problemática de cada tópico atinente ao conceito de culpabilidade penal, uma vasta revisão bibliográfica foi feita no que concerne uma gama substancial de autores, para que cada elemento tivesse o necessário tratamento não só jurídico, mas transdisciplinar.

Toda a literatura trabalhada foi encontrada nas bibliotecas públicas e privadas em Belo Horizonte; foram usadas também versões escaneadas de diversas obras (em especial as estrangeiras), figurando assim tais livros em documentos em formato “.pdf” – assim consultados para a presente pesquisa. Ainda, perpassa todo do trabalho as notas realizadas nos dois anos de assistência ao Curso Extensivo de Direito Penal ministrado pelo Prof. Dr. Alexandre Victor de Carvalho – que é também Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG; o curso é ministrado nas noites das terças e quintas, no curso A. Carvalho.

Ao ensejo, afirma-se que todas as citações oriundas de obras escritas ou editadas em outra língua que não o português constam nesta dissertação em tradução livre feita pelo pesquisador – mas com a devida notação bibliográfica, com transcrição do texto no idioma original, em pé de página. A aposição de textos estrangeiros direto em nota de rodapé foi mantida no idioma original, salvo em uma única ocasião, devidamente registrada no corpo do trabalho.

A investigação teve natureza jurídico-compreensiva, com vistas à realização de proposição final,⁹ haja vista a pretensão de se descrever e compreender em profundidade a crise do instituto “Culpabilidade Penal”, para após articular elementos para a (re)construção num viés humanístico e democrático desse instituto.

Por fim, foram os métodos empregados, precipuamente: (i) extensa revisão bibliográfica, abrangendo bibliografias doutrinárias, históricas, filosóficas, neurocientíficas, sociológicas, jurisprudenciais e documentais; (ii) fixação dos pontos controversos em cada abordagem transdisciplinar do conceito-chave, qual seja, “culpabilidade”, após análise comparativa entre concepções penais e extra-penais, e; (iii) crítica propositiva e transdisciplinar acerca do conceito-chave da pesquisa.

⁹ Adota-se a classificação de Miracy B. S. Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias, em que não há razão para investigação jurídico-propositiva por si só, posto que todas as investigações no campo das ciências sociais aplicadas visam a uma proposição no final. Vide GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. rev., ampl. e atual. pela NBR 14.724. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 25-30.

3- NOTÍCIA HISTÓRICO-DOGMÁTICA SOBRE A CULPABILIDADE E INSTITUTOS CORRELATOS

"Precisamos da história, mas não como precisam dela os ociosos que passeiam no jardim da ciência."

Friedrich Nietzsche, "Segunda Consideração Extemporânea: Vantagens e Desvantagens da História para a Vida"

3.1- Intróito

A reminiscência histórica em sede de trabalho de pesquisa em Direito é uma constante, mas uma constante que já vem sendo ponderada por vários juristas.

E com razão.

Tem-se que em um número considerável de trabalhos jurídicos a referência à história do tema tratado não vem primordialmente com fins de situar melhor o melhor quanto à amplitude do que subjaz ao(s) ponto(s) trazido(s) à luz pela pesquisa empreendida, mas sim como um *topos* retórico que emerge para reforçar, monológica e unidirecionalmente – desembocando por vezes num viés sutilmente autoritário – o argumento “original” que será exposto logo após.

Isso quando a referência histórica não vem com o lamentável – e no mais das vezes claro – intuito de simplesmente ocupar espaço na escritura, a fim de tornar mais fisicamente caudalosa a obra.

Tal não é o nosso querer.

Se a tentação de tratar diretamente do problema levantado na pesquisa é grande – e de certa forma isso é plenamente possível, uma vez que o cerne dos argumentos é apreensível por qualquer pessoa de formação mediana –, torna-se deveras desleal com tantos e tantos leitores a pressuposição de um marco de compreensão penal comum a todos. Nem todos estudam Direito Penal, quanto mais esta especificidade do saber penal que é a culpabilidade dogmática.

Repito: seria possível entrar direto na problemática, mas talvez algo se perdesse se algo da história da culpabilidade não fosse colocado às claras.

É o que faremos aqui, em (na medida do possível sucinta) Notícia Geral, a cujo cariz histórico se somará pontuações de natureza dogmática.

3.2- Significado enciclopédico de culpabilidade

Eis o significado de “culpabilidade” trazido pela Grande Enciclopédia Larrouse Cultural, que nos ajuda a iniciar a situação do instituto jurídico-penal em termos históricos:

“**CULPABILIDADE** s.f. (Do fr. *culpabilité*, deriv. do lat. *culpabilis*, digno de censura, culpável.) Estado, qualidade do que é culpável: *confessar sua culpabilidade*.

“**CULPA** s.f. (Do lat. *culpa*.) **1.** Ato ou omissão repreensível ou criminosa; falta voluntária, delito, crime: *pagar por uma culpa*. – **2.** Responsabilidade por semelhante ato: *não ter culpa do que fazem os outros*. II *Ter culpa no cartório*, diz-se de alguém que está incriminado, envolvido em situação suspeita ou criminosa. • **Dir.** Violação ou inobservância de uma regra de conduta que produz lesão a direito alheio. (...)”¹⁰

Do conceito enciclopédico já começamos a depreender a culpabilidade com reprovabilidade ou censurabilidade de uma dada conduta, realizada por um dado sujeito. Já aqui se vê, portanto, uma concepção que, se desde os idos do surgimento e pleno uso do latim já dizia sobre injunção de censura, só veio a se consolidar como tal nos idos da primeira metade do século XX.

3.3- Antiguidade e Idade Média

Roma Antiga: o direito romano construiu, para fins de imputação de uma pena a um dado cidadão, dois institutos que informaram muito a concepção moderna e

¹⁰ GRANDE ENCICLOPÉDIA Larrouse Cultural. São Paulo: Nova Cultural, 1998. p. 1729.

contemporânea de culpabilidade. Seriam eles o *dolus bonus* e o *dolus malus*. O *dolus bonus* não dizia tanto respeito a questões criminais – poderia ser tomado, em termos jurídicos, como uma espécie de referencial subjetivo de fundo da chamada “fraude civil”¹¹; já o *dolus malus* tinha fulcro penal, surgia como subjetividade vinculada a um ilícito penal.

Neste sentido versa Francisco de Assis Toledo:

“(...) o conceito de dolo entre os romanos não era puramente psicológico. Ao contrário, apresentava-se mais complexo e enriquecido. Distinguiam-se, com efeito, os romanos duas espécies de dolo: o *dolus malus* e o *dolus bonus*. O *dolus bonus* era empregado para designar *astúcia*, a *sagacidade para enganar*. O *dolus malus* era essa mesma astúcia quando empregada não simplesmente para enganar, mas para a obtenção de um proveito ilícito; era a *intenção má, perversa*, que dirigia um ato criminoso.

“Percebe-se, com nitidez, que o *dolus malus* dos romanos constituía-se do elemento anímico-intencional e de um *plus*: a sua valoração como algo mau, perverso, ilícito. Era, pois, um dolo *valorado, normativo, adjetivado de “mau”*.”¹²

Já aqui temos a reprovabilidade, ainda que imiscuída com elementos ditos “naturalísticos” – vontade e representação¹³.

A Idade Média, no direito romano redivivo/reconstruído sustentado pelos praxistas, glosadores e pós-glosadores, e em especial no direito canônico, mostra

¹¹ Note-se que os doutrinadores e juízos brasileiros em sua maioria entendem que a diferença entre fraude civil e estelionato é nula. Em sentido contrário: “É comum nas transações civis ou comerciais certa malícia entre as partes, que procuram, através da ocultação de defeitos ou inconveniência da coisa, ou através de uma depreciação, justa ou não, efetuar operação mais vantajosa. Mesmo em tais hipóteses, o que se tem é o dolo civil, que poderá dar lugar à anulação do negócio, por vício de consentimento, com as conseqüentes perdas e danos (artigos 147, inciso II, e artigo 1103 do Código Civil), não, porém, do dolo configurador do estelionato. RT 547/342.” Vide CATTANI, Ricardo Lima. **Limite entre fraude civil e estelionato é tênue**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-19/inadimplemento-contratual-nao-configura-sozinho-estelionato>>. Acesso em 03 jan. 2012.

¹² TOLEDO, Francisco de Assis. 5. ed. **Princípios básico de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 220.

¹³ Conforme nota René Ariel Dotti: “(...) coube ao direito romano, como lembra ASÚA, entronizar ‘a intenção, dando espiritualidade ao direito penal (...). Vide DOTTI, René Ariel. Algumas notas sobre o oráculo da culpabilidade. IN: NASCIMENTO, André (org). **Cem Anos de Reprovação**: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 182.

que este *dolus malus* permanece, mantendo a reprovabilidade como elemento ligado à inculpação.¹⁴

Todavia outro referencial jurídico surge no medievo ocidental. Assume radicalmente como ponto “absoluto” de inculpação a lesão causada e se torna corrente a chamada “responsabilidade penal objetiva”. Com isso qualquer chamada à análise subjetiva da situação – seja pelo viés psicológico, seja pelo viés normativo – é afastada.

Novamente com Assis Toledo:

“Tal constatação [a de que a imputação de crime e posterior aplicação de penal deve ser baseada na *evitabilidade* da conduta] pode parecer óbvia, evidente por si mesma, mas, apesar disso, representou difícil, tardia e importante conquista da humanidade, após longo período histórico no início do qual utilizou-se da pena criminal contra seres humanos, animais e até contra objetos inanimados. A responsabilidade era considerada objetivamente. Só interessava o *fato exterior* danoso. Desconsiderava-se a existência de alguma ligação, além da simples causalidade física, entre o fato causado e o agente. O direito penal era, então, um puro direito penal do resultado. A responsabilidade era objetiva.”¹⁵

Tal se verificou por séculos a fio.¹⁶

3.4- Iluminismo

Na era da Ilustração começam a surgir construtos intelectuais e propostas políticas que vem a romper com a responsabilidade objetiva bárbaro-medieval e que

¹⁴ Cf ASÚA, Luis Jiménez de. APUD TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. cit.* p. 220.

¹⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. 5. ed. **Princípios básico de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 218.

¹⁶ Para uma breve, excelente e célebre nota sobre o direito medieval bárbaro, vide FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: PUC: NAU, 1999. Para uma ótima e mais ampla apresentação sobre o tema, em especial no que toca à Alemanha, ao reino visigótico e ao medievo na Península Ibérica, vide BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**, I. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Revan, 2002.

também dão primeiros passos na organização do campo da chamada censurabilidade penal.

Cesare Bonesana, marquês de Beccaria, já começa a dar alguns indicativos – ainda que muitíssimo tímidos – no sentido de uma consideração da dimensão de uma proto-culpabilidade na sua obra famosíssima, “Dos delitos e das penas”, publicada em 1764.

Quando Beccaria sustenta veementemente a necessidade de verificação de existência do crime e de indícios de autoria para que haja qualquer avanço punitivo por parte da autoridade, já se vislumbra implicitamente um chamado à apreensão de uma conduta concreta por parte de um súdito, conduta esta que, por ser delituosa, era por óbvio reprovada.¹⁷

Mas rudimentos de conformação dogmática da culpabilidade – ainda que plenamente psicológica - já surgem certa de um século antes da obra de Beccaria, com o jurista e estadista alemão Samuel von Pufendorf¹⁸ e seu Sistema da Imputação.¹⁹

Para Pufendorf, na aplicação de sua teoria à seara penal, a existência de um crime necessitaria de duas imputações: uma “fática” e outra “jurídica”. A “fática” diria respeito ao crime em sua descrição legal e em seu desdobrar naturalístico – algo similar aos requisitos do fato típico hodierno. A “jurídica” seria a antijuridicidade/ilicitude da ação/omissão somada à culpabilidade puramente psicológica.

Em suma, para Pufendorf o crime seria (numa interpretação da teoria pufendorfiana) “ação antijurídica e culpável”, um modelo tripartite de delito que Franz von Liszt acabou abraçando ao final do século XIX.

Nos estertores do século XVIII são também dignos de nota na elaboração teórica do Direito Penal – e de um pensamento ainda que oblíquo sobre o infrator e uma sua proto-culpabilidade – Paul Johann Anselm von Feuerbach nos Estados

¹⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 26-30.

¹⁸ Nascido em 1632 e morto em 1694.

¹⁹ CARVALHO, Alexandre Victor. **Curso extensivo de direito penal**. 02 set. 2010 a 16 dez. 2010. Notas de aula.

germânicos, Jean-Paul Marat na França, Manuel de Lardizábal y Uribe na Espanha, Gian Domenico Romagnosi nos Estados italianos e Pascoal José Maria de Mello Freire dos Reis em Portugal.²⁰

3.5- Século XIX e início do século XX

A construção do direito penal dogmático continua num caminho de gradativa consistência nos oitocentos, com o italiano Francesco Carrara (alcançado de “sumo mestre do direito penal” e discípulo de Giovanni Carmignani) e outros.

Todas estas evoluções acabam por desembocar numa concepção de culpabilidade mais bem acabada, adotada pelo sistema dogmático de inspiração positivista de Franz von Liszt e Ernst Beling (e de Gustav Radbruch em 1904), que dá azo a um conceito analítico de crime chamado de “causal-naturalístico”. Para eles a culpabilidade é única e tão somente psicológica, ou psicológica pura, consistindo no vínculo psíquico entre o autor e o fato causado por ele objetivamente. Tal vínculo se verifica pela existência de uma capacidade de culpabilidade genérica, ou “imputabilidade” e de dolo ou culpa.²¹

3.6- O divisor de águas: Reinhardt Frank e a culpabilidade como reprovabilidade

O conceito causal-naturalístico de crime – também chamado de conceito causal clássico –, ainda no início do século XX, recebe uma chamada à ordem considerável de um opúsculo de um penalista alemão de nome Reinhardt Frank. A obra “Über den Aufbau des Schuldbegriffs” (“Sobre a Estrutura do Conceito de Culpabilidade”) cinde a doxa causal, afirmando eloquentemente a reprovabilidade como conteúdo da culpabilidade, então tomada por puro psicologismo.

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – parte geral**. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

²¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal – parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC - Lumen Juris, 2008. p. 283-284.

Num comentário feito por Gonzalo D. Fernández constante de seu pequeno estudo introdutório à obra de Frank supracitada, em sua edição argentina:

“Dela [da obra de Frank] surge, com nitidez, o perfil normativo de sua concepção da culpabilidade, pois a censurabilidade significa uma valoração (negativa) de uma conduta desaprovada. Isto é, a culpabilidade cristaliza em um juízo de censura, formulável a um indivíduo dotado de motivação normal. Um juízo de censura que, desde Welzel para frente, será explicado como uma ‘censura pessoal’.”²²

Já no início de seu texto Frank ataca o arcabouço dogmático de von Liszt no que toca à culpabilidade, a qual seria tautológica, e portanto esvaziada de significado mais pertinente:

“Um ponto de vista diferente sustenta von Liszt. Segundo ele, a culpabilidade é responsabilidade pelo fato realizado na forma ilícita. Entretanto, isto se baseia em uma confusão entre o fato e a consequência jurídica. À questão de quando uma pessoa é penalmente punível por seu comportamento, a ciência responde: quando seu comportamento é culpável. À pergunta seguinte: quando seu comportamento é culpável?, responde von Liszt: quando a pessoa é responsável por seu comportamento.

“Isto é um círculo vicioso. Justamente, o que nós queremos saber é em que circunstância a justiça vincula a responsabilidade. Ademais, se a definição de von Liszt coincidiria, a responsabilidade sem culpabilidade seria totalmente inimaginável, e assim a diferença tão bem construída entre o princípio da responsabilidade culpável e a responsabilidade objetiva se desmoronaria.”²³

²² “De ella surge, con nitidez, el perfil normativo de su concepción de la culpabilidad, pues la reprochabilidad significa una valoración (negativa) de una conducta desaprobada”. Esto es, la culpabilidad cristaliza en un juicio de reproche, formulable a un individuo dotado de motivación normal. Um juicio de reproche que, desde WELZEL en adelante, será explicado como un “reproche personal”. FERNÁNDEZ, Gonzalo D. La fundación de la teoría de la culpabilidad.” In: FRANK, Reinhardt. **Sobre La estructura del concepto de culpabilidad**. Montevideu e Buenos Aires: Editorial B de F, 2002. p. 20.

²³ “Un punto de vista distinto sostiene von Liszt. Según él, la culpabilidad es responsabilidad por el hecho realizado en forma ilícita. Sin embargo, ello se basa en una confusión entre el hecho y la consecuencia jurídica. Al interrogante de ¿cuándo una persona es penalmente punible por su comportamiento?, la ciencia responde: cuando su comportamiento es culpable. A la siguiente pregunta: ¿cuándo su comportamiento es culpable?, responde von Liszt: cuando la persona es responsable por su comportamiento.

“Esto es un círculo vicioso. Justamente, lo que nosotros queremos saber es en qué circunstancia la justicia vincula la responsabilidad. Además, si la definición de von Liszt

O marco causal clássico padeceria então de certa lacuna conceitual, de considerável importância. O dolo (ou a culpa) por si só não dariam conta do caráter culpável de uma conduta.

Na investigação acerca do que preencheria a contento tal lacuna Frank se presta a encontrar o cotidiano das pessoas e em especial sua linguagem, e com bases em suas observações, desenvolve o conceito de “circunstâncias concomitantes”:

“O uso da linguagem comum carrega certos fatores para medir a culpabilidade, que estão localizados fora do dolo: nós podemos imaginar um caso no qual não há dolo senão imprudência, e se observará, segundo as circunstâncias concomitantes, como a ausência de prudência se valora com traços de maior severidade e outra vez com maior suavidade.”²⁴

O autor então assevera que, para além do liame psíquico, deve-se observar todas as outras circunstâncias que cercam o autor e seu ato. Era o protótipo da necessidade da análise da “exigibilidade de conduta diversa”.

Continua Frank advogando uma reformulação no conceito de culpabilidade penal, agregando aos elementos já existentes mais dois outros:

“(...) a doutrina dominante determina o conceito de culpabilidade de uma maneira que abarca nela os conceitos de dolo e imprudência. Em contraposição a isto é necessário considerá-la de um modo tal que tome em conta as circunstâncias concomitantes e a imputabilidade.”

“Com isto se parte de que os requisitos do conceito de culpabilidade estão realizados; então, os momentos mais relevantes são suas características

coincidiera, la responsabilidad sin culpabilidad sería totalmente inimaginable, y así la diferencia tan bien construída entre el principio de la responsabilidad culpable y la responsabilidad objetiva se desmoronaría.” FRANK, Reinhardt. *Op. cit.* p. 26.

²⁴ “El uso del lenguaje común conlleva ciertos factores para medir la culpabilidad, que están ubicados fuera del dolo; nosotros podemos imaginar un caso en el cual no hay dolo sino imprudencia, y se observará, según las circunstancias concomitantes, como la ausencia de prudencia se valora con rasgos de mayor severidad y otra vez con más suavidad.” FRANK, Reinhardt. **Sobre La estructura del concepto de culpabilidad**. Montevideo e Buenos Aires: Editorial B de F, 2002. p. 28

constitutivas ou, para dizê-lo de forma mais breve, seus elementos. Imputabilidade, dolo ou imprudência, circunstâncias concomitantes, são observados como elementos da culpabilidade sucessivamente.”²⁵

Firmando então os estratos analíticos de seu conceito de culpabilidade, o autor alemão se encaminha para a postulação do fundamento da inculpação, para o que dá o significado preciso do que vem a ser a culpabilidade:

“Na busca de uma expressão breve que contenha todos os mencionados componentes do conceito de culpabilidade, não encontro outra que a censurabilidade. Culpabilidade é censurabilidade. Esta expressão não é linda, mas não conheço outra melhor.

“(…) a realização culpável é realização censurável; em outras palavras, se pode realizar uma censura ao executor.”²⁶

Com tais considerações, feitas em 1907, são lançadas as bases para um novo conceito de crime e de culpabilidade penal, que tomará corpo nas décadas seguintes²⁷ e será informado, precipuamente, pelo neokantismo.

3.7- Primeira metade do século XX até a contemporaneidade

²⁵ “(...) la doctrina dominante determina el concepto de culpabilidad de una manera que abarca en ella los conceptos de dolo e imprudencia. En contraposición a ello es necesario considerarla de un modo tal que tome en cuenta las circunstancias concomitantes y la imputabilidad.

Con ello se parte de que los requisitos del concepto de culpabilidad están realizados; entonces, los momentos más relevantes son sus características constitutivas o, para decirlo en forma más breve, sus elementos. Imputabilidad, dolo o imprudencia, circunstancias concomitantes, son observados como elementos de la culpabilidad en lo sucesivo.” *Ibid.* p. 36-37.

²⁶ “En la búsqueda de una expresión breve que contenga todos los mencionados componentes del concepto de culpabilidad, no encuentro otra que la reprochabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad. Esta expresión no es linda, pero no conozco otra mejor. “(...) la realización culpable es realización reproachable; en otras palabras, se puede realizar un reproche al ejecutor.” FRANK, Reinhardt. **Sobre La estructura del concepto de culpabilidad**. Montevideu e Buenos Aires: Editorial B de F, 2002. p. 39.

²⁷ As proposições de Frank serão aprofundadas e (re)trabalhadas por grandes penalistas como James Goldschmidt e Berthold Freudenthal.

Surge então, nos primeiros decênios do século XX, outro modelo analítico de delito, que passa a competir com o causalismo clássico. Tal modelo foi chamado de “causal neoclássico” ou “neokantista”. Teve como expoentes Max Ernst Mayer, Edmund Mezger e os membros da Escola de Baden – Rudolf Stammler, Heinrich Rickert, Emil Lask.

Segundo este marco, hipernormativizador – afastando-se de raciocínios ontológicos e se filiando a um radical axiologismo (os valores orientando o Direito Penal) – a culpabilidade ganha o estatuto defendido por Frank: passa a ser reprovabilidade, censurabilidade. É alcunhada de “psicológico-normativa”.

Quanto a seus elementos, passa a ostentar, de fundo, o que foi mais do que insinuado pelo mesmo Frank: culpabilidade seria composta de imputabilidade, dolo/culpa e exigibilidade de conduta diversa.

Enquanto o neokantismo passa a grassar pelos maiores centros de desenvolvimento do saber penal no mundo, outra corrente de pensamento penal passa a se desenvolver.

Com uma querela acerca do conceito de conduta (ação/omissão) e depois com um esforço genuíno para superar os horrores que a hipernormativização penal deixou ocorrer durante o jugo nazista na Alemanha²⁸, surge o finalismo, cujo expoente maior é Hans Welzel – posteriormente sucedido na referência enquanto jurista finalista por Hans Joachim Hirsch e Armin Kaufmann.

Para o finalismo a culpabilidade deixa de ter qualquer laivo de psicologismo, e passa a ser normativa pura – é a reprovabilidade pura que o julgador deve buscar por si no caso concreto. Tem como componentes: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

O finalismo continua hegemônico no Brasil e no mundo, mas surgiram outros modelos que passam a ocupar espaço nos debates acadêmicos e até na práxis judicial do Brasil e do mundo. São os modelos funcionalistas.

²⁸ Com a colaboração ativa do famoso neokantista, já citado aqui, Edmund Mezger, cf. CONDE, Francisco Muñoz. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo**: ensaio sobre o direito penal no nacional-socialismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

O funcionalismo racional-teleológico de Claus Roxin deixa de chamar de “culpabilidade” o terceiro requisito do conceito analítico de crime e passa a chamá-lo de “responsabilidade”, que é de caráter sumamente normativo. É a culpabilidade normativa finalista agregada de considerações acerca da necessidade de aplicação da pena para fins de prevenção tanto especial quanto geral.

O funcionalismo redutor de Eugenio Raul Zaffaroni tem a culpabilidade normativa pura finalista, mas agregada de construtos de natureza político-criminal e criminológica, como a co-culpabilidade e a própria culpabilidade pela vulnerabilidade (tratada por certo no espaço da cláusula geral da “inexigibilidade de conduta diversa”).

O funcionalismo radical-sistêmico de Günther Jakobs, baseado na teoria dos sistemas do sociólogo Niklas Luhmann, advoga uma culpabilidade no âmbito da qual se deve fazer uma análise unicamente da necessidade de prevenção geral, punindo-se o cidadão para únicos fins de restauração da validade da norma penal perante a sociedade, a “aplicação da pena como instrumento reafirmador da crença da sociedade como um todo na expectativa normativa violada pelo autor do injusto.”²⁹

Por fim, no escopo da hegemonia do conceito finalista de culpabilidade – axiológico, aberto –, discute-se qual seria a definição *material* da culpabilidade normativa pura, a definição que traria um referencial mínimo necessário para a preservação do instituto como limitação do poder de punir. São cinco as principais teorias sobre o tema:

- a) Teoria do *poder agir diferente* (Welzel, Arthur Kaufmann e outros): reprovação como “poder atribuído ao sujeito de agir de outro modo”;
- b) Teoria da *atitude jurídica reprovada* (Jescheck e Weigend) ou da *atitude defeituosa* (Wessels e Beulke): reprovação fulcrada na “livre autodeterminação de uma atitude *reprovável* ou *defeituosa* do autor ao realizar o tipo de injusto.”
- c) Teoria da *responsabilidade pelo próprio caráter* (Schopenhauer): *responsabilidade* pelo comportamento fundada em características da

²⁹ CARVALHO, Alexandre Victor. **Curso extensivo de direito penal**. 02 set. 2010 a 16 dez. 2010. Notas de aula.

personalidade; Dohna: *“todos são responsáveis pelo que fazem como expressão da personalidade”*; Engisch: *“a responsabilidade pelo caráter implica o dever de tolerar a pena”*; Heinitz: *“todos respondem pelo que são, independentemente da multiplicidade de fatores condicionantes”*;

- d) Teoria do *defeito da motivação jurídica* (Jakobs): culpabilidade assinala a *“ausência de motivação jurídica do autor”*, tendo o instituto o viés de *“prevenção geral positiva, consistente na estabilização das expectativas normativas da comunidade, obtida pela punição exemplar de fatos puníveis”*, e;
- e) Teoria da *dirigibilidade normativa* (denominação cunhada por Noll): fundamenta a reprovabilidade na *“normal determinabilidade através de motivos”* (Liszt); no *“estado psíquico disponível ao apelo da norma existente na maioria dos adultos saudáveis”* (Albrecht); na *“capacidade de comportamento conforme a norma”* (Roxin).³⁰

3.8- Fechamento: rol de conceitos de “culpabilidade”

Num esforço aqui empreendido de se tratar o mais amplamente da culpabilidade conforme o estado da arte, segue abaixo a lista de conceitos acerca do que é a culpabilidade recolhidos por Vilmar Pacheco e constante da obra *“Crise de Culpabilidade”*³¹:

“Para Franz von Liszt ‘culpabilidade, no mais amplo sentido, é a responsabilidade do autor pelo ato ilícito que tenha realizado’, e, em sentido estrito, (...) ‘a relação subjetiva entre o ato e o autor.’

“Edmund Mezger ensina que ‘a culpabilidade é o conjunto daqueles pressupostos da pena que fundamentam, frente ao sujeito, a

³⁰ Para toda a parte que versa sobre o conceito material de culpabilidade normativa: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal – parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC - Lumen Juris, 2008. p. 288-291.

³¹ Os conceitos citados estão na obra de Pacheco em língua espanhola. No corpo do presente trabalho colocar-se-ão tais conceitos em tradução livre para o português, aqui e apenas aqui sem notação em rodapé do texto no idioma original.

censurabilidade pessoal da conduta antijurídica. A ação aparece, por isso, como expressão juridicamente desaprovada da personalidade do agente.'

"Jiménez de Asúa afirma que 'culpabilidade é a censura que se faz ao autor de um concreto ato punível, ao que se liga um nexo psicológico motivado, pretendendo com seu comportamento um fim, ou cujo alcance lhe era conhecido ou conhecível, sempre que pudesse exigir-se dele um proceder conforme às normas.

"(...)

"Jorge de Figueiredo Dias prescreve que 'Culpa é censurabilidade do comportamento humano por o culpado ter actuado contra o dever quando podia ter querido actuar de acordo com ele.

"Alexander Graf Zu Dohna ensina que a 'culpabilidade é a determinação de vontade contrária ao dever'.

(...)

"Hans Welzel ensina que 'Culpabilidade é censurabilidade da configuração da vontade.

"Para Hans-Heinrich Jescheck, "culpabilidade significa então que devem valorar-se negativamente os princípios orientadores pelos quais o autor se há deixado levar na formação da vontade, e que cabe por isso censurar-lhe pessoalmente o fato, ou dito mais brevemente: culpabilidade é censurabilidade da formação da vontade.'

"(...) Johannes Wessels aduz que 'Culpabilidade é censurabilidade da formação e da manifestação da vontade'

"Reinhart Maurach ensina que (...) 'atua culpavelmente todo sujeito, responsável (por seu fato), que comete seu ato como imutável com a possibilidade de conhecer o injusto; em última instância, a culpabilidade é a censura que se faz ao autor por haver abusado de sua imputabilidade em relação a um determinado fato punível.'

"Molina Blázquez sucintamente afirma que 'atua culpavelmente quem, segundo o ordenamento jurídico podia abster-se de apor a ação típica e antijurídica'

"Günther Jakobs explica que 'o autor de um fato antijurídico tem culpabilidade quando dita ação antijurídica não só indica uma falta de motivação jurídica dominante – por isso é antijurídica –, senão quando o autor é responsável por esta falta. (...) A culpabilidade se denominará por conseguinte como falta de fidelidade ao Direito ou, brevemente, como infidelidade ao Direito.'

"Para Claus Roxin 'o sujeito atua culpavelmente quando realiza um injusto jurídicopenal (*sic*) apesar de que (todavia) lhe podia alcançar o efeito de chamada de atenção da norma na situação concreta e possuía uma capacidade suficiente de autocontrole, de modo que lhe era psiquicamente acessível uma alternativa de conduta conforme ao Direito.'

"(...) Néelson Hungria tem a culpabilidade como 'uma relação subjetiva ou de causalidade psíquica vinculando o fato ao agente'(...)

"Aníbal Bruno observa que a 'culpabilidade é a reprovabilidade que pesa sobre o autor de um fato punível, praticado em condições de imputabilidade, dolosa ou culposamente, tendo ou podendo ter o agente a consciência de

que viola um dever e em circunstâncias de que não excluem a exigência de que se abstenha dessa violação' (...)

“Heleno Cláudio Fragoso manifesta que a ‘culpa consiste na reprovabilidade da conduta ilícita (típica e antijurídica) de quem tem capacidade genérica de entender e querer (imputabilidade) e podia, nas circunstâncias em que o fato ocorreu, conhecer a sua ilicitude, sendo-lhe exigível comportamento que se ajuste ao direito.’

“(...) Cézar Roberto Bittencourt expressa a culpabilidade ‘como aquele juízo de reprovação dirigido ao autor por não haver obrado de acordo com o Direito, quando lhe era exigível uma conduta em tal sentido’ (...)

“Miguel Reale Jr. ensina que a culpabilidade é ‘um puro juízo de valor que incide sobre a formação do querer do comportamento’”³²

³² Para todas as definições deste tópico: PACHECO, Vilmar. **A crise da culpabilidade**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 149-152.

4- CRISE DE CULPABILIDADE: ENDOXA

“Sem dúvida, o juiz do Estado de direito pode constatar e condenar; contudo, pode ele igualmente reprová-lo à sua frente? A reprovabilidade não teria se convertido em uma porteira aberta para que um senso comum, um falso moralismo de classe composto de preconceitos invada a experiência forense e participe da expansão do poder punitivo em curso?”

René Ariel Dotti, “Algumas notas sobre o oráculo da culpabilidade”

4.1- Intróito

O cerne do que se chama “crise de culpabilidade” é algo bastante intuitivo.

Todo professor de Direito Penal, todo operador do sistema penal, quando vai tratar seja do terceiro requisito do conceito analítico de crime, seja mesmo do tipo subjetivo deste mesmo conceito³³, já foi interpelado quanto a esta problemática por alunos – normalmente dos primeiros períodos de faculdade – ou pelo comum do povo, leigo na matéria penalística. Quem nunca ouviu aquelas indagações/incômodos: “quer dizer então que o juiz entra na cabeça do infrator? Diz o que ele pensou ou devia pensar? Como isso é possível? O juiz é telepata? É Deus?”

³³ É dizer, dolo ou culpa, analisados no fato típico – primeiro requisito do conceito analítico de crime.

O aluno de Direito Penal, com o passar dos semestres, acaba por embotar esta precisa veia crítica ao passar a aceitar de pronto todo o conceito de crime, com todos os seus componentes, sem pestanejar.

Entretanto, a problemática permanece latente, pulsante. Permanece eivando de lacunas e vícios a culpabilidade penal³⁴.

Na prática os operadores do sistema penal – juízes, promotores, advogados – simplesmente passam ao largo disso tudo: fingem que não há nada a se indagar, assumem a baixa doxa penalística da práxis judiciária, e por fim sustentam dia a dia uma vulgarização da técnica e, ao cabo, uma invalidação corrente da Constituição da República e de seu rol (explícito e implícito) de direitos e garantias fundamentais.

Em outras palavras: a culpabilidade é verificada segundo um padrão de diminuta qualidade analítica, por vezes surgindo como cópias de trecho abstrato de sentença, repetidas – as cópias – *ad eternum* em tantas outras sentenças. Uma produção em série, lacunosa em seu conteúdo, descolada da realidade fática de cada processo e cada réu, o que gera injustiças em larguíssima escala³⁵.

³⁴ “El ‘progreso’ representado por dicha tendencia [a de se limitar a responsabilidade penal] es, sin embargo, más aparente que real. Es un progreso de las *buenas intenciones*, o – es lo mismo en este caso – de la *mala conciencia* em relación con el sistema de justicia penal: sobre el plano objetivo eso no modifica, pero en cierto sentido hace todavía más irracional, la relación funcional entre la imputación de culpabilidad y la subministración de la pena-sufrimiento. En primer lugar, en efecto, no se ve como la culpabilidad, de la que no es posible medir *objetivamente* el grado en el proceso, pueda ser un límite de la responsabilidad penal y cumplir una función de garantía a favor del procesado en relación con formas subjetivas, intuitivas e presuntivas de determinación de ella. En segundo lugar, la función limitativa de la culpabilidad en relación con la pena-sufrimiento, técnicamente imposible al estado actual de la construcción dogmática, se transforma en *ideología negativa*, en un elemento (también técnicamente débil) de una estrategia de garantía exclusivamente defensiva. En efecto si se reduce su fundamento en la culpabilidad y de otra parte, las pretendidas funciones útiles, logran cada vez menos, compensar esta pérdida de fundamento en la denominada teoría ‘absoluta’ de la pena, la pena-sufrimiento es aceptada como un dato natural, como un aspecto *inevitable* de la violencia institucional que el Derecho puede sólo limitar dentro de requisitos formales y sustanciales, pero no puede, ni legitimar, ni excluir, como la técnica de la ingeniería puede contener la violencia de las aguas construyendo diques, pero sin cuestionar su existencia.” BARATTA, Alessandro. La vida y el laboratorio del Derecho: a propósito de la imputación de responsabilidad en el proceso penal. In: **Doxa**, Alicante, n. 5, p. 282-283, 1988.

³⁵ Uma vez que, notoriamente, a grandessíssima maioria dos processos penais (que tem como réu-padrão o preto e pobre) chega a condenações, sem instrução probatória

Isto posto, passamos ao tratamento mais focado dos três eixos principais do que o saber penal chama de “crise de culpabilidade”: a) o império das presunções; b) a indemonstrabilidade do livre arbítrio, e c) a imbricação antidemocrática entre direito (penal) e moral.

4.2- O império das presunções

Desde Frank e a proposta de normativização da culpabilidade o perigo da falta de referenciais concretos assola o terceiro requisito do crime. Quando se aventa o afastamento, parcial (com o neokantismo) ou total (com o finalismo) de referências mais sólidas para a constatação do sujeito *culpável* (como era a referência naturalística do dolo na culpabilidade³⁶), o espaço pode se abrir por demais para arbitrariedades mil.

Sobre isso, a incisiva crítica de Nilo Batista:

“Para os efeitos que FRANK pretendia dele extrair, o conceito de ‘circunstâncias concomitantes’ era obviamente inadequado. Sua amplitude – ‘circunstâncias concomitantes’ é quase sinônimo de ‘resto do mundo além do sujeito’ –, que o inabilitava para demarcar a base referencial da reprovação, servia, contudo, muito adequadamente, para ocultar determinações sociais e mentalidades morais, que, desse modo, influenciavam clandestinamente a construção jurídica.”³⁷

satisfatória, sem tratamento minimamente atento da culpabilidade concreta. O que, ao ensejo, mostra que é uma inverdade o discurso de que no Brasil grassa a impunidade: há hiperpunitivismo sim, há encarceramento em massa sim, há execuções extrajudiciais sim.; na verdade no Brasil há de fato excesso de *punição*. Mas elas recaem massivamente um nicho social apenas, os negros e pobres, moradores de periferia e favelas. Enquanto a chamada “cifra dourada de criminalidade” (os crimes societários, contra o sistema financeiro ou contra a ordem tributária, a sonegação de impostos, os crimes de colarinho branco em geral) nem chega ao conhecimento do sistema penal – que não se interessa realmente na repressão e prevenção de tais “delitos dourados”.

³⁶ Por mais errônea e ilógica em termos dogmáticos fosse a presença deste dolo no terceiro estrato do conceito analítico de delito.

³⁷ BATISTA, Nilo. Cem Anos de Reprovação. IN: NASCIMENTO, André (org). **Cem Anos de Reprovação**: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 164.

O que havia se insinuado em 1907 se consolidou nas décadas seguintes, com a generalização do marco finalista na teoria do delito, com normativização por completo da culpabilidade.

Se antes o julgador precisava de buscar algum laivo naturalístico para a verificação da culpabilidade, agora a reprovabilidade dominante entregava tal verificação a um puro juízo de valor do julgador, que deve se aproximar da situação fática do suposto autor do delito e assim reconhecer ou não se a ação ou omissão ilícita é “censurável”.

Em definitivo emerge daí que “a culpabilidade normativa pura está na cabeça do juiz”³⁸.

In concreto a flutuabilidade dos fundamentos da culpabilidade se instaura. A culpabilidade fica prenhe sobremaneira de presunções as mais variadas³⁹.

O juiz faz juízo de valor, juízo de censurabilidade. Com base em quê? Em seus próprios valores, em sua própria *Weltanschauung*, em sua própria visão de mundo, prescindindo *de facto* de quaisquer dados irretorquivelmente reais, observáveis na materialidade do mundo da vida.

E mais: qual seria esta *Weltanschauung*? Conforme a empiria tanto dos concursos para provimento de cargos na Magistratura – em especial a brasileira – o conjunto de valores que vão embasar uma sentença condenatória são majoritariamente aqueles oriundos das classes média-alta e rica, de talhe

³⁸ CARVALHO, Alexandre Victor. **Curso extensivo de direito penal**. 02 set. 2010 a 16 dez. 2010. Notas de aula. Nesta aula o Prof. Alexandre versava sobre “crise da culpabilidade”.

³⁹ “El elevado grado de artificialidad del mundo jurídico depende de dos circunstancias: la primera es, (sic) que El Derecho construye sobre una realidad que es ya producto de construcción social en la lenguaje común. Es decir, él reconstruye la sociedad. La segunda circunstancia es, (sic) que el mundo jurídico es construido como una estructura normativa en la que los comportamientos de los sujetos son calificados deónticamente. Puesto que es el Derecho, utilizando una metáfora de Emil Lask (...), fabrica sobre ‘semifabricados’, y por otra parte no tiene por objeto inmediato las acciones, sino programas e modelos de acción, puede ser considerado como um laboratorio en el cual el mundo del ser es transformado en el mundo del deber ser (...). El resultado es una construcción de segundo grado, producida a través de la reelaboración de la realidad y del significado social de la acción.” BARATTA, Alessandro. La vida y el laboratorio del Derecho: a propósito de la imputación de responsabilidad en el proceso penal. In: **Doxa**, Alicante, n. 5, p. 277, 1988.

sumamente conservador, e advindos de círculos sociais amplamente – quase completamente – compostos de pessoas brancas.

Daí um total desconhecimento e uma total insensibilidade com modos de existência e com problemas típicos de outros grupos sociais mais vulneráveis socioeconomicamente⁴⁰.

Portanto a culpabilidade é tomada em decisões condenatórias muitas e por todo o Brasil como quase auto-evidente. Por vezes se presta a mesmo “copiar-colar” excertos de sentenças que padecem de vacuidade e abstracionismo, tornando-se baluartes super-reproduzidos de uma política criminal que presume *jure et de jure* que o negro pobre apreendido em favela ou bairros mais simples é criminoso assumido⁴¹, pleno de livre arbítrio, que escolheu o “vil caminho” do ganho fácil que supostamente exsurge da vida no crime⁴².

Deste “império das presunções” que passa a reger a culpabilidade penal nota-se um conceito altamente operativo (ainda que também altamente discutível) que apóia o trabalho de inculpação abstrata que rege o punitivismo penal: o “homem médio”.

Nos dizeres de René Ariel Dotti (e Miguel Reale Jr.):

⁴⁰ Cf. Lênio Luiz Streck, Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e professor pós-doutor em diversas faculdades de Direito do Brasil e do mundo, em entrevista dada a Márcia Junges: “No plano penal, vale a frase dita por um camponês de El Salvador, depois de perder as suas terras em uma disputa judicial: La Ley es como la serpiente. Sólo pica a los descalzos. A justiça funciona de um modo para o andar de cima e de outro para o andar de baixo. Para termos uma idéia, peguemos o crime de lavagem de dinheiro, cometido, obviamente, apenas pelo “andar de cima”. Desde a aprovação da lei em 1998, foram condenadas apenas 17 pessoas; ao mesmo tempo, foram condenadas mais de 100 mil pessoas pobres, por crimes típicos do “andar de baixo” (furtos, estelionatos, apropriações, etc.). É preciso dizer mais?” In: STRECK, Lênio Luiz. **Montesquieu e um Judiciário nos moldes brasileiros**. Disponível em <http://www.domtotal.com/especiais/artigo_detalhes.php?espld=1248&espld_art=1249>. Acesso em 20 dez. 2011.

⁴¹ Da mesma forma em que na ditadura militar um prisioneiro era “suicidado”: a assunção ou o suicídio é, paradoxal e delituosamente, imposta pelo outro.

⁴² Contraditando isto o sagaz título (e o esmerado e contundente conteúdo) de um opúsculo da criminóloga Vera Malaguti Batista: BATISTA, Vera Malaguti. **Díficeis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Revan, 2003.

“A superstição criada pela práxis acerca de uma categoria de sujeito chamada *homo medius* tem servido, há muito tempo, de muleta para o jurista *andar* nos labirintos da alma à procura de uma paradigma que possa autorizar o juízo de reprovação pelo ato praticado por alguém. Como enfatiza REALE JÚNIOR, o ‘homem médio é um homem impossível, formado por qualidade e defeitos desconexos, diante da situação concreta na qual se realizou a ação que julga. O juiz deveria sair de si mesmo para construir o homem médio, colocá-lo na situação concreta e julgar, paradoxalmente, à luz desse critério, qual o poder de um *ente ideal*, a fim de estabelecer a exigibilidade ou não do *agir concreto* do agente. Tal operação resultaria em um abstracionismo, passando por várias etapas, o que, inevitavelmente, desfiguraria o real’ (*Instituições*, vol. II, p. 182. Destaques em itálico no original).⁴³

Eis que o grosso das condenações – e das construções de justificativas para a afirmação da culpabilidade de um acusado – articula um conjunto de valores e formulações que geram um modelo de conduta abstrato, chamado de “homem médio”.

O homem médio é o “bom pai de família” do direito italiano, é aquele cidadão que partilha de todos os valores e que tem todas as capacidades cognitivas – e ostensivamente presentes, que nunca falham em momento algum – necessárias para sempre se eximir com justiça de qualquer responsabilidade sobre um dado fato atentatório a um dado bem jurídico penalmente tutelado.

Como se vê com facilidade o homem médio é uma ficção. E das inverossímeis. Só assimilável por um ímpeto punitivista tal que chega ao ponto de viciar irremediavelmente o horizonte epistemológico mesmo dos operadores do sistema penal.

As condenações, implícita ou explicitamente, passam a se firmar neste homem imaginário, que partilha certos valores e visão de mundo. Qual são estes valores e esta visão? *Aquela que o próprio julgador partilha*. O homem médio, com efeito, *sempre é o próprio julgador*, erigido a cada sentença – e por vezes à revelia da Constituição da República e dos tratados internacionais de direitos humanos – como parâmetro-mor de cidadão. E, no normativismo puro da culpabilidade, nada há que venha consistentemente, material e tecnicamente, limitar tal arroubo.

⁴³ DOTI, René Ariel. Algumas notas sobre o oráculo da culpabilidade. IN: NASCIMENTO, André (org). **Cem Anos de Reprovação**: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 195.

O marco de ser humano condenável é ficcional, presumido – por certo *ad absurdum*. Mas ao contrário de tantas ficções que fazem parte do cotidiano, da vivência cultural, esta tem um lastro drasticamente real e pernicioso: se o ser humano condenável é imaginário, o ser humano condenado é vivo, concreto, é um cidadão com nome e história, que é atingido num de seus âmbitos mais preciosos, qual seja, sua liberdade.

4.3- A indemonstrabilidade do livre arbítrio

O direito penal, desde o Iluminismo, se baseia na existência plena de um sujeito racional, capaz de escolher livremente entre condutas e condutas, não padecendo de quaisquer condicionamentos de qualquer natureza. O ser humano, indivíduo radicalmente autônomo, seria insuperavelmente responsável por cada um de seus atos – salvo em caso de “loucura” ou “subdesenvolvimento mental”.

Ou seja, o ser humano seria dotado de livre arbítrio⁴⁴.

Desde os idos dos séculos XVII/XVIII, e só no que toca à questão penal, surgiram os chamados positivismo biológico (Lombroso e outros) e sociológico (Ferri e outros) que afrontaram audaciosamente este “símbolo” tão arraigado do direito penal liberal judaico-cristão.

“Não obstante, em meados do século passado [século XIX], o problema da culpabilidade centralizou-se em torno da discussão sobre o livre-arbítrio e o determinismo. Como reação a essa infundável contenda, assistimos ao aparecimento de uma espécie de antipatia a toda forma de pensamento problemático, que possa ter alguma influência teológica ou filosófica, tendência essa que conduziu ao positivismo jurídico.”⁴⁵

⁴⁴ Versaremos mais verticalmente sobre o livre-arbítrio no Direito Penal nos próximos capítulos. Aqui, neste tópico, teremos apenas uma breve notação, expondo o que correntemente a doutrina penal diz sobre o tema.

⁴⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. 5. ed. **Princípios básico de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 221. Sobre teologia e filosofia nesta temática, vide o próximo capítulo desta.

Com encaminhamentos os mais questionáveis, ambos os discursos criminológicos positivistas, entretanto, trouxeram à baila criminal um ponto que já vinha assolando a filosofia ocidental desde há muito: o embate entre livre arbítrio e determinismo. Este livre arbítrio (bem seguindo sua raiz cristã) é mais um artigo de fé do que uma constatação fática. É dizer: o livre arbítrio é cabalmente indemonstrável.

Se a culpabilidade penal hodierna mantém-se de pé por causa do apoio deste livre arbítrio, se o seu ser advém desta liberdade *ab ovo*, o questionamento deste fere seriamente a consistência daquele instituto.

Juarez Cirino dos Santos coloca o seguinte:

“O problema central da culpabilidade é o problema do seu fundamento – o chamado fundamento *ontológico* da culpabilidade –, acentuado pela redefinição de culpabilidade como reprovabilidade: a capacidade de *livre decisão* do sujeito. A tese da *liberdade de vontade* do conceito de culpabilidade e, por extensão, do conceito de punição, é indemonstrável. Se a pena criminal pressupõe culpabilidade e se a reprovação da culpabilidade tem por fundamento um dado indemonstrável, então a culpabilidade não pode servir de *fundamento* da pena.”⁴⁶

A deslegitimação da culpabilidade normativa passa a espreitar a teoria do delito. Se as fundações da culpabilidade são axiomas, operativos na linguagem, mas não verificáveis no mundo da vida, a supressão ou suspensão de direitos fundamentais baseada em tal etéreo instituto seria ilegítima sob a égide da dignidade humana e do devido processo legal.

A querela estava posta. Os dogmatas e profissionais do direito penal passaram a embates frontais e profícuos, nos quais uns sustentam a validade da culpabilidade nos moldes de hoje – seja por política criminal punitivista pura (“é mais fácil nada questionar, e a todos punir.”), seja por sua pertinência se e somente se for identificado seu conteúdo material (dignidade da pessoa humana ou outros⁴⁷).

⁴⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal – parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC - Lumen Juris, 2008. p. 287.

⁴⁷ Vide capítulo anterior, tópico “Primeira parte do século XX até a contemporaneidade”, *in fine*.

“A crise, enquanto retornou a eterna discussão sobre a existência, bem como aos limites da liberdade, incessantemente passa por um tratamento conceitual em busca do remédio definitivo para suprir a falta de conteúdo material da culpabilidade. Alguns medicamentos prescritos, em sua grande maioria, na forma de genéricos, das mais variadas origens e fins, muitas vezes antagônicos, outras tantas paralelamente, por seus efeitos paliativos e colaterais, conduzem a paciente a enraizar-se, ainda, e cada vez mais, em seu antigo e cada vez mais atual método fundamentador; outros, no entanto, explicitam o real estado agonizante da culpabilidade como reprovabilidade da conduta do agente.”⁴⁸

Sem prova do livre arbítrio, e manutenção do mesmo como fundamento da culpabilidade, a ferida permanece aberta, e mais ostensiva.

4.4- A imbricação antidemocrática entre direito (penal) e moral

Uma das conquistas mais alardeadas da era das revoluções liberais foi a drástica separação entre Igreja e Estado. Se a religião – e seus mandamentos morais – são importantes de um tanto, é no âmbito individual, da profissão de fé de si para si, da relação personalíssima do cidadão com o sagrado. O Estado, a República, zelaria incondicionalmente para que o campo moral-religioso (por vezes moral e religião sendo a exata e mesma coisa) não extravase seu justo espaço privado para passar a pautar coercitivamente ou não o público, o espaço de convivência e decisão entre os diversos cidadãos e suas múltiplas “confissões” religiosas e morais.

Tais parâmetros foram reafirmados nos mais diversos regimes alcunhados de “democráticos”, de ontem e de hoje.

“A Constituição da República Federativa do Brasil, que tem um de seus fundamentos na ‘dignidade da pessoa humana’, garantiu-lhe autonomia moral a partir da inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, da proibição de toda privação de direitos em razão de convicção filosófica ou política, da livre manifestação de pensamento e expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, e da inviolabilidade da

⁴⁸ PACHECO, Vilmar. **A crise da culpabilidade**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 147.

intimidade e da vida privada. A primeira consequência disso é a absoluta interdição, para o Estado, de impor qualquer moral; aí reside um indescartável compromisso do Estado secularizado.”⁴⁹

A extirpação do lastro moralista no seio do direito penal de tempos passados teria sido um dos grandes legados da Ilustração, dando balizas claras para a construção de uma sociedade plural e, por conseguinte, de uma dinâmica garantista, cidadão de responsabilização de pessoas por condutas transgressoras do bem estar comum.

A proposta e a veemência política dos pensadores dos idos de 1600 e 1700 era tão profunda e inteligente – e em vários aspectos tão generosa – que o *standard* punitivo de uma República, nos moldes da surgida durante e após a Revolução Francesa, é dos mais avançados. A garantia da ótima existência do âmbito da liberdade política, *latissimo sensu*, blindava o cidadão contra toda e qualquer ingerência seja em seu ser, seja na valoração de seu ato. O cidadão é livre – até para delinqüir. Cabe à sociedade construir possibilidades não moralizantes para o não cometimento de delitos e responsabilizar o delinqüente apenas e tão somente pelo ato por si cometido, na medida de sua lesividade (ou perigo concreto de lesão) a um bem jurídico penalmente tutelado de outrem.

No experto dizer de Luigi Ferrajoli, jurista italiano:

“Por primeiro, se aplicada [a doutrina da separação entre direito e moral] ao *delito* ou ainda aos problemas de justificação da *legislação*, a mesma comporta o fato de que o direito penal não possui a tarefa de impor ou de reforçar a (ou uma determinada) moral, mas, sim, somente de impedir o cometimento de ações danosas a terceiros. Pode-se pretender que uma ação não seja proibida se em nenhum modo é considerada reprovável, mas, ao contrário, não se pode admitir que o seja somente porque tida como imoral ou, de qualquer modo, reprovável. Para que se possa proibir e punir comportamentos, o princípio utilitário da separação entre direito e moral exige, como igualmente necessário, o fato de que os mesmos ofendam concretamente *bens jurídicos alheios*, cuja tutela é a única justificação das leis penais enquanto técnicas de prevenção daquelas ofensas. O Estado, com efeito, não deve imiscuir-se coercitivamente na vida moral dos cidadãos nem mesmo promover-lhes, de forma coativa, a moralidade, mas, somente, tutelar-lhes a segurança, impedindo que os mesmos causem

⁴⁹ BATISTA, Nilo. Cem Anos de Reprovação. IN: NASCIMENTO, André (org). **Cem Anos de Reprovação**: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 173-174.

danos uns aos outros. Em segundo lugar, se aplicado ao *processo*, e conseqüentemente aos problemas de *jurisdição*, o princípio normativo da separação impõe que o julgamento não verse sobre a moralidade, ou sobre o caráter, ou, ainda, sobre outros aspectos substanciais da personalidade do réu, mas apenas sobre os *atos* penalmente proibidos que lhe são imputados e que, por seu turno, constituem as únicas coisas que podem ser empiricamente provadas pela acusação e refutadas pela defesa. Assim, o juiz não deve indagar sobre a alma do imputado, e tampouco emitir veredictos morais sobre a sua pessoa, mas apenas individuar os seus comportamentos vedados em lei. Um cidadão pode ser punido apenas por *aquilo que fez*, e não *pelo que é*.⁵⁰

Ainda,

“De fato, se a valoração da interiorização da moral e da autonomia da consciência é o traço distintivo da ética laica moderna, a reivindicação da absoluta licitude jurídica dos atos internos e, mais ainda, de um direito natural à imoralidade é, talvez, o princípio mais autenticamente revolucionário do liberalismo moderno. Observado *em sentido negativo*, como limite à intervenção penal do Estado, este princípio marca o nascimento da moderna figura do *cidadão*, como sujeito suscetível de vínculos em seu atuar visível, mas imune, em seu ser, a limites e controle; e equivale, em razão disso, à tutela da sua *liberdade interior* como pressuposto não somente da sua vida moral mas, também, da sua *liberdade exterior* para realizar tudo o que não seja proibido. Observado *em sentido positivo*, traduz-se no respeito à *pessoa humana* enquanto tal e na tutela da sua identidade, inclusive desviada, ao abrigo de práticas constritivas, inquisitoriais ou corretivas dirigidas a violentá-la ou, o que é pior, a transformá-la; e equivale, por isso, à legitimidade da dissidência e, inclusive, da hostilidade diante do Estado; à tolerância para com o diferente, ao qual se reconhece sua *dignidade pessoal*; à *igualdade* dos cidadãos, diferenciáveis apenas por seus atos, não por suas idéias, por suas opiniões ou por sua específica diversidade pessoal.”⁵¹

Isto posto, cabe dizer que a hiper-normativização da culpabilidade teve o condão, na prática, de afastar várias, senão todas as limitações de natureza liberal para reprovações de natureza moral – laica ou religiosa –, gerando uma criticável simbiose entre moralismos e inculpações.

Como o normativismo puro funda a inculpação na censurabilidade da conduta, na realidade judiciária a ausência de parâmetros objetivos para a

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 208.

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 442.

constatação da culpabilidade (“esta está na cabeça do juiz, e só ali”) faz com que, em escala massiva, condenações sejam verdadeiros libelos contra a imoralidade. A dimensão puramente valorativa da culpabilização dá azo a que juízes, segundo sua própria pauta moral, reprovem condutas com base em desvios por parte do infrator da normalidade comportamental⁵². Muitíssimos são condenados não pelo que fizeram, mas por quem são, como falam, como se movem, o que vestem, onde moram – e por certo, por qual cor de pele tem.

Se a censura moral, nos outros requisitos do crime que o julgador analisa (fato típico e antijuridicidade), a posição condenatória não pode aparecer tão frontalmente moralista – a sentença está jungida por um roteiro progressivo de verificação da existência de cada um dos elementos de cada requisito (conduta, resultado, nexos de causalidade, tipicidade, presença de excludente de antijuridicidade), na culpabilidade a imensa abertura de seus elementos (imputabilidade – em especial quanto ao suposto portador de sofrimento mental ou desenvolvimento mental “incompleto” –, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa) cria um terreno amplo para que se (tergi)verse sobre uma culpabilidade abstrata *de facto*, em alguns momentos somada a diretas repreensões morais e mesmo desqualificações proto-ofensivas, quando então o juiz sustenta a argumentação que determina o encarceramento de um concidadão seu.

Se o diagnóstico da existência do moralismo jurídico-penal não é novo, cabe ressaltar que é na culpabilidade normativa, na sua concreção na sentença condenatória, que tal relação deletéria entre moral e direito ocorre diuturnamente, sempre em detrimento dos limites iluministas ao poder punitivo do Estado, sempre na supressão de direitos e garantias fundamentais do cidadão.

⁵² São os chamados “freios de camburão”. Apenas por serem o que são, tornam-se dignos de revistas, de “duras” por parte do policiamento ostensivo no país, que – herança da ditadura civil-militar iniciada em 1964 – é militarizada, verticalizada e extremamente agressiva e letal.

5- DESCONSTRUÇÃO FILOSÓFICA DA CULPABILIDADE PENAL

“Mas os quatro procuram seu arbítrio livre onde cada um está mais acorrentado: é como se o bicho-da-seda pusesse seu livre-arbítrio a fiar.”

Friedrich Nietzsche, “O Viajante e sua Sombra”

5.1- Intróito

A culpabilidade penal, como todo e qualquer saber, parte de pressupostos. Parte de construções tomadas como realidade e daí erigem todo um plexo de afirmações, negações e comparações.

Com efeito, este instituto de Direito Penal tem em seu bojo uma série de axiomas o tornariam válido ante os saberes e práticas humanas. E todos estes axiomas, de uma forma ou de outra, partem da macro-suposição da vontade livre, é dizer, do livre arbítrio. Censurável é unicamente a conduta delituosa livremente escolhida e realizada.

Neste momento é cabível dizer o quão contingente é esta suposição. Algo que poderia passar despercebido para um analista imerso na cultura ocidental, no marco cultural judaico-cristão, salta aos olhos quando se coteja a validade desse livre arbítrio com a filosofia oriental, com as proposições pré-socráticas e, em especial, com alguns grandes expoentes da filosofia moderna.

Ao fim e ao cabo, o saber penal, a culpabilidade penal acaba por tomar como verdade apenas uma das proposições filosóficas acerca da vontade humana, e a instrumentaliza para gerir toda uma tecnologia de imposição de sofrimento.

É este capítulo para apresentar, ainda que um tanto sucintamente (tal temática daria por si uma dissertação toda), tanto o referencial adotado pelo saber penal no âmbito da culpabilidade quanto sua refutação filosófica por dois grandes pensadores modernos.

5.2- O livre arbítrio enquanto Verdade: Santo Agostinho

Alguns pensadores podem ser reconhecidos como articuladores de algo como um conceito de vontade, como a cultura ocidental a entende: Cícero, Sêneca, Fílon de Alexandria, São Paulo, Clemente de Alexandria.⁵³ Entretanto, a posição corrente é a de que o conceito de vontade e de liberdade da vontade hodierno nasce com Santo Agostinho. Notadamente sua compreensão sobre o tema encontra-se na obra “o Livre Arbítrio”.

E é esta noção agostiniana, ainda que travestida com a laicidade dos filósofos iluministas e pós-iluministas, que os penalistas elegem e defendem em suas obras.

⁵³LOBOSQUE, Ana Marta. **A vontade livre em Nietzsche**. Belo Horizonte: UFMG, 2010. p. 60-62. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.

Vale a pena a análise desta compreensão, que é, de fundo, sumamente teológica.

Na obra agostiniana acima citada, apresenta-se um diálogo entre Agostinho e um seu discípulo, Evódio. Este, intrigado com a questão da liberdade da vontade ante a onipotência, onisciência e onipresença divinas, indaga seu mestre sobre variados aspectos da problemática.

Como todo pensamento teológico, o discurso agostiniano parte de um número grande (por certo excessivo) de axiomas.

A sustentação da liberdade da vontade parte de um axioma que atesta que a mente é diferente e superior a todas as paixões. Se superior é, as domina. Se não as domina, é por livre vontade que o faz. *In verbis* (“Ev.” para Evódio e “Ag.” para Agostinho, no diálogo):

“Ag. Julgas que a paixão seja mais poderosa do que a mente, à qual sabemos que por lei eterna foi-lhe dado o domínio sobre todas as paixões? Quanto a mim, não o creio de modo algum, pois, caso o fosse, seria a negação daquela ordem muito perfeita de que o mais forte mande no menos forte. Por isso, é necessário, a meu entender, que a mente seja mais poderosa do que a paixão e pelo fato mesmo será totalmente justo e correto que a mente a domine.”⁵⁴

Ainda,

“Ag. Logo, só me resta concluir: se, de um lado, tudo o que é igual ou superior à mente que exerce seu natural senhorio e acha-se dotada de virtude não pode fazer dela escrava da paixão, por causa da justiça, por outro lado, tudo o que lhe é inferior tampouco o pode, por causa dessa mesma inferioridade, como demonstram as constatações precedentes. Portanto, não há nenhuma outra realidade que torne a mente cúmplice da paixão a não ser a própria vontade e o livre-arbítrio.

“Ev. Não vejo conclusão nenhuma tão necessária quanto essa.”⁵⁵

⁵⁴ SANTO Agostinho. **O livre arbítrio**. 2. ed. São Paulo: Paulus, 1995. p. 50.

⁵⁵ SANTO Agostinho. **O livre arbítrio**. 2. ed. São Paulo: Paulus, 1995. p. 52.

Deus então teria dado o livre arbítrio ao homem. Mas tal liberdade de vontade não seria para escolher entre o bem e o mal, mas sim sempre escolher o bem. Daí a justificativa – chamada “justiça” – de se castigar alguém por malfeitos.

“Ag. Realmente, e se é essa a questão por ti proposta, já está claramente resolvida. Pois, se é verdade que o homem em si seja certo bem, e que não poderia agir bem, a não ser querendo, seria preciso que gozasse de vontade livre, sem a qual não poderia proceder dessa maneira. 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. Há, pois, uma razão suficiente para ter sido dada, já que sem ela o homem não poderia viver retamente. Ora, que ela tenha sido concedida para esse fim pode-se compreender logo, pela única consideração que se alguém se servir dela para pecar, recairão sobre ele os castigos da parte de Deus. Ora, seria isso uma injustiça, se a vontade livre fosse dada não somente para se viver retamente, mas igualmente para se pecar. Na verdade, como poderia ser castigado, com justiça, aquele que se servisse de sua vontade para o fim mesmo para o qual ela lhe fora dada?

“Assim, quando Deus castiga o pecador, o que te parece que ele diz senão estas palavras: ‘Eu te castigo porque não usaste de tua vontade livre para aquilo a que eu a concedi a ti’? Isto é, para agires com retidão. Por outro lado, se o homem carecesse do livre-arbítrio da vontade, como poderia existir esse bem, que consiste em manifestar a justiça, condenando os pecados e premiando as boas ações? Visto que a conduta desse homem não seria pecado nem boa ação, caso não fosse voluntária. Igualmente o castigo, como a recompensa, seria injusto, se o homem não fosse dotado de vontade livre. Ora, era preciso que a justiça estivesse presente no castigo e na recompensa, porque aí está um dos bens cuja fonte é Deus. Conclusão, era necessário que Deus desse ao homem vontade livre.”⁵⁶

Daí que um problema surge: como pode o homem pecar, se Deus lhe deu a liberdade de vontade para fazer única e tão somente o bem?⁵⁷ Das duas uma, nesta situação: ou o homem pode fazer o mal impunemente (pois sua vontade livre comporta isso, com a graça de Deus) ou sua vontade não é livre de verdade.

Santo Agostinho então traz à baila outro axioma: a inclinação da vontade para o mal, para os bens inferiores, não é natural.

⁵⁶ *Ibid.* p. 74-75.

⁵⁷ Evódio bem intui que, em suma, a solução desta querela é a assunção do Mistério da Fé: “Ev. Apesar de crer em tudo isso com fé inabalável, todavia, como não possuo ainda pleno entendimento, continuemos procurando como se tudo fosse incerto.” In: SANTO Agostinho. **O livre arbítrio**. 2. ed. São Paulo: Paulus, 1995. p. 76.

“Ag. Penso, portanto, que tu te lembras como em nosso primeiro diálogo (1,11,21) ficou suficientemente estabelecido que nada pode sujeitar o espírito à paixão, a não ser a própria vontade. Porque nem um agente superior nem um igual podem constrangê-la a esse vexame, visto que seria injustiça. Tampouco, um agente inferior, porque esse não possui poder para tal. Resta, portanto, que seja próprio da vontade aquele movimento pelo qual ela se afasta do Criador e dirige-se às criaturas, para usufruir delas. Se, pois, ao declarar esse movimento culpável (e para ti apenas duvidar disso parecia irrisório), certamente, ele não é natural, mas voluntário.

“(…)

“Tanto assim que, se fosse dito a pedra cometer pecado porque por seu próprio peso ela tende para baixo, seríamos julgados, não digo, mais estúpidos do que uma pedra, mas indiscutivelmente uns loucos. Ao contrário, podemos acusar a alma de pecado, quando verificamos que claramente ela prefere os bens inferiores, em abandono dos superiores.”⁵⁸

Somado a outro axioma, qual seja, a bondade de Deus, tem-se que a vontade individual – sentida espiritualmente como uma verdade – é louvável ou é punível.

“Ev. Vejo, e por assim dizer, toco e percebo a verdade do que dizes. Pois não sinto nada de mais firme e mais íntimo do que o sentimento de possuir uma vontade própria e de ser por ela levado a gozar de alguma coisa. Ora, não encontro, realmente, o que chamaríamos de meu, a não ser a vontade, pela qual quero e não quero. E já que por seu intermédio eu cometo o mal, a quem atribuir a não ser a mim mesmo?

“Certamente, quem me fez é um Deus bom e, como não posso praticar nenhuma boa ação a não ser por minha vontade, fica, pois, bastante claro que é acima de tudo para fazer o bem que a vontade me foi dada por esse Deus tão bom.

“Quanto ao movimento pelo qual a vontade se inclina de um lado e de outro, se não fosse voluntário e posto em nosso poder, o homem não seria digno de ser louvado quando sua vontade se orienta para os bens superiores, tampouco ser inculpado quando, girando, por assim dizer, sobre si mesmo, inclina-se para os bens inferiores. Nesse sentido, não se deveria exortar a desprezar os bens transitórios para adquirir os bens eternos? E a renunciar à má vida para viver honestamente? Ora, quem quer que estime não haver motivo para serem dadas aos homens essas espécies de advertência merece ser excluído do número dos viventes.”

Nota-se que a definição agostiniana de livre arbítrio é um tanto tautológica, auto-referente: há livre arbítrio porque a conduta humana é culpável (a escolha pelas coisas inferiores não é natural, mas é voluntária), e a conduta humana é culpável porque foi escolhida livremente (só a culpabilidade da vontade atesta a existência da

⁵⁸ *Ibid.* p. 149-150.

justiça divina quanto aos atos dos homens; só assim Deus pode recompensar ou punir tais atos).

A errada vontade, livre e pervertida, torna-se a fonte do mal – e a causa da “justa” inculpação divina pelos pecados cometidos.

“Logo, é a vontade desregrada a causa de todos os males. Se essa vontade estivesse em harmonia com a natureza, certamente esta a salvaguardaria e não lhe seria nociva. Por conseguinte, não seria desregrada. De onde se segue que a raiz de todos os males não está na natureza. E isso basta, por enquanto, para refutarmos todos aqueles que pretendem responsabilizar a natureza dos seres pelos pecados.”⁵⁹

Com efeito, não é em outro lugar que o velho aforismo de Carl Schmitt revela uma pungente verdade: “todos os conceitos concisos da teoria do Estado moderna são conceitos teológicos secularizados.”⁶⁰ O conceito de culpabilidade penal, instituto-chave para a dinâmica verticalizada de controle social de condutas, é portanto um conceito desta teoria “teológico-política” de Estado.

E sim deriva diretamente da pioneira formulação de Agostinho acerca da punição dos pecados sempre cometidos pela livre vontade, *topos* teológico transferido e laicizado para o Direito Penal como base da inculpação e da imposição da pena-sofrimento, no marco retributivista da penologia; as aporias e inconsistências do conceito agostiniano acompanham sua forma laica dogmático-penal: o livre-querer o crime existe mesmo? Como apor esta escolha filosófica particular ante outras correntes filosóficas e outros saberes humanos que a refutam? Em específico, nos sub-requisitos do conceito normativo puro de culpabilidade: como aferir e daí aplicar pena com base em uma consciência potencial de ilicitude? Como ter o livre arbítrio de poder pensar o que de fato não se pensou? Escolher culpavelmente não ter consciência potencial de algo não seria lógica e cabalmente impossível?

⁵⁹ SANTO Agostinho. **O livre arbítrio**. 2. ed. São Paulo: Paulus, 1995. p. 206.

⁶⁰ SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 35.

Todas estas indagações – e outras que surgirem – são resolvidas da mesma forma: na teologia agostiniana, com o Mistério da Fé, da graça de Deus⁶¹; na teoria penal, com o mistério do abstracionismo conceitual, tornado política criminal.⁶²

5.3- Deus, natureza, determinação da vontade: a negação do livre arbítrio em Baruch de Espinosa

Uma poderosa contestação – ainda que não direcionada pessoalmente a Santo Agostinho – ao livre arbítrio é a realizada por Baruch de Espinosa, filósofo holandês de ascendência portuguesa. E mais: tal contestação se dá no campo das proposições teológicas – o que dá mais um ótimo elemento de comparação com a obra de Agostinho.

Para Espinosa Deus é identificado com a Natureza, e esta Natureza (a natureza-mor, é dizer, a do próprio Deus) é férrea na sua determinação causal, no determinismo que rege toda e qualquer manifestação da existência.

⁶¹ Um breve apontamento: Evódio se incomoda muito com a onisciência de Deus – que prevê todos os atos – e a possibilidade da vontade livre: se tudo já está previsto, como algo pode ser escolhido, como algo pode ser ou não ser? Agostinho enfrenta a questão, a nosso ver, sem sucesso: diz que Deus prevê, mas não determina os atos das pessoas. Assim como um homem revê seu passado e nele não pode interferir, Deus vê o futuro e nele não interfere. O ponto nevrálgico surge quanto se toma o axioma de que Deus é bom e se junta com outro: Deus é onipotente, ou seja, pode impedir toda e qualquer desgraça oriunda da vontade humana, e que traga sofrimentos atrozes aos inocentes e que condene o pecador-agente ao fogo do Inferno. Martinho Lutero percebe tais incongruências na idéia de livre-arbítrio e contesta este, em célebre obra chamada “De Servo Arbitrio”.

⁶² E esta liberdade volitiva, vale dizer, foi laicizada e instrumentalizada não só pela ciência penal, mas, numa análise macro, pela vaga revolucionária burguesa que, rompendo com as antigas formações sociais e seu substrato ideológico, formaram um seu próprio, um arcabouço de representações que tinham a liberdade do homem burguês como pedra angular, liberdade plena principalmente para as atividades mercantis e para a gestão do Estado que endossa e facilita estas atividades. Vide MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. São Paulo: Escala, 2006; CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. Disponível em: <<http://www.caosmose.net/candido/unisinos/textos/benjamin.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2012.

“Com efeito, todas as coisas são resultantes necessárias da dada natureza de Deus (...) e são determinadas pela necessidade da natureza de Deus a existir e a agir de certo modo (...). Pelo que, se as coisas tivessem podido ser de outra natureza ou determinadas a agir de modo diverso, de tal sorte que fosse outra a ordem da Natureza, Deus também poderia ser, por conseguinte, de natureza diferente do que é presentemente, e portanto (...) essa outra natureza também deveria existir e, conseqüentemente, poderia haver dois ou mais deuses, o que (...) é absurdo. Pelo que as coisas não podiam ser produzidas de maneira diversa e por outra ordem, etc..”⁶³

Somado a isto existe o “conatus” (esforço), que, segundo a obra espinosista, é a condição natural inafastável de todo ser que o impele a sempre perseverar em seu ser.

“Toda a coisa se esforça, enquanto está em si, por perseverar no seu ser.

(...)

“O esforço pelo qual toda coisa tende a perseverar no seu ser não é senão a essência atual dessa coisa.”⁶⁴

Portanto tudo o que há é determinado causalmente, e tem a característica natural de perseverar em seu ser, esforço este que é sua essência atual.

O ser humano teria como essência a vontade. O esforço do ser que diz respeito ao corpo chamar-se-ia “apetite” e o esforço no que toca à alma seria o “desejo”. Os apetites e os desejos seriam então nada mais do que “conatus”, do que o encaminhamento natural e totalmente determinado do ser na sua perseverância.

“(...) Espinosa afasta a suposição tradicional de que somos movidos (seja na paixão, seja na ação) por causas finais externas e que somos livres quando nosso apetite e nosso desejo são levados por nossa vontade a escolher os fins bons e virtuosos. Somos causas eficientes, apenas. Em outras palavras, assim como não ha finalismo para Deus, não há finalidades para nós. Os propósitos e intenções que realizamos, passiva ou ativamente, não são fins externos escolhidos por nossa vontade, mas exprimem a

⁶³ ESPINOSA, Baruch de. Ética demonstrada à maneira dos geômetras. In: **Os pensadores: Espinosa**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 191-192.

⁶⁴ *Ibid.* p. 282-283.

causalidade eficiente de nosso apetite e de nosso desejo, isto é, de nosso *conatus*.”⁶⁵

Sendo nossa vontade apenas a expressão da causalidade eficiente de nossos desejos e apetites, nossa vontade não é livre. Nossa vontade, como tudo mais, é agrilhado a um determinismo, a uma cadeia causal que extirpa de vez a possibilidade de uma liberdade de vontade nos moldes agostinianos.

“A vontade, assim como o intelecto, é somente um certo modo do pensar; pelo que (...) cada volição não pode existir nem ser determinada a agir se não for determinada por outra causa, esta por uma outra, e assim sucessivamente, ao infinito. Se se supuser que a vontade é infinita, ela deve também ser determinada por Deus a existir e a agir, não enquanto ele é uma substância absolutamente infinita, mas enquanto possui um atributo que exprime (...) uma essência infinita e eterna do pensamento.

“Por conseguinte, seja qual for o modo por que se conceba a vontade, a saber, como finita ou infinita, ela carece de uma causa pela qual seja determinada a existir e a agir; pelo que (...) se lhe não pode chamar causa livre, mas somente causa necessária ou forçosa.”⁶⁶

As pessoas, então, considerar-se-iam livres apenas porque ignorariam a cadeia causal que precederia sua disposição ou ato. E um Direito Penal que se baseasse nesta falha suposição de liberdade seria eivado de sério vício.

5.4- A vontade livre como ficção punitiva: a negação do livre arbítrio em Friedrich Nietzsche

Não é só no campo da teologia que a livre vontade é desconstruída. Também no pensamento filosófico não-religioso – no caso, até mesmo anti-teológico – o instituto de cariz agostiniano torna-se questionável, e por fim repreensível e urgente o seu abandono. É a posição do filósofo alemão Friedrich Nietzsche.

⁶⁵ CHAUI, Marilena. **Espinoza**: uma filosofia da liberdade. São Paulo: Moderna, 1995. p. 64.

⁶⁶ ESPINOSA, Baruch de. Ética demonstrada à maneira dos geômetras. In: **Os pensadores: Espinoza**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 190.

Seguindo as intuições de Espinosa, Nietzsche indaga sobre o determinismo férreo da vontade. O que percebemos como liberdade não seria uma ilusão, fruto de insuficiências humanas em compreender o acaso oriundo da causalidade de tudo o que há?

“E se quiserem concluir: ‘Há, portanto, um único reino, aquele da imbecilidade e do acaso?’ – seria necessário acrescentar: sim, talvez haja apenas um reino, talvez não haja nem vontade nem causas finais e talvez fomos nós que os (sic) imaginamos. Essas mãos de ferro da necessidade que agitam os dados do acaso continuam seu jogo indefinidamente: é, pois, *necessário* que sejam produzidos golpes que pareçam totalmente conformes à finalidade e à sabedoria. *Talvez* nossos atos de vontade, nossas causas finais não sejam outra coisa senão esses golpes – e somos somente muito limitados e muito vaidosos para compreender nossa extrema estreiteza de espírito que não sabe o que nós mesmos agitamos com mãos de ferro, o copo de dados que, em nossos atos mais intencionais, não fazemos outra coisa que jogar o jogo da necessidade.”⁶⁷

A liberdade volitiva seria um engodo, uma má compreensão da situação do homem no mundo, que induziria o pensador em erro, fazendo-o tomar o homem como criador *ab initio* de motivações e razões para suas ações. A responsabilidade que daí advinda seria fulcrada em falsificações da realidade.

“Assim, se torna sucessivamente o homem responsável de sua influência, depois de seus atos, depois de seus motivos e, finalmente, de seu próprio ser. Por fim descobre que esse próprio ser não pode ser tornado responsável, uma vez que é uma consequência absolutamente necessária e formada pelos elementos e pelas influências de coisas passadas e presentes: por conseguinte, o homem não pode ser tornado responsável de nada, nem de seu caráter, nem de seus motivos, nem de seus atos, nem de sua influência.

“Com isto, se é levado a reconhecer que a história das avaliações morais é a história de um erro, do erro da responsabilidade: e isso porque se baseia sobre o erro da liberdade da vontade.”⁶⁸

Ainda,

⁶⁷ NIETZSCHE, Friedrich. **Aurora**. São Paulo: Escala, 2007. p. 102.

⁶⁸ NIETZSCHE, Friedrich. **Humano, demasiado humano**. São Paulo: Escala, 2006. p. 60.

“Defendamo-nos de dizer que existam leis na natureza. Existem somente necessidades: nela não há ninguém que ordene, ninguém que obedeça, ninguém que infrinja. Quando souberdes que não há fins, sabereis igualmente que não há acaso: pois é unicamente sob o olhar de um mundo de fins que a palavra ‘acaso’ toma um sentido.”⁶⁹

Incorreria o ser humano aí num erro de compreensão sobre a causalidade de si enquanto componente da Natureza, do Universo. As correntes que prendem a vontade a uma determinação sempre presente não seriam percebidas por um lapso de percepção promovido por abordagens metafísicas, ao postular a existência de qualquer coisa incondicionada, como a vontade livre judaico cristã.

“O que é mais distante para esse grau primitivo do lógico é a idéia de *causalidade*; quando o indivíduo que sente observa a si mesmo, toma cada sensação, cada modificação, como algo isolado, isto é, de incondicionado, de independente; surge em nós sem encadeamento com o anterior e o posterior. Sentimos fome, mas não pensamos que o organismo quer ser sustentado; mas essa sensação parece impor-se *sem motivo*, ela se isola e é tomada como *arbitrária*.

“Portanto, a crença na liberdade da vontade é um erro primordial de todo ser orgânico, tão antigo como as tendências lógicas existentes nele; a crença em substâncias incondicionadas e em coisas semelhantes é igualmente um erro tão antigo de todo ser orgânico.

“Ora, dado que toda a metafísica se tem ocupado principalmente de substâncias e da liberdade da vontade, pode-se designá-la como a ciência que trata dos erros fundamentais do homem, mas isso como se fossem verdades fundamentais.”⁷⁰

E mais,

“*Ninguém* é responsável pelo fato do homem existir, de estar conformado desta ou daquela maneira, de encontrar-se em tais condições, em tal meio. A fatalidade de seu ser não pode ser separada da fatalidade de tudo o que foi e tudo o que será. O homem *não* é a consequência duma intenção própria, de uma vontade, de um fim; com ele não se fazem ensaios para obter um ‘ideal de humanidade’, um ‘ideal de felicidade’ ou ainda um ‘ideal de moralidade’ – é absurdo querer *desviar* seu ser para um fim qualquer. Nós inventamos a idéia de ‘fim’: na realidade não existe ‘fim’... Somos necessários, somos um pedaço de destino, fazemos parte do todo, *estamos*

⁶⁹ NIETZSCHE, Friedrich. **A gaia ciência**. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 106.

⁷⁰ NIETZSCHE, Friedrich. **Humano, demasiado humano**. São Paulo: Escala, 2006. p. 42.

no todo – não há nada que possa julgar, medir, comparar, condenar nossa existência, pois isso seria julgar, medir, comparar e condenar o todo...”⁷¹

O pensamento nietzscheano é valioso em especial para o penalista. Se a responsabilidade de alguém sobre si é fundada em uma farsa, se o livre arbítrio não existe, como ficaria a reprovabilidade penal? Ela não seria cabível. Sustentá-la seria algo não só errado, como abjeto, algo que emerge de um moralismo anti-humano, que não reconheceria as condutas humanas como sempre surgidas do instinto de conservação.

“Não acusamos a natureza de imoral quando nos manda uma tempestade e nos molha: por que chamamos de imoral o homem que prejudica? Porque admitimos aqui uma vontade livre exercendo-se arbitrariamente; ali, uma necessidade. Mas essa distinção é um erro. Ora, há circunstâncias em não chamamos (sic) ‘imoral’ mesmo aquele que prejudica intencionalmente; não se tem escrúpulos, por exemplo, em matar deliberadamente um mosquito, simplesmente porque seu zumbido nos desagrada, castiga-se intencionalmente o criminoso e se inflige a ele sofrimento para nos protegemos, a nós e à sociedade. No primeiro caso, é o indivíduo que, para se manter ou até para não se expor a um desprazer, faz sofrer intencionalmente; no segundo, é o Estado. Toda moral admite o mal feito intencionalmente no caso de *legítima defesa*: ou seja, quando se trata do *instinto de conservação*! Mas estes dois pontos de vista bastam para explicar todas as más ações cometidas por homens contra homens: ou se quer prazer para si ou se quer evitar desprazer; em qualquer dos sentidos, trata-se sempre do instinto de conservação. Sócrates e Platão têm razão: seja o que for que o homem faça, ele sempre faz o bem, isto é, aquilo que lhe parece bom (útil), de acordo com seu grau de inteligência, de acordo com o nível atual de sua racionalidade.”⁷²

Nietzsche rastreia a origem teológica da livre vontade, e reconhece que sua postulação e defesa serve tão somente para uma coisa: jungir o humano a uma culpa e puni-lo por ela. Em suma: como bem mostra o Direito Penal, o livre arbítrio seria um dos conceitos-chave/ficções aptas para se gerir um sistema punitivo, um dispositivo de imposição de sofrimento ao ser humano. E onde antes eram os teólogos e sacerdotes, hoje seriam os penalistas e juízes.

⁷¹ NIETZSCHE, Friedrich. **Crepúsculo dos ídolos**. São Paulo: Escala, 2005. p. 50.

⁷² NIETZSCHE, Friedrich. **Humano, demasiado humano**. São Paulo: Escala, 2006. p. 88-89.

“Não nos resta mais hoje nenhuma espécie de compaixão com a idéia do ‘livre-arbítrio’: sabemos muito bem do que se trata – a habilidade teológica de pior reputação que já houve para tornar a humanidade ‘responsável’, à maneira dos teólogos, o que quer dizer: *para tornar a humanidade dependente dos teólogos...* Vou me limitar a explicar aqui a psicologia dessa tendência de querer tornar responsável. – Em toda parte onde se procura responsabilidades, é geralmente o instinto de *punir e julgar* que está em ação. Retira-se a inocência do devir quando se atribui um estado de fato, qualquer que seja, à vontade, a intenções, a atos de responsabilidade: a doutrina da vontade foi inventada, principalmente para punir, isto é, *com a intenção de encontrar um culpado*. Toda a antiga psicologia, a psicologia da vontade, deve sua existência ao fato de que seus inventores, os sacerdotes, chefes das comunidades antigas, quiseram atribuir-se o *direito* de infligir uma pena – ou melhor, porque quiseram criar esse direito para Deus... Os homens foram considerados como ‘livres’ para poder julgá-los e puni-los – para poder declará-los *culpados*: por conseguinte, toda ação devia ser considerada como voluntária, a origem da ação como se devesse residir na consciência (pelo que a falsificação *in psychologicis*, *por princípio*, se erigia como princípio da própria psicologia...). Hoje, que entramos na corrente *contrária* e nós, os imoralistas, trabalhamos como todas as nossas forças para conseguir que desapareça mais uma vez do mundo a idéia de culpabilidade e de punição, bem como para limpar delas a psicologia, a história, a natureza, as instituições e as sanções sociais, não há mais, a nossos olhos, oposição mais radical que a dos teólogos que continuam, por meio da idéia do ‘mundo moral’ a contaminar inocência do devir com o ‘pecado’ e a ‘pena’. O cristianismo é uma metafísica do carrasco.”⁷³

Com isso Friedrich Nietzsche lança sua diatribe anti-teológica, imoralista e libertária, reconhecendo a paternidade religiosa da culpabilidade penal e desvelando o livre arbítrio como justificativa ideológica para o puro exercício de poder dos gestores do sistema penal, que, com o aparato técnico-dogmático penal e com a infusão da moral neste, assim tem respaldo filosófico para bem impor punições às pessoas.

⁷³ NIETZSCHE, Friedrich. **Crepúsculo dos ídolos**. São Paulo: Escala, 2005. p. 49-50.

6- DESCONSTRUÇÃO NEUROCIÊNCIA DA CULPABILIDADE PENAL

“Para o Direito, a neurociência muda nada e tudo.”

Joshua Greene e Jonathan Cohen, pesquisadores do Centro para o Estudo do Cérebro, da Mente e do Comportamento, da Universidade de Princeton, EUA.

6.1- Intróito⁷⁴

Um campo proeminente hoje no trato do que se chama censurabilidade penal e responsabilidade moral é a neurociência⁷⁵. Numa abordagem diametralmente oposta à da filosofia e mesmo à da sociologia, a neurociência aposta na empiria e na falseabilidade de resultados – é dizer, na metodologia das ciências naturais – para dizer sobre reprovabilidade de comportamento e imposição de pena.

Portanto aqui o marco é precipuamente biologicista. E isso, desde o proposto em meados do século XIX, faz com que penalistas e criminólogos já fiquem (justamente) desconfiados. A aproximação biologicista, medicalizante, de longa de trágica memória⁷⁶, da questão penal se mostra criticável ao se fulcrar em conhecimentos científicos que, no campo do psiquismo, se mostraram – e se mostram – ligados a um projeto vicioso de poder, de controle e docilização de corpos, de supressão de “incômodos sociais”, sejam eles oriundos de sofrimentos mentais ou de “sofrimentos morais”⁷⁷.

A deficiência metodológica em ciências humanas e o corte ideológico quanto ao objeto de pesquisa – aquilo mesmo que fez com que Cesare Lombroso, médico

⁷⁴ Outro campo de deslegitimação da culpabilidade penal ligado aos saberes da mente é a psicanálise. Dentre outros argumentos, o discurso e a prática psicanalíticos trouxeram elementos fortíssimos na indicação das determinações inconscientes dos cidadãos que realizam uma dada ação tida por delituosa. Todavia, nos furtamos de desenvolver maiores considerações sobre o tema na presente pesquisa, pois tal trabalho de demonstração da deslegitimação psicanalítica do discurso penal – e da culpabilidade, privilegiadamente – já foi empreendido com esmero por alguns autores. Vide p. ex. o excelente capítulo X, chamado “Freud criminólogo: a contribuição da psicanálise na crítica aos valores fundacionais das ciências criminais”, da excelente obra de Salo de Carvalho, de nome “Antimanual de Criminologia”. CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 191-212. Para outras importantes considerações sobre a psicanálise e seu impacto no saber penal, confira-se BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 49-58, e; RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 50-57.

⁷⁵ Outro campo de destaque é o da psicologia comportamental, que, aliada a estudos genéticos, tem pontuado questões interessantes – e polêmicas.

⁷⁶ Vide Franz Gall e a frenologia, Benedict Morel e a teoria da degenerescência e Cesare Lombroso com sua classificação de delinquentes (em especial o absurdo “criminoso nato”), somando-se a esse rol alguns representantes da psiquiatria e da psicologia de hoje.

⁷⁷ Sofrimento moral como, por exemplo, a discordância política quanto ao Estado dito burguês. Vide LOMBROSO, Cesare; MELLA, Ricardo. **Los anarquistas**. Barcelona: Jucar, 1977.

italiano, chegasse a suas equivocadas e descabidas conclusões⁷⁸ – pode bem surgir nesta nova vertente de estudo do fenômeno criminal.

A neurociência tende a padece de uma indigência em termos de compreensão sociológica do crime e da pena. O desdém que as *hard sciences* como a medicina e a biologia por vezes tem com as Humanidades (desdém que muitas vezes é recíproco) tende a encaminhar as conclusões dos cientistas para o elogio de uma razão instrumental objetificante do sofrimento humano, quando não os mantém na abstração radical do retributivismo penal, e suas bárbaras conseqüências.

Explicamos. Os neurocientista, numa análise macro (mas pertinente), se dividem entre “retributivistas” e “consequencialistas”, no que toca à discussão sobre a função da pena. Com efeito, em seu horizonte epistemológico, no que toca à pena, só são possíveis estas duas posições.

Os retributivistas advogam que a pena serve para punir o autor de um delito pelo mal cometido. Nada diferente do hegelianismo e do kantismo penais, concepções academicizadas da velha lei de Talião: “olho por olho, dente por dente, pé por pé, mão por mão.” A dor como contraparte da dor. Abstração levada às últimas conseqüências. Construtos intelectuais completamente desprezados de qualquer validação empírica. A vingança tornada fator de civilização.⁷⁹

No outro extremo temos os consequencialistas, que partilham mais da tradição utilitarista de Jeremy Bentham e outros. Para estes a pena deve ter uma utilidade, uma finalidade para fins de mudança de uma dada situação socialmente posta. Estes, diga-se, em suas posições, trilham de fundo o caminho bem conhecido dos penalistas contemporâneos do funcionalismo radical-sistêmico de Günther

⁷⁸ LOMBROSO, Cesare. **O homem delinqüente**. São Paulo: Ícone, 2007.

⁷⁹ Conforme nos coloca muito eloqüente e diretamente o grande pensador brasileiro Tobias Barreto, na sua defesa da desrazão (e da pertinência) do fundamento do direito de punir e de sua aplicabilidade: “[A] idéia de vindicta, que vigorou no direito penal dos romanos, que estendeu-se mesmo á (sic) tempos muito posteriores, não foi arredada, como costumam afigurar-se, pelas chamadas theorias do direito de punir; theorias que, como todas do mesmo gênero, não fazem mais do que procurar prender ás leis da racionalidade moderna uma velha cousa barbara e absurda, posto que necessária, qual é a pena, sem que d’ahi resulte a mínima alteração na natureza do facto.” BARRETO, Tobias. Algumas idéias sobre o chamado fundamento do direito de punir. In: **Estudos de direito**. Ed. Fac-simile. Brasília: Senado Federal, 2004. p. 138.

Jakobs⁸⁰, onde a pena serve apenas para fins alheios àquele que a sofre, onde o cidadão é mediatizado, é tornado meio para fins outros, alinhados à famigerada “Razão de Estado”.⁸¹

Ambas as formulações, deve-se notar, passam ao largo das teorias e pesquisas da criminologia de base sociológica. Não há, no marco neurocientífico, o surgimento da pergunta sobre a viabilidade democrática ou não do sistema penal e da compreensão corrente do que é a pena. A pena é, e é aplicável desde sempre. Cabem perguntas apenas no que toca à função desta pena inquestionável, esta a do cárcere, esta mesmo a da execução judicial – a pena de morte.

Questionamentos trazidos pelas teorias da anomia e da associação diferencial, pelo *labelling approach*, pela criminologia crítica, etc, não são levados em conta. A reação social e sua devida – e crítica – análise não são objetos de

⁸⁰ Para o funcionalismo radical-sistêmico de Jakobs a pena serve para reforçar a confiança geral na validade da norma penal. Para tanto se pune o cidadão. O cometimento de um delito seria basicamente apenas uma abertura para o Estado utilizar da imposição de sofrimento ao delinqüente para reforçar o ordenamento jurídico-penal. Para este modelo de teoria do delito, a culpabilidade consistiria única e tão somente na análise da necessidade preventiva geral da pena, ou seja, se a pena é necessária para intimidar com fins de garantir o não-cometimento de delitos por parte da população em geral e para educá-la no respeito aos valores “corretos” ínsitos na norma penal.

Do seu similar na neurociência, vide: “consequentialists are not concerned with whether anyone is really innocent or guilty in some ultimate sense that might depend on people's having free will, but only with the likely effects of punishment.” GREENE, Joshua; COHEN, Jonathan. For the law, neuroscience changes nothing and everything. In: **Philosophical transactions: biological sciences**, Londres, vol. 359, n. 1451, p. 1777, 2004.

Ainda: “What is seriously affected is our idea of moral responsibility, which should be discarded along with the idea of free will. If whether we act well or badly is predetermined rather than a real choice, then there is no moral responsibility—only actions that hurt or help others. That realization shouldn't seriously change the way we punish or reward people, because we still need to protect society from criminals, and observing punishment or reward can alter the brains of others, acting as a deterrent or stimulus. What we should discard is the idea of punishment as retribution, which rests on the false notion that people can choose to do wrong.” COYNE, Jerry A. You don't have free will. **The chronicles of higher education**. Washington, 18 mar. 2012. Disponível em: <<http://chronicle.com/article/Jerry-A-Coyne/131165/>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

⁸¹ Bem no esteio do preconizado por Oliver Wendell Holmes Jr, “Associate Justice” da Corte Suprema dos EUA entre 1902 e 1932, que dizia, em sua obra “The Common Law” (1963), que os condenados que aguardam a execução da pena capital deveriam ser vistos como morrendo para o bem da sociedade, similarmente aos soldados no campo de batalha. Cf. GOODENOUGH, Oliver R. Responsibility and punishment: whose mind? A response. In: **Philosophical transactions: biological sciences**, Londres, vol. 359, n. 1451, p. 1808, 2004.

pesquisa e proposta. A apenação com prisão, morte e medidas substitutivas (e a neurociência toma como parâmetros-mor os modelos de pena estadunidense e britânico) são dados incontestes, são medidas plenamente aplicáveis – cabe agora ao cientista ver o que é melhor, mais efetivo, seja para retribuir o mal, seja para algo de útil socialmente.

O perigo da neurociência é, repetindo Lombroso e seus seguidores, a medicalização da questão penal⁸², esta que é algo indubitavelmente de caráter social. As ciências naturais aplicadas à questão penal tendem a desenvolver meras técnicas de “pacificação social”, de controle e conformação de condutas numa dada sociedade – seja ela justa ou não. *O dissenso, criminalizado ou não, tende a ser para a neurociência (e mesmo para certas abordagens da psiquiatria) um problema a ser neutralizado.*

Não obstante, a neurociência traz elementos muito interessantes e consistentes para criticar o cerne da culpabilidade penal, que é o livre arbítrio.

No escopo do presente trabalho – que não é por óbvio uma pesquisa sobre neurociências, mas sim sobre direito penal – será exposto um tanto sucintamente alguns experimentos científicos empreendidos e que trouxeram conclusões interessantes sobre a (in)existência de livre arbítrio; daí passaremos a colocar os discursos que alguns neurocientistas mais renomados sobre o assunto e, por fim, trataremos de três casos em específico, trazidos à baila pelo saber neurocientífico e que são de extrema relevância para a compreensão do tema ora em tela – compreensão pelo viés do penalista pesquisador, diga-se.⁸³

⁸² Como alguns neurocientistas defendem; vide Laurence Tancredi, professor clínico de Psiquiatria na New York University School of Medicine: “We may once again be returning to justification for the “medicalization” of the criminal justice system, whereby diagnosis and treatment are viewed as far more desirable for maintaining social order than judgment, punishment, and retribution.” TANCREDI, Laurence R. The neuroscience of “free will”. In: **Behavioral science and the law**, Hoboken, n. 25, p. 308, 2007.

⁸³ Ao ensejo, se indica as cinco formas de se verificar judicialmente, na tradição angloamericana, se alguém estava apto a agir culpavelmente (é dizer, se tinha a *mens rea* – uma “guilty mind”, uma mente culpada): a norma “M’Naghten”, o teste de “impulso irresistível”, o padrão “Durham”, a definição do American Law Institute Model Penal Code e a definição “estatutária” (statutory) federal de insanidade. Cf. GOODENOUGH, Oliver R. Responsibility and punishment: whose mind? A response. In: **Philosophical transactions: biological sciences**, Londres, vol. 359, n. 1451, p. 1805, 2004.

6.2- Alguns experimentos

O sustentáculo maior de um campo científico, notadamente das *hard sciences* (ciências biológicas e exatas) é a empiria, são os resultados concretos, fáticos, de suas pesquisas. A neurociência por sua vez, neste marco da experimentação-comprovação-repetibilidade de resultados, empreendeu várias pesquisas, as quais geraram resultados surpreendentes e muito dignos de nota.

Aqui citaremos alguns deles.

Um primeiro e marcante experimento foi o conduzido pelo psicólogo Benjamin Libet, da Universidade da Califórnia, que constatou que algumas partes do córtex cerebral eram ativadas antes que a pessoa se tornasse consciente da decisão de mover alguma parte de seu corpo⁸⁴. Libet usou os registros referidos a “potenciais relacionados a eventos” (event-related potentials – ERPs) obtidos por eletroencefalograma (EEG), no rastreamento da atividade cerebral, da consciência da intenção de agir (no caso, a ação era mover um membro do corpo após uma decisão consciente com esta finalidade) e do tempo entre a intenção e a realização da ação livre e voluntária. Durante estas etapas a atividade cerebral era constantemente monitorada. O indivíduo participante da pesquisa tinha que olhar um relógio e informar ao pesquisador o momento exato em que tomaram a decisão consciente de mover um membro.

Os registros do Dr. Libet mostraram que o “potencial de prontidão” (“readiness potential” – “RP”) se dava entre 500 (quinhentos) e 1000 (mil) milissegundos antes de o indivíduo consciente e afirmativamente decidir mover um membro de seu corpo. Com efeito, o resultado final do experimento teria mostrado que o “potencial de prontidão” do cérebro de um indivíduo se tornaria ativo por volta de 300 (trezentos) milissegundos antes da consciência de agir.

O que estaria sugerido é que algo anterior à decisão consciente de realizar uma ação já estaria operante no cérebro de uma pessoa e já encaminharia a

⁸⁴ Como referência, vide dois trabalhos do Dr. Libet,: “How does conscious experience arise? The neural time factor” (1999) e “Mind time: the temporal factor in consciousness” (2005).

mesma, inconscientemente, para a realização do ato. Como isso em tese não poderia surgir simplesmente do nada, a hipótese levantada é a de que experiências e vivências passadas de um indivíduo seriam responsáveis pela ativação do cérebro. O cérebro, portanto, responderia a estímulos ambientais que “disparariam ‘representações armazenadas’ de eventos passados”.⁸⁵ Ou seja: nada de livre arbítrio como fundamento da ação por aqui.

Outro experimento, na mesma linha, foi realizado por Michael Platt e Paul Glimcher, pesquisadores do Center for Neural Science da New York University.⁸⁶ Os pesquisadores, usando macacos no experimento, constataram que neurônios específicos, localizados principalmente no lobo parietal inferior do cérebro, são “preferenciais” para certos aspectos dos estímulos visuais. Estes neurônios “saberiam”, por intermédio de vivências anteriores, compreender o campo de recepção visual e depreender disso qual a probabilidade de receber uma recompensa – e sobre isso o comportamento se apoiaria e se realizaria. Com isso se teria que a preferência entre uma escolha comportamental em detrimento de outra viria de “julgamentos sensoriais” baseados em informação acumulada que afetaria os neurônios envolvidos na parte sensorial e motora do cérebro.⁸⁷

Ainda, uma equipe de pesquisadores de Oxford também realizou experimento na mesma seara.⁸⁸ Utilizando-se de produção de imagens por ressonância magnética funcional (“functional Magnetic Resonance Imaging” – “fMRI”) eles mostraram que o lapso temporal entre a atividade cerebral correspondente e a consciência da decisão de levantar um dedo seria de 200 (duzentos) milissegundos, e que entre o surgimento do “potencial de prontidão” no cérebro e a ocorrência da ação transcorreria 1 (um) segundo – o que é um tempo considerável. Aqui se aventou que a intencionalidade seria “retrospectiva”, que seria uma mera

⁸⁵ TANCREDI, Laurence R. The neuroscience of “free will”. In: **Behavioral science and the law**, Hoboken, n. 25, p. 299-300, 2007.

⁸⁶ Como referência, vide dois trabalhos de Platt e Glimcher de nome “Responses of Intraparietal Neurons to Saccadic Targets and Visual Distractors” (1997) e “Neural correlates of decision variables in parietal cortex” (1999).

⁸⁷ TANCREDI, Laurence R. *Op. cit.* p. 300.

⁸⁸ Como referência, vide o relatório de Hakwan C. Lau, Robert D. Rogers, Patrick Haggard e Richard E. Passingham, de nome “Attention to intention” (2004).

“racionalização” de um evento que seria, de fundo, meramente alguém “se observando realizar um ação”.⁸⁹

E mais, o pesquisador Chun Siong Soon, do Max Planck Institute for Human Cognitive and Brain Sciences, de Leipzig (Alemanha), juntamente com outros cientistas, e usando também o “fMRI”⁹⁰, relataram que duas regiões cerebrais teriam codificado com grande precisão se o indivíduo pesquisado estava prestes a escolher entre um botão à direita ou um botão à esquerda para apertar, e isso ocorria antes de uma decisão consciente. Segundo eles “a informação neural previsível precedia a decisão motora consciente em até 10 (dez) segundos”. Seria aí mais um indício de que a liberdade de decisão seria construída *a posteriori* da ação, e o livre arbítrio seria apenas uma “ilusão retrospectiva”.

Sobre este ponto da “ilusão retrospectiva”, citemos mais um último e famoso experimento.

Em 1944 dois psicólogos, Fritz Heider e Mary-Ann Simmel, criaram uma animação na qual três formas geométricas se moviam de formas variadas (um triângulo maior se movia pela tela atrás de um pequeno círculo, “tombando” com este; um pequeno triângulo se movia pela tela por vezes ficando entre o triângulo grande e o pequeno círculo; as três figuras entravam e saíam de uma área demarcada por uma moldura retangular, que em um dos ângulos abria e fechava).⁹¹

O que ocorria era que o indivíduo que via o filme não podia evitar de ver a animação em termos sociais: o triângulo grande “perseguiu” o círculo pequeno, e o estava “atacando”; o pequeno triângulo estaria “tentando proteger” o círculo; o círculo estaria “amedrontado”, etc. Em outros termos, simples movimentos de formas geométricas acionaria, em tese automaticamente, na mente das pessoas “uma

⁸⁹ TANCREDI, Laurence. The neuroscience of “free will”. In: **Behavioral science and the law**, Hoboken, n. 25, p. 300, 2007.

⁹⁰ Como referência, vide o artigo de Chun Siong Soon, Marcel Brass, Hans-Jochen Heinze e John Dylan Haynes, nomeado “Unconscious determinants for free decision in human brain” (2008). Cf. MELE, Alfred R. The case against the case (sic) of free will. **The chronicles of higher education**. Washington, 18 mar. 2012. Disponível em: <<http://chronicle.com/article/Alfred-R-Mele/131166/>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

⁹¹ Como referência, vide o trabalho de Fritz Heider e Mary-Ann Simmel, chamado “An experimental study of apparent behaviour” (1944). A animação criada por eles pode ser vista em [http://www.youtube.com/watch?v=n9TWwG4\\$FWQ](http://www.youtube.com/watch?v=n9TWwG4$FWQ).

cascata de inferências sociais complexas”. As pessoas veriam as figuras como “vivas”; nestas seriam vistos “crenças, desejos, intenções, emoções, traços de personalidade e mesmo censurabilidade moral”.⁹² Isso indicaria que as pessoas teriam uma propensão em interpretar fatos quaisquer – como movimento de imagens, como fatos físicos ou biológicos – em termos sociais, criando para si a ilusão de que algo seria moral e eticamente referenciado, quando na verdade não seria. Aplicando ao livre arbítrio, os indivíduos entenderiam retrospectivamente meras seqüências de movimentos, meras ativações de partes do cérebro, meras transmissões de impulsos nervosos como algo de cariz social, como algo além da física-química-biologia, como algo idêntico ao livre arbítrio clássico. E tal, claro, seria uma ilusão, um auto-engano, unicamente.

É por isso que grande parte dos neurocientistas (e seu número tende a aumentar mais e mais) sustenta que o livre arbítrio, aquele de longa tradição judaico-cristã e liberal, aquele que embasa a culpabilidade clássica, simplesmente não existe – e isto é dito com comprovação científica.

Passemos em revista tais afirmações por parte destes pesquisadores.

6.3- A inexistência do livre arbítrio, pelos neurocientistas

Os experimentos e seus resultados, expostos acima em uma mera amostragem, acabaram por mobilizar um número substancial de pesquisadores na defesa da estrita inexistência do que se denominaria “livre arbítrio”. A escolha liberta em última análise de outras constrições que não a vontade e a consciência da realidade seria uma ficção por completo, algo engendrado pelo intelecto humano e que seria eivada da mais inafastável ausência de lastro em dados da realidade.

A publicização de tais discursos traz um incômodo muito peculiar ao âmbito do movimento pendular, já tomado por perene e inobstaculizável, entre determinismo e livre escolha – e tal incômodo vem a favor da posição determinista.

⁹² GREENE, Joshua; COHEN, Jonathan. For the law, neuroscience changes nothing and everything. In: **Philosophical transactions: biological sciences**, Londres, vol. 359, n. 1451, p. 1782, 2004.

Veja-se o que dizem os já citados Joshua Greene e Jonathan Cohen, da Universidade de Princeton – EUA, em seu famoso artigo. Após argumentarem que o retributivismo necessita, implícita ou explicitamente, da concepção de livre arbítrio para operar, eles dizem:

“(...) nós argumentamos que o suporte intuitivo do Direito é em última instância embasado numa concepção de livre arbítrio metafísica e excessivamente ambiciosa, libertária e que é ameaçada pelo determinismo e, mais enfaticamente, pela vindoura neurociência cognitiva.”⁹³

Após uma discussão entre visões libertárias e deterministas, os autores frontalmente problematizam a questão do senso comum que se presta a informar as visões massificadas de livre-escolha e seu marco legal/penal:

“Nós argumentamos que a nova neurociência vai continuar a ressaltar e aumentar este intervalo, esta discrepância [entre com o que a Lei oficialmente se importa e com o que se importa realmente as pessoas]. É dizer, a nova neurociência vai solapar a concepção “senso-comum” e libertária de livre arbítrio das pessoas e também o intelecto retributivista que dela depende, ambos tendo até agora sido protegidos pela inacessibilidade a intelectos sofisticadas sobre a mente e sua base neural.”⁹⁴

Ainda, numa ofensiva contra as teorias absolutas da pena, aquelas pontas-de-lança do retributivismo penal, os autores versam sobre a ciência rompendo a clausura epistemológica da filosofia e do direito:

⁹³“(...) we argue that the law's intuitive support is ultimately grounded in a metaphysically overambitious, libertarian notion of free will that is threatened by determinism and, more pointedly, by forthcoming cognitive neuroscience.” GREENE, Joshua; COHEN, Jonathan. For the law, neuroscience changes nothing and everything. In: **Philosophical transactions: biological sciences**, Londres, vol. 359, n. 1451, p. 1776, 2004.

⁹⁴ “We argue that new neuroscience will continue to highlight and widen this gap. That is, new neuroscience will undermine people's common sense, libertarian conception of free will and the retributivist thinking that depends on it, both of which have heretofore been shielded by the inaccessibility of sophisticated thinking about the mind and its neural basis.” *Ibid.* p. 1776.

“O feito em rede deste influxo de informação científica será a rejeição do livre arbítrio como este é ordinariamente concebido, com importantes ramificações para o direito. Como pontuado acima, nosso [dos EUA] sistema de justiça criminal é largamente retributivista. Nós argumentamos que o retributivismo, a despeito de seu instável casamento com a filosofia compatibilista na letra da lei, em última instância depende de uma intuitiva e libertária noção de livre arbítrio que é solapada pela ciência. Logo, com a rejeição da concepção “senso comum” de livre arbítrio vem a rejeição do retributivismo.”⁹⁵

Os dois pesquisadores então passam a discorrer sobre os diversos aspectos do retributivismo, do consequencialismo e da tentativa de compatibilização entre determinismo e livre arbítrio – ou seja, o compatibilismo (além das interferências das três linhas de pensamento na compreensão e aplicação do Direito), para então afirmarem peremptória e contundentemente o seguinte:

“(...) no que diz respeito à temática do livre arbítrio em si, o determinismo “duro” é geralmente correto. Livre arbítrio, como nós ordinariamente o entendemos, é uma ilusão.”⁹⁶

Partilha desta opinião Jerry A. Coyne, professor do departamento de Ecologia e Evolução da Universidade de Chicago – EUA, e autor renomado no tema. Frontalmente ele coloca sua posição, em recentíssimo artigo, explicando o porquê de não haver livre arbítrio:

“Seu cérebro e seu corpo, os veículos que fazem “escolhas”, são compostos por moléculas, e o arranjo destas moléculas é inteiramente determinado por seus genes e seu meio-ambiente. Suas decisões resultam de impulsos elétricos e substâncias químicas, ambos de base molecular, transmitidos de uma célula cerebral para outra. Estas moléculas devem obedecer as leis da física, então as emissões/gerações (“outputs”) do seu cérebro – suas “escolhas” – são ditadas por estas leis. (...) E deliberar sobre suas escolhas

⁹⁵ “The net effect of this influx of scientific information will be a rejection of free will as it is ordinarily conceived, with important ramifications for the law. As noted above, our criminal justice system is largely retributivist. We argue that retributivism, despite its unstable marriage to compatibilist philosophy in the letter of the law, ultimately depends on an intuitive, libertarian notion of free will that is undermined by science. Therefore, with the rejection of common-sense conceptions of free will comes the rejection of retributivism.” GREENE, Joshua; COHEN, Jonathan. For the law, neuroscience changes nothing and everything. In: **Philosophical transactions: biological sciences**, Londres, vol. 359, n. 1451, p. 1776, 2004.

⁹⁶ “(...) when it comes to the issue of free will itself, hard determinism is mostly correct. Free will, as we ordinarily understand it, is an illusion.” *Ibid.* p. 1783.

antecipadamente não ajuda, uma vez que esta deliberação também reflete atividade cerebral que deve obedecer a leis da física.

“Declarar que nós podemos escolher livremente entre alternativas é alegar, então, que nós podemos de alguma forma sair da estrutura física do nosso cérebro e mudar seu funcionamento. Isto é impossível. Como o que é gerado (“output”) por um computador programado, apenas uma escolha é sempre fisicamente possível: aquela que você fez.”⁹⁷

Esta vaga tremenda de negação da possibilidade de livre escolha é endossada até por aqueles que tem consistente passagem pelo campo da teoria jurídica em si. Eis a posição de Owen D. Jones, professor de Direito e Ciências Biológicas na Universidade Vanderbilt, de Nashville – EUA, sobre o tema:

“Livre arbítrio é para o comportamento humano o que o vácuo perfeito é para a física terrestre – um ponto final largamente abstrato de onde se começa a pensar, antes de imediatamente seguir para considerar e confrontar das fricções práticas da existência cotidiana.

“Vontade é tão livre [*free*]⁹⁸ quanto o almoço. (Se você duvida, tente desejar tirar a si mesmo de um estado de amor, luxúria, ira, ou ciúme).”⁹⁹

⁹⁷ “Your brain and body, the vehicles that make ‘choices’, are composed of molecules, and the arrangement of those molecules is entirely determined by your genes and your environment. Your decisions result from molecular-based electrical impulses and chemical substances transmitted from one brain cell to another. These molecules must obey the laws of physics, so the outputs of our brain—our “choices”—are dictated by those laws. (It’s possible, though improbable, that the indeterminacy of quantum physics may tweak behavior a bit, but such random effects can’t be part of free will). And deliberating about your choices in advance doesn’t help matters, for that deliberation also reflects brain activity that must obey physical laws.

“To assert that we can freely choose among alternatives is to claim, then, that we can somehow step outside the physical structure of our brain and change its workings. That is impossible. Like the output of a programmed computer, only one choice is ever physically possible: the one you made.” COYNE, Jerry A. You don’t have free will. **The chronicles of higher education**. Washington, 18 mar. 2012. Disponível em: <<http://chronicle.com/article/Jerry-A-Coyne/131165/>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

⁹⁸ Aqui num jogo com os dois significados da palavra em inglês, “livre” e “grátis”.

⁹⁹ “Free will is to human behavior what a perfect vacuum is to terrestrial physics—a largely abstract endpoint from which to begin thinking, before immediately moving on to consider and confront the practical frictions of daily existence. Will is as free as lunch. (If you doubt, just try willing yourself out of love, lust, anger, or jealousy.)” JONES, Owen D. The end of (discussing) free will. **The chronicles of higher education**. Washington, 18 mar. 2012. Disponível em: <<http://chronicle.com/article/Owen-D-Jones/131169/>>. Acesso em: 11 abr. 2012.

Após iniciar de forma tão espirituosa seu texto, o pesquisador lança as bases científicas de sua afirmação:

“Processos evolucionários pré-equipam cérebros em todas as espécies com certas predisposições em termos de processamento de informação. Falando genericamente, isto aumenta as probabilidades de que a combinação de circunstâncias ambientais – fatores, contextos físicos e sociais imediatos, e similares – vão dar passagem a um subgrupo de possíveis (e geralmente não-desastrosos) comportamentos em detrimento de outro(s).

“(…) danos a áreas específicas do cérebro – por meio de lesões ou doenças, por exemplo – podem impedir a tomada de decisão humana normal. E tais impedimentos podem, por sua vez, relaxar inibições, aumentar comportamentos impulsivos e causadores de dependência, alterar a capacidade de fazer julgamentos morais, ou senão deixar um pessoa situada de forma diferente do resto da população.”¹⁰⁰

Daí ele dá o seu lancinante veredicto:

“Todo comportamento tem causas, e toda escolha é forçada. Nós precisamos aceitar isso e nos adaptar.”¹⁰¹

Por derradeiro, expomos as pontuações de Paul Bloom, professor de Psicologia e Ciência Cognitiva da Universidade Yale, de New Haven – EUA. Ele expõe sua posição, concordante com a inexistência de livre arbítrio (ainda que no decorrer do texto venha a minimizar o peso e o valor da discussão sobre a querela ora em tela):

¹⁰⁰ “Evolutionary processes pre-equip brains in all species with some information-processing predispositions. Generally speaking, these increase the probabilities that some combinations of environmental circumstances—immediate physical and social factors, contexts, and the like—will yield one subset of possible (and generally nondisastrous) behaviors rather than others. (...) impairments to specific areas of the brain—through injury or disease, for example—can impede normal human decision-making. And those impediments can, in turn, relax inhibitions, increase impulsive and addictive behaviors, alter the ability to make moral judgments, or otherwise leave a person situated dissimilarly from the rest of the population.” JONES, Owen D. The end of (discussing) free will. **The chronicles of higher education**. Washington, 18 mar. 2012. Disponível em: <<http://chronicle.com/article/Owen-D-Jones/131169/>>. Acesso em: 11 abr. 2012.

¹⁰¹ “All behaviors have causes, and all choices are constrained. We need to accept this and adapt.” *Ibid*.

“(...) nossa planta genética parcialmente determina nossas ações, incluindo nosso comportamento moral. O resto é determinado pelos nossos ambientes; pelas forças que agem sobre nós durante nossas jornadas de zigotos a cadáveres. E é isto – nós somos seres físicos, e assim nossas naturezas e nossas criações [como fomos criados por nossos responsáveis durante a vida] determinam tudo o que nós somos e tudo o que nós fazemos.

“Isto é o que muitos chamam livre arbítrio, e a maioria dos cientistas e filósofos concordam que isto é uma ilusão. Nossas ações são na verdade literalmente predestinadas, determinadas pelas leis da física, o estado do universo, muito antes de nós nascermos, e, talvez, por eventos aleatórios em nível quântico. Nós não escolhemos nada disso, e assim o livre arbítrio não existe.”¹⁰²

São estes e muitos outros homens e mulheres de ciência que advogam a inexistência de livre arbítrio conforme o entendemos pela cultura ocidental. E, repita-se, eles advogam anunciando e mostrando aos quatro cantos uma pungente empiria, um conjunto de dados coletados em experimentos rigorosos que, a princípio, escoram solidamente suas (pro)posições.

Ao ensejo, faça-se nota de três casos especiais, que bem ilustram o exposto neste capítulo do presente trabalho.

6.4- Três casos emblemáticos no debate do tema: tumor no córtex orbitofrontal direito, o polimorfismo no gene da monoamina oxidase A (MAO-A) e a chamada “psicopatia”

Destacar-se-á no tratamento neurocientífico da culpabilidade três casos em especial, de grande interesse para o argumento do capítulo, e que ilustram bem a força da posição negadora/problematizadora do livre arbítrio pela ciência “cerebral”.

¹⁰² “(...)our genetic blueprint partially determines our actions, including our moral behavior. The rest is determined by our environments; by the forces that act upon us throughout our journeys from zygotes to corpses. And this is it—we are physical beings, and so our natures and our nurtures determine all that we are and all that we do. This is what many call free will, and most scientists and philosophers agree that it is an illusion. Our actions are in fact literally predestined, determined by the laws of physics, the state of the universe, long before we were born, and, perhaps, by random events at the quantum level. We chose none of this, and so free will does not exist.” BLOOM, Paul. Free will does not exist. So what?. **The chronicles of higher education**. Washington, 18 mar. 2012. Disponível em: <<http://chronicle.com/article/Paul-Bloom/131170/>>. Acesso em: 11 abr. 2012.

O primeiro seria o tumor no córtex orbitofrontal direito do cérebro e o comportamento compatível com o crime de pedofilia.¹⁰³

Verificou-se que um cidadão estadunidense, com quase 50 (cinquenta) anos, havia começado a apresentar distúrbios de comportamento inéditos em sua vida, consistentes em um aumento incomum da libido e o início de uma coleção de pornografia infantil. Ele foi removido de sua casa por ter assediado sexualmente sua enteada e foi condenado por pedofilia. A Justiça determinou que ele seguisse para um tratamento para viciados em sexo (caso contrário seria preso), mas tal não funcionou, uma vez que o cidadão não conseguia se controlar e realizava aproximações de caráter sexual junto à equipe da clínica e a outros pacientes.

Na véspera da audiência de justificação o cidadão foi levado a um hospital com dores de cabeça e desequilíbrio. Exames neurológicos – inclusive com o uso de imagens de ressonância magnética (MRI) revelaram um tumor cancerígeno no córtex orbitofrontal direito – parte do cérebro implicada na regulação do comportamento social.

O tumor foi removido. O equilíbrio do cidadão melhorou e ele completou o tratamento para adictos em sexo. Sete meses depois ele foi considerado como “inofensivo” a sua enteada e voltou para casa.

Quase um ano depois o cidadão começou a reclamar de dores de cabeça e iniciou secretamente nova coleção de pornografia infantil. Novo exame neurológico mostrou o retorno do tumor no mesmo lugar de antes. O novo tumor foi removido e o cidadão voltou ao seu comportamento normal poucos dias depois.¹⁰⁴

Este é uma ocorrência tomada como exemplar para demonstrar a possibilidade de lesões cerebrais serem responsáveis por mudanças complexas na personalidade de uma pessoa e na sua interação com o meio social, a ponto de determiná-la ao cometimento de alguma ação tida por criminosa.

¹⁰³ Como referência, vide os seguintes trabalhos: Charles Choi, “Brain tumour causes uncontrollable paedophilia” (2002) e; Jeffrey M. Burns e Russel H. Swerdlow, “Right Orbitofrontal Tumor With Pedophilia Symptom and Constructional Apraxia Sign” (2003).

¹⁰⁴ O relato do caso, como colocado neste capítulo, consta do relatório da Royal Society de Londres sobre “Neurociência e Direito”. Vide ROYAL Society. **Brain waves module 4: neuroscience and the law**. Londres: The Royal Society, 2011. p. 15.

Outro caso seria o da influência do gene que regula a monoamina oxidase A (MAO-A) no comportamento “antissocial”. A monoamina oxidase A é uma enzima que metaboliza neurotransmissores no cérebro. Notou-se em pesquisas que quando uma pessoa tem uma variação (polimorfismo) no gene que controla esta enzima os neurotransmissores (noradrenalina, dopamina e serotonina) não são adequadamente metabolizados, e isto predisporia uma pessoa do sexo masculino a se tornar um adulto violento.¹⁰⁵ Mas tal não surgiria apenas por causa do perfil genético da pessoa: para que o adulto violento surgisse a influência do ambiente deveria acontecer; no caso em análise, deveria haver a combinação do gene polimorfo com abusos ocorridos na infância da pessoa. A combinação destes dois fatores – genes e ambiente – teria o condão de aumentar as chances da formação de um adulto violento e “sociopático” em até 85% (oitenta e cinco por cento).¹⁰⁶

Teríamos aí outra ocasião de clara ausência de plena livre escolha entre condutas por parte de um cidadão tido por infrator e que tivesse tanto o gene alterado quanto uma história de vitimização por abuso infantil.

Outro último caso digno de nota é o da chamada psicopatia.

A interpretação da psicopatia pela psiquiatria e pela neurociência é por certo criticável – tem um histórico de déficit no cruzamento de informações com a

¹⁰⁵ “Researchers at the National Institutes of Health have recently shown through MRI studies that men with the low expression variant for the production of MAO-A have hyper-reactivity of the amygdala and hippocampus during emotional provocation, with concomitant diminished response of the inhibitory or regulatory regions, most particularly the orbitofrontal section of the prefrontal cortex and the anterior cingulate cortex.” TANCREDI, Laurence R. The neuroscience of “free will”. In: **Behavioral science and the law**, Hoboken, n. 25, p. 304, 2007.

¹⁰⁶ Como referência, vide os dois seguintes trabalhos: Avshalom Caspi, Joseph McClay, Terrie E. Moffitt, Jonathan Mill, Judy Martin, Ian W. Craig, Alan Taylor e Richie Poulton, “Role of genotype in the cycle of violence in maltreated children” (2002) e; Avshalom Caspi e Terrie E. Moffitt, *Gene–Environment Interactions in Psychiatry: Joining Forces with Neuroscience* (2006). O relato do caso, como colocado neste capítulo, é baseado no trazido por Laurence Tancredi em seu artigo, e no Relatório da Royal Society, ambos já aqui citados. *Ibid.* p. 303-304; ROYAL Society. **Brain waves module 4: neuroscience and the law**. Londres: The Royal Society, 2011. p. 24-25.

sociologia e mostrou ainda por vezes uma filiação ideológica a visões bastante conservadoras de mundo, o que travestiu de ciência vários preconceitos.¹⁰⁷

Mesmo assim algo da abordagem científica acerca da psicopatia é interessante para fins de plena compreensão das dificuldades que cercam a culpabilidade penal. É o que segue.

A psicopatia é uma condição supostamente relacionada a um risco aumentado tanto de agressão instrumental (aquela violência direcionada a um objetivo, a uma finalidade) quanto de agressão reativa (aquela sem objetivo, instintiva, que responde a uma dada ameaça), por parte de crianças e adultos.¹⁰⁸ Os indivíduos que padeceriam de tal condição seriam “particularmente indiferentes a regras convencionais” e “não modulariam seus comportamentos de acordo com a pessoa com quem estivessem interagindo”.¹⁰⁹ Isto viria a ocorrer por disfunções em certas áreas do cérebro, em especial as regiões orbital, medial, frontal ventrolateral, frontal inferior e anterior cingulado do córtex.¹¹⁰ Tais indivíduos apresentariam reduzida capacidade de resposta involuntária (e adequada, segundo valores “socialmente compartilhados”) ao sofrimento/angústia de outros e debilitada capacidade de reconhecimento de expressões faciais e vocais de medo.¹¹¹

Mas o que é mais relevante aqui são suas repercussões em matéria de teoria do delito. O “psicopata”, portador de uma dada condição cerebral – e das “disfunções de sociabilidade” que daí adviriam, é alguém plenamente capaz pelo padrão da teoria do delito corrente. Apesar de ter uma “debilidade” cerebral, passível em tese de comprovação científica, médica, ele não seria inimputável.

O psicopata seria capaz de dolo (teria vontade plena e correta representação do resultado de sua ação), seria imputável (uma vez que não teria uma “doença mental *stricto sensu*” para fins penais, pois teria a correta compreensão da realidade e poderia plenamente se determinar segundo esta compreensão), teria consciência

¹⁰⁷ Vide o seguinte e memorável trabalho: RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 113-125.

¹⁰⁸ BLAIR, James R. Aggression, Psychopathy and Free Will From a Cognitive Neuroscience Perspective. In: **Behavioral science and the law**, Hoboken, n. 25, p. 324, 2007.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.* p. 327.

da ilicitude (a dimensão do proibido é perfeitamente entendível pelo psicopata) e lhe seria a princípio exigível outra conduta que não a delituosa (pelo menos no que se entende corriqueiramente por “exigibilidade de conduta diversa”, infelizmente algo excessivamente amplo). Inobstante, a pergunta fica: será que seria mesmo exigível outra conduta deste cidadão com compleição cerebral diferenciada? Não seria ele cabalmente inculpável?

Breves e profícuas palavras são as de Ricardo de Lins e Horta, jurista e mestre em Neurociências pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) quando de debates via email com o autor da presente pesquisa. Ei-las:

“A literatura sobre os psicopatas, para mim, é o que há de mais fascinante nisso tudo. O psicopata é o sujeito que, no curso da sua vida e conforme o ambiente que experimenta, apresenta um desenvolvimento de estruturas encefálicas límbicas e corticais tal que não consegue sentir empatia pelo outro. Ele é plenamente consciente do que faz (tem o dolo: consciência + vontade), mas não tem o ‘freio emocional’ que o impede de usar os outros como instrumentos e não se compadece do sofrimento alheio. O que fazer com esse cara quando comete um delito? Interná-lo no manicômio judiciário, sendo que não tem surtos psicóticos? Considerá-lo culpável como um ser humano médio, o que não é verdade? O nosso conceito de imputabilidade simplesmente não serve para ele. E o sistema penal está longe de oferecer uma solução para isso.”¹¹²

A psicopatia, como a tem a neurociência, é uma lacuna considerável e premente na teoria do delito clássica, e na sua versão simplificada a qual é aplicada em larga monta nos mais diversos procedimentos de natureza criminal pelos operadores do sistema penal em todo o Brasil.

¹¹² HORTA, Ricardo de Lins e. **Livre arbítrio, culpabilidade e neurociência**. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <fernandosansao@hotmail.com> em 20 abr. 2012.

7- DESCONSTRUÇÃO CRIMINOLÓGICA DA CULPABILIDADE PENAL

“Estes cem anos de reprovação já produziram, suficientemente, desrespeito e execração moral de acusados; já concederam a preconceitos morais e religiosos uma sobrevida que o penalismo ilustrado não suporia possível”

Nilo Batista, “Cem anos de reprovação”, a propósito do centenário da obra de Reinhardt Frank, publicada em 1907, de nome “Sobre a estrutura do conceito de culpabilidade”.

7.1- Intróito

A deslegitimação do sistema penal pela criminologia contemporânea é drástica, cabal. No século XX, com o surgimento da Escola sociológica de Chicago do discurso jurídico marxista, e seus desdobramentos, heréticos ou não, a compreensão da questão penal não foi a mesma.

O giro epistemológico que inclui no campo de estudo da criminologia não só a (discutível) etiologia do crime e do criminoso, mas também a reação social ao desvio de conduta, aos processos de interação entre cidadão infrator e sociedade trouxe, com seus ulteriores achados, subsídios profícuos para colocar em xeque todo o discurso penalista oficial, corrente na academia e no seio dos comuns do povo.

A compreensão dos procedimentos e efeitos da rotulação criminal¹¹³, o cotejo entre pena, mercado de trabalho e modos de produção¹¹⁴, entre cárcere e fábrica¹¹⁵, o corte de raça e classe na operatividade real do sistema penal¹¹⁶ ou mesmo a sustentação de uma total inefetividade do sistema penal quanto a seus fins oficiais¹¹⁷ rompeu com extrema qualificação um silêncio reverente que travava desde há muito a discussão de fundo sobre a pertinência dos diversos sistemas penais, que erigiram a pena privativa de liberdade como pena principal, ou pena de referência, e pressupunham, por vezes com fervor e devoção quasi religiosos¹¹⁸, sua validade e eficácia para lidar com os conflitos intersubjetivos/ sociais que chamamos de delito.

Em especial a chamada “Criminologia Crítica”¹¹⁹, surgida oficiosamente na Europa, conhecida por alguns como “Criminologia Radical”¹²⁰, empreendeu uma audaciosa investida contra o sistema penal, baseando-se em empiria e se utilizando, um tanto heterodoxamente, do arcabouço teórico marxiano e marxista. Estes criminólogos acabaram por fazer uma crítica ampla (ou amplíssima) ao sistema penal ocidental – suas crenças, suas atitudes, suas operações – e, até hoje, tem repercutidos seus achados e formulações pelos quatro cantos do mundo, e entre marxistas/filomarxistas e não-marxistas¹²¹. Muito se produz hoje tendo como marco teórico esta criminologia e seus representantes.

¹¹³ Vide o famoso *labelling approach*, corrente de investigação criminológica que rendeu inúmeros frutos para o campo de estudos do crime e da pena.

¹¹⁴ Cf RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Revan, 2004.

¹¹⁵ Cf MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário: séculos XVI-XIX**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Revan, 2006.

¹¹⁶ Cf ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

¹¹⁷ Cf HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. 2. ed. Niterói: LUAM, 1997.

¹¹⁸ Minha expressão para tal constatação é “Adoração do Cordeiro Místico penal”.

¹¹⁹ Vide TAYLOR, Ian R.; YOUNG, Jock.; WALTON, Paul. **The new criminology: for a social theory of deviance**. New York: Harper & Row, 1974, e; TAYLOR, Ian R.; YOUNG, Jock.; WALTON, Paul. **Criminologia crítica**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.

¹²⁰ Vide SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris – ICPC, 2006.

¹²¹ A América Latina foi pródiga em dar ao mundo acadêmico criminólogos formados, em grande monta, pela Criminologia Crítica: Lola Aniyar de Castro (Venezuela), Rosa del Olmo (Venezuela), Emilio Garcia Mendez (Argentina), Nilo Batista (Brasil), Vera Malaguti Batista (Brasil), etc.

Todavia, tais aportes e abordagens não serão o foco deste capítulo.

O intuito desta parte do trabalho é levantar os achados e construtos criminológicos que contribuíram para o que se chama “crise de culpabilidade”; portanto o foco não será em desconstruções de fôlego mais geral, mais amplo, mais global (como a Criminologia Crítica), mas sim aquelas pontuações criminológicas que vem atacar, desmembrar, ou mesmo invalidar a sustentação teórica, dogmática e política da culpabilidade penal, nos moldes hiper-normativizados/finalistas, hegemônicos hoje em todo o Ocidente.

Para tal mister, trataremos da crítica criminológica da culpabilidade no eixo da desconstrução oriunda da teoria das subculturas criminais, de origem norte-americana e de filiação com a supracitada Escola de Chicago¹²².

7.2- A teoria das subculturas criminais: origens, e a improcedência do fundamento axiológico da culpabilidade penal

A teoria das subculturas criminais é um desenvolvimento da chamada “criminologia sociológica” que surge num primeiro momento nos EUA, em especial na Universidade de Illinois, em Chicago.

A teoria das subculturas na verdade é uma tentativa de conciliação entre a teoria da anomia do sociólogo francês Émile Durkheim¹²³ e de seu discípulo, o

¹²² Mesmo em se aceitando a censura da Criminologia Crítica a este ramo do saber sociológico estadunidense, qual seja, a de que ele mantém o referencial etiológico na criminologia, tomando acriticamente o crime como conceito fechado, pleno de sentido, não determinado por interações conflituais sociais flutuantes e historicamente marcadas em seu mais profundo “ser”.

¹²³ DURKHEIM, Emile. **O suicídio**: estudo de sociologia. São Paulo: Martins Fontes, 2000; e DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

sociólogo estadunidense Robert K. Merton¹²⁴, e o chamado “interacionismo” da Escola de Chicago¹²⁵.

Para deste desenvolvimento da teoria sociológica do crime o eixo da investigação deveria ser outro: mudar-se-ia da chave interpretativa da desorganização social para se firmar que, paradoxalmente, o que existe é uma *integração* dos delinquentes aos valores maiores de um dada cultura dominante, “procura de sucesso (Cloward e Ohlin) ou de status (Cohen)” por parte dos infratores.¹²⁶ Para tanto os autores da teia das subculturas iriam investigar precipuamente as gangues de jovens.

Nos escritos dos autores citados acima em parênteses já notamos algo de suas proposições principais – e mais (o ponto que interessará ao argumento deste capítulo da dissertação não está nas teses principais dos autores).

Vejamos Albert K. Cohen, criminólogo estadunidense, fixando o conteúdo da subcultura delinquencial, em um trabalho de 1955:

“O que nós vemos quando olhamos para subcultura delinqüente (e nós não devemos nem assumir que isto descreve *toda a criminalidade juvenil*) é que ela é *não-útilitária, maliciosa e negativista*.”¹²⁷

¹²⁴ MERTON, Robert K.. Estrutura social e anomia In: **Sociologia; teoria e estrutura**. São Paulo: Mestre Jou, 1970. Para um excelente apanhado de todos os autores da pioneira “criminologia sociológica”, vide ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2007.

¹²⁵ NASCIMENTO, André. Uma ausência sentida: a crítica criminológica da culpabilidade. In: NASCIMENTO, André (org). **Cem Anos de Reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 45. Para uma abordagem mais consistente sobre o “interacionismo simbólico” e suas conseqüências, vide BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 85 ss.

¹²⁶ NASCIMENTO, André. Uma ausência sentida: a crítica criminológica da culpabilidade. In: NASCIMENTO, André (org). **Cem Anos de Reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 45.

¹²⁷ “What we see when we look at the delinquent subculture (and we must not even assume that this describes *all juvenile crime*) is that it is *nonutilitarian, malicious and negativistic*.” COHEN, Albert K.. Delinquent subcultures. In: JACOBY, J. E. (org.). **Classics of Criminology**. 2. ed. Prospect Heights: Waveland Press, 1994. p. 201.

Colocando isto, Cohen passa a explicar como o delinquente juvenil incorre em infração por razões outras – que não a suposta análise “racional” que a doxa coloca, aquela que preconiza que se comete crime para “se usufruir de ganhos fáceis”, fora de um auferir de rendimentos pelo “trabalho honesto”. Ou ainda, em abordagens mais sofisticadas, que se comete crime por outros motivos, de talhes psicológicos.

“Nós usualmente assumimos que quando pessoas furtam/roubam coisas, elas furtam/roubam porque elas querem tais coisas. Elas podem querê-las porque elas podem comê-las, vesti-las ou de outra forma usá-las; ou porque elas podem vendê-las; ou mesmo – se somos propensos a uma virada mental psicanalítica – porque em algum nível simbólico profundo eles substituem ou representam algo inconscientemente desejado, mas proibido. Todas estas explicações tem isso em comum, elas assumem que o furto/roubo é um meio para um fim, nomeadamente, a posse de algum objeto de valor, e que isto é, neste sentido, racional e “utilitário”. Entretanto, o fato não pode ser afastado – e este fato é de importância crucial para definir nosso problema – de que muito do “furto/roubo de gangue” não tem motivação alguma.”¹²⁸

Aqui o criminólogo não está afastando de todo o corte socioeconômico da criminalidade, em especial contra o patrimônio; outrossim, quer reforçar uma outra e concorrente dimensão da realização de infrações: a fidelidade a um certo grupo de valores, cabalmente encontrados por exemplo nos grupos de jovens fora-da-lei.

A gangue juvenil, portanto, indicaria a presença de um grupo humano claramente operativo, mas regido por conjunto de valores e regras outros que os do

¹²⁸ “We usually assume that when people steal things, they steal because they want them. They may want them because they can eat them, wear them or otherwise use them; or because they can sell them; or even-if we are given to a psychoanalytic turn of mind-because on some deep symbolic level they substitute or stand for something unconsciously desired but forbidden. All of these explanations have this in common, that they assume that the stealing is a means to an end, namely, the possession of some object of value, and that it is, in this sense, rational and utilitarian. However, the fact cannot be blinked-and this fact is of crucial importance in defining our problem-that much gang stealing has no such motivation at all.” COHEN, Albert K.. Delinquent subcultures. In: JACOBY, J. E. (org.). **Classics of Criminology**. 2. ed. Prospect Heights: Waveland Press, 1994. p. 201. Na mesma página: “In homelier language, stealing ‘for the hell of it’ and apart from considerations of gain and profit is a valued activity to which attaches glory, prowess and profound satisfaction. There is no accounting in rational and utilitarian terms for the effort expended and the danger run in stealing things which are often discarded, destroyed or casually given away.”

chamado “mainstream”, da cultura chamada “correta”, “de bem”, “(supostamente) dominante” – por vezes mais fortes que aqueles do seio familiar.

“O Ponto é que a gangue é um separado, distinto e muitas vezes irresistível foco de atração, lealdade e solidariedade. Os clamores do ‘lar’ versus os clamores da gangue podem apresentar um verdadeiro dilema, e em tais casos a falência dos controles familiares é tanto uma casualidade quanto uma causa para a filiação a uma gangue.”¹²⁹

Esta dimensão de validade de arcabouços simbólicos entre indivíduos e grupos é retomada, mas por um outro viés, por Richard A. Cloward e Lloyd E. Ohlin, dois outros criminólogos americanos.

Num escrito publicado em 1960 eles já advogam que, ínsita à apreensão de uma dada ordem de valores corretos, já se absorve a plena existência de valores “incorretos”, ou criminais. É dizer,

“Normas sociais tem dois lados. Uma prescrição indica a existência de uma proibição, e vice-versa. Advogar honestidade é demarcar e condenar um grupo de condutas que são desonestas. Em outras palavras, normas que definem práticas legítimas também implicitamente definem práticas ilegítimas. Um dos propósitos de normas, de fato, é delinear o limite entre práticas legítimas e ilegítimas. Fixando tal limite, segregando e classificando vários tipos de comportamento, elas nos tornam alertas não só para o comportamento que é tomado como correto e apropriado, mas também para o comportamento que é dito como errado e impróprio. Daí que o criminoso que realiza furto/roubo ou fraude não inventa um novo estilo de vida; a possibilidade de empregar meios alternativos é reconhecida, tacitamente no mínimo, pelas normas da cultura.”¹³⁰

¹²⁹ “The Point (sic) is that the gang is a separate, distinct and often irresistible focus of attraction, loyalty and solidarity. The claims of the home versus the claims of the gang may present a real dilemma, and in such cases the breakdown of family controls is as much a casualty as a cause of gang membership.” *Ibid.* p. 204.

¹³⁰ “Social norms are two-sided. A prescription implies the existence of a prohibition, and vice versa. To advocate honesty is to demarcate and condemn a set of actions which are dishonest. In other words, norms that define legitimate practices also implicitly define illegitimate practices. One purpose of norms, in fact, is to delineate the boundary between legitimate and illegitimate practices. In setting this boundary in segregating and classifying various types of behavior, they make us aware not only of behavior that is regarded as right and proper but also of behavior that is said to be wrong and improper. Thus the criminal who engages in theft or fraud does not invent a new way of life; the possibility of employing alternative means is acknowledged, tacitly at least, by the norms of the culture.” CLOWARD,

Tratando em seu artigo sobre a formação do delinqüente, as oportunidades para se engajar em atividades ilícitas e a busca ativa – e aquisição – das habilidades necessárias para a realização destas atividades, os autores, num desenvolvimento claro da teoria da “associação diferencial” do célebre Edwin Sutherland¹³¹ – com reminiscências na “teoria da anomia” de Robert Merton¹³² e de Émile Durkheim¹³³, falam sobre a necessária “tutela”, da qual decorre uma verdadeira aquisição de habilidades e *valores* para a realização aceitável das condutas ilícitas.

“Portanto concluímos que o acesso a papéis [*roles*] ilegítimos, não menos que o acesso a papéis legítimos, é limitado por fatores sociais e também psicológicos. Nós aqui devemos lidar primariamente com diferenciais socialmente estruturados em oportunidades ilegítimas. Tais diferenciais, nós argumentamos, tem muito a ver com o tipo de subcultura delinquencial que se desenvolve daí.”¹³⁴

Seria uma compreensão situacional da delinqüência. Dependendo da situação concreta de existência do cidadão no meio social, a fidelidade a um ou outro grupo de valores se dá. E tal diz respeito, também, a acesso (ou não) a meios legítimos para a satisfação de desejos e conquista de objetivos.

Richard A.; OHLIN, Lloyd E.. Delinquency and opportunity. In: JACOBY, J. E. (org.). **Classics of Criminology**. 2. ed. Prospect Heights: Waveland Press, 1994. p. 236.

¹³¹ Vide SUTHERLAND, Edwin H. **White collar crime: the uncut version**. London: Yale University Press, 1983, e SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R.; LUCKENBILL, David F. **Principles of criminology**. 11. ed. New York: General Hall, 1992.

¹³² MERTON, Robert King. **Social theory and social structure**. ed. rev. e ampl. Glencoe: Free Press, 1957.

¹³³ DURKHEIM, Emile; BRANDÃO, Eduardo. **Da divisão do trabalho social**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, e; DURKHEIM, Emile. **O suicídio: estudo de sociologia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹³⁴ “Thus we conclude that access to illegitimate roles, no less than access to legitimate roles, is limited by both social and psychological factors. We shall here be concerned primarily with socially structured differentials in illegitimate opportunities. Such differentials, we contend, have much to do with the type of delinquent subculture that develops.” CLOWARD, Richard A.; OHLIN, Lloyd E.. Delinquency and opportunity. In: JACOBY, J. E. (org.). **Classics of Criminology**. 2. ed. Prospect Heights: Waveland Press, 1994. p. 238.

“É, por óbvio, perfeitamente verdadeiro que ‘busca por status social, ‘o motivo do dinheiro’, e outros desejos socialmente aprovados não explicam por completo o comportamento seja desviante ou seja conformado. Mas se o comportamento orientado por objetivos ocorre sob condições nas quais há obstáculos socialmente estruturados à satisfação desses desejos por meios legítimos, as pressões resultantes, nós argumentamos, podem levar ao desvio.”¹³⁵

Pois bem. O que se depreende do estudo destes (e outros) que são trabalhos filiados à teoria das subculturas criminais é uma conclusão interessantíssima: verifica-se empiricamente que outros conjuntos de valores, que não os alcunhados de “dominantes” (é dizer, aqueles que orientam a tutela de bens jurídicos pelo Direito Penal), dão sentido à existência de diversos grupos sociais. Em outras palavras: valores há que operam estritamente igual àqueles ditos “corretos” e “penalmente protegidos”, dando sentido à existência de pessoas várias, e informando ao observador que existem outros referenciais culturais objetivamente tão válidos para conformar grupos humanos quantos aqueles repressivamente “protegidos” pela norma penal.

Nas precisas palavras de Alessandro Baratta, suprarreferido:

““(…) [Nos] interessa sublinhar o núcleo teórico contido nessas teorias [as das subculturas criminais], que se opõe ao princípio da ideologia da defesa social acima denominado *princípio da culpabilidade*. Sob esse ponto de vista, a teoria das subculturas criminais nega que o delito possa ser considerado como expressão de uma atitude contrária aos valores e às normas sociais gerais, e afirma que existem valores e normas específicos dos diversos grupos sociais (subcultura). Estes, através de mecanismos de interação e de aprendizagem no interior dos grupos, são interiorizados pelos indivíduos pertencentes aos mesmos e determinam, portanto, o comportamento, em concurso com os valores e as normas institucionalizadas pelo direito ou pela moral ‘oficial’. Não existe, pois *um* sistema de valores, ou *o* sistema de valores, em face dos quais o indivíduo é *livre* de determinar-se, sendo *culpável* a atitude daqueles que, *podendo*, não se deixam “determinar pelo *valor*”, como quer uma concepção antropológica da culpabilidade, cara principalmente para a doutrina penal alemã (concepção normativa, concepção finalista). Ao contrário, não só a estratificação e o pluralismo dos grupos sociais, mas também as reações típicas de grupos socialmente impedidos do pleno acesso aos meios

¹³⁵ “It is, of course, perfectly true that “striving for social status,” “the money motive,” and other socially approved drives do not fully account for either deviant or conforming behavior. But if goal-oriented behavior occurs under conditions in which there are socially structured obstacles to the satisfaction of these drives by legitimate means, the resulting pressures, we contend, might lead to deviance.” *Ibid.* p. 239.

legítimos para a consecução dos fins institucionais, dão lugar a um pluralismo de subgrupos culturais, alguns dos quais rigidamente fechados em face do sistema institucional de valores e normas, e caracterizados por valores, normas e modelos de comportamento alternativos àquele.”¹³⁶

É dizer, se outros conjuntos de valores socialmente compartilhados cumprem a função de coesão social e são reconhecidos como válidos por grupos humanos dentro de uma mesma sociedade, a reprovabilidade que informa a culpabilidade penal normativa pura passa a soçobrar, a falhar.

A censurabilidade, que se sustenta na validade *erga omnes* de valores tomados como dominantes, hegemônicos, seria fulcrada em uma realidade falseada, esta do rol uno de valores “corretos” informando a sociedade; a conduta que atentaria contra tais valores, que no entendimento corrente seria reprovável, e até criminosa, potencialmente passaria a ser uma conduta válida como outra qualquer – só que informada por outro grupo de valores, sociologicamente tão válidos como o dito “correto”.

A incriminação, a inculpação realizada por um ordenamento jurídico-penal seria portanto deveras arbitrária: elegeria dentre conjuntos de valores existentes na sociedade, *um destes conjuntos*, qual seja, aquele bancado, vivido, patrocinado pelo(s) grupo(s) humano(s) de dominância social, política e/ou econômica num dado país, e o tomaria como parâmetro para a normação penal e, por conseguinte, para a proteção de seus interesses e de sua visão de mundo.

Nestes termos a teoria das subculturas criminais – que vinha para dizer que o delinqüente estaria *integrado* aos valores dominantes – acabou por mostrar que outros valores são operativos e válidos na sociedade, solapando o fundamento axiológico da culpabilidade penal enquanto reprovabilidade, ferindo gravemente o terceiro requisito do conceito analítico de crime.¹³⁷

¹³⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. -. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 73-74.

¹³⁷ Tal compreensão se mantém mesmo após a aproximação do que se chamou de “correção” da teoria das subculturas criminais, a saber, a teoria das “técnicas de neutralização”, desenvolvida pelos criminólogos Gresham M. Sykes e David Matza. Estes acadêmicos sustentam em seu trabalho que na verdade o delinqüente não erige nova normação social para basear seu comportamento, mas sim reconhece a normação “dominante” e se utiliza de “excludentes” sociais para justificar seu desvio de conduta. *In*

8- ENTRETANTOS: VINDICAÇÃO DA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

“Não quero entrar no problema filosófico da culpabilidade. Mas, o sistema penal joga perigosamente com esta noção grave e complexa, que ninguém domina, e é preciso ver isso claramente.”

Louk Hulsman, “Penas Perdidas”

verbis: “This flexibility is, in fact, an integral part of the criminal law in that measures for “defenses to crimes” are provided in pleas such as nonage, necessity, insanity, drunkenness, compulsion, self-defense, and so on. The individual can avoid moral culpability for his criminal action-and thus avoid the negative sanctions of society-if he can prove that criminal intent was lacking. *It is our argument that much delinquency is based on what is essentially an unrecognized extension of defenses to crimes, in the form of justifications for deviance that are seen as valid by the delinquent but not by the legal system or society at large.*” Vide SYKES, Gresham M.; MATZA, David. Techniques of neutralization: a theory of delinquency. In: **American Sociological Review**. Washington, D.C., n. 22, p. 666, 1957. Entendemos que na verdade tal teoria não tem o condão de “corrigir” a das subculturas criminais. Como se depreende da própria leitura do trabalho de Sykes e Matza, o que há é um esforço teórico para preservar a legitimidade de um corpo de valores e normas “de dominância” – tentando-se assim mitigar certas conseqüências – por certo indesejadas – da suprarreferida teoria das subculturas criminais. Mesmo com o interessantíssimo aporte de Sykes e Matza ao debate criminológico, o cerne que exploramos da teoria das subculturas criminais, a nosso ver, permanece intacto: há de fato sim conjunto(s) de valores, referenciados em parte ou não aos valores do(s) grupo(s) de ascendência social e econômica numa dada sociedade, conjunto este chamado de “subcultura criminal”, que tem a qualidade de, com substancial autonomia, operar similarmente aos valores “de dominância”, pautando em profundidade a existência e a conduta de grupos sociais distintos do (um tanto arbitrariamente?) tomado como “referência”, como “conforme”, como “de bem”.

8.1- Intróito

Ecce Crisis. Nesta altura do trabalho já estão expostas razões por certo consistentes na constatação de que “há algo de podre no reino da Dinamarca”.

A defesa da existência do livre arbítrio (judaico-cristão, liberal) como sustentáculo do terceiro requisito do conceito analítico de crime é algo mais problemático do que se supõe. Diz-se que, na impossibilidade de sua demonstração cabal, a suposição de sua existência seria elemento inafastável na construção de uma culpabilidade e de um direito penal das liberdades¹³⁸.

A questão é que o dito livre arbítrio não é só um ponto de difícil demonstração. Mais do que isso, a possibilidade de escolha por parte do cidadão entre uma conduta e outra não é só algo nebuloso em sua existência, mas é sim algo amplamente contestado em diversos âmbitos: filosófico (esta mesmo saber filosófico que se presta a lastrear a culpabilidade penal), neurocientífico, criminológico.

Sobre o livre arbítrio não paira apenas dúvida: a sua inexistência não é só aventada, mas é por certo defendida com argumentos os mais eloqüentes, os mais contundentes.

Nesta querela, portanto, cremos que a suposição de algo radicalmente contestado tanto filosófica quanto cientificamente para fundamentar toda uma tecnologia de supressão ou suspensão de direitos fundamentais (é o sistema penal atingindo a liberdade humana, e seus haveres) fica seriamente entravada.

Como proceder então? A supressão do livre arbítrio exclui a culpabilidade penal nos moldes apresentados pela dogmática. Daí, das duas uma: ou a análise da posição subjetiva do suposto autor de um delito fica impedida – e aí temos uma restauração da responsabilidade penal objetiva – ou temos um imperativo de afastamento, de deslegitimação *in totum* do conceito dogmático de delito, por estar

¹³⁸ P. ex.: ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal:** parte general. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 672.

decerto evitado (como a culpabilidade) de suposições não chanceladas, não abarcadas por qualquer outro campo do saber humano, é dizer, pelo fato de a dogmática jurídico-penal, por se esforçar em ser um campo totalmente autônomo do saber humano, acaba sendo um discurso autorreferenciado, que cria seus próprios fundamentos, tornando-se assim algo de frontalmente ficcional – e por fim, delirante.

Todavia esta não se parece uma opção neste momento da democracia brasileira. Se fortes argumentos se insurgem contra os fundamentos da dogmática penal esgrimida cotidianamente¹³⁹, a dogmática em si, na seara criminal, continua indispensável.

Explicamos.

8.2- Breve nota: o que é a dogmática penal

Ao ensejo, é cabível algumas poucas palavras sobre o que seria entendido como dogmática no presente trabalho.

Dogmática seria aquele âmbito do saber jurídico que constrói discursos e proposições tomando como ponto de partida a lei, o texto legal. Na dogmática não haveria espaço para o afastamento da letra da lei, salvo para considerá-la ilegal (aqui não há paradoxo) ou inconstitucional – para então se advogar a pertinência na aplicação de outro texto normativo. Na seara penal o material fundamental para se postular os “dogmas” seria a lei penal (incriminadora ou não), regularmente promulgada em âmbito federal, além das normativas várias, de origem executiva (p. ex. regras administrativas para a atuação da polícia, regulamentos de unidades prisionais), legislativa (p. ex. leis que versam sobre a questão penal, mas não tipificam crimes ou cominam penas, leis estaduais que tocam o sistema penal) ou judiciária (p. ex. julgados vários, em especial os de incidência *erga omnes*, súmulas – vinculantes ou não).

¹³⁹ Se é que podemos chamar de “dogmática” a *vulgata* finalista que os operadores do sistema penal, padecedores de qualquer apuro razoável em termo de domínio técnico do direito penal, diuturnamente costumam usar em suas peças, cotas, decisões e outras manifestações.

Com efeito, a dogmática trabalharia com o já posto, identificando as valorações realizadas e positivadas pelo legislador, e se restringindo a determinar, pela articulação de construtos teóricos lastreados (em princípio) na razão e na lógica, o alcance prático de tais valorações.

Nos eloqüentes termos usados por Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

“(...) o método dogmático consiste numa análise da letra do texto, em sua decomposição analítica em elementos (unidades ou dogmas) e na reconstrução destes elementos em forma coerente, tudo o que produz como resultado uma construção ou teoria. A denominação de ‘dogmática’, devida a [Rudolf von] Jhering, tem um sentido metafórico, porque o intérprete não pode alterar esses elementos, devendo respeitá-los como ‘dogmas’, tal como lhe são relevados pelo legislador, o que é um princípio básico que deve orientar a tarefa da ciência jurídica: o intérprete não pode alterar o conteúdo da lei.”¹⁴⁰

Isto posto, passemos a algumas considerações sobre a pertinência da dogmática jurídico-penal num Estado Democrático de Direito.

8.3- A autoridade dos Doutores, ou a demarcação do campo semântico das decisões penais

A dogmática penal é um ramo do saber jurídico preponderante para a vivência democrática. É através dela que se junte materialmente o juiz a interpretações da lei penal mais robustas técnica e logicamente.

É o tom da autoridade acadêmica. Com Hannah Arendt:

¹⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 164-165.

“Visto que a autoridade sempre exige obediência, ela é comumente confundida como (*sic*) alguma forma de poder ou violência. Contudo, a autoridade exclui a utilização de meios externos de coerção: onde a força é usada, a autoridade em si fracassou.”¹⁴¹

Ainda que tal trecho seja um tanto criticável¹⁴², a concepção de autoridade apresentada acima é bem compatível com a função da dogmática no campo de operações penais.

Ao contrário de outras manifestações de interpretação da lei penal – tais como sentenças, decisões interlocutórias, procedimentos policiais – a doutrina penal não tem coercitividade, não usa, nem tem a potência de usar de força para se impor. Sua preponderância, cabal, se verifica na autoridade que os operadores do sistema penal dão às palavras dos “sábios da Academia”. Como o local por excelência do refinamento teórico em matéria penal é a faculdade de Direito, o que lá surge informa concretamente o sistema penal. A grandessíssima maioria das decisões judiciais, por exemplo, trazem um extrato de alguma doutrina, o que tem o condão de legitimar mais a autoridade da prolação decisional.

A autoridade da doutrina penal vem, portanto, da imensa capacidade que a mesma tem de definir o campo semântico válido para fins de interpretação dos termos de uma dada norma penal.

A doutrina diz qual(is) o(s) significado(s) válido(s) dos termos de uma norma penal. E assim cumpre uma função precípua, importantíssima, ligada à *soberania* mesmo de um dado país – e seu ordenamento jurídico. É dizer, a doutrina dá o significado para o significante – ou a locução significante – constante de uma norma.

Ela diz, *com eficácia*, o que é e o que não é, em termos de normação penal.

¹⁴¹ ARENDT, Hannah. Que é autoridade? In: **Entre o passado e o futuro**. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2009. p. 129.

¹⁴² Como, por exemplo, em assumir que a autoridade seja poder, ainda que não violento, ou; que uma autoridade que exerce a coerção continue sendo autoridade – algo como o que surgiria de uma compreensão alternativa à de Arendt para a função preventiva geral negativa da pena.

Algo de certa forma bem pontuado pelo jurista e cientista político alemão Carl Schmitt:

“conceitos políticos decisivos, interessa justamente quem os interpreta, define e aplica; quem, através da decisão concreta, diz o que é paz, desarmamento, intervenção, ordem pública e segurança. Trata-se de uma das mais importantes manifestações da vida jurídica e espiritual da humanidade em geral o fato de que aquele que possui o verdadeiro poder também pode determinar por si mesmo os conceitos e palavras, *Cesar dominus et supra grammaticam*: César também é senhor da gramática.”¹⁴³

Por mais que seja um tanto megalômano dizer que o saber penal engendrado nas pesquisas é um elemento destacado da soberania estatal, o dispositivo é o mesmo – ainda que em escala minorada: quem diz os que as palavras significam tem o poder real na incidência de um discurso no mundo da vida. E é exatamente o que a dogmática faz: por ser um *pool* monopolizador de saber penal mais complexo e rico, acaba sendo o eixo discursivo por onde se guiam os diversos penalistas, os de vocação e os de oportunidade, em suas construções e atuações.

Repisando enfim: a dogmática, como *eminência parda* (ainda que sempre instável) do sistema penal, tem o condão de pautar materialmente as mais diversas decisões e providências tomadas em matéria de crime e punição. A voz da Academia, ainda que por vezes retoricamente afastada pelos operadores (sob o pretexto de que “não conhece a realidade fática da questão penal”), ressoa sempre em cada posição tomada por aqueles que movem a máquina punitiva brasileira.

8.4- Dogmática jurídico-penal como garantia

Uma decorrência necessária do exposto acima é que a autoridade da dogmática frente aos diversos operadores do sistema penal acaba por limitar o campo de atuação dos mesmos dentro de um quadro semântico com razoável estabilidade, e que naturalmente se torna referência para o Direito Penal aplicado.

¹⁴³ Völkerrechtliche Formen des modernen Imperialismus. In: FERREIRA, Bernardo. **O risco do político**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2004. p. 116.

E isto nada mais é do que fixar balizas para a atuação dos ditos operadores (com especial atenção aos magistrados); ou seja, a dogmática jurídico-penal acaba por funcionar como elemento privilegiado para a concreção de uma segurança jurídica material, que dá ao cidadão mais tranquilidade e precisão em prever como se encaminhará o sistema penal em cada caso.

Em outras palavras,

“(...) a ciência jurídica busca determinar o alcance do proibido e desvalorado de maneira lógica (não contraditória), fornecendo ao juiz um sistema de proposições que, aplicado por este, torna previsíveis suas decisões e, por conseguinte, reduz a margem de arbitrariedade e proporciona segurança jurídica, ainda que, por certo, a segurança jurídica não dependa apenas da previsibilidade das decisões judiciais. Neste sentido, é correto afirmar que a ciência jurídica ‘projeta a jurisprudência’.”¹⁴⁴

Em citação de pensamento de autoria de Enrique Gimbernat Ordeig, penalista espanhol:

“a dogmática jurídico-penal ‘estabelece limites e constrói conceitos, possibilita uma aplicação do direito penal segura e previsível e o subtrai da irracionalidade, da arbitrariedade e da improvisação’.”¹⁴⁵

Algum parâmetro para as operações do sistema penal deve haver. Algo que diga qual o seu sentido, o das normas que o informam, como o intelecto deve minimamente entender um dado conflito intersubjetivo nomeado “delito”. Este parâmetro, desde há muito, é o saber construído nas faculdades e universidade, que estabilizam – para bem ou para mal – o conteúdo e sentido das decisões prolatadas que tenham caráter penal, dando o indicador ao sistema acerca da melhor forma de responder aos citados conflitos que lhe são apresentados.

Em suma, em um Estado de Direito a dogmática penal serve para dar relativa segurança ao cidadão quanto a como se encaminhará os trabalhos do sistema

¹⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 167.

¹⁴⁵ ORDEIG, Enrique Gimbernat. APUD *Ibid.* p. 171.

penal. Previsibilidade e segurança razoáveis, estão aí dois grandes prós na defesa do saber dogmático.

Em um Estado Democrático a forma como este saber é construído – multipolarmente, por diversas faculdades e universidades, por diversos penalistas de diferentes extrações, com uma transdisciplinaridade que hoje tende a aumentar mais e mais, atualizando e “refrescando” a teoria – também é algo por certo pertinente. Para além do saber dos juízes, promotores e delegados – que tendem a operar como verdadeiras guildas, se afastando do amplo debate, democratizado, sobre suas pautas e visões de mundo – o saber acadêmico lança a todo momento na arena da comunidade dos penalistas suas teorias, proposições e críticas, e o(s) construto(s) que daí advem são potencialmente mais visceralmente legítimos, uma vez que se formou em espaço mais democrático (o debate geral) do que o que é formulado diariamente em uma ou outra instituição do sistema penal.

A função de garantia da dogmática jurídico-penal é tão preeminente que todo regime mais autocrático ou despótico tende a minar o saber penal dos “dogmas”, seja desconsiderando a teoria como “descolada do real”, seja formulando suas próprias teorias, as quais são necessariamente hiper-abstratas e hiper-normativizadoras de ditames legais, dando espaço aos mais variados desmandos e violações de direitos. Não à toa Zaffaroni e Pierangeli afirmam com veemência que

“A dogmática não se concilia com as ideologias que conduzem à insegurança jurídica na aplicação do direito, Essas ideologias combatem a dogmática porque combatem o direito, reduzindo a ciência jurídica a uma caricatura consistente em um jogo de conceitos difusos, do tipo dos ‘componentes autoritários que fecham o discurso’ (Marcuse).”¹⁴⁶

¹⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 172-173. Eis a continuação do parágrafo aqui citado: “(Por ‘componentes autoritários que fecham o discurso’ se entendem expressões, que embora possam ter conteúdo, são empregadas sem conteúdo, com a mera pretensão de emudecer o oponente: o ‘são sentimento do povo’, o ‘supremo interesse do Estado’, os ‘interesses do proletariado’, ‘a moral’ (sic), a ‘ética’, a ‘defesa da sociedade’, a ‘segurança nacional’, etc. Seu caráter de componente autoritário do discurso não deriva tanto da própria expressão, mas de seu emprego carente de conteúdo, como ‘curinga’ para ‘terminar a questão’)”.

Ou seja, regimes e discursos antidemocráticos são arredios à dogmática jurídico-penal. É neste trilho que concordamos com os dois penalistas citados logo acima quando dizem que

“A pretensão de rejeitar o método dogmático, por considerá-lo inútil, é um infantilismo jurídico, próprio de pretensos teóricos gerais que jamais enfrentaram os problemas concretos de algum ramo do saber jurídico. Quando prescindimos da construção desses conceitos, caímos no campo das soluções arbitrárias.”¹⁴⁷

8.5- Que fazer? Ponderando sobre culpabilidade penal, sua necessidade e sua obsolescência

Conseguimos então, até o momento, um nó a ser desatado. Como conciliar a crise drástica da culpabilidade com a necessidade do marco dogmático para um sistema penal democrático?

Como se viu, a culpabilidade hoje tomada como paradigma se degenerou em um arremedo de teoria, um conjunto muitas vezes paupérrimo de lugares-comuns e locuções pejorativas que servem para, de forma muito precária, justificar a condenação e o encarceramento de pessoas¹⁴⁸. O rebaixamento da culpabilidade penal a um proto-discurso incriminador obsta profundamente o rendimento mesmo do finalismo, que já se torna mais e mais datado.

Somado a esta falta de legitimidade na aplicação do direito, soma-se a deslegitimação profunda do verdadeiro fundamento do terceiro requisito do conceito analítico de crime, fundamento este que é a existência do livre arbítrio.

A filosofia com muita solidez abalou de vez a firmeza do livre arbítrio como algo real.

¹⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 166.

¹⁴⁸ Que hoje toma escala massiva. Em 2012 já temos mais de quinhentos mil presos no Brasil – com direito a centenas de milhares de mandados de prisão expedidos, mas ainda não cumpridos.

A neurociência fez emergir, e com vasta empiria, o “além da dúvida” na existência do livre arbítrio: mostra mesmo, com experimentação científica, que escolha e consciência para a escolha seriam uma ilusão tremenda.

A criminologia trouxe elementos que mostraram a existência de valores outros que não os ditos “dominantes”, e que compõem a visão de mundo de grande número de pessoas, impedindo-as de partilhar do ideário da “livre escolha” binária entre valores corretos e delinquência.

Não obstante, eis a necessidade da culpabilidade penal enquanto parte de uma supostamente imprescindível dogmática jurídico-penal. Tal culpabilidade enquanto dogmática é o que dá a moldura para a análise da posição do dito infrator frente a sua ação delituosa.

Se antes tal não havia, e a responsabilidade penal era sumamente objetiva – com condenações mesmo na ausência de conduta, com condenações de animais e objetos quaisquer – com o advento da culpabilidade agregou-se mais um ponto a ser verificado antes da imputação de delitos e penas a um cidadão: sua capacidade de entender a realidade, de ter consciência da ilicitude de seu ato e de se determinar por tudo isso. É mais um degrau a ser escalado antes de se restringir um direito tão fundamental quanto a liberdade humana.

Mas como manter esta culpabilidade eivada de irracionalidades, incongruências e obsolescências?

Haveria algo a mediar os dois aspectos da culpabilidade penal hodierna – sua obsolescência e sua necessidade de existência?

9- A RECONSTRUÇÃO FUNCIONALISTA DEMOCRÁTICA DA CULPABILIDADE PENAL

“Não há falta que eu não tenha me sentido capaz de cometer.”

Johann Wolfgang von Goethe

9.1- Intróito

Faz-se, por todo o exposto, presente a premência de uma ponderação entre a imensa fragilidade da concepção de culpabilidade penal correntemente sustentada e a função de garantia dos cidadãos ante ao poder punitivo que uma construção dogmática de culpabilidade penal exerce.

Afirmamos neste momento, portanto, que ponderações desta natureza foram feitas, e com resultados muito bons, por dois teóricos do Direito Penal, quais sejam, Claus Roxin e Eugenio Raul Zaffaroni.

Intuitiva ou frontalmente, estes penalistas reconheceram a profunda crise da culpabilidade penal e propuseram reformatações do instituto que podem servir para mediar ambos os pólos da crise. Ou seja, podem resgatar de algum tanto a dogmática jurídico-penal no que toca à culpabilidade, sem cair em loas a técnicas de culpabilização de talhe metafísico ou idealista.

Explicamos.

9.2- A responsabilidade normativa de Roxin e a política criminal como possibilidade de atualização da culpabilidade penal

Claus Roxin, célebre penalista alemão, propõe um seu modelo analítico de crime, denominado “funcionalista teleológico” ou “funcionalista racional-teleológico”. Neste modelo a dogmática se abre uma vez mais (como outrora no neokantismo) mais profundamente para a deontologia, mas num outro matiz. Se antes, no neokantismo, a hiper-normativização das categorias penais levou o sistema penal e seus operadores às raias do abstracionismo genocida – vide escola de Kiel e os Tribunais Penais nazistas – agora a dogmática, mantida em sua dignidade de orientadora da inculpação e exculpação, é permeada pela “política criminal”.

Qual política criminal? A constitucional-democrática, a que defende e promove os direitos humanos incondicionalmente. Com isso o Direito Penal teria a

potência de se democratizar mais e mais, e teria a possibilidade de se atualizar constantemente, com vistas a melhor proteger os bens jurídicos penalmente tutelados.

É dizer,

“A idéia de estruturar categorias basilares do direito penal com base em pontos de vista político-criminais permite transformar não só postulados sócio-políticos, mas também dados empíricos e, especialmente, criminológicos, em elementos fecundos para a dogmática jurídica. Se procedermos deste modo, o sistema jurídico-penal deixará de ser unicamente uma totalidade conceitualmente ordenada de conhecimentos com validade geral, mas abre-se para o desenvolvimento social(...)”¹⁴⁹

Com a flexibilidade democrática que a teoria do delito ganharia com o influxo da política criminal o espaço para a adequação da culpabilidade penal surgiria.

O teórico alemão reconhece como incompleta a apreensão do tema pela dogmática penal clássica. Uma compreensão mais ampla sobre a temática far-se-ia pertinente.

Para tanto, Roxin renomeia o terceiro requisito do conceito analítico de crime como “responsabilidade normativa”, que seria constituída dos seguintes estratos: imputabilidade, atitude interna contrária ao Direito, potencial consciência da ilicitude, exigibilidade de conduta diversa – e necessidade preventiva geral e especial.

“(...) tradicionalmente se denomina apenas “culpabilidade” à categoria do delito que se segue ao injusto. Com isso se produz uma redução do problema, pois a idéia de que o legislador, ainda que existindo culpabilidade, renuncia à pena ali onde a mesma não lhe parece preventivamente indispensável contribui de maneira importante para a solução de problemas discutidos de exclusão da responsabilidade. Ademais, apenas mediante o reconhecimento de culpabilidade e necessidade preventiva como pressupostos de igual classe da responsabilidade jurídico-penal, pode a dogmática jurídico-penal conseguir conectar com a teoria dos fins da pena, para a que hoje em dia se

¹⁴⁹ ROXIN, Claus. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. In: **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 77-78.

reconhece que somente culpabilidade e necessidades preventivas conjuntamente podem dar lugar a uma sanção penal.”¹⁵⁰

Com efeito, para o modelo roxiniano não basta a verificação da chamada culpabilidade penal (chamada agora de “psicológico-normativa” ou “complexa”, devido à adição da análise da “atitude interna contrária ao Direito”) ; deve-se agregar a eles mais um nível de análise, qual seja, o da pena tornada concretamente necessária para o afastamento do cidadão infrator do seio da sociedade (prevenção especial negativa), para a ressocialização/reintegração deste infrator nos valores constitucional-democráticos (prevenção especial positiva), para a intimidação do restante da população quanto à não realização de atos ilícitos (prevenção geral negativa) e para reafirmar perante a generalidade dos cidadãos os valores subjacentes à proteção penal dos diversos bens jurídicos (prevenção geral positiva).

Tem-se então mais uma verificação a ser realizada pelo julgador antes de impor uma pena a um cidadão: deve-se atestar a estrita e real necessidade da pena quanto ao indivíduo supostamente infrator e quanto à sociedade em geral.

O cidadão teria já daí mais um elemento de proteção frente à potestade punitiva estatal.

“A exigência de reconhecimento da necessidade preventiva como pressuposto adicional da punibilidade significa unicamente uma ulterior proteção ante a intervenção do Direito Penal, enquanto que já não só se limita o preventivamente admissível mediante o princípio da culpabilidade, senão que também se restringe a possibilidade de punição da conduta

¹⁵⁰ “(...) tradicionalmente se denomina sólo ‘culpabilidad’ a la categoría del delito que sigue al injusto. Con ello se produce una reducción del problema, pues la Idea de que el legislador, aun existiendo culpabilidad, renuncia a la pena allí donde la misma no le parece preventivamente indispensable contribuye de manera importante a la solución de problemas discutidos de la exclusión de la responsabilidad. Además, sólo mediante el reconocimiento de culpabilidad y necesidad preventiva como presupuestos de igual rango de la responsabilidad jurídicopenal, puede la dogmática jurídicopenal conseguir conectar con la teoría de los fines de la pena, para la que hoy día se reconoce que sólo culpabilidad y necesidades preventivas conjuntamente pueden dar lugar a una sanción penal.” ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general – tomo I. Madri: Civitas, 1997. p. 792-793.

culpável mediante a exigência de que a mesma seja preventivamente imprescindível.”¹⁵¹

Entretanto, o grande espaço de atualização e democratização da culpabilidade penal não se dá apenas da adição de mais um nível de análise, mas nas possibilidades desta análise em termos de conteúdo.

Se é verdade que Roxin anui com a verificação da necessidade preventiva geral e especial em tese apenas no afastamento da imposição de pena já em situações reconhecidas dogmaticamente como mitigadoras de culpa – como o estado de necessidade exculpante ou o excesso na legítima defesa, por exemplo – ou seja, não se aplicando pena onde se aplicaria pena minorada por exigibilidade atenuada de conduta diversa, as possibilidades se abrem, pela própria estrutura da proposição roxiniana.

Em sendo a exigibilidade de conduta diversa uma causa supralegal de exclusão de culpabilidade, e assim dando azo a abarcar as mais diversas situações fáticas (como o fato de consciência, a provocação da situação de legítima defesa, a desobediência civil, o conflito de deveres, etc¹⁵²), a adoção da necessidade preventiva poderia ensejar ao julgador, com o avanço da dogmática penal de orientação constitucional e com a consolidação do Estado Democrático de Direito no Brasil, novas e atualizadas oportunidade de exculpação dos cidadãos, consolidando assim o Direito Penal na sua função de proteção de bens jurídicos do cidadão acusado ante o poder punitivo do Estado.

¹⁵¹ “La exigencia de reconocimiento de la necesidad preventiva como presupuesto adicional de la punibilidad significa únicamente una ulterior protección ante la intervención del Derecho penal, en cuanto que ya no sólo se limita lo preventivamente admisible mediante el principio de culpabilidad, sino que también se restringe la posibilidad de punición de la conducta culpable mediante la exigencia de que la misma sea preventivamente imprescindible.” ROXIN, Claus. **Derecho Penal:** parte general – tomo I. Madrid: Civitas, 1997. p. 793.

¹⁵² Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal – parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC - Lumen Juris, 2008. p. 343-349.

9.3- A culpabilidade pela vulnerabilidade de Eugenio Raul Zaffaroni e a sensibilidade social e democrática do Direito Penal

No marco funcionalista redutor de Zaffaroni, o Direito Penal é concebido como um sistema de filtros, pelos quais passa o poder punitivo, só ultrapassando tal poder todos os filtros a si interpostos quando tem caracteres de menor irracionalidade.

E elemento basal para o referido Direito Penal que se reconhece democrático é a imputação de uma ação injusta a uma pessoa concreta, individualizada. Aí sim se tem um crime. Caso a vinculação personalizada de um delito a um agente fosse olvidada, a desrazão imperaria no sistema penal. Com efeito,

“(...) o injusto só poderia traduzir-se em uma pena talional [onde a personalização da imputação de um crime e da análise das circunstâncias pessoais e fáticas é deixada de lado] em uma sociedade – por sorte impossível – de seres humanos *idênticos, mas também imutáveis*, é dizer, não só iguais entre si senão também sempre iguais a si mesmos. Tal seria uma *sociedade não humana composta de seres não humanos*, porque é tão inevitável que os seres humanos sejam distintos entre si como que cada um deles seja um *ser sendo*, que não pode eludir sua dinâmica em cada constelação situacional em que realiza uma ação. A pretensão de prescindir da culpabilidade e prover uma resposta talional fundada no injusto seria inconstitucional, por um lado por ser violadora do princípio da igualdade e, por outro, por negar frontalmente a antropologia constitucional (o conceito do humano que pressupõem os princípios constitucionais).”¹⁵³

A assunção atenta de tais considerações levam ao operador do sistema penal a ter toda uma outra sensibilidade para com a questão do sujeito culpável (e culpado). Daí que os países socialistas pré-queda do Muro de Berlim desenvolveram, fulcrados ainda que não expressamente no pensamento penal de

¹⁵³ “(...) el injusto sólo podría traducirse en una pena talional en una sociedad - por fortuna imposible- de seres humanos *idénticos, pero también inmutables*, es decir, no solo iguales entre sí sino también siempre iguales a sí mismos. Tal sería una *sociedad no humana compuesta de seres no humanos*, porque es tan inevitable que los seres humanos sean distintos entre sí como que cada uno de ellos sea un *ser siendo*, que no puede eludir su dinámica en cada constelación situacional en que realiza una acción. La pretensión de prescindir de la culpabilidad y proveer una respuesta talional fundada em el injusto sería inconstitucional, por un lado por ser violatoria del principio de igualdad y, por otro, por negar frontalmente la antropología constitucional (el concepto de lo humano que presuponen los principios constitucionales).” ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**: parte general. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 650-651.

Jean-Paul Marat¹⁵⁴, dos idos da Revolução Francesa, um instituto de natureza penal que passou a ser alcunhado “Co-culpabilidade”.

“Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação da culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma ‘co-culpabilidade’, com a qual a própria sociedade deve arcar.”¹⁵⁵

Já aí o operador do sistema penal muito pode fazer: pode diminuir ou excluir a culpabilidade ínsita ao art. 59, *caput*, do Código Penal; pode reconhecer uma atenuante inominada, conforme permite a letra do art. 66 do mesmo Código, ou; pode até mesmo excluir de todo a culpabilidade, com o reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa – causa supra-legal de exculpação.

Todavia, sustenta Zaffaroni – e com razão – que há uma formulação capaz de maior robustez exatamente nesta seara: é o construto zaffaroniano de nome “Culpabilidade pela vulnerabilidade”.

Este instituto, de substrato claramente criminológico, vai atestar que a seletividade do sistema penal é real.¹⁵⁶ Não são todas as pessoas que estão suscetíveis a ingressar no processo de criminalização, a serem “vítimas” do poder punitivo, que é fato puro (e irracional) de poder¹⁵⁷: são passíveis de tal ingresso,

¹⁵⁴ MARAT, Jean-Paul. **Plano de legislação criminal**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

¹⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – parte geral**. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 610-611.

¹⁵⁶ “La inevitable selectividad del sistema penal le quita fundamento ético a la pena y, por ende, esta no puede responder a un juicio de reproche que sólo sería ético en una sociedad con total movilidad vertical y con un estado de derecho perfecto, lo que no existe ni nunca existió y sólo sería posible imaginar lejanamente y sin poder punitivo o con el poder punitivo reducido a márgenes muy limitados.” ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: parte general**. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 652.

¹⁵⁷ “Dado que el poder punitivo siempre conservará el carácter irracional que deviene de su propia estructura, es decir, por un lado la carencia de una utilidad confesable y por otro la inevitable falla ética con que lo sella la selectividad, la culpabilidad no puede entenderse

muitíssimo privilegiadamente, os membros das classes mais desfavorecidas socioeconomicamente, aqueles e aquelas chamados e chamadas então de “vulneráveis”.

Portanto seria verificável que certas pessoas, desde sempre, e por causa de sua cor de pele ou sua condição socioeconômica ou seus hábitos mais exóticos ou moralmente reprováveis¹⁵⁸, teriam um grau maior de probabilidade de estar no alvo do sistema penal. Aí, a exemplo do que se constatou na co-culpabilidade, o Estado tem uma culpa real pelo fato de que o cidadão vulnerável não tem um âmbito de autodeterminação pleno, está premido seja por privações crônicas, seja por um espaço social degradado e violento, seja pela demanda de assunção de um estilo de vida (p. ex. o consumismo) sem que haja possibilidades de que o vulnerável tenha plenas condições de realizar estas aspirações socialmente partilhadas.

Isto posto, a censurabilidade da conduta de certas pessoas em situação de vulnerabilidade social já é, de saída, menor.

“Uma culpabilidade que se limitasse a tomar em conta a censura pessoal ao autor, com total indiferença à circunstância de que este tenha sido selecionado por sua maior vulnerabilidade (por regra diretamente proporcional a sua distância do poder) implica uma palpável contradição com a ética mais elementar. Para atenuar esta confrontação, a culpabilidade deve ser um conceito que limite seu efeito de censura com a referência ao dado seletivo; se trata de legitimar a função reductora e não o poder punitivo.”¹⁵⁹

como un reproche que legitima el poder punitivo que se habilita en su función, sino sólo como *un límite a su irracionalidad selectiva de vulnerables y a su consiguiente defecto ético.*” *Ibid.* p. 653.

¹⁵⁸ No Brasil, privilegiadamente a “clientela” do sistema penal são negros e pobres.

¹⁵⁹ “Uma culpabilidad que se limitase a tomar en cuenta el reproche personal al autor, con total indiferencia a la circunstancia de que éste haya sido seleccionado por su mayor vulnerabilidad (por regla directamente proporcional a su distancia del poder) implica una palmaria contradicción con la ética más elemental. Para atenuar esta confrontación, la culpabilidad debe ser un concepto que limite el efecto del reproche con la referencia al dato selectivo; se trata de legitimar la función reductora y no el poder punitivo.” ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal:** parte general. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 653.

A culpabilidade zaffaroniana, portanto, cumpriria uma função de limitação ao poder punitivo, este que, por seletivo que seja, exsurge como fato de poder inexorável, apto a criminalizar um dado cidadão; resta à culpabilidade reger tal exercício de poder, restringindo a reprovabilidade de uma conduta e trazendo um marco razoável para a constatação da existência de um sujeito culpável.

“O saber jurídico-penal, como discurso destinado às agências que devem decidir nos casos previamente selecionados pelo poder punitivo, carece de poder para cancelar a seletividade deste, mas o dispõe em grau suficiente para incorporar o dado de sua seletividade e reduzir o fenômeno excluindo de seu exercício seus extremos mais escandalosamente enfrentados com a ética de igualdade de tratamento do estado de direito.”¹⁶⁰

Restaria ao julgador, na análise da culpabilidade, a constatação de outra coisa: qual o *esforço pessoal* de um cidadão – que se sabe vulnerável, alvo privilegiado do sistema penal – em se colocar na mira do sistema penal, em se posicionar no local ótimo para se capturado pelo processo de criminalização.

“A culpabilidade (entendida como o *juízo que permite vincular de forma personalizada o injusto a seu autor e, em caso de operar essa vinculação, projetar-se desde a teoria do delito como principal indicador do máximo da magnitude do poder punitivo que pode filtra-se sobre este*), tomando em conta o dado da seletividade e constatando que o poder punitivo seleciona conforme a vulnerabilidade do sujeito e não a sua autodeterminação, deve impedir que este se exerça em *magnitude que supere a censura que possa formular-se ao agente do esforço pessoal que haja realizado para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade*.

“(…)

“A constatação de que a periculosidade do sistema penal não se concretiza em criminalização só pelo estado de vulnerabilidade do sujeito, está indicando que *algo* deve pôr o sujeito para ser criminalizado. Este *algo* é o que cobre a distância entre a probabilidade de criminalização que indica seu estado de vulnerabilidade e a concretização em uma criminalização secundária, que tem lugar em uma determinada *situação de vulnerabilidade*.

¹⁶⁰ “El saber jurídico penal, como discurso destinado a las agencias que deben decidir em los casos previamente seleccionados por el poder punitivo, carece de poder para cancelar la selectividad de éste, pero lo dispone en grado suficiente para incorporar el dato de su selectividad y reducir el fenómeno excluyendo de su ejercicio sus extremos más escandalosamente enfrentados con la ética de igualdad de trato jurídico del estado de derecho” ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal:** parte general. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 653.

*Esse é o esforço para a vulnerabilidade (ou, mais extensamente, o esforço pessoal do sujeito para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade)."*¹⁶¹

Quanto menor é o esforço pessoal do cidadão vulnerável em se tornar alvo do sistema penal, menor é a reprovabilidade de sua conduta, e menor é a sua culpabilidade, podendo chegar até mesmo à exclusão da culpabilidade, e isenção de pena.

Em suma, são estes dois modelos de 3º (terceiro) requisito do conceito analítico de crime (a Responsabilidade Normativa de Roxin e a Culpabilidade com análise de Vulnerabilidade de Zaffaroni) que captaram com maior fineza a imensa crise da culpabilidade penal e se prestaram a respondem, com mais razoabilidade e eficiência, os desafios por tal situação propostos à Teoria do Delito.

¹⁶¹ La culpabilidad (entendida como el juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, en caso de operar esa vinculación, proyectarse desde la teoría del delito como principal indicador del máximo de la magnitud de poder punitivo que puede filtrarse sobre éste), tomando en cuenta el dato de la selectividad y constatando que el poder punitivo selecciona conforme a la vulnerabilidad del sujeto y no a su autodeterminación, debe impedir que éste se ejerza en magnitud que supere el reproche que pueda formularse al agente del esfuerzo personal que haya realizado para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad.

(...)

La constatación de que la peligrosidad del sistema penal no se concreta en criminalización sólo por el estado de vulnerabilidad del sujeto, está indicando que algo debe poner el sujeto para ser criminalizado. Este algo es lo que cubre la distancia entre la probabilidad de criminalización que indica su estado de vulnerabilidad y la concretización en una criminalización secundaria, que tiene lugar en una determinada situación de vulnerabilidad. Ese es el esfuerzo por la vulnerabilidad (o, más extensamente, el esfuerzo personal del sujeto por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad)." ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal:** parte general. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 654.

10- CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Nós precisamos de audácia, ainda mais audácia, sempre audácia!”

George-Jacques Danton

A chamada “crise da culpabilidade” na verdade é mais do que isso: é a crassa insuficiência da culpabilidade normativa em operar com referenciais empíricos minimamente razoáveis.

A culpabilidade finalista – e que dirá da “vulgata” finalista canhestra, paupérrima, esgrimida por tantos operadores do sistema penal brasileiro (estes que não prezam quer pelo apuro técnico, quer pelos valores democráticos) – se sustenta num pressuposto que, longe de ser o mais consistente, é simplesmente o de eleição (e tradição): a existência do livre arbítrio.

Daí que o artigo de fé “livre arbítrio” e a censurabilidade que dela deriva se presta, à revelia dos outros campos do saber humano, a cercear direitos fundamentais – com base em massivas presunções e por vezes em reais preconceitos do julgador, livre para exercê-los pelo amplo âmbito que a hiper-normativização dá. Normativizar em demasia é dar azo para a (quase) livre interpretação, é fulcrar a supressão de direitos fundamentais de um cidadão no “achismo” de um funcionário público que, por vestir uma toga, tem alçada sua opinião – a mais tosca que seja – ao nível de decisão cogente. Decisão esta que, no mais das vezes, serve para imotivadamente lançar e manter no cárcere massas e massas de depauperados.

E não adianta fingir que o elefante não está no recinto. A eleição de um marco dentre outros, no que toca à culpabilidade penal, é só uma decisão, um ato político. Decidir por Santo Agostinho e seu livre arbítrio é uma escolha, meramente uma escolha, em não se tomar Nietzsche ou Espinosa; o encapsulamento narcisista teórico do Direito Penal (“o Direito Penal é para os penalistas”) é uma escolha pelo obscurantismo, o anticientífico notadamente, que rechaça, por exemplo, a neurociência; o tomado como correto, como o normal passível de transgressão à qual se apõe pena assim o é num dado espaço, num dado tempo, e é de fato uma imposição por parte dos grupos de dominância (socioeconômica e política) de seus valores sobre o restante dos seus concidadãos que, por vezes, partilham de uma subcultura tão simbolicamente eficaz e de tão grande operatividade concreta, no cotidiano, no dia-a-dia.

Contudo, aproximações de um tratamento qualificado da solução já se apresentam, na sofisticação e robustez dos terceiros requisitos dos conceitos analíticos de crime de Roxin e Zaffaroni. Já ali se vê uma preocupação genuína com a razoabilidade na aferição da existência de sujeito culpável.

E enquanto muitos não se prestam a estudar os autores acima citados (e, de fundo, não se prestam a pensar seriamente um Direito Penal constitucionalmente orientado), os graves problemas permanecem como estão, ou se agravam.

A conclusão, ou melhor, a recomendação, portanto, que daí se depreende – e que se torna a recomendação feita pela presente dissertação – é a seguinte: *é urgente a adoção seja da responsabilidade normativa do modelo racional-teleológico de crime (Claus Roxin), seja a culpabilidade pela vulnerabilidade do modelo redutor de crime (Eugenio Raul Zaffaroni), seja de um amálgama de ambos, para que se firme algo de uma análise mais racional e menos brutal no âmbito de uma Teoria do Delito realmente de orientação constitucional e preservadora dos direitos humanos de todo e qualquer cidadão.*

11- EPÍLOGO, ou “PARABÉNS AOS NOIVOS: O PENALISTA E BAUBÓ¹⁶²,”

Aos que virão depois de nós

Bertolt Brecht

Eu vivo em tempos sombrios.
 Uma linguagem sem malícia é sinal de estupidez,
 Uma testa sem rugas é sinal de indiferença.
 Aquele que ainda ri é porque ainda não recebeu a terrível notícia.

Que tempos são esses,
 Quando falar sobre flores é quase um crime.
 Pois significa silenciar sobre tanta injustiça?
 Aquele que cruza tranqüilamente a rua
 Já está então inacessível aos amigos
 Que se encontram necessitados?

¹⁶² “**Baubó** (G.). Mulher de Disaules, habitante de Elêusis, na Ática. Quando Deméter percorria a terra à procura de sua filha Perséfone (v.), parou em Elêusis em companhia de Íaco (vv.) ainda criança. Baubó e Disaules receberam amistosamente a deusa e Íaco, e Baubó, percebendo o abatimento de Deméter, ofereceu-lhe uma sopa; ela, entretanto, absorvida em sua dor, não quis aceitá-la. Baubó, desejando distrair a deusa de sua tristeza, levantou a roupa e mostrou-lhe as nádegas. Divertido com a cena, o pequeno Íaco começou a bater palmas, e a deusa pôs-se a rir – coisa que não acontecia desde o desaparecimento da filha –, aceitando afinal a sopa.” CURY, Mário da Gama. **Dicionário de mitologia grega e romana**. 8. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2009. p. 56-57. A história de Baubó e Deméter é uma alegoria da tristeza cósmica, e sua aporia. Ante o horror, o desespero final, o absurdo da existência, o que resta é rir, é sorrir. E seguir em frente, sempre. Deméter ri, porque não há mais lágrimas para chorar.

É verdade: eu ainda ganho o bastante para viver.
Mas acreditem: é por acaso. Nada do que eu faço
Dá-me o direito de comer quando eu tenho fome.
Por acaso estou sendo poupado.
(Se a minha sorte me deixa estou perdido!)

Dizem-me: come e bebe!
Fica feliz por teres o que tens!
Mas como é que posso comer e beber,
Se a comida que eu como, eu tiro de quem tem fome?
Se o copo de água que eu bebo, faz falta a quem tem sede?
Mas apesar disso, eu continuo comendo e bebendo.

Eu queria ser um sábio.
Nos livros antigos está escrito o que é a sabedoria:
Manter-se afastado dos problemas do mundo
E sem medo passar o tempo que se tem para viver na terra;
Seguir seu caminho sem violência,
Pagar o mal com o bem,
Não satisfazer os desejos, mas esquecê-los.
Sabedoria é isso!
Mas eu não consigo agir assim.
É verdade, eu vivo em tempos sombrios!

II

Eu vim para a cidade no tempo da desordem,
Quando a fome reinava.
Eu vim para o convívio dos homens no tempo da revolta
E me revoltei ao lado deles.
Assim se passou o tempo
Que me foi dado viver sobre a terra.
Eu comi o meu pão no meio das batalhas,
Deitei-me entre os assassinos para dormir,
Fiz amor sem muita atenção
E não tive paciência com a natureza.
Assim se passou o tempo
Que me foi dado viver sobre a terra.

III

Vocês, que vão emergir das ondas
Em que nós perecemos, pensem,
Quando falarem das nossas fraquezas,
Nos tempos sombrios
De que vocês tiveram a sorte de escapar.

Nós existíamos através da luta de classes,
Mudando mais seguidamente de países que de sapatos, desesperados!
Quando só havia injustiça e não havia revolta.

Nós sabemos:
 O ódio contra a baixeza
 Também endurece os rostos!
 A cólera contra a injustiça
 Faz a voz ficar rouca!
 Infelizmente, nós,
 Que queríamos preparar o caminho para a amizade,
 Não pudemos ser, nós mesmos, bons amigos.
 Mas vocês, quando chegar o tempo
 Em que o homem seja amigo do homem,
 Pensem em nós
 Com um pouco de compreensão.

12- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2007.

ARENDT, Hannah. Que é autoridade? In: **Entre o passado e o futuro**. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2009.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. La vida y el laboratorio del Derecho: a propósito de la imputación de responsabilidad en el proceso penal. In: **Doxa**, Alicante, n. 5, p. 282-283, 1988.

BARRETO, Tobias. Algumas idéias sobre o chamado fundamento do direito de punir. In: **Estudos de direito**. Ed. Fac-simile. Brasília: Senado Federal, 2004.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

_____. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro, I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Revan, 2002.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Revan, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

BLAIR, James R. Aggression, Psychopathy and Free Will From a Cognitive Neuroscience Perspective. In: **Behavioral science and the law**, Hoboken, n. 25, 2007.

BLOOM, Paul. Free will does not exist. So what?. **The chronicles of higher education**. Washington, 18 mar. 2012. Disponível em: <<http://chronicle.com/article/Paul-Bloom/131170/>>. Acesso em: 11 abr. 2012.

BRECHT, Bertolt. **Poemas 1913-1956**. São Paulo: Editora 34, 2000.

CATTANI, Ricardo Lima. **Limite entre fraude civil e estelionato é tênue**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-19/inadimplemento-contratual-nao-configura-sozinho-estelionato>>. Acesso em 03 jan. 2012.

CARVALHO, Alexandre Victor. **Curso extensivo de direito penal**. 02 set. 2010 a 16 dez. 2010. Notas de aula.

CHAUÍ, Marilena. **Espinosa: uma filosofia da liberdade**. São Paulo: Moderna, 1995.

CLOWARD, Richard A.; OHLIN, Lloyd E.. Delinquency and opportunity. In: JACOBY, J. E. (org.). **Classics of Criminology**. 2. ed. Prospect Heights: Waveland Press, 1994.

COHEN, Albert K.. Delinquent subcultures. In: JACOBY, J. E. (org.). **Classics of Criminology**. 2. ed. Prospect Heights: Waveland Press, 1994.

COYNE, Jerry A. You don't have free will. **The chronicles of higher education**. Washington, 18 mar. 2012. Disponível em: <<http://chronicle.com/article/Jerry-A-Coyne/131165/>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

CURY, Mário da Gama. **Dicionário de mitologia grega e romana**. 8. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2009.

DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DURKHEIM, Emile; BRANDÃO, Eduardo. **Da divisão do trabalho social**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **O suicídio: estudo de sociologia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESPINOSA, Baruch de. Ética demonstrada à maneira dos geômetras. In: **Os pensadores: Espinosa**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora evista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Bernardo. **O risco do político**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2004.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: PUC: NAU, 1999.

_____. **Em defesa da sociedade: curso no College de France (1975-1976)**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FRANK, Reinhadt. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Montevideu e Buenos Aires: Editorial B de F, 2002.

GOODENOUGH, Oliver R. Responsibility and punishment: whose mind? A response. In: **Philosophical transactions: biological sciences**, Londres, vol. 359, n. 1451, 2004.

GRANDE ENCICLOPÉDIA Larousse Cultural. São Paulo: Nova Cultural, 1998.

GREENE, Joshua; COHEN, Jonathan. For the law, neuroscience changes nothing and everything. In: **Philosophical transactions: biological sciences**, Londres, vol. 359, 2004.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 3. ed. rev., ampl. e atual. pela NBR 14.724. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HORTA, Ricardo Lins. **Livre arbítrio, culpabilidade e neurociência**. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <fernandosansao@hotmail.com> em 20 abr. 2012.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. 2. ed. Niteroi: LUAM, 1997.

JONES, Owen D. The end of (discussing) free will. **The chronicles of higher education**. Washington, 18 mar. 2012. Disponível em: <<http://chronicle.com/article/Owen-D-Jones/131169/>>. Acesso em: 11 abr. 2012.

LOMBROSO, Cesare; MELLA, Ricardo. **Los anarquistas**. Barcelona: Jucar, 1977.

_____. **O homem delinqüente**. São Paulo: Ícone, 2007.

MELE, Alfred R. The case against the case (sic) of free will. **The chronicles of higher education**. Washington, 18 mar. 2012. Disponível em: <<http://chronicle.com/article/Alfred-R-Mele/131166/>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário: séculos XVI-XIX. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Revan, 2006.

MERTON, Robert King. Estrutura social e anomia In: **Sociologia; teoria e estrutura**. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

_____. **Social theory and social structure**. ed. rev. e ampl. Glencoe: Free Press, 1957.

NASCIMENTO, André (org). **Cem Anos de Reprovação**: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

NIETZSCHE, Friedrich. **A gaia ciência**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

_____. **Aurora**. São Paulo: Escala, 2007.

_____. **Crepúsculo dos ídolos**. São Paulo: Escala, 2005.

_____. **Humano, demasiado humano**. São Paulo: Escala, 2006.

_____. **Para Além do Bem e do Mal**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

PACHECO, Vilmar. **A crise da culpabilidade**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general – tomo I. Madri: Civitas, 1997.

_____. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. In: **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROYAL Society. **Brain waves module 4: neuroscience and the law**. Londres: The Royal Society, 2011.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Revan, 2004.

SANTO Agostinho. **O livre arbítrio**. 2. ed. São Paulo: Paulus, 1995.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris – ICPC, 2006.

_____. **Direito penal – parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC - Lumen Juris, 2008.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Montesquieu e um Judiciário nos moldes brasileiros**. Disponível em http://www.domtotal.com/especiais/artigo_detalhes.php?espId=1248&espId_art=1249. Acesso em 20 dez. 2011.

SUTHERLAND, Edwin H. **White collar crime: the uncut version**. London: Yale University Press, 1983.

_____; CRESSEY, Donald R.; LUCKENBILL, David F. **Principles of criminology**. 11. ed. New York: General Hall, 1992.

SYKES, Gresham M.; MATZA, David. Techniques of neutralization: a theory of delinquency. In: **American Sociological Review**. Washington, D.C., n. 22, 1957.

TANCREDI, Laurence R. The neuroscience of “free will”. In: **Behavioral science and the law**, Hoboken, n. 25, 2007.

TAYLOR, Ian R.; YOUNG, Jock.; WALTON, Paul. **Criminologia critica**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.

_____. **The new criminology: for a social theory of deviance**. New York: Harper & Row, 1974.

TOLEDO, Francisco de Assis. 5. ed. **Princípios básico de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: parte general**. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

_____; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – parte geral**. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.