

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**

**O (falso) problema da culpabilidade penal:** sobre as possibilidades de diálogo entre direito penal e neurociências

BELO HORIZONTE - MG

**2018**

**Isadora Eller Freitas de Alencar Miranda**

**O (falso) problema da culpabilidade penal:** sobre as possibilidades de diálogo entre direito penal e neurociências

Trabalho de dissertação de mestrado apresentado pela Bacharela em Direito ISADORA ELLER FREITAS DE ALENCAR MIRANDA ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, no âmbito da Área de Concentração “Direito e Justiça”, Linha de Pesquisa “História, Poder e Liberdade”, Área de Estudo “Direito Penal, Filosofia do Direito e Interdisciplinaridade”, sob orientação do Professor Dr. Renato César Cardoso.

BELO HORIZONTE

**2018**

---

M672f Miranda, Isadora Eller Freitas de Alencar  
O (falso) problema da culpabilidade penal: sobre as possibilidades de diálogo entre direito penal e neurociências / Isadora Eller Freitas de Alencar Miranda. – 2018.

Orientador: Renato César Cardoso.  
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

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

CDU(1976) 343.2.01

---

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço CRB 6/3167.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

A dissertação intitulada “O (FALSO) PROBLEMA DA CULPABILIDADE PENAL: SOBRE AS POSSIBILIDADES DE DIÁLOGO ENTRE DIREITO PENAL E NEUROCIÊNCIAS” de autoria de Isadora Eller Freitas de Alencar Miranda foi considerada \_\_\_\_\_ pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

---

Professor Doutor Renato César Cardoso (FDUFMG - Orientador)

---

Professor Doutor Túlio Lima Vianna (FDUFMG)

---

Professor Doutor Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva (FDUFMG)

Belo Horizonte, 31 de agosto de 2018.

## AGRADECIMENTOS

Sou imensamente grata por todo o apoio que recebi, pois foi essencial para a conclusão do presente trabalho. Sozinha, não teria feito muito mais do que me perder em dúvidas sem solução, ouvindo “*Shine On You Crazy Diamond*” em *loop* e cercada por mais xícaras de café do que seria saudável admitir.

Agradeço ao meu orientador, professor Renato César Cardoso, por ser um profissional brilhante e humano. Obrigada pelas muitas lições ensinadas, pelas dúvidas sanadas e por sempre me apresentar mais perguntas do que respostas. Acredito que grande parte do meu interesse pela pesquisa se deve a essas circunstâncias. Especialmente, agradeço-o por haver acreditado em meu potencial - por vezes, mais do que eu mesma acreditei.

Agradeço ao professor Carlos Augusto Canêdo por ser uma fonte de inspiração. Obrigada pela orientação durante o estágio de docência, e por permitir com que eu me aproximasse das salas de aula desde a graduação, através do programa de monitoria de direito penal. Agradeço ainda ao professor Túlio Vianna pelas aulas ministradas, pelas conversas enriquecedoras e por todas as sugestões feitas a esse trabalho. A ambos, expresso minha sincera admiração.

Agradeço aos funcionários do Programa de Pós-Graduação em direito da UFMG, que me auxiliaram em tantas oportunidades e contribuíram para o bom andamento da minha pesquisa.

Agradeço à Divisão de Assistência Judiciária (DAJ) da UFMG, especialmente aos meus colegas do núcleo de penal: Thaís Corrêa, Samuel Rodrigues, Lucas Albuquerque e Lucas Resende. Agradeço aos estagiários da DAJ e às turmas de Criminologia e Direito Penal que pude acompanhar ao longo dos anos de 2016 e 2017. Foram experiências incríveis, enquanto advogada e estagiária docente. Sou grata pela ótima convivência e por tudo que consegui aprender com cada um.

Agradeço aos amigos pela felicidade compartilhada e torcida, sempre tão bem vindas. De maneira particular, gostaria de agradecer aos colegas de pesquisa que tanto me ajudaram: Pâmela, André, Thaís, Paulo e Thiago. Agradeço à Alba, Débora, Jamilla e Aléxia por dividirem comigo o percurso da pós-graduação, tornando-o mais leve e agradável. Agradeço à Jéssica, Bárbara e Bernardo por todo o carinho e cuidado, além dos encontros providenciais no quinto andar da Faculdade. Agradeço ao Igor por ser uma fonte presente de afeto e suporte, ao Thiago pelas risadas compartilhadas e ao Diogo por sempre me ajudar a crescer.

Agradeço aos meus irmãos, Victor e Lucas, por serem minha melhor “plateia de treino”. Obrigada por transformarem minha ansiedade em riso e segurança.

Agradeço a toda minha família pelo apoio e amor incondicionados, que se revelaram ainda mais presentes durante o período do mestrado. Dedico essa dissertação a vocês, especialmente aos meus pais, Marcos e Zenilda, e à minha prima, Isabella. Obrigada por ouvirem minhas ideias e por estenderem a mim o conforto sempre próximo de um lar.

Agradeço ao Guilherme por estar ao meu lado nestes últimos sete anos. Obrigada por toda a sua paciência e amor. Obrigada pelas suas opiniões - que por vezes são cômicas, de tão parciais. Obrigada por transmitir calma ao meu espírito inquieto, como ninguém mais o faz. Amo você!

“SÓ ESTA liberdade nos concedem  
Os deuses: submetermo-nos  
Ao seu domínio por vontade nossa.  
Mais vale assim fazermos  
Porque só na ilusão da liberdade  
A liberdade existe.

Nem outro jeito os deuses, sobre quem  
O eterno fado pesa,  
Usam para seu calmo e possuído  
Convencimento antigo  
De que é divina e livre a sua vida.

Nós, imitando os deuses,  
Tão pouco livres como eles no Olimpo,  
Como quem pela areia  
Ergue castelos para encher os olhos,  
Ergamos nossa vida  
E os deuses saberão agradecer-nos  
O sermos tão como eles”.

Fernando Pessoa\*

---

\* PESSOA, Fernando. *Ficções do Interlúdio*. Barueri: Novo Século Editora Ltda., 2018. p. 157.

## RESUMO

Compreendida no contexto da teoria do delito, a palavra “culpabilidade” corresponde a um dos três elementos integrantes do conceito de “crime”. Nessa acepção, o instituto representa, simultaneamente, os critérios estabelecidos por um sistema para responsabilização subjetiva de um agente, além da própria justificativa de existência do modelo. Para o direito penal brasileiro, inspirado na teoria finalista de Hans Welzel, ambos os critérios são fundamentados na ideia da liberdade moral do agente, isto é, em seu “livre-arbítrio”. Entretanto, a validade desse conceito, discutida ao longo da história da filosofia e do direito penal, é confrontada, na atualidade, pelas neurociências, que refletem uma compreensão materialista do cérebro e do comportamento humano. Considerando tal panorama, o presente trabalho discorrerá sobre a relação entre a “culpabilidade penal” e “livre-arbítrio”, abordada pelas escolas penais “clássica” e “positivista” como também, posteriormente, pelas teorias do delito. Num segundo momento, será explicado, de modo geral, o que são as neurociências, e quais os reflexos dessa pesquisa para a formulação dos critérios de responsabilidade do agente e de justificativa do direito penal. Na oportunidade, serão apontadas as incompatibilidades entre os pressupostos da teoria finalista e os resultados da pesquisa neurocientífica. Como alternativa ao impasse, serão expostos modelos penais já existentes que se afastam de fundamentos essencialmente libertários. Essa opção permite que tais modelos se mantenham válidos, ainda que as conclusões das neurociências (sob um viés determinista) sejam verdadeiras. Nesta pesquisa, serão debatidos o garantismo penal de Luigi Ferrajoli; o funcionalismo teleológico de Claus Roxin, e o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs.

**Palavras-chave:** Direito penal; culpabilidade; teorias do delito; direito e ciência; neurociência.

## ABSTRACT

As understood in the context of the theory of crime, the word "culpability" corresponds to one of the three elements that compose concept of "crime". In this sense, the institute represents both the criteria of personal responsibility of an agent established by a system and the very element of justification for the existence of the model. For the Brazilian criminal law, which is based in the finalist theory, as proposed by Hans Welzel, both criteria are based on the idea that agents dispose of moral freedom, that is, on their "free will". However, the validity of this concept, discussed throughout the history of philosophy and criminal law, is confronted, nowadays, by the neurosciences, which reflect a materialist view of the brain and the human behavior. Considering the above, this work will discuss the relationship between the concepts of "criminal culpability" and "free will", addressed by the "Classical School" and the "Positive School of Criminology", as well as, posteriorly, by the theories of crime. In a second moment, it will be explained, in a broader perspective, what are the neurosciences, and the implications of this field of research for the formulation of the criteria of criminal responsibility and the justification of criminal law. In this opportunity, the incompatibilities between the presuppositions of the finalist theory and the discoveries from the neuroscientific research will be stressed. As an alternative, there will be presented some already existent criminal models that, by diverting from an essentially libertarian grounding, could remain valid, even if the conclusions of the neurosciences (under a deterministic perspective) are true, namely: the penal guaranteeism of Luigi Ferrajoli; the teleological functionalism of Claus Roxin and the systemic functionalism of Günther Jakobs.

**Keywords:** Criminal law; culpability; theories of delict; law and science; neuroscience.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>13</b>
1.1. Culpa, uma velha conhecida: elementos gerais do conceito de culpabilidade .....	13
1.2. Responsabilidade, livre-arbítrio e neurociência: novos argumentos ao problema .	19
1.3. O futuro das discussões sobre culpabilidade e sua aplicabilidade num modelo determinista: hipótese de pesquisa e suas limitações .....	27
<b>2. A CONSTRUÇÃO DA IDEIA DE CULPABILIDADE PENAL .....</b>	<b>33</b>
2.1. A relação entre livre-arbítrio e a culpabilidade penal: libertarianismo, determinismo e compatibilismo.....	33
2.2. O que se entende por “culpabilidade penal?”? .....	36
2.2.1. A aplicação prática da pena e o reconhecimento da culpa são anteriores ao seu desenvolvimento teórico .....	36
2.2.2. A culpabilidade como juízo de valor negativo imputado ao agente .....	37
2.2.3. “Responsabilidade objetiva” e “responsabilidade subjetiva”: critérios para a configuração de culpa .....	40
2.3. A escola penal clássica .....	42
2.4. A escola positiva italiana .....	49
2.5. Responsabilidade, imputação e culpa no modelo de Liszt-Beling. A teoria psicológica da culpabilidade .....	59
2.5.1. Responsabilidade jurídica e o fundamento do direito de punir .....	59
2.5.2. Imputabilidade .....	64
2.5.3. Culpabilidade.....	65
2.6. A teoria psicológico-normativa da culpabilidade .....	67
2.7. A doutrina da ação final de Hans Welzel. Teoria normativa “pura” da culpabilidade .....	69
2.7.1. O conceito de ação na doutrina finalista.....	70
2.7.2. Tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.....	71
2.7.3. Exigibilidade de conduta diversa: livre-arbítrio, responsabilidade moral e o fundamento do direito penal .....	75

2.8.	Aceitação da teoria finalista no Brasil .....	80
2.9.	“Ainda a existência do livre arbítrio humano”: problemas enfrentados pela concepção finalista de culpabilidade .....	83
<b>3.</b>	<b>LIVRE-ARBÍTRIO, RESPONSABILIDADE PENAL E NEUROCIÊNCIAS.....</b>	<b>85</b>
3.1.	Ideias iniciais .....	85
3.1.1.	Conceito de “neurociências” .....	85
3.1.2.	Origens e desenvolvimento.....	86
3.1.3.	Neurociência cognitiva: a relação entre a “mente” e o sistema nervoso .....	91
3.2.	A concepção finalista do comportamento humano: introdução ao problema.....	95
3.2.1.	Bases materiais do comportamento humano e animal .....	96
3.2.2.	Sobre a possibilidade de controle dos impulsos e a importância da deliberação consciente .....	103
3.2.3.	Sobre a possibilidade do conceito de livre-arbítrio enquanto quebra do curso causal .....	111
3.2.4.	Existe alguma saída possível para o direito penal? .....	116
3.3.	Objecções comuns ao estabelecimento de uma relação entre neurociências e direito penal .....	117
3.3.1.	Seria a neurociência uma teoria “neolombrosiana”? .....	118
3.3.2.	As pesquisas neurocientíficas não possuem validade em relação a questões “complexas” .....	120
3.3.3.	“Falácia naturalista”: o direito penal não precisa considerar dados empíricos.....	122
3.3.4.	A relação entre livre-arbítrio e a dignidade da pessoa humana .....	124
<b>4.</b>	<b>(ALGUMAS) SOLUÇÕES POSSÍVEIS AO DIREITO PENAL.....</b>	<b>128</b>
4.1.	Introdução: a culpabilidade penal após a Segunda Guerra Mundial .....	128
4.2.	A superação do conceito de livre-arbítrio como fundamento do direito penal.....	129
4.3.	A teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli.....	134
4.3.1.	O garantismo enquanto sistema de vinculação do poder punitivo .....	134
4.3.2.	Objetivos do direito penal e sua justificativa de existência .....	139
4.3.3.	A relação entre livre-arbítrio e culpabilidade na teoria do garantismo penal.....	143
4.4.	A teoria do funcionalismo teleológico de Claus Roxin .....	147
4.4.1.	O funcionalismo teleológico enquanto sistema de proteção dos bens jurídicos...	147

4.4.2. Objetivos do direito penal e sua justificativa de existência .....	153
4.4.3. A relação entre livre-arbítrio e culpabilidade na teoria do funcionalismo teleológico.....	154
4.5. A teoria do funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs.....	160
4.5.1. Crime, sociedade e expectativas cognitivas.....	160
4.5.2. Objetivos do direito penal e sua justificativa de existência .....	166
4.5.3. A relação entre livre-arbítrio e culpabilidade na teoria do funcionalismo sistêmico .....	170
<b>5. CONCLUSÕES.....</b>	<b>173</b>
<b>6. REFERÊNCIAS .....</b>	<b>179</b>

## 1. INTRODUÇÃO

### 1.1. Culpa, uma velha conhecida: elementos gerais do conceito

A ideia de culpabilidade é um tema central a qualquer sistema jurídico, ainda que as definições exatas do conceito sejam tão ou mais variadas que o próprio número dos ordenamentos.

Uma das explicações possíveis para o fato se dá através da compreensão do direito enquanto um tipo de sistema normativo; isto é, um conjunto de normas<sup>1</sup>. Dentre as condições para seu funcionamento, uma das principais (senão a mais importante) é que tais preceitos sejam observados pelos membros da comunidade a que se destinam. Um dos métodos disponíveis para garantir o respeito a essa condição consiste em estabelecer sanções às infrações normativas.

Nesses termos, ao agente que descumpre determinada regra é imputado um juízo de valor negativo, a culpa. Só a partir de então o sujeito se torna reprovável e merecedor do castigo correspondente.

Grosso modo, é possível constatar, inicialmente, que o termo se encontra muito próximo à ideia de responsabilidade, servindo (ao menos) para indicar quem, e sob quais circunstâncias, pode ser punido pelo descumprimento de um dever<sup>2</sup>.

Contudo, a palavra “culpa” não tem seu sentido esgotado no âmbito do direito. Seu uso é popular e comum a vários ramos do saber, e talvez seja impossível tratar da história da humanidade sem se deparar com tal ideia. No âmbito da moral, a culpa também se reflete como um predicado negativo, imputado ao agente que descumpriu a regra; suas leis, no entanto, não são institucionalizadas, e a censura aplicada ao culpado, carregada de emoções negativas, é, ao mesmo tempo, julgamento e sanção<sup>3</sup>. Para a religião, a culpa é uma temática recorrente e essencial: ela está presente no pecado original judaico-cristão<sup>4</sup>, nos textos do islã<sup>5</sup>, nos rituais

---

<sup>1</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Tradução de Ari Marcelo Solon, prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2011. p. 46.

<sup>2</sup> Segundo Alf Ross, “*O elo mútuo entre os conceitos pode ser apresentado, em linhas gerais, da seguinte forma. Uma pessoa que cometeu uma ofensa incorre, a partir daí, em culpa, ainda que apenas sob certas circunstâncias; a pessoa que é culpada da ofensa é, portanto, também responsável pela ofensa; e a pessoa que é responsável pela ofensa pode ou deve ser punida por ela*”. (tradução nossa). ROSS, Alf. On Guilt, Responsibility and Punishment. Los Angeles: University of California Press, 1975. p. 2.

<sup>3</sup> ROSS, 1975, p. 24-28.

<sup>4</sup> Cf. Gn 3:17-19; Rm 8: 19-23; 1Sm 2:10; Sl 7: 11-13; Hb 10:28-31. BÍBLIA de Estudo de Genebra. São Paulo: Cultura Cristã e Sociedade Bíblica do Brasil, 1999.

hindus<sup>6</sup>, ou, como prefere o budismo, como um elemento integrante da própria condição humana<sup>7</sup>. Mas esses são apenas alguns dos modelos religiosos mais conhecidos. Todos, independentemente de suas variações, abordam a questão da culpa.

Segundo o filósofo Karl Jaspers, há uma compreensão especial de culpa no sentido metafísico, que corresponde à compreensão de que as pessoas são solidárias entre si por sua condição de membros da raça humana. Cada um de nós seria corresponsável por cada erro e injustiça presente no mundo: “*O fato de eu ainda estar vivo ao acontecer certa coisa deita-se sobre mim como uma culpa inextinguível*”<sup>8</sup>.

Culpa, ainda, pode ser compreendida em âmbito subjetivo, pessoal. Nesse sentido, é descrita pela psicologia moral enquanto espécie de emoção (moral), dolorosa e autoconsciente, que é direcionada a um comportamento específico – real ou imaginado. O sentimento de culpa surge quando o indivíduo julga que agiu (ou que pretendeu agir) de forma incorreta, e é capaz de provocar sensações como tensão, remorso e arrependimento<sup>9</sup>. Esse mesmo sentimento, ambíguo, é o que inspira tantas das mais ricas passagens da literatura<sup>10</sup>. A culpa lota consultórios de análise, vende obras de autoajuda, serve como motivo para filmes e séries, discussões e conversas de toda espécie.

Em síntese, a culpa parece uma ideia tão aflitiva quanto fascinante. Embora seus efeitos sejam negativos, parece não ser possível deixar de falar sobre ela.

<sup>5</sup> E.g. “*Deus não impõe a nenhuma alma uma carga superior às suas forças. Beneficiar-se-á com o bem quem o tiver feito e sofrerá mal quem o tiver cometido. Ó Senhor nosso, não nos condenes se nos esquecermos ou nos equivocarmos! Ó Senhor nosso, não nos imponhas carga, como a que impuseste a nossos antepassados! (...)*”. (Surata Al-Bacara, v. 286).

<sup>6</sup> E.g. “*Por caminhos agradáveis leva-nos às riquezas, Agni, tu Deus que conheces todo dever sagrado. Remove o pecado que nos faz nos perder e vagar; a mais ampla adoração nós traremos a ti*”. RIG Veda- primeiro livro. Tradução H.H. Wilson e Eleonora Meier. Joinville: 2013. Hino 189, vrs. 1.

<sup>7</sup> E.g. “*(...) Não há ninguém no mundo que não seja culpado. Nunca houve, nunca haverá, nem há agora, alguém totalmente culpado ou totalmente louvado.*” No original: “*(...) There is no one on earth who is not blamed. There never was, there will never be, nor there is now, a man who is always blamed, or a man who is always praised*”. THE DHAMMAPADA. Tradução de F. Max Müller. vrs. 227-228. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/gu002017.pdf>>. Acesso em 10 jan. 2018.

<sup>8</sup> JASPERS, Karl. A questão da culpa: a Alemanha e o Nazismo. Tradução Claudia Dornbusch. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2018. p. 23-24. Jaspers, que lecionava filosofia na Universidade de Heidelberg, acabou afastado de seu cargo por membros do partido do III Reich no ano de 1937. Por ser casado com uma judia, Jaspers foi obrigado a viver em isolamento até o fim do período nazista.

<sup>9</sup> TANGENY, June Price; STUEWIG, Jeff; MASHEK, Debra J. Moral Emotions and Moral Behavior. Annual Review of Psychology, 2007, v. 58 p. 345-372.

<sup>10</sup> Em García Marquez, por exemplo, a culpa assume o papel de um fantasma sem rosto ou nexa, mas sempre presente: “*(...) se sentía atormentada por el fantasma de la culpa: el único sentimiento que era incapaz de soportar. Cuando lo sentía venir se apoderaba de ella una especie de pánico que sólo lograba controlar cuando encontraba alguien que le aliviara la conciencia*”. GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. El amor en los tiempos del cólera. 12 ed. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, 1997. p. 292.

Naturalmente, o presente trabalho não almeja discorrer sobre todos os significados ou empregos possíveis da palavra culpa. É possível notar, entretanto, que todos compartilham entre si a noção de que “culpa” carrega em si um sentido negativo. Cada emprego, a seu turno, trata a ideia com suas próprias nuances.

Ocorre que a pluralidade dos significados da expressão “culpa” também se faz presente no direito, o que confere uma característica própria às discussões sobre culpabilidade penal. Diferente de alguns termos que não parecem expressar nada além de sua definição legal, é difícil esquecer que “culpa” é uma ideia tão presente em nosso cotidiano, ainda que sua utilização popular não corresponda ao significado atribuído no campo do direito.

Por essas razões, quando abordamos o lugar da culpa no direito, não é difícil que autores abandonem argumentos técnicos e apelem para o senso comum, para valores abstratos ou para o “*uso da razão*”, empregado de forma genérica<sup>11</sup>.

Isso se faz notar de modo especial na dogmática penal. A bem da verdade, nenhum outro ramo do conhecimento jurídico possui tanta preocupação em desenvolver a ideia de culpa, haja vista que, no direito penal, os critérios de responsabilização esbarram no problema da legitimidade da atuação do Estado enquanto monopólio organizado da força. Por essa mesma razão, não é raro que os critérios da culpabilidade adotados por um sistema sirvam como principal diferença entre uma teoria penal e outra<sup>12</sup>.

Mas tais discussões se referem a um emprego específico do conceito de culpabilidade penal. Existem ao menos três, e estes não se confundem, apesar da existência de certa correlação entre as ideias.

Em primeiro lugar, o termo se refere ao *princípio da culpabilidade* cujo conteúdo consiste na expressão “não há crime sem culpa” (*nullum crimen sine culpa*). Esclarecendo, não é possível falar sobre a ocorrência de um crime sempre que um resultado danoso é produzido; antes, é necessário que a conduta que deu causa ao resultado indesejado possa ser *subjetivamente* imputada ao agente. Desse modo, resta vedada a atribuição da responsabilidade de forma objetiva e difusa<sup>13</sup>. Segundo Luigi Ferrajoli, a decorrência deste princípio é que “*nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão*;

---

<sup>11</sup> Cf. seção 2.8.

<sup>12</sup> GUZMÁN DALBORA, José Luis. Estudio Preliminar. In ENGISCH, Karl. La Teoría de la Libertad de la Voluntad en la Actual Doctrina Filosófica del Derecho Penal. Tradução e notas de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L, 2006. p. 16.

<sup>13</sup> BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal. 12. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2011. p. 99-100.

*consequentemente, não pode ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de querer e compreender*”<sup>14</sup>.

Em segundo lugar, a palavra “culpabilidade” pode ser também interpretada como um dos elementos delimitadores para a fixação das penas em concreto. Esta é a interpretação empregada nos arts. 29, *caput*, e 59, ambos do Código Penal Brasileiro: culpabilidade enquanto escala para a determinação da pena conforme a gravidade do fato<sup>15</sup>.

Em terceiro lugar, há a compreensão do termo empregada pela teoria do delito, na qual “culpabilidade” designa um dos elementos estruturantes do conceito de crime. Existe certo consenso dogmático em se definir a expressão “crime” enquanto conduta humana típica, ilícita e culpável<sup>16</sup>, num tipo de construção sucessiva em que “*cada elemento do delito pressupõe o anterior*”<sup>17</sup>.

Para que uma conduta seja classificada como “delito”, ela necessariamente deve passar por uma avaliação realizada em três etapas. Na primeira fase dessa análise, a conduta em questão deve ser enquadrada como típica; isto é, sua existência precisa coincidir com alguma das descrições presentes na legislação penal, praticadas a título de dolo ou culpa em sentido estrito, nos crimes em que houver expressa previsão legal da modalidade culposa. A vinculação do crime à tipicidade decorre diretamente do princípio da legalidade (*nullum crime nulla poena sine lege*) herdado do direito penal iluminista, de matriz liberal<sup>18</sup>.

Após a verificação da tipicidade, haverá a análise da *antijuridicidade* da conduta. Tal etapa consiste num juízo de desvalor da *ação* em relação às demais normas do ordenamento. A antijuridicidade é, ainda, uma avaliação de caráter negativo. Via de regra, todas as ações típicas

---

<sup>14</sup>FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. Rev., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 447.

<sup>15</sup> MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. 1. ed. Barcelona: Editorial Ariel S.A, 1994. p. 172-174.

<sup>16</sup> Ainda que o agente tenha praticado conduta típica, ilícita e culpável, há que se analisar se o crime praticado pode ou não ser punido. Existem causas *excludentes de punibilidade*, tais como aquelas previstas no art. 107 do Código Penal.

<sup>17</sup> WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas de: Luiz Regis Prado. Posfácio de José Cerezo Mir. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 57.

<sup>18</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2.<sup>a</sup> edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díazy García Conlled0 y Javier de Vicente Remesal. Navarra: Rodona Industria Gráfica, S. L., 1997. p. 193-195.

são também antijurídicas, isto é, contrárias às normas legais. A antijuridicidade será afastada apenas quando, no caso concreto, houver a incidência de alguma causa de justificação<sup>19</sup>.

Caso se confirme o caráter ilícito da conduta, restará configurado o “injusto penal”.

Entretanto, para que se possa falar em crime, é ainda necessária uma terceira avaliação, que determinará a responsabilidade pessoal do autor por suas ações, frente ao ordenamento. Trata-se da análise da culpabilidade penal, espécie de juízo de desvalor que recai sobre a *vontade* do agente<sup>20</sup>.

Como já mencionado, os conceitos de “culpa” e “responsabilidade” possuem caráter normativo. Com isso, quer-se dizer que o conteúdo exato da “culpabilidade” – os critérios utilizados para se valorar a *vontade* do agente – dependerá das regras estabelecidas pelo sistema analisado<sup>21</sup>.

No contexto da doutrina penal brasileira, sua composição conta com três elementos, a saber: imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa. A imputabilidade (ou capacidade de culpabilidade) refere-se a “*capacidade de entender e de querer, e, por conseguinte, de responsabilidade criminal (o imputável responde por seus atos)*”<sup>22</sup>. Seus critérios são definidos de forma arbitrária, e atendem a critérios biopsicológicos: conforme interpretação dos arts. 26 e 27 do Código Penal, são considerados imputáveis os indivíduos que, à data do fato, eram maiores de dezoito anos, gozando de saúde psíquica e desenvolvimento mental completo<sup>23</sup>.

A seu turno, a potencial consciência da ilicitude consiste no elemento intelectual do juízo de reprovação. Nessa etapa, é averiguado “*se o autor conheceu, ou pôde conhecer, suas circunstâncias que pertencem ao tipo*”<sup>24</sup>.

O cerne das discussões sobre a culpabilidade, entretanto, se encontra em seu último elemento, a “*exigibilidade de conduta diversa*”. A expressão se traduz no entendimento de que o

---

<sup>19</sup> WELZEL, 2011. p. 76-82.

<sup>20</sup> ROXIN, 1997. p. 193-195.

<sup>21</sup> A culpa, esclarece Alf Ross, não possui existência concreta, tangível. É uma expressão que só adquire significado em função das demandas de determinado sistema normativo: “*Nós não podemos apontar para algo e dizer que isso é que é o que “culpa” designa. Mas podemos explicar o que queremos dizer, por exemplo, ao formular uma sentença como ‘ao cometer um homicídio, este homem incorreu em culpa’*” (tradução nossa). ROSS, 1975. p. 5.

<sup>22</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 11. ed. rev. atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 478-479.

<sup>23</sup> PRADO, 2011, p. 478-479.

<sup>24</sup> WELZEL, 2011. p. 138.

agente, no momento do fato, tinha condições de agir conforme a norma e, mesmo assim, optou por não comportar-se dentro dos limites permitidos pela lei.

Nos termos de Luiz Regis Prado, o critério da “*exigibilidade de conduta diversa*” estabelece como conteúdo da reprovabilidade do agente o fato “(...) *de que o autor devia e podia adotar uma resolução de vontade de acordo com o ordenamento jurídico e não uma decisão voluntária ilícita*”<sup>25</sup>.

O conceito em questão é inspirado na doutrina da ação final, formulada pelo jurista Hans Welzel na década de 1930. Em seus termos, “*culpabilidade é a reprovabilidade da resolução de vontade. O autor podia adotar no lugar da resolução de vontade antijurídica (...) uma resolução de vontade conforme a norma*”<sup>26</sup>.

Em resumo, o que permite com que o autor possa ser pessoalmente responsabilizado pela prática do injusto é a reprovação de sua vontade que, de forma livre, optou por praticar um crime.

É interessante notar que, compreendida enquanto elemento do delito, a “culpabilidade” é também considerada como o próprio fundamento da pena<sup>27</sup>. Por essa razão, o jurista italiano Giuseppe Bettiol defende que a palavra “culpabilidade” é empregada ainda em outro sentido, distinto dos demais. A quarta e última compreensão de “*culpabilidade*” é essencialmente filosófica, e designa o problema da responsabilidade penal (ou o problema da retribuição, reprovação e castigo, nos termos do autor). Nessa esteira, questionam-se os valores, sociais e morais, que legitimam a atuação do Estado<sup>28</sup>. Tal compreensão possui, ainda, uma relação estreita com as “teorias dos fins da pena”, que dispõe sobre a finalidade a ser buscada através da existência do direito penal<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> PRADO, 2011. p. 425.

<sup>26</sup> WELZEL, 2011. p. 109.

<sup>27</sup> ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Ana Isabel de Figueiredo e Maria Fernanda Palma. Lisboa: Vega Editora, 2004. p. 15-16.

<sup>28</sup> BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal*. Coimbra: Editora Coimbra Ltda., 1967. p. 18-24.

<sup>29</sup> Resumidamente, as teorias dos fins da pena costumam ser divididas em absolutas (para as quais a pena é uma consequência que se segue incondicionalmente à prática de um crime, representando um valor em si) e relativas (para as quais a punição não representa um valor em si, mas possui objetivos externos). Teorias relativas, quando direcionadas à sociedade, recebem o nome de “teorias de prevenção geral”, cujo objetivo principal pode ser a dissuasão exercida por meio da pena (teoria da prevenção geral negativa) ou para a reafirmação de valores normativos/estatais (teoria da prevenção geral positiva). Lado outro, quando direcionadas aos indivíduos, tais teorias podem defender a “neutralização do agente”, ao isolá-lo do convívio social (teoria da prevenção especial negativa), ou objetivar a ressocialização do réu (teoria da prevenção especial positiva). BITENCOURT, 2011, p. 97-119.

O objeto de estudo da presente pesquisa direciona-se à relação entre a culpabilidade (ou critérios de responsabilidade) e a legitimação do direito penal. Portanto, será abordada a terceira compreensão “tradicional” do termo – ou terceira e quarta, como prefere Bettiol.

De forma ainda mais detalhada, será investigado o critério da “*exigibilidade de conduta diversa*”. Nesse ponto específico, veremos, o juízo de culpabilidade se reveste de um caráter moral, metafísico<sup>30</sup>, e acaba por se converter numa das discussões mais controvertidas do direito penal – ou, usando as expressões de José Luis Guzmán Dalbora, uma discussão que os criminalistas temem “*como ao próprio Diabo*”, mas se sentem invariavelmente atraídos em sua direção<sup>31</sup>. Trata-se do problema do livre-arbítrio.

## **1.2. Responsabilidade, livre-arbítrio e neurociência: novos argumentos ao problema**

Por ocasião de uma de suas palestras sobre culpabilidade penal (esta, especificamente foi realizada em Berlim no ano de 1965), Karl Engisch decidiu iniciar sua fala com a apresentação do seguinte quadro:

Tendo em conta o significado capital que o problema da liberdade da vontade apresenta para as teorias sobre o sentido e a essência da pena, não surpreende que constantemente ele volte a ser plantado e se pretenda resolvê-lo. Não obstante, a mais de uma pessoa pode parecer um prodígio ainda maior que o tema não tenha se esgotado há tempos. Mais ainda, quando o problema da liberdade da vontade aparecia nas discussões, com muita frequência se podia ouvir dizer, em tom suplicante, a exclamação: “Pelo amor de Deus, que não se discuta sobre o livre-arbítrio!”<sup>32</sup>.

Engisch, que à época lecionava direito penal na Universidade de Munique, acreditava que a análise dos fundamentos da culpabilidade (e conseqüentemente da própria pena) necessariamente abordaria, em algum momento, a relação entre responsabilidade e livre-arbítrio. Justificar as razões pelas quais um Estado pode aplicar uma pena a um de seus cidadãos é uma pergunta de extrema importância para qualquer sistema penal. No entanto, parece impossível falar sobre o assunto sem que também se fale a respeito da ação criminosa e sobre a vontade

---

<sup>30</sup> MIR PUIG, 1994, p. 172-174.

<sup>31</sup> GUZMÁN DALBORA, 2006, p. 14-15.

<sup>32</sup> ENGISCH, 2006, p. 51.

motivadora dessa ação. Invariavelmente, será alcançada a questão da liberdade dessa mesma vontade.

Mas a resistência e o cansaço de plateia não passaram despercebidos ao autor. Discutir livre-arbítrio e culpabilidade é uma tarefa complexa, abordada um sem número de vezes sem que se chegasse a qualquer conclusão definitiva.

A introdução do discurso de Engisch poderia ser repetida ainda hoje, tão válida quanto o fora há mais de cinquenta anos.

A liberdade moral parece um assunto atualmente esquecido pela doutrina penal brasileira. No entanto, é incorreto dizer que os fundamentos do debate são desconhecidos a nossos autores. Pelo contrário: já na década de 1980, Francisco de Assis Toledo expressava sua antipatia pessoal a essa “*infindável contenda*”. No entendimento do autor, a discussão (irresolúvel) teria resultado numa apatia generalizada da dogmática penal, o que impediu por várias décadas o desenvolvimento de uma abordagem crítica da legislação criminal<sup>33</sup>.

De todo modo, a obra de Toledo remete a um passado recente. É possível voltar ainda mais no tempo – ao menos dois séculos – e se deparar com a repetição do problema nos mesmos termos. Em 1860, ao introduzir suas considerações sobre o papel da vontade no conceito de ação penalmente relevante, Braz Florentino Henriques de Souza, professor de direito da Faculdade do Recife, já identificava que “*a vontade e a liberdade do homem tem sido objecto de muitas definições e de graves controvérsias entre os philosophos*”<sup>34</sup>. Não obstante, o autor opina que a liberdade da vontade humana é o fundamento que possibilita que os indivíduos sejam responsabilizados em esfera criminal.

Ao abordar o assunto, Henriques de Souza o faz com a segurança de quem prega a velhos convertidos. Afirmações como “*a vontade (...) não é senão a liberdade*” demonstram que o autor pressupunha que seus leitores conheciam bem os termos utilizados para se abordar a questão. Conforme aponta, a questão era antiga: ao menos desde o século IV d.C., a filosofia moral e a teologia se ocupam em discutir sobre a liberdade da vontade humana<sup>35</sup>.

Termos como “livre-arbítrio”, “liberdade da vontade” e “liberdade moral” servem para designar a capacidade humana de fazer “*escolhas e decisões que nos fazem agir da forma que*

---

<sup>33</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 221.

<sup>34</sup> HENRIQUES DE SOUZA, Braz Florentino. *Lições de Direito Criminal*. Recife: Thyphografia Universal, 1860. p. 19.

<sup>35</sup> HENRIQUES DE SOUZA, 1860, p. 19.

*agimos*”<sup>36</sup>. Em outras palavras, é a liberdade de querer, sem que a vontade esteja previamente direcionada em um ou outro sentido<sup>37</sup>.

A noção de uma vontade livre, interna ao sujeito, representa uma ideia que se tornou popular através da tradição patrística de Santo Agostinho, cuja influência ainda se faz sentir no modo pelo qual o conceito de livre-arbítrio é estruturado<sup>38</sup>.

Segundo Agostinho, a vontade é livre quando não se encontra submetida à necessidade ou às leis naturais, direcionando o foco de sua atenção conforme o interesse de seu portador<sup>39</sup>. A liberdade moral consistiria numa realidade auto evidente e, assim como a razão, a vontade “*serve-se de si mesma*” e “*conhece-se a si mesma*”. Por essas razões, a faculdade do querer é percebida como livre por aquele que dela se utiliza<sup>40</sup>.

Certas dificuldades próprias ao conceito permaneceram sem solução na obra de Agostinho, mesmo que essenciais para a confirmação de sua tese sobre a existência da liberdade moral<sup>41</sup>. Os obstáculos, no entanto, não impediram que o bispo defendesse o livre-arbítrio até suas últimas consequências, chegando a afirmar que “*era necessário que Deus concedesse ao homem o livre-arbítrio*”<sup>42</sup>.

A razão de uma defesa tão apaixonada é simples, sendo apresentada pelo próprio autor. Se apenas aquilo que é voluntário pode ser avaliado moralmente, a liberdade da vontade deve ser um dos principais pressupostos argumentativos da teologia cristã. Caso ausente, seria quase impossível a existência de ideias como culpa (pelo pecado) e mérito (decorrente das boas obras).

---

<sup>36</sup> FREDE, Michael. *A Free Will: Origins of the Notion in Ancient Thought*. Los Angeles: University of California Press, 2011. p. 8.

<sup>37</sup> Apesar da simplificação, torna-se cada vez mais difícil definir o que se entende por livre-arbítrio. Conquanto uma noção “clássica” do termo pareça indicar uma liberdade ilimitada para decidir a despeito de quaisquer pressões exteriores ou motivos externos, a maioria dos autores estabelece limites ao alcance dessa liberdade, sem, contudo, retirar sua importância central para a comprovação da responsabilidade moral do homem (MONIZ SODRÉ, Antônio de Aragão. *As três escolas penais – clássica, antropológica e crítica. Estudo comparativo*. 6. ed. desenvolvida e atualizada. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1955. p. 70). Cientes das dificuldades semânticas dessa expressão, mencionaremos nesse trabalho o que cada autor compreende pelo termo “livre-arbítrio”, sempre que tal explicação se fizer necessária.

<sup>38</sup> FREDE, 2011. p. 3-4. Sobre o desenvolvimento do conceito de livre-arbítrio ao longo da história da filosofia ocidental, cf. FREDE, 2011.

<sup>39</sup> AGOSTINHO, Santo, Bispo de Hipona. *O livre-arbítrio*. 2. ed. tradução, organização, introdução e notas Nair de Assis Oliveira; revisão Honório Dalbosco. São Paulo: Editora Paulus, 1995. p. 149.

<sup>40</sup> AGOSTINHO, 1995. p. 139-140.

<sup>41</sup> Ao se deparar, por exemplo, com a dualidade entre a presciência divina (que transformaria todos os atos previstos em *necessários*) e a liberdade humana, o autor se limita a reconhecer que a correlação é obscura, devendo ser reconhecida através da fé. AGOSTINHO, 1995. p. 159.

<sup>42</sup> AGOSTINHO, 1995. p. 75.

Apenas a noção do livre-arbítrio humano poderia resolver o conflito presente na crença de um deus onisciente, onipresente, onipotente – e bom – e o problema da existência do mal.

A ligação entre “liberdade” e “responsabilidade”, exposta por Santo Agostinho, é o fator que torna a ideia de livre-arbítrio tão interessante para a maioria dos filósofos<sup>43</sup> e teólogos. O mesmo acaba por ocorrer com o direito penal, que ao longo da história, buscou construir sua noção de responsabilidade através de paralelos com a filosofia e religião, conforme aponta Hans Welzel<sup>44</sup>.

Comprovar a existência desses paralelos parece uma tarefa fácil. Por exemplo, ainda hoje é possível perceber semelhanças entre a relação estruturada por Santo Agostinho e a utilização do livre-arbítrio enquanto fundamento da culpabilidade penal:

(...) a determinação da essência da culpabilidade como poder não implica revogar-se a necessidade de uma investigação de seu conteúdo. Assim, a configuração da vontade reprovada pelo direito tem que se ligar a certos pressupostos, através dos quais se determina que o autor teria podido motivar-se de acordo com a norma. Tão-somente com a verificação desses pressupostos é que se torna possível a reprovação. (...) O primeiro pressuposto diz respeito à imputabilidade; o segundo à consciência do injusto. Ambos associam-se a uma estruturação maior, especificamente, à estruturação da problemática da liberdade de vontade, como fundamento da responsabilidade<sup>45</sup>.

Quanto ao direito penal brasileiro, percebe-se que este costuma adotar argumentos que favorecem a concepção da vontade humana enquanto livre. A ideia de liberdade, afinal, parece coerente com a percepção de nosso próprio valor e dignidade enquanto espécie. Compreender o homem enquanto ser livre e responsável evidenciaria “(...) *a relação entre a ordem normativa jurídica e o homem – ser igualmente digno e livre – pessoa única e irrepetível (...) centro de todo direito*”<sup>46</sup>.

O argumento é impactante, e, ao ser levado em consideração, faz com que as teorias que neguem a liberdade moral pareçam absurdas, mesmo desumanas. Entretanto, a corrente

<sup>43</sup> LEVY, Neil. *Hard Luck*. How Luck Undermines Free Will and Moral Responsibility. Nova Iorque: Oxford University Press: 2011. p. 1.

<sup>44</sup> WELZEL, Hans. *Estudios de Derecho Penal*. Estudios sobre el sistema de derecho penal; causalidad y acción; derecho penal y filosofía. Coleção “Maestros del Derecho Penal, n. 6”. Coordenada por Gustavo Eduardo Aboso. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L, 2002. p. 147.

<sup>45</sup> TAVARES, Juarez. *Teorias do Delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 74. Há de se esclarecer que, embora o livro de Tavares tenha sido publicado em 1980, ele possuía, dentre seus objetivos, defender a doutrina finalista elaborada por Hans Welzel – que, à época, começava a ser recepcionada pela doutrina e legislação brasileiras como teoria penal majoritariamente aceita. Tal situação perdura até a presente data.

<sup>46</sup> PRADO, 2011. p. 464-465.

libertária<sup>47</sup> não é a única capaz de explicar satisfatoriamente o funcionamento do mecanismo da vontade. Toda a polêmica que envolve a ideia de livre-arbítrio, afinal, se explica pelo fato de que existem razões tão persuasivas para negar o conceito quanto para afirmá-lo.

Assim como sua contraparte, teorias de cunho determinista também são conhecidas há muito tempo por nossa doutrina penal<sup>48</sup>. Como exemplo, ainda no final do século XIX, Francisco José Viveiros de Castro optou por iniciar sua obra “Questões de direito penal” com um ataque direto aos defensores da teoria libertária. Sem rodeios, afirma que “*a sciencia provou que são falsos os seus princípios fundamentaes do livre-arbítrio como fundamento da responsabilidade e de uma justiça absoluta e imutavel como base das prescripções penaes*”<sup>49</sup>. Só após negar a liberdade moral o autor se sentiu autorizado a iniciar a exposição de suas próprias ideias.

À mesma época, Pedro Lessa se ocupou de uma exposição detalhada sobre o tema no ensaio “*O Determinismo Psychico e a Imputabilidade e a Responsabilidade Criminaes*”, de Pedro Lessa. Reportando-se à filosofia de Arthur Schopenhauer, Lessa declara que “*analysando detidamente o phenomeno da volição, verificamos que cada determinação de nossa vontade é o produto necessário dos motivos e da nossa atividade psychica, da formação do nosso espírito, do nosso caráter*”<sup>50</sup>. A vontade não seria uma faculdade humana meramente abstrata, mas movida por motivos.

Em contrapartida, tais motivos possuem força relativa para a tomada das decisões individuais, pois dependem das condições pessoais de cada sujeito. Aí se encaixam fatores como a educação individual e os costumes locais, hábitos e vícios, meio social, inclinações pessoais e necessidades físicas<sup>51</sup>.

Seguindo a esteira da filosofia de David Hume, Lessa defende que a atividade jurídica só faria sentido sob uma perspectiva determinista. Caso admitíssemos a liberdade da vontade humana, seria inútil pretender fornecer motivos para guiá-la em uma ou outra direção, “*pois, isto já é suppor a influencia da educação e dos motivos, já é negar o livre-arbítrio*”. Se a vontade é a única causa de nossas escolhas, seria ineficaz a tentativa de lhe fornecer motivos. E as leis nada

---

<sup>47</sup> Em linhas gerais, são designadas “libertárias” as teorias filosóficas que afirmam a validade do conceito de livre-arbítrio. Cf. seção 2.1.

<sup>48</sup> Em linhas gerais, são designadas “deterministas” as teorias filosóficas que negam a validade do conceito de livre-arbítrio. Cf. seção 2.1.

<sup>49</sup> CASTRO, Francisco José Viveiros de. *Questões de direito penal*. Rio de Janeiro: Jacinto José dos Santos Editor, 1900. p. 1.

<sup>50</sup> LESSA, Pedro. *O Determinismo Psychico e a Imputabilidade e a Responsabilidade Criminaes*. São Paulo: Typographia Duprat & Comp., 1905. p. 21-22.

<sup>51</sup> LESSA, 1905. p. 31-32.

mais são que motivos ofertados pelo legislador com o objetivo de direcionar condutas. Numa perspectiva libertária, portanto, as normas legais restariam esvaziadas de qualquer significado prático<sup>52</sup>. Lado outro, a partir de uma visão determinista, seria possível intervir de forma efetiva no comportamento humano, a partir da consideração dos argumentos científicos e do conhecimento das leis a que o homem se encontra vinculado, tanto em nível pessoal quanto no coletivo<sup>53</sup>.

Tanto a defesa da liberdade moral adotada por Henriques de Souza quanto a teoria determinista de Pedro Lessa exemplificam o modo pelo qual a questão do livre-arbítrio foi abordada pela doutrina penal brasileira; essas refletem, respectivamente, as posições adotadas pelas Escolas Penais Clássica e Positivista Italiana<sup>54,55</sup>.

O estudo da vontade humana permanece enquanto um dos temas mais importantes para dogmática penal. No entanto, falar em “libertarianismo” ou “determinismo” parece tentar reviver uma questão datada, cansativa e, como aduzem diversos autores, superada.

A título de exemplo:

A nosso ver, não há, entre tais conceitos, incompatibilidade, senão complementaridade. É fato que, no geral, vigora o livre-arbítrio, identificando-se nos indivíduos a capacidade de avaliar a correção de sua conduta e, portanto, de agir conforme o direito. Não se pode ignorar, todavia, a existência de fatores sociais que podem tornar certos indivíduos menos aptos a escolher livremente e passíveis de se submeter a influências externas que acabam inspirando sua linha de conduta. É evidente que uma pessoa bem formada, educada em ambiente que prestigie valores morais e éticos, que lhe foram inculcados ao longo da vida, tem menos chances de praticar um ato criminoso do que outra formada numa família de delinquentes, sem referências próximas de honestidade e decoro. Embora, mesmo no segundo caso, não se afaste por completo a capacidade de escolha (afinal, a maior parte das pessoas submetidas a condições sociais desfavoráveis - às vezes nefastas - optam pela candura honesta), não se pode deixar de considerar a influência negativa daí advinda para a formação do caráter do indivíduo<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> LESSA, 1905. p. 39-43.

<sup>53</sup> LESSA, 1905. p. 41.

<sup>54</sup> SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Introdução ao direito penal: criminologia, princípios e cidadania*. Gianpaolo Poggio Smanio, Humberto Barrionuevo Fabretti. 2. ed. São Paulo: Atlas: 2012. p. 39-42; 52.

<sup>55</sup> “*Em que se funda a responsabilidade penal do criminoso? Escola Clássica: Para esta escola a responsabilidade penal do criminoso se funda na responsabilidade moral, e esta tem por base o livre-arbítrio, faculdade inerente à alma humana. (...) Ao princípio fundamental, sustentado pela escola clássica de que o homem possui o livre-arbítrio e só por isso é moralmente culpado e legalmente responsável por seus delitos, contrapõem os antropólogos o seguinte postulado, que constitui o ponto capital de profunda divergência e origem de muitas outras controvérsias, entre as antigas e as novas teorias da ciência criminal: - o livre-arbítrio é uma ilusão subjetiva, desmentida pela fisiopsicologia positiva. É pois a escola antropológica adepta decidida do determinismo psicológico ou volicional. Fulmina a existência do livre-arbítrio e nega a responsabilidade moral dos indivíduos*”. MONIZ SODRÉ, 1955. p. 69; 74.

<sup>56</sup> CUNHA, Rogério Sanchez. *Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)*. 4. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPODIVM, 2016.

Em todo caso, assim como afirmara Engisch, parece realmente incrível que o tema da liberdade da vontade não tenha se esgotado há tempos. Qual seria a relevância de um debate tão antigo (quase metafísico) para a doutrina penal atual?

A pergunta admite várias respostas possíveis, muitas das quais se encontram fora do âmbito estritamente jurídico.

Se a possibilidade de responsabilização criminal possui uma relação tão imediata com a vontade humana, é preciso estudá-la a fundo, levando em consideração os conhecimentos de outras áreas de pesquisa. Isso porque a discussão sobre os processos de tomada de decisões não é um tópico limitado ao direito. Ao contrário: para citar exemplos, basta lembrar que a filosofia, sociologia, antropologia, psicologia, medicina e ciências biológicas têm muito a dizer sobre o assunto.

Nas palavras de Mercedes Pérez Manzano, de tempos em tempos, novas linhas de pensamento ou descobertas científicas alteram o que conhecemos sobre a natureza humana e seu modo de funcionamento, e ora pendem a favor do libertarianismo ou do determinismo. E a atual protagonista do debate consiste numa disciplina consolidada nas últimas décadas, cujas descobertas “*parecem pesar a contenda em favor do determinismo*”: a neurociência<sup>57</sup>.

O nome é sugestivo, e traz em seu bojo os principais objetivos da matéria. Utilizando-se de ferramentas como a genética, a biologia (celular, molecular e comportamental), fisiologia, anatomia dos sistemas, psicologia e outras matérias, a neurociência se ocupa das questões concernentes ao sistema nervoso, como sua estrutura e seu modo de funcionamento; e como este é responsável pela criação do comportamento humano<sup>58</sup>.

A importância desses estudos se explica em parte pelo próprio desenvolvimento das neurociências; além, é claro, do papel que questões como a natureza da ação humana, da agência e o processo de tomada de decisões ocupam no direito. Esses fatores se encontram intrinsecamente ligados com o que se conhece sobre a mente e os estados mentais: são fenômenos

---

2016. p. 281-282.

<sup>57</sup> PÉREZ MANZANO, Mercedes. *El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre neurociencia y responsabilidad penal*. In: CALATAYUD, Manuel Maroto e CRESPO, Eduardo Demetrio. *Neurociencias y derecho penal*. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Madrid: EDISOFER S. L., 2013. p. 106.

<sup>58</sup> PURVES, Dale. *Neuroscience*. Edited by Dale Purves *et al.* 3. ed. Sunderland: Sinauer Associates, Inc., 2004. p. xvi; 1.

produzidos pelo cérebro, e não há quaisquer evidências de que o funcionamento cerebral viole a lei da causalidade<sup>59</sup>.

Por meio de suas funções básicas, o sistema nervoso opera coletando informações sobre o estado do corpo e do ambiente que o cerca, além de organizar e criar ações que responderão a estímulos. A partir de uma combinação dinâmica dessas funções (conhecidas como sensorial e motora), são desenvolvidas as atividades cerebrais superiores, dentre as quais se incluem percepção, cognição, emoções, e a capacidade de raciocínio<sup>60</sup>.

Ao serem considerados esses argumentos, torna-se evidente a necessidade de se repensar os critérios que fundamentam a teoria da culpabilidade penal.

Como será abordado, a doutrina finalista da ação fundamenta sua perspectiva libertária em três argumentos empíricos, os quais denomina de aspectos “antropológico”, “caracteriológico” e “categorial” do livre-arbítrio.

No entanto, tais argumentos parecem incompatíveis com aquilo que se conhece, na atualidade, sobre comportamento humano, o funcionamento neural e o processo de tomada de decisões.

Contradições, embora prejudiciais à validade de qualquer sistema, são especialmente graves em âmbito penal. O direito penal é um ramo jurídico prático, que incide diretamente sobre a vida dos cidadãos de um Estado. O poder punitivo estatal também é, a despeito de qualquer justificativa, uma forma de violência<sup>61</sup>.

A isso, soma-se o fato de que o conceito de comportamento humano, ao longo da história do direito, pauta o modo pelo qual o Estado enxerga – e pune – seus indivíduos.

Nesse sentido, quando o direito penal constrói suas informações de forma desvinculada (ou mesmo contrária) a dados do mundo real, não se discutem apenas a coerência e a validade de um modelo teórico, como também os limites de uma atuação violenta do Estado contra pessoas reais.

Ao adotar uma postura “dicotômica”, separando o conceito de conduta humana estabelecido pelo direito de perspectivas provenientes de outros ramos do conhecimento, os modelos jurídicos correm o risco de realizar julgamentos equivocados – condenando pessoas por

---

<sup>59</sup> PARDO, Michal S.; PATTERSON, Denis. *Philosophical Foundations of Law and Neuroscience*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2016. p. 1-5.

<sup>60</sup> PURVES, 2004. p. 1-3.

<sup>61</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 15.

não se comportarem de determinada forma quando, na realidade, o comportamento em questão sequer lhes era disponível<sup>62</sup>.

### **1.3. O futuro das discussões sobre culpabilidade e sua aplicabilidade num modelo determinista: hipótese de pesquisa e suas limitações**

A proposta de que o direito penal considere argumentos provenientes da neurociência – ou de qualquer ramo de pesquisa que fuja do âmbito das ciências humanas – não é isenta de críticas. Ao contrário: são muitas, e costumam se dividir em dois grandes grupos.

O primeiro grupo de críticas, embora não desconsidere a validade científica das pesquisas desenvolvidas em outros ramos do conhecimento, afirma a total independência do direito em relação às premissas de trabalho utilizadas pelas ciências exatas ou biológicas. Já o segundo grupo se ocupa em criticar quais seriam as eventuais consequências, para o ramo do direito penal, em se adotar os pressupostos da pesquisa neurocientífica relativos à compreensão da conduta humana.

Em relação ao primeiro grupo, costuma-se argumentar que o ordenamento jurídico se constrói sobre seus próprios valores. Nessa linha, uma vez que o direito é um tipo de sistema normativo, sua maior preocupação não diz respeito aos dados concretos de uma organização social, mas o modo pelo qual essa mesma comunidade, numa perspectiva ideal, deve se comportar. Portanto, dados provenientes de ciências empíricas (como é o caso das neurociências) pouco importariam ao direito, e não haveria maiores impedimentos para que o direito penal se fundamentasse sob o ideal da liberdade da vontade<sup>63</sup>.

Críticas desta natureza, caso aceitas, impossibilitariam a realização do presente trabalho. Não há como estabelecer diálogo entre diferentes áreas de pesquisa se um dos polos acredita firmemente em sua autossuficiência.

É certo que a forma de organização social *dada* não corresponde, necessariamente, ao modo pelo qual essa mesma comunidade *deve* se organizar. Esse tema, aliás, corresponde à crítica conhecida como “*falácia naturalista*”, que será abordada ao se tratar sobre os argumentos

---

<sup>62</sup> GREENE, Joshua; COHEN, Jonathan. *For the law, neuroscience changes nothing and everything*. Phil. Trans. Royal Society, London. B (2004) 359, 1783-1784.

<sup>63</sup> PÉREZ MANZANO, 2013. p. 107-108.

favoráveis à utilização do livre-arbítrio como elemento justificador do juízo de culpabilidade penal<sup>64</sup>.

No entanto, ao tentar compreender o ser humano, não é papel do jurista selecionar quais dados são interessantes e quais devem ser ignorados<sup>65</sup>. Ao fazê-lo, tenta-se adaptar o mundo ao direito, e não o contrário. Para dizer o mínimo, tal situação pode gerar uma série de incongruências. Embora o direito penal seja um modelo normativo abstrato, ele regula situações que ocorreram na vida real. Portanto, não é possível que os pressupostos jurídicos sejam completamente divergentes do que aqueles em que se baseiam a sociedade que será regulada.

Quanto ao segundo grupo de críticas (que se preocupam com as consequências da adoção de pressupostos deterministas, especialmente aqueles provenientes das neurociências), costumam ser observados os seguintes argumentos:

1. Caso adotado o determinismo como uma explicação válida para o comportamento humano, torna-se impossível sustentar o juízo de culpa, uma vez que toda conduta seria um produto contingente do funcionamento do sistema nervoso. Logo, se não há livre-arbítrio ou culpa, impossível sustentar também um sistema penal, independentemente da formulação que tal sistema receba, pelo que a alternativa abolicionista se impõe;
2. Ainda que seja possível sustentar um modelo penal compatível com a lógica determinista, este necessariamente invocará o panorama conhecido como “direito penal do autor” – se as ações do agente não lhe podem ser imputadas a título de escolha livre, os critérios de imputação criminal tomarão por base o caráter do agente (o ato criminoso não passaria de uma mera expressão do caráter do autor). Tal situação, vivenciada à época do Positivismo Criminológico, é vedada em nosso sistema constitucional, pois viola o direito fundamental à igualdade, promovendo a discriminação de determinados grupos sociais (arts. 3º, IV; e 5º, *caput*)<sup>66</sup>.

A primeira das críticas supramencionadas – que assume o abolicionismo penal enquanto única resposta possível às descobertas da neurociência – motivou a presente pesquisa. Se pressupostos de caráter determinista em relação ao comportamento humano são verdadeiros, existe justificativa que autorize a existência do direito penal?

---

<sup>64</sup> Cf. seção 3.3.3.

<sup>65</sup> Nesse mesmo sentido, cf. PÉREZ MANZANO, 2013.

<sup>66</sup> Existem outras críticas possíveis, como aquelas que argumentam que a consideração de informações provenientes de outras áreas do conhecimento enfraqueceria o poder discursivo do direito. No entanto, durante a introdução do trabalho, examinaremos apenas os argumentos que dizem respeito à possibilidade de existência de um direito penal que, ao mesmo tempo, demonstre ser compatível com os pressupostos da pesquisa neurocientífica e passível de ser adotado dentro de nosso sistema constitucional – o que aqui há de significar a adoção de modelos que não justifiquem sua própria existência ou seus critérios de responsabilização subjetiva na personalidade do autor do fato; ou tão somente em critérios de defesa social, sem maiores preocupações com as garantias individuais.

Tal pergunta é uma questão externa ao direito. Esbarra no problema da justificação da pena em sua primeira formulação, prejudicial a qualquer outra: “*se deve punir?*”<sup>67</sup>.

Novamente, caso a resposta seja negativa (abolicionista), não há nenhuma razão para se tentar conciliar a ideia de culpabilidade penal e as neurociências. A adoção dessa alternativa invalida a própria existência do direito penal.

Nesse trabalho, partiremos do pressuposto que o direito penal deve existir<sup>68</sup>. Mas, sendo a resposta positiva, “por que se deve punir?”. Ou como prefere Claus Roxin: “*com base em que pressupostos se justifica que o grupo de homens associados ao Estado prive de liberdade algum de seus membros ou intervenha de outro modo, conformando a sua vida?*”<sup>69</sup>.

Aqui, encontramos a presença da segunda crítica, bem como o primeiro limite desta pesquisa. Ao procurar justificar a pena, questiona-se a legitimidade do exercício do poder estatal em sua forma mais grave. Qualquer resposta a essa pergunta; qualquer possibilidade de justificativa do poder de punir, não poderá violar orientações expressas de nosso modelo constitucional<sup>70</sup>.

Acreditamos que não apenas é possível, como também benéfica, a formulação de um conceito de culpabilidade penal que atenda às exigências constitucionais, congruente com aquilo que se conhece a respeito do modo de funcionamento cerebral, o comportamento humano e o processo de tomada de decisões.

Acreditamos ainda, à semelhança do que afirmam Joshua Greene e Jonathan Cohen, que já existem vários modelos penais cuja formulação da ideia de culpabilidade é apta a atender ambas as exigências<sup>71</sup>. Como vimos, dificilmente seria o caso da teoria da ação final de Hans Welzel, que orienta, de forma majoritária, a construção doutrinária da culpabilidade penal no

---

<sup>67</sup> FERRAJOLI, 2014. p. 216-218.

<sup>68</sup> Tal afirmação não quer dizer que a existência do direito penal não deva ser questionada. O que se quer dizer é que, apesar da relevância das críticas de caráter abolicionista, o presente trabalho, por razões de corte metodológico, se concentrará apenas em teorias *justificacionistas*.

<sup>69</sup> ROXIN, 2004. p. 15.

<sup>70</sup> Trata-se de uma limitação auto imposta por esta autora. Seguindo a mesma linha de raciocínio do processualista Eugênio Pacelli de Oliveira, acreditamos que o direito penal deve ser desenvolvido a partir do “(...) *modelo de definição do poder político e das liberdades públicas*” que, no caso do Estado brasileiro, consubstancia-se “*no quadro de uma ordem constitucional fundada na instituição de amplas garantias e direitos individuais, positivados e posicionados como fundamentais*”. Dada a gravidade da interferência que a tutela penal representa sobre a vida dos particulares, e por reconhecer que o atual modelo constitucional se preocupa com a proteção dos direitos humanos, coletivos e individuais, acreditamos que, atualmente, “(...) *não é mais possível empreender qualquer pesquisa dogmática afastada do referencial constitucional*”. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012. p. 1;9-12.

<sup>71</sup> GREENE; COHEN, 2004, p. 1775–1785.

Brasil. Entretanto, grande parte dos sistemas penais desenvolvidos após a década de 1970 busca desenvolver seus conceitos evitando utilizar o livre-arbítrio como conceito justificador do juízo de imputação criminal – mesmo porque seus autores não ignoravam as controvérsias do tema, presentes na filosofia do direito penal desde o século XVIII.

Via de regra, a formulação dos modelos penais da atualidade costuma se preocupar com sua adequação às exigências de algum modelo constitucional (democrático). Por outro lado, a preocupação com as implicações das pesquisas neurocientíficas para o direito começaram a surgir de modo consistente na segunda metade da década de 2000.

Nesse panorama, qualquer modelo penal capaz de fundamentar seus critérios de imputação *ainda que* o determinismo seja verdadeiro é um forte candidato a se manter válido mesmo diante das críticas mais severas provenientes da neurociência.

Com isso, não pretendemos demonstrar, de forma definitiva, a validade do determinismo como hipótese teórico-filosófica. A proposta aqui apresentada é bem mais modesta, e possui objetivos puramente pragmáticos, qual seja, a possibilidade de responsabilização criminal do agente. Aqui, não se questionará sobre a possibilidade de uma responsabilização puramente *moral* frente ao problema do livre-arbítrio – questão que, a nosso ver, se apresenta como muito mais complexa.

Finalmente, acreditamos que a adoção de uma teoria da culpabilidade penal elaborada nesses parâmetros será proveitosa pelas seguintes razões: (1) ao dialogar com outras áreas do conhecimento, o direito penal se tornará mais próximo da sociedade que pretende regular, por estar atento a sua realidade fática<sup>72</sup>; (2) permitirá que a construção dos critérios de culpabilidade fuja à questão do livre-arbítrio, ideia filosófica e cientificamente questionável; e (3) viabilizará a criação de um direito penal menos *retributivista*, isto é, menos vingativo<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> Existem outras vantagens no estabelecimento de um diálogo entre o direito e as ciências biológicas e exatas. Uma das mais significativas é que, ao se informar sobre outras áreas do conhecimento, o direito também seria apto a regular (e limitar) propostas apresentadas por tais pesquisadores que porventura ultrapassem os limites legais.

<sup>73</sup> Aqui, “*retributivista*” refere-se não à concepção de que pena deve ser uma retribuição ao *fato* praticado pelo autor, mas na teoria da pena conhecida como “teoria da retribuição”, para a qual “(...) o sentido da pena assenta em que a culpabilidade do autor seja compensada mediante a imposição de um mal penal. A justificação de tal procedimento não se depreende, para esta teoria, de quaisquer fins a alcançar com a pena, mas apenas da realização de uma ideia: a justiça” (ROXIN, 2004, p. 16). A ligação entre a crença na liberdade moral e o retributivismo penal foi brevemente abordada no tópico 1.2. da presente introdução, e se explica nos seguintes termos “*qualquer um que acredita que agentes são às vezes responsáveis por más ações também deve acreditar que é bom (ou talvez que não seja uma coisa ruim; não é algo que requer maiores justificativas) que os indivíduos culpados sofram*” (tradução nossa). No original: “*anyone who thinks that agents are sometimes morally responsible for wrongful acts must also*

Com o objetivo de verificar tal hipótese – qual seja, que a formulação de um conceito de culpabilidade penal compatível com a pesquisa neurocientífica é possível em nosso modelo constitucional (além de benéfica) – analisaremos a construção da ideia da culpabilidade penal, discutindo seus fundamentos e sua correlação com a questão do livre-arbítrio. Após, ao discorrer sobre o conceito de livre-arbítrio, elencaremos os argumentos favoráveis e contrários a sua utilização como elemento de justificação da culpabilidade. Dentre o grupo dos argumentos contrários, nos deteremos com maior atenção àqueles provenientes da neurociência. Em seguida, procederemos à análise da culpabilidade penal (enquanto elemento da teoria do delito) em três modelos *pós-finalistas* que não se utilizam do conceito de livre-arbítrio para justificar seu sistema de imputação criminal; quais sejam: a teoria garantista de Luigi Ferrajoli; o funcionalismo teleológico de Claus Roxin; e o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs.

A opção pelos sistemas acima elencados se justifica, além dos méritos próprios de cada um dos autores, pelo fato de que nenhum deles se utiliza do conceito de livre-arbítrio enquanto fundamento do juízo de culpabilidade. Além disso, sua seleção observou a temática “liberalismo *versus* comunitarismo”, sendo o modelo de Ferrajoli o que mais se adequa à teoria liberal e o de Jakobs o mais próximo à lógica comunitária. Através desses termos, pretende-se dizer que, enquanto Ferrajoli concentra suas atenções às liberdades e garantias individuais, Jakobs enfatiza o papel da configuração social para a criação das leis penais<sup>74</sup>.

Sobre a escolha dos autores em questão, há de se destacar a seleção de Luigi Ferrajoli, teórico garantista, entre dois outros autores funcionalistas.

Explica-se: nenhuma das matrizes funcionalistas justifica a existência da pena e do direito penal a partir do conceito de livre-arbítrio. No entanto, o foco do presente trabalho não é realizar uma defesa – específica – do funcionalismo, mas demonstrar a existência de correntes teóricas que conseguem oferecer uma explicação satisfatória às questões apresentadas pela neurociência.

---

*think that it is a good thing (or perhaps not a bad thing; not something that requires further justification) that the blameworthy suffer*”. LEVY, 2011, p. 2-4.

<sup>74</sup> Há ainda de se considerar a coerência interna dos modelos escolhidos, bem como a receptividade conferida aos autores: tanto a teoria garantista de Ferrajoli quanto o funcionalismo teleológico de Roxin possuem boa aceitação na doutrina penal brasileira. Quanto à Jakobs, sua teoria da culpabilidade penal é amplamente difundida em países como Alemanha e Espanha, apesar da resistência da doutrina brasileira em discutir seus pressupostos. Esta talvez se explique, a seu turno, pela recepção e interpretação atribuídas pela academia jurídica brasileira à obra “*Direito Penal do Inimigo*”. A fim de evitar possíveis divergências, esclarecemos, desde já, que o conceito de “inimigo” não está presente como elemento integrante da teoria da culpabilidade de Jakobs – e tampouco será abordado neste trabalho.

Por fim, em nossa conclusão, discorreremos sobre os benefícios de se considerar a crítica neurocientífica para a construção da dogmática penal. Parafraseando a expressão utilizada por Greene e Cohen, observaremos como a neurociência consegue mudar toda a nossa compreensão a respeito da culpabilidade penal, sem qualquer alteração nesse conceito.

## 2. A CONSTRUÇÃO DA IDEIA DE CULPABILIDADE PENAL

### I - Considerações iniciais: conceito de livre-arbítrio e posições relativas ao tema

#### 2.1. A relação entre livre-arbítrio e a culpabilidade penal: libertarianismo, determinismo e compatibilismo

Compreendida enquanto um conceito normativo, a responsabilidade penal pode possuir conteúdo tão variado quanto os próprios contextos sociais<sup>75</sup>. Não obstante, é comum que os critérios de culpabilidade adotados por diferentes modelos penais formem “padrões temáticos”.

Um dos temas mais recorrentes ao longo da história da filosofia e do direito penal se trata da relação entre as noções de culpa, responsabilidade, e “liberdade moral”.

Até a segunda metade do século XX, quase todas as discussões sobre a culpabilidade penal se ocuparam, em algum momento, em discutir a validade da ideia de livre-arbítrio<sup>76</sup>. A partir da posição de seus autores sobre o tema, os critérios de imputação e de legitimação dos modelos penais eram desenvolvidos.

Historicamente, a temática do livre-arbítrio a temática do livre-arbítrio é trabalhada sob três pontos de vista majoritários: o libertarianismo, o determinismo e o compatibilismo.

Em primeiro lugar, há as posições denominadas como libertarianistas ou libertárias. Para essa corrente, “liberdade da vontade” e “fatores de determinação” não são ideias compatíveis entre si. Nessa perspectiva, o libertarianismo rejeita a existência dos fatores de determinação, e advoga em favor da liberdade de escolha e da possibilidade de responsabilização moral<sup>77</sup>. Um livre-arbítrio genuíno não pode existir “*em um mundo completamente determinado pelo destino, ou Deus, ou as leis da física ou da lógica, ou da hereditariedade e meio-ambiente, condicionamento psicológico ou social, e assim sucessivamente*”<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2007, p. 18-19.

<sup>76</sup> Posteriormente, as discussões sobre a *validade* desse conceito deram lugar aos questionamentos sobre a *adequabilidade* da ideia enquanto fundamento do juízo de imputação penal. Sobre o assunto, cf. seção 4.2.

<sup>77</sup> KANE, Robert. *Libertarianism*. In: FISCHER, John Martin; KANE, Robert *et al.* *Four Views on Free Will*. Malden: Blackwell Publishing, 2007. p. 7.

<sup>78</sup> “*Genuine free will, we believe, could not exist in a world completely determined by Fate or God, or the law of physics or logic, or heredity or environment, or psychological or social conditioning, and so on*”. KANE, 2007, p. 7.

Na opinião do filósofo Robert Kane, uma visão de mundo libertária permite que o agente se perceba enquanto autor de suas próprias escolhas e ações. Significa também que se encontra em poder do agente a escolha em agir de um ou outro modo<sup>79</sup>. Em sua opinião, a visão libertária é compartilhada pelo senso comum – a maioria das pessoas se enxerga livre e capaz de escolher, sem maiores dificuldades, seu curso de ação<sup>80;81</sup>.

Assim como os libertários, a perspectiva determinista compreende que “liberdade da vontade” e “fatores de determinação” não são ideias compatíveis entre si – ambas as posições são classificadas, portanto, como incompatibilistas.

Mas, diferente de sua contraparte, o determinismo acolhe a existência de fatores de determinação, negando a possibilidade da existência de liberdade e responsabilidade num plano moral: “*devido aos fatos mais gerais a respeito da natureza do universo, nós não possuímos o tipo de livre-arbítrio necessário à responsabilização moral*”<sup>82</sup>. É uma posição mais radical e mesmo impopular que o libertarianismo, defendendo que “*fatores para além de nosso controle produzem todas as nossas ações*”<sup>83</sup>.

Nesse sentido, um agente não poderia ser compreendido como responsável por suas ações, caso avaliado pelos mesmos parâmetros da posição libertária. Uma vez que sua vontade é *causada* por motivos externos ao controle, não faz qualquer sentido se perguntar se o agente teria podido agir de modo diverso: “*um agente não é moralmente responsável pela decisão se ela é produzida por uma fonte sobre a qual ele não tem controle*”<sup>84</sup>. Tais fatores podem ser identificados com as mais diferentes circunstâncias, como suas preferências e inclinações pessoais, suas interações com o meio socioambiental, a hereditariedade, a constituição

---

<sup>79</sup> KANE, 2007, p. 5.

<sup>80</sup> KANE, 2007, p. 7. Na visão do autor, o libertarianismo é possível mesmo sobre uma análise científica. Frente a situações aleatórias, mesmo indesejadas, os seres humanos podem ser compreendidos como sistemas complexos e dinâmicos capazes de responder a informações (*information-responsive complex dynamical systems*); portanto, autores de suas próprias escolhas e ações (p. 40).

<sup>81</sup> Em esfera penal, argumentos de natureza libertária – como os de Hans Welzel, por exemplo – costumam reportar-se ao conceito de livre-arbítrio desenvolvido por Immanuel Kant. Sobre tal conceito cf. GIACÓIA JÚNIOR, Oswald. *Nietzsche x Kant: uma disputa permanente a respeito de liberdade, autonomia e dever*. São Paulo: Casa do Saber, 2012. p. 45-50; KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. 5. ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Kalouste Gulbenkian, 2001. p. 150.

<sup>82</sup> PEREBOOM, Derk. *Hard Incompatibilism*. In FISCHER, John Martin; KANE, Robert *et al.* *Four Views on Free Will*. Malden: Blackwell Publishing, 2007. p. 85.

<sup>83</sup> PEREBOOM, 2001. p. xiii.

<sup>84</sup> “(...) *an agent is not morally responsible for the decision if it is produced by a source over which she has no control*”. PEREBOOM, 2001, p. 4.

biopsicológica, as leis da física, etc. A questão principal é: se existem fatores que condicionam a vontade em algum sentido, esta não pode ser considerada livre<sup>85</sup>.

Finalmente, a última das três posições abordadas corresponde ao compatibilismo. Como o nome indica, o compatibilismo sugere que é possível a existência de um livre-arbítrio necessário para a responsabilização moral *ainda que* o determinismo seja verdadeiro<sup>86</sup>. Nos termos de John Martin Fischer, autointitulado compatibilista, essa corrente pode ser compreendida como a doutrina na qual “*tanto uma noção central de liberdade, como também de uma genuína e robusta responsabilidade moral são compatíveis com a doutrina do determinismo causal*”, embora não seja um objetivo do compatibilismo provar se a visão causal-determinista é ou não verdadeira<sup>87</sup>.

Em outras palavras, a despeito da comprovação ou não comprovação da hipótese determinista, a liberdade moral seria um conceito plausível – sob determinadas condições ou parâmetros<sup>88</sup>.

Resumidamente, existem várias definições possíveis sobre a ideia de livre-arbítrio, não havendo consenso sobre o tema. Em linhas gerais, é possível dizer que o termo significa a capacidade do agente em escolher de forma autônoma, dirigindo o curso de sua vontade e ações sem maiores obstáculos (ou mesmo a despeito da força dos motivos, internos e externos) – definição que parece compatível com a utilização do termo *exigibilidade de conduta diversa* no interior da doutrina penal brasileira<sup>89</sup>.

## II - Considerações iniciais: imputação, culpa e responsabilidade

---

<sup>85</sup> Em esfera penal, argumentos de natureza determinista – como os de Pedro Lessa, Karl Engisch e Franz von Liszt, por exemplo – costumam reportar-se ao conceito de livre-arbítrio desenvolvido por Arthur Schopenhauer. Sobre tal conceito, cf. SCHOPENHAUER, Arthur. O livre arbítrio. Biografia e prefácio de Afonso Bertagnoli; tradução de Lohengrin de Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017; CARDOSO, Renato César. *A ideia de justiça em Schopenhauer*. Belo Horizonte, Argumentum, 2008. 83-86.

SCHOPENHAUER, Arthur. O livre arbítrio.

<sup>87</sup> “(...) take ‘compatibilism’ to be the doctrine that both some central notion of freedom and also genuine, robust moral responsibility are compatible with the doctrine of causal determinism”. FISCHER, John Martin. *Compatibilism*. In FISCHER, John Martin; KANE, Robert *et al.* *Four Views on Free Will*. Malden: Blackwell Publishing, 2007. p. 44.

<sup>88</sup> Com base na definição apresentada sobre o termo “compatibilismo”, percebe-se que são raras as doutrinas penais desenvolvidas sob tal paradigma.

<sup>89</sup> Cf. seção 2.7.3.

## 2.2. O que se entende por culpabilidade penal?

### 2.2.1. A aplicação prática da pena e o reconhecimento da culpa são anteriores ao seu desenvolvimento teórico

A ideia de *culpabilidade penal*, compreendida enquanto elemento estruturante da teoria do delito, surge em momento determinado na história. Conforme aponta Davi de Paiva Costa Tangerino, o conceito aparece pela primeira vez na doutrina penal europeia, ao final do século XIX, com o modelo de Liszt-Beling. Suas bases teórico-filosóficas são claramente compreensíveis dentro desse contexto, e é possível precisar as datas em que houve mudanças no entendimento do conceito<sup>90</sup>.

Entretanto, ainda que seja possível rastrear o momento de criação da teoria do delito – e da culpabilidade como um de seus elementos integrantes – seria incorreto dizer que, antes do século XIX, não havia critérios práticos de imputação criminal.

A história da punição se confunde com a própria história da humanidade<sup>91</sup> e, assim como hoje, todos os povos possuíam critérios práticos de responsabilização pelo descumprimento de suas regras<sup>92</sup>. As penas já eram concretamente aplicadas muito antes do surgimento das discussões teóricas que lhe dizem respeito.

Por esse mesmo motivo, antes que a dogmática penal se ocupasse em desenvolver os princípios fundamentais de um sistema “*completo*”<sup>93</sup>, a filosofia e as escolas criminológicas já se questionavam sobre os critérios que permitiam que o Estado pudesse aplicar, de forma legítima, uma pena ao particular. Autores pertencentes à Escola Penal Clássica, como Cesare Beccaria e Francesco Carrara, escrevem sobre o fundamento da responsabilidade penal aproximadamente um século antes do surgimento dos modelos dogmáticos de Binding, Liszt e Beling, cujas primeiras obras datam da segunda metade do século XIX.

Com o desenvolvimento da teoria do delito, a categoria da culpabilidade acabou por concentrar em si as discussões anteriormente restritas ao âmbito filosófico e criminológico; em especial, a questão do livre-arbítrio e sua relação com a responsabilidade do agente.

---

<sup>90</sup> TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 13.

<sup>91</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Prefácio de Edson Carvalho Vidigal; tradução de José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006. p. 5.

<sup>92</sup> MONIZ SODRÉ, 1955, p. 31-32.

<sup>93</sup> LISZT, 2006, p. 2.

Nesse sentido, autores como Claus Roxin afirmam que a culpabilidade é considerada o próprio elemento de justificação da pena e do direito penal<sup>94</sup>. Dogmaticamente, a culpabilidade é apenas outro componente do conceito de crime, assim como a tipicidade e a ilicitude. No entanto, são os critérios de responsabilização pessoal – ou seja, os critérios de culpabilidade – que definem a real extensão dos limites da punição sobre os indivíduos.

Para compreender melhor a construção desse conceito, afirmaremos, em primeiro lugar, que a culpabilidade implica numa espécie de relação normativa, passível de ser observada em qualquer organização social.

Em seguida, por entender que a culpabilidade já era concretamente analisada antes de seu desenvolvimento teórico, abordaremos o instituto sob duas perspectivas: (1) a culpabilidade enquanto critério de justificação da pena e do direito penal (abordagem filosófico-criminológica *pré-dogmática*); e (2) a culpabilidade enquanto elemento estruturante da teoria do delito (abordagem dogmática)<sup>95</sup>.

### **2.2.2. A culpabilidade como juízo de valor negativo imputado ao agente**

A afirmação de que todas as sociedades possuíam critérios de culpabilidade já implica numa compreensão específica da ideia de culpa, qual seja, a interpretação *normativa*. Nesse contexto, a culpa expressa um juízo de valor negativo atribuído ao agente que violou a regra, cujos critérios para a imputação também serão estabelecidos pelo próprio sistema.

No entanto, há de se ressaltar novamente que, em sentido usual, a expressão “culpa” costuma ser associada a circunstâncias ou sentimentos *internos* ao agente, bem como a determinadas concepções de cunho moral ou religioso. Compreendida nesses termos, existem

---

<sup>94</sup> ROXIN, 2004, p 15-16.

<sup>95</sup> “Só no dealbar do século XIX entramos em contacto com o direito penal olhado como ciência jurídica verdadeira e própria. Se é certo que faltava uma ciência do direito penal, não se pode, porém, afirmar que faltasse uma filosofia do direito penal. Os problemas do fundamento do direito de punir, da natureza da pena, dos fins desta, da licitude ou não licitude da pena de morte, foram sempre objeto de meditação para os filósofos(...)”. BETTIOL, 1967. p. 18.

.pelo que há autores que afirmam a inexistência da ideia de culpa em sociedades primitivas. Quando muito, a expressão só poderia ser utilizada em sentido “*amplíssimo*”, para indicar a responsabilidade por imputação física<sup>96</sup>.

Até o presente momento, percebe-se que o emprego da palavra “culpa” costuma vir acompanhado das expressões “imputação” e “responsabilização”. Com muita frequência, aliás, os termos são utilizados para se referir à mesma ideia<sup>97</sup>.

Uma possibilidade de diferenciar imputação, culpa e responsabilidade se apresenta da seguinte forma: a ideia de “imputação” corresponde a um princípio observado em sistemas sociais, que expressa a relação formada entre um pressuposto e sua consequência.

Tal princípio obedece à chamada “*regra da retribuição*”, que nada mais diz que eventos “benéficos” devem acarretar boas consequências, enquanto situações “ruins” implicam em maus resultados: “*se te portas retamente, deves ser premiado, isto é, algo de bom deve te caber; se te portas mal, deve ser punido, isto é, algo de mal deve te acontecer*”<sup>98</sup>.

Por sua vez, a ideia de culpa também indica um tipo relação normativa que liga pressupostos às suas consequências. Entretanto, enquanto a expressão “imputação” pode ser utilizada tanto em situações positivas quanto negativas, todos os significados possíveis da palavra culpa trazem em si uma conotação negativa. Quando se fala em responsabilidade por um evento benéfico, a culpa dá lugar à ideia de mérito.

Para Alf Ross, a culpa pode ainda ser compreendida como uma espécie de elemento intermediário, em sua função de ligar pressuposto e consequência. Isso porque a culpa é, ao mesmo tempo, uma consequência da transgressão da norma e um pressuposto para sua responsabilização. Aquele que comete a infração *torna-se culpado*, e aquele que é culpado pode ser *responsabilizado*<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> TANGERINO, 2011, p. 20-21.

<sup>97</sup> Nesse sentido, ROSS, 1975, p. 1-2.

<sup>98</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 58-59. Vale esclarecer que, para Kelsen, o princípio da imputação, observado no interior das ciências sociais, se estrutura de modo análogo ao princípio da causalidade, que rege as ciências naturais. Ambos são responsáveis por realizar a ligação entre o antecedente e sua consequência. Contudo, enquanto no âmbito da natureza essa relação (necessária) se apresenta como explicação de um fato da natureza, o princípio da imputação se manifesta como uma forma (social) de interpretar os fatos, atribuindo responsabilidade a alguém. Em suas palavras, “*Sempre que surge um acontecimento que, na consciência do primitivo, pede explicação – e isto apenas sucede quando o acontecimento imediatamente afeta seus interesses – aquele não pergunta qual é a causa desse acontecimento mas quem é por ele responsável*” (p. 59).

<sup>99</sup> ROSS, 1975, p. 3-4.

Nesses termos, a “culpa” não é algo que exista materialmente, diferentemente do que ocorre com as categorias dos delitos e penas. Tampouco reflete uma ideia autônoma, mas uma relação existente no interior de um sistema normativo<sup>100</sup>.

Um indivíduo considerado culpado recebe um novo *status* dentro de um sistema normativo. Nas palavras de Neil Levy, tal sujeito deixará de merecer a proteção (integral) de alguns de seus direitos – os quais, em outras circunstâncias, poderiam ser plenamente usufruídos<sup>101</sup>. Como exemplo, uma pessoa sentenciada como culpada pelo crime de homicídio poderá sofrer restrições em sua liberdade de locomoção (através da cominação de uma pena privativa de liberdade), assim como um culpado pelo crime de injúria poderá sofrer restrições em seu patrimônio (através da cominação de uma pena de multa).

Nota-se que a expressão “imputação” possui um caráter neutro – ao agente, podem ser imputadas ações (e consequências) boas ou más. O mesmo não ocorre com a ideia de culpa: todos os significados possíveis dessa palavra carregam conotação negativa. Ninguém possui “culpa” pelo acontecimento de algo “bom”. Ao discorrer sobre a responsabilidade por um evento positivo, a culpa dá lugar à ideia de “mérito”<sup>102</sup>.

Por fim, quando se fala em “responsabilidade”, “responsabilização” ou “ser responsável”, o que está em jogo é a possibilidade de um indivíduo “ser chamado a prestar contas” por determinada infração normativa, isto é, sobre quem a pena poderá recair. Para que a responsabilização ocorra de forma justa, é necessário que o agente tenha preenchido os critérios de imputação estabelecidos em dado sistema<sup>103</sup>.

Em todo caso, quando o assunto versa sobre sistemas normativos, não é incorreto utilizar as expressões “critérios de imputação”, “critérios de responsabilização” e “requisitos para a configuração da culpabilidade” como sinônimas, especialmente no direito penal. Apesar de suas particularidades, todas elas buscarão indicar quais são os indivíduos (e sob quais circunstâncias) passíveis de receberem uma pena:

---

<sup>100</sup> No original: “*We cannot point to anything and say that it is what ‘guilt’ designates. But we can explain what we mean, for example, by uttering a sentence such as ‘by committing a murder this man has incurred guilt’*”. ROSS, 1975, p. 5.

<sup>101</sup> LEVY, 2011, p. 3.

<sup>102</sup> Nesse sentido, afirma Francisco de Assis Toledo que “*Seria incorreto dizer-se, por exemplo: Pedro tem culpa pelo progresso da empresa que dirige; o mesmo não aconteceria, porém, se disséssemos: Pedro tem culpa pela falência da empresa que dirige. O termo culpa adquire, pois, na linguagem usual, um sentido de atribuição censurável de um fato ou acontecimento*”. TOLEDO, 1995, p. 216.

<sup>103</sup> ROSS, 1975, p. 16-17. No original, as expressões utilizadas para traduzir a ideia de responsabilidade correspondem aos termos “*accountability*” e “*to be accountable*”.

Quando, na hipótese de um homem praticar um ato meritório, um pecado ou um crime, se põe a questão da imputação, esta não é a questão de saber quem praticou o ato meritório, o pecado ou o crime. Essa é uma questão de fato. A questão moral ou jurídica da imputação se põe assim: quem é responsável pela conduta em apreço? E esta questão significa: quem por ela deve ser premiado, fazer penitência ou ser punido? São a recompensa, a penitência e a pena que são imputadas, como consequências específicas, a um específico pressuposto. E o pressuposto é a conduta que representa o mérito, o pecado ou o crime. A imputação da recompensa ao mérito, da penitência ao pecado, da pena ao crime inclui em si a imputação à pessoa – única imputação que é posta em evidência no uso corrente da linguagem<sup>104</sup>.

No mesmo sentido:

Desde von Liszt, a doutrina absolutamente dominante acolheu o termo “*culpabilidade*” para exigir a possibilidade de imputação do injusto a seu autor. Entretanto, já faz tempo que vozes se levantam contra a conveniência deste termo. Não repetirei aqui os argumentos que, em momento oportuno, esgrimi para abandonar seu uso (...). Acrescentarei apenas que a expressão “imputação pessoal” possui a vantagem de deixar mais claro que, nesta segunda parte da teoria do delito, trata-se apenas de *atribuir* (imputar) o desvalor do fato penal antijurídico a seu autor: não se pune uma “culpabilidade” do sujeito, mas apenas exige-se que o fato penalmente antijurídico, o único que o Direito deseja prevenir (se possível), seja penalmente imputável a seu autor. Contudo mantereis neste capítulo a evolução histórica do conceito usual de “culpabilidade”, evolução que desejaria continuar, ainda que com outra terminologia<sup>105</sup>.

Qualquer sistema que admite a punição de más condutas – ou mais especificamente, de infrações normativas – obedecerá ao princípio da imputação. Será possível, a partir daí, apontar quem, e sob quais circunstâncias, é o culpado pela prática de uma conduta proibida. E apenas o culpado poderá, de forma legítima, ser chamado a prestar contas pela prática do fato indesejado. Daí reside a proximidade das ideias de “imputação”, “culpa” e “responsabilização” que, no presente trabalho, serão efetivamente utilizados como sinônimos<sup>106</sup>.

### 2.2.3. “Responsabilidade objetiva” e “responsabilidade subjetiva”: critérios para a configuração de culpa

<sup>104</sup> KELSEN, 1998, p. 65.

<sup>105</sup> MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Tradução Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 409. Em relação ao trecho destacado, nota-se que o autor, embora seja da opinião de que *culpabilidade* não é expressão adequada para falar do juízo de “imputação pessoal” do agente, reconhece que, usualmente, os termos são empregados como sinônimos.

<sup>106</sup> Por compreender tais expressões como sinônimas, justifica-se a possibilidade de tratar da culpabilidade como fundamento da pena mesmo antes de conversão em categoria autônoma do delito; transformação essa que só ocorre a partir da teoria da ação final de Hans Welzel, já no século XX.

Mencionamos que a primeira forma de responsabilização criminal conhecida observava a critérios exclusivamente objetivos, isto é, que desconsideravam a análise de qualquer elemento interno ao agente. A culpa era atribuída àquele que praticara a ação<sup>107;108</sup>, e a pena, afirma Moniz Sodré, era apresentada como uma resposta quase *instintiva* do grupo social, preocupado com sua própria conservação<sup>109</sup>.

Neste sentido, ela poderia ser aplicada contra os membros do próprio grupo, com o objetivo de desestimular a prática do comportamento proibido<sup>110</sup>, ou mesmo contra grupos rivais, quando estes ameaçam sua existência<sup>111</sup>.

À época, mesmo que fosse possível identificar o autor do fato indesejado, a ideia de responsabilidade pessoal ainda não havia sido desenvolvida. Todos os membros da família do agressor poderiam ser solidariamente punidos pela infração da regra<sup>112</sup>: “*a responsabilidade penal equiparava, solidariamente, o ofensor e seus parentes, como consequência quase exclusiva do elemento objetivo da lesão, e não da imputação direta a seu autor, nem sequer de suas intenções*”<sup>113</sup>.

Tal modelo de responsabilização difuso e objetivo, foi conhecido por todos os povos primitivos. Nele, se encaixavam sistemas jurídicos como o direito hebreu e o grego, que puniam com a mesma intensidade (e, eventualmente, os puniam ao longo de várias gerações) tanto delitos intencionais quanto meros acidentes<sup>114</sup>.

Francisco de Assis Toledo afirma que com a evolução social e o aprimoramento da cultura, as sociedades começaram eventualmente a distinguir os danos entre *evitáveis* e *inevitáveis*; provavelmente a partir da observação de fenômenos naturais, que os levaram a perceber que “*existe algo que distingue, por exemplo, a morte causada por um raio da morte*

<sup>107</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 447-449.

<sup>108</sup> A responsabilidade objetiva, aliás, faz todo sentido em sociedades primitivas, quando se considera que a ação delitiva e suas consequências existem materialmente e são externas ao indivíduo. A punição, que também é uma resposta material e externa, era fundamentada naquilo que se conseguia perceber de forma concreta, ao invés de conceitos abstratos ou circunstâncias internas ao infrator. Nesse sentido, ROSS, 1975, p. 2.

<sup>109</sup> KELSEN, 1998. p. 58.

<sup>110</sup> Nesse sentido, afirma Francisco de Assis Toledo que mesmo nas sociedades primitivas, já era possível inferir a compreensão da pena enquanto instrumento de “*prevenção geral do crime*”, muito antes do desenvolvimento teórico das funções da pena. TOLEDO, 1991, p. 218.

<sup>111</sup> No caso das penalidades aplicadas contra grupos rivais, afirma Liszt que seu objetivo não era a dissuasão com relação à determinado comportamento, mas à destruição do agente externo que ameaçava a paz social. LISZT, 2006, p. 5-6.

<sup>112</sup> MONIZ SODRÉ, 1955, p. 31-32.

<sup>113</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 447.

<sup>114</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 448-449.

*resultante de um assassinato*”. Defende o autor que esse “*algo, esse quid que distingue um fato do outro*” encontrou sua explicação a partir dos fenômenos psicológicos produzidos no interior do homem; em sua faculdade de querer ou não determinado curso de ação e na capacidade de prever os resultados possíveis de suas ações.

Desde então, a *evitabilidade, previsibilidade e voluntariedade* do ato indesejável passaram a integrar o juízo de imputação da pena. A ameaça de punição só cumpriria seu papel dissuasivo se estivesse em poder do agente a opção de praticar ou não o fato.

Não é possível precisar o momento exato em que tais critérios surgiram como requisitos necessários para a aplicação da pena. No entanto, Toledo destaca que tal mudança representou uma “*nova era*” para o direito penal: a dos modelos de responsabilidade subjetiva<sup>115</sup>. Este foi o modelo adotado pela dogmática penal do século XIX, ao organizar sistematicamente a categoria da culpabilidade<sup>116;117</sup>.

Mas antes de abordar seu desenvolvimento na teoria do delito, trataremos sobre as correntes filosófico-criminológicas que se ocuparam em justificar a existência da pena e do direito penal. Perceberemos de que modo tais formulações acabaram incorporadas ao conceito dogmático de culpabilidade.

### **III - Responsabilidade e culpa no período *pré-dogmático*: abordagem filosófico-criminológica**

#### **2.3. A escola penal clássica**

Em 1764, o italiano Cesare Beccaria publicou um pequeno tratado filosófico intitulado “*Dos delitos e das penas*”. A obra acabou superando todas as expectativas de seu autor – que, embora interessado pela filosofia iluminista, sabia muito pouco sobre o sistema penal antes

---

<sup>115</sup> TOLEDO, 1991, p. 218-219. A título de exemplo, o autor destaca que desde suas origens, o direito romano já distinguia atos voluntários e involuntários, bem como evitáveis e inevitáveis – todos esses critérios subjetivos de responsabilidade.

<sup>116</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 446-450.

<sup>117</sup> O objetivo desse tópico se concentra menos em realizar uma reconstrução histórica dos modos de aplicação da pena do que em demonstrar que sempre existiram critérios para a aferição da culpa. Para uma abordagem histórica mais detalhada sobre o desenvolvimento do delito e da culpa anterior a abordagem das Escolas Penais do século XVIII, recomendamos a leitura da obra “Culpabilidade”, de Davi de Paiva Costa Tangerino (TANGERINO, 2011, p. 1-38).

de começar a escrever o livro<sup>118</sup> –, e se converteu em marco decisivo para a história do direito penal e da criminologia.

Iniciando a chamada “Escola Penal Clássica”<sup>119;120</sup>, o texto de Beccaria seria o primeiro a se dedicar integralmente a uma campanha “*inteligente e sistemática*” contra a aplicação injusta e desumana das penas<sup>121</sup>. À época, por toda a Europa, a maioria dos crimes era punida com a pena de morte – cujas formas mais usuais de execução envolviam enforcamento, decapitação, esquartejamento e ser queimado vivo – ou mutilações corporais, executadas de modo tão cruel quanto as penas capitais. A pena privativa de liberdade, embora conhecida, era raramente aplicada, visto que serviria apenas para a “*detenção, e não para a punição*” dos réus<sup>122</sup>.

Acreditando que o sistema criminal era a única área ainda não alcançada pelas “*luzes do nosso século*”, isto é, pelo ideal humanitário iluminista, o autor se dedicara a organizar aquilo que consistiriam nos princípios gerais de um sistema penal<sup>123</sup>, dentre os quais o fim da pena de morte; a adoção de uma redação clara e delimitada das normas penais; a vinculação da aplicação das penas à existência (prévia) da lei penal; a proporcionalidade entre a gravidade dos delitos e das penas, além de várias orientações de cunho processual.

Em sua obra, Beccaria confere atenção especial à formulação de princípios do direito e processo penal. Por outro lado, a legislação penal da época praticamente não é citada. Tal postura também se repete nos demais autores clássicos: segundo Giuseppe Bettiol, havia uma

---

<sup>118</sup> MAESTRO, Marcello T. *Voltaire and Beccaria as reformers of criminal law*. Nova Iorque: Columbia University Press, 1942. p. 51-55.

<sup>119</sup> Compreender a chamada “escola penal clássica” enquanto uma corrente de pensamento única é, por si mesma, uma ideia controversa. Apesar da inspiração da filosofia liberal-iluminista compartilhada por todos os autores classificados como membros da escola clássica, ela “*não constitui (...) um bloco monolítico de concepções, caracterizando-se por uma grande variedade de tendências divergentes e em alguns aspectos opostos*”; ademais, não há consenso específico sobre qual seria o marco inicial da escola, eventualmente dividida entre os períodos filosófico (do qual Beccaria seria o primeiro expoente) e jurídico (iniciado com os textos de Giovanni Carmignani, Pellegrino Rossi e Francesco Carrara) (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 45). Cabe notar ainda que, embora seja comum se referir ao texto como ponto de partida das escolas criminológicas, a criminologia pode ser definida ciência que estuda “*a etiologia (origem), extensão e a natureza do crime na sociedade*”, conforme afirma Larry J. Siegel. Diante da ausência de emprego da metodologia científica na obra de Beccaria, seria mais correto compreendê-la enquanto filosofia do direito penal, ao invés de uma vertente criminológica. (SIEGEL, Larry J. *Criminology*. 9. ed. Belmont: Thomson Higher Education, 2006. p.6).

<sup>120</sup> Segundo Giuseppe Bettiol, autores como Carmignani, Rossi e Carrara seriam os “*mais ilustres expoentes sistemáticos*” do período clássico. A seu turno, Beccaria e Romagnosi figurariam como percussores do movimento, vez que seus escritos possuíam caráter filosófico e político, mas não propriamente jurídico. BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1970. p. 55-56.

<sup>121</sup> MONIZ SODRÉ, 1955, p. 35.

<sup>122</sup> MAESTRO, 1942, p. 5-6.

<sup>123</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. São Paulo: CL EDIJUR, 2017. p. 14-15.

desconfiança generalizada contra as normas penais então vigentes, devido à sua arbitrariedade. Assim, com o intuito de reformar o sistema punitivo da época, a escola clássica aderiu, de forma geral, a uma postura *anti-historicista*. O direito penal não deveria ser pensado a partir de uma realidade fática, mas considerado enquanto um modelo racional e abstrato, “*passível de uma esquematização política*”. As situações de fato cediam lugar às possibilidades da razão humana – o que justifica, por sua vez, a definição do crime como figura ou ente estritamente jurídico, abstrato; violação de uma lei penal elaborada aprioristicamente<sup>124</sup>.

Levando em consideração o pensamento *ahistórico* e avesso ao empirismo presente no período clássico, é perfeitamente compreensível que os pressupostos de seu sistema também consistam em valores abstratos. Duas de suas ideias mais marcantes seguem essa lógica: a adoção de premissas contratualísticas e a adoção do livre-arbítrio como valor central do sistema penal<sup>125</sup>

Seguindo a lógica contratualista, Beccaria afirma que os princípios fundamentais do direito de punir poderiam ser facilmente encontrados ao “*consultarmos o coração humano*”<sup>126</sup>: cansados da selvageria e de uma liberdade tornada “*inútil por causa da incerteza de sua conservação*”, os primeiros homens teriam concordado com que cada um sacrificasse uma pequena porção de sua própria liberdade em prol de uma administração soberana. Não obstante, devido às “*usurpações privadas de cada homem em particular*”; considerando que a dissolução moral e paixões parciais levam os homens a desejar exercer sua liberdade de forma egoísta, torna-se necessário que o Estado interfira no curso das ações humanas socialmente danosas. Portanto, as “*pequenas porções de liberdade*” individuais restariam protegidas, na medida exata da necessidade de “*conservar o depósito da saúde pública*”. Daí a necessidade das penas<sup>127</sup>.

Em verdade, Beccaria se preocupa menos em justificar o poder punitivo estatal do que delimitar seu exercício. Ele acredita que diversos filósofos iluministas já se haviam ocupado da questão com muito mais propriedade, especialmente Montesquieu<sup>128</sup>.

Ao tratar sobre culpa, o autor se concentra na proporcionalidade entre delitos e penas – abordando a culpa pessoal, portanto, enquanto elemento de limitação do poder do Estado – e pouco se ocupa da ligação subjetiva entre autor e crime. Seu foco é dedicado às liberdades

---

<sup>124</sup> BETTIOL, 1970, p. 57-59.

<sup>125</sup> BETTIOL, 1970, p. 59-61.

<sup>126</sup> BECCARIA, 2017, p. 15.

<sup>127</sup> BECCARIA, 2017, p. 15-17.

<sup>128</sup> O autor demonstra sua admiração por Charles-Louis de Secondat, Barão de Montesquieu, em vários pontos da sua obra, julgando estar dentre os seus méritos pessoais o fato de haver seguido “*as pegadas luminosas desse grande homem*” (BECCARIA, 2017, p. 13).

individuais num plano material. O autor se interessa em como a sociedade responderá ao delito, e não se o agente era livre ou não para cometê-lo.

Ainda assim, é possível enxergar em sua obra um apreço moderado pelo retributivismo (baseado nas ideias de mérito e culpa), bem como indícios de sua crença pessoal na ideia de livre-arbítrio. A criação do direito penal é motivada pelas exigências de uma vida social, e sua formulação deve proteger o indivíduo contra o arbítrio do Estado. Observados esses requisitos, o vê-se que um cidadão poderá ser punido apenas se *merecer* a punição (ante a violação do pacto social), e será punido tão somente na medida de seu *merecimento*. Temos, portanto, que os temas da culpabilidade e a responsabilidade moral surgem apenas em segundo plano.

Partindo dos princípios elaborados na obra de Beccaria, os demais autores da Escola Penal Clássica se esforçaram por continuar a desenvolver um sistema marcado pelo liberalismo e a questão humanitária, ainda que discordassem em pontos cruciais da teoria penal. Como exemplo, há a questão das funções da pena: tanto autores retributivistas quanto utilitários podem ser encontrados entre os representantes dessa escola<sup>129</sup>.

Ocorre que, quanto maior o desenvolvimento da teoria penal, maiores os questionamentos sobre a sua justificação. Com base em quais critérios um sistema penal poderia ser avaliado como legítimo e “justo”<sup>130</sup>?

Confrontada com esse questionamento, a Escola Penal Clássica encontra outro ponto de convergência. Liberdade moral e culpa, que em Beccaria possuem caráter meramente incidental, assumem local de destaque, tornando essa corrente também conhecida como “*escola penal livre arbitrista*”<sup>131</sup>.

O fundamento da “*responsabilidade penal do criminoso*” e a legitimação do direito penal acabaram identificados com a mesma ligação traçada por Santo Agostinho, mencionada na introdução do presente trabalho<sup>132</sup>: a relação entre a liberdade da vontade, culpa e

---

<sup>129</sup> DE CARO, Mario. *Utilitarianism and Retributivism in Cesare Beccaria*. The Italian Law Journal, vol. 02, n. 01 (2016), p. 11-12. Disponível em: <<http://theitalianlawjournal.it/data/uploads/italj-vol-02-no-01-2016/italj-vol.-02-no.-01-2016.pdf>>. Acesso em 05 abr. 2018.

<sup>130</sup> Aqui, referimo-nos a “legitimação externa” do direito penal, utilizando a expressão no mesmo sentido delineado por Luigi Ferrajoli: “*Por legitimação externa ou justificação refiro-me à legitimação do direito penal por meio de princípios normativos externos ao direito positivo, ou seja, critérios de avaliação moral, políticos ou utilitários de tipo extra ou metajurídico*”. FERRAJOLI, 2014, p. 199.

<sup>131</sup> MONIZ SODRÉ, 1955, p. 38.

<sup>132</sup> Cf. Capítulo 1, seção 1.2.

responsabilidade pessoal, “*elemento subjetivo que, contemporaneamente, é denominado ‘culpabilidade’*”<sup>133</sup>

Alguns concebem a ligação entre esses elementos nos termos exatos de Agostinho, e definem “livre-arbítrio” como uma espécie de liberdade indiferente e ilimitada. Dentre os penalistas brasileiros que aderem à escola clássica, tal relação é explicada a partir de citações da obra do bispo de Hipona:

E porque Deos nos dotou de uma força livre, diz esse escriptor, para nos resolvermos em um sentido ou em outro, para obrar ou não obrar, que se pôde dizer indiferentemente que Elle nos dotou de liberdade ou de vontade. (...) Ora, se o homem é um ser intelligente e livre-, se pela intelligencia elle comprehende e aprecia o que é bem e o que é mal; se pela liberdade ou vontade tem o poder de preferir o bem ao mal -, e se, preferindo este a aquelle, tem consciência de que essa escolha corre por sua conta e risco, segue-se que a responsabilidade do homem por suas acções livres ou voluntárias é bem fundada, e que é legitima a intervenção da lei penal que o chama á contas quando por elle é desobedecida e contrariada em suas justas prescripções. Vê-se. portanto, a razão que teve o nosso legislador para considerar crime ou delito toda a acção ou omissão voluntária contraria ás leis penaes<sup>134</sup>.

Outros reconhecem existência de certos limites à vontade humana, admitindo que existem motivos, internos e externos, que atuam sobre a mente, influenciando-a. Não obstante, afirmam que qualquer ação ou decisão realizadas em conformidade com o conteúdo da própria vontade será livre; e, conseqüentemente, capaz de ensejar a responsabilidade penal de seu autor:

Dizia BOSSUET que a liberdade moral pertence ao homem porque êle pode escolher sem motivos outros que a sua própria vontade. Tem-se definido o livre arbítrio o poder que tem o homem de determinar-se livremente (...) “Atividade voluntária e livre, diz BARBE, consiste em fazermos uma ação com a consciência de podermos não a fazer, ou nos abstermos de fazer uma ação tendo a consciência de que poderíamos fazer”<sup>135</sup>.

Em ambos os casos, o homem é moralmente responsável. Se cada indivíduo pode escolher seu curso de ação sem quaisquer obstáculos internos – ou, ainda que influenciado por motivos, escolhe e age nos termos de sua própria vontade – ele também é chamado a responder pelo sucesso e fracasso de suas escolhas. Especialmente quando estas violarem os limites estabelecidos pelo contrato social. Mérito e culpa são produtos naturais da ação humana, e justificam tanto a existência do “prêmio” quanto da “sanção”.

<sup>133</sup> ANDRADE, 1997, p. 55.

<sup>134</sup> HENRIQUES DE SOUZA, 1860, p. 17-20.

<sup>135</sup> MONIZ SODRÉ, 1955, p. 70.

Mencionamos que a Escola Penal Clássica não possui uma teoria unitária quanto aos fins da pena. Não obstante, todas as suas correntes utilizam a noção de livre-arbítrio do agente como valor moral de legitimação externa do direito de punir. A partir do momento em que a liberdade autoriza, em tese, a possibilidade de responsabilização, será possível se questionar sobre qual a finalidade de se aplicar uma punição.

Beccaria é, talvez, o maior representante das teorias relativas de caráter utilitário no contexto da Escola Clássica. A pena, conquanto baseada na liberdade moral dos indivíduos, persegue uma finalidade *externa* ao próprio instituto. Não há razão em punir indivíduos (diminuindo, portanto, seu bem estar ou felicidade) se tal conduta não implicar num aumento do bem estar, felicidade ou utilidade social. Em outras palavras, a pena só deverá ser aplicada no caso de suas consequências futuras serem proveitosas aos demais<sup>136</sup>.

Tal teoria é plenamente desenvolvida na teoria de Jeremy Bentham, para a qual a existência da pena deve obedecer ao princípio da utilidade. Segundo esse princípio, verifica-se que uma ação é aprovada ou desaprovada segundo sua capacidade de aumentar ou diminuir a felicidade da parte cujo interesse está em jogo. Uma vez que a punição *sempre* representará a diminuição da felicidade do apenado, sua existência só será justificada no caso de sua aplicação representar um aumento geral da felicidade do restante da sociedade. No caso da pena, o aumento da felicidade geral estará correlacionado com sua capacidade de prevenir futuras ofensas<sup>137</sup>.

A seu turno, as teorias absolutas/retributivistas se utilizam da ideia de livre-arbítrio com maior clareza e frequência. Nestas, a pena possui finalidade *em si própria*, vez que implica numa retribuição legítima – *merecida* – à ofensa praticada<sup>138</sup>.

Variações da teoria retributiva da pena são encontradas na filosofia de Immanuel Kant e Georg Hegel. Kant enfatiza a existência da pena enquanto um *bem moral*: as regras aplicáveis à punição, duras e inflexíveis, estabelecem que todos os culpados *devem* ser punidos, de modo proporcional ao sofrimento por eles provocado<sup>139;140</sup>. Hegel, a seu turno, enfatizava a existência

<sup>136</sup> DE CARO, 2016, p. 3

<sup>137</sup> BENTHAM, Jeremy. An introduction to the Principles of Moral and Legislation. Kitchener: Batoche Books, 2000. p. 14-15.

<sup>138</sup> WALEN, Alec. Retributive Justice. The Stanford Encyclopedia of Philosophy, (Winter 2016 Edition). Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/justice-retributive/>>. Acesso em 07 abr. 2018.

<sup>139</sup> “O retributivismo de Kant assevera que não se permite justificar a pena por qualquer objetivo ou finalidade, sejam eles quais forem. A pena é merecida e deveria ser infligida pela única razão de o criminoso ter violado o direito (weil er verbrochen hat). E ponto”. (MERLE, Jean-Christophe. A Teoria de Kant sobre a Justiça Criminal: Uma Justificativa Moral? In TRAVESSONI, Alexandre. *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009, p. 584) Em todo caso, isso não significa um direito da sociedade em infligir sofrimento aos culpados, mas uma

de um “*direito a punição*” aos transgressores da lei, pois isso equivaleria a trata-los enquanto seres moralmente responsáveis, ao invés de classifica-los como “*doentes*” ou “*feras perigosas*”<sup>141</sup>.

No contexto da escola penal clássica, Francesco Carrara, principal representante da fase jurídica dessa corrente, é também defensor da teoria retributiva da punição.

Compreendida enquanto mal legítimo infligido ao culpado, a pena é uma consequência direta e natural do caráter humano, vez que cada indivíduo consiste num “*ser moralmente livre e responsável pelas próprias ações*”<sup>142</sup>.

Segundo o autor, as penas originaram-se do sentimento de vingança presente nos homens primitivos; contudo, através da ação da “*Providência*”, elas se desenvolveram num instituto de efetivação da justiça secular e da lei moral<sup>143</sup>. Seguem, pois, as exigências da lei natural, que é “*preestabelecida à humanidade pela mente suprema*” e jamais se deixa ser influenciada pelas “*condições materiais do indivíduo humano*”<sup>144</sup>.

Assim, o fundamento definitivo do Direito Penal é a “*liberdade do homem*”, que o torna responsável e detentor de direitos e deveres em relação aos demais membros do corpo social<sup>145</sup>. A finalidade a pena, portanto, não visa à realização da justiça, à vingança do ofendido, o ressarcimento do dano, à expiação ou correção do transgressor, mas o “*restabelecimento da*

responsabilidade moral intrínseca de cada indivíduo por suas ações: “*Kant de fato assume uma conexão necessária entre a transgressão e sofrimento no centro de sua teoria moral. A tese crucial, no entanto, diz respeito à nossa responsabilidade de sofrer em reconhecimento de nossas próprias falhas, e não em nosso direito ou dever de fazer com que outros sofram pelas falhas deles*”. No original, “*Kant does assume a necessary connexion between wrongdoing and suffering at the core of his moral theory. The crucial thesis, however, concerns our liability to suffer in the recognition of our own misdeeds, not our right or duty to make others suffer for theirs*”. HILL, Thomas E. *Kant on Wrongdoing, Desert and Punishment*. Law and Philosophy, n. 18 (p. 407-441). Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999. p. 408-409.

<sup>140</sup> “(...) *Eu afirmo que o ius talionis é, por sua forma, sempre o princípio para o direito de punir posto ser ele exclusivamente o princípio que determina esta ideia a priori (não derivado da experiência de quais medidas seriam mais eficazes para a erradicação do crime)*”. KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, EDIPRO, 2003, p. 205-206.

<sup>141</sup> WALEN, 2016.

<sup>142</sup> CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal*. Parte Geral. Vol II. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J.R. Prestes Barra. São Paulo: Edição Saraiva, 1957. p. 7-8; 40.

<sup>143</sup> CARRARA, 1957, 45-46. O autor sustenta a origem e o desenvolvimento do direito de punir da seguinte forma: “*Revelado ao homem, em todos os tempos e lugares, sob a forma do sentimento de vingança; purificado, nos primeiros albos da civilização, com a ideia religiosa; reconduzido pelo progresso das luzes ao seu verdadeiro caráter, exclusivamente terreno; e, finalmente, levado à sua última elaboração com o reconhecimento nêle, não de um direito do ofendido, do sacerdote, ou do príncipe, mas de toda a humanidade, o poder de punir conservou, através de todas as ideias e de todos os sistemas, um cetro a que se curvaram sempre e em toda parte as paixões humanas. Isso mostra, repito, que se existe preceito que se revele, intuitivamente, a sua emanação da lei eterna que rege a humanidade, é ele o da punição dos culpados sobre a Terra*”. CARRARA, 1957, p. 63-64.

<sup>144</sup> CARRARA, 1957, p. 58

<sup>145</sup> CARRARA, 1957, p. 71.

*ordem externa da sociedade*”, ao repreender o dano moral – sentimento de impunidade – criado a partir do delito<sup>146</sup>.

Resumidamente, a Escola Penal Clássica, influenciada pelos ideais da filosofia iluminista, pretendeu reformar o sistema criminal, limitando o arbítrio do Estado, aumentando as garantias individuais e conferindo caráter humanitário às punições. Para justificar a existência (legítima) desse modelo, os autores clássicos encontraram respaldo tanto em (1) teorias contratualistas, que atribuem o direito de punir à existência do pacto social e da existência de deveres perante a comunidade e, de forma especial, (2) na existência da liberdade moral humana. Sendo livre para escolher seu curso de ação, o homem torna-se merecedor de seus sucessos. Na mesma esteira, o homem só poderá ser considerado culpado – e eventualmente responsabilizado – com fundamento nessa mesma liberdade.

A punição, portanto, restará justificada na responsabilidade moral humana, decorrente de seu livre-arbítrio<sup>147</sup>.

Uma vez legitimada, a pena estará autorizada a buscar sua finalidade. Para as teorias relativas, ela será utilitária e prospectiva, visando à maximização do bem comum. Para os teóricos retributivistas, representará um *fim em si mesma*, concretizando a lei moral através do direito e/ou reestabelecendo a crença social no sistema jurídico.

#### **2.4. A escola positiva italiana**

Não há linha de pensamento historicamente isolada: todas, de alguma forma, absorvem os pressupostos do momento histórico-social em que se encontram.

Tal constatação é especialmente verdadeira no âmbito do direito penal, que consiste na “*mais característica expressão da fisionomia de uma sociedade num determinado momento de sua evolução histórica e cultural*”<sup>148</sup>. Da mesma forma que a escola clássica deve ser compreendida no contexto liberal e iluminista do século XVIII, a escola positivista, representada por autores como Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, é um reflexo preciso das revoluções intelectuais do século XIX.

---

<sup>146</sup> CARRARA, 1957, p. 74-16.

<sup>147</sup> “(...) *sem voluntariedade (e portanto liberdade) não havia crime; e sem crime não havia lugar a pena, visto esta ser construída e querida como pena correspondente, isto é, como pena retributiva*”. BETTIOL, 1970. p. 64.

<sup>148</sup> BETTIOL, 1970. p. 44.

Sobre o assunto, Giuseppe Bettiol assevera:

(...) Tudo isto significa que poucas disciplinas jurídicas são tão permeáveis, como o direito penal, pelo conteúdo das concepções dominantes, isto é, por aquele conjunto de elementos que determinam a <<atmosfera cultural>> do momento histórico em que a norma vem à luz. Na verdade, não se pode estudar e compreender o direito penal com uma mentalidade agnóstica e com critérios de pura lógica formal: estes podem ser úteis para fixar a trama do sistema penal, mas não ajudam a penetrar, efetivamente, no <<espírito>> do próprio sistema<sup>149</sup>.

Até a primeira metade do século XIX, as ciências penais se concentravam na figura do delito, considerado um “ente jurídico” abstrato. Por possuírem o livre-arbítrio, que é uma espécie de “*liberdade de indiferença*”<sup>150</sup>, o direito concebia todos os indivíduos enquanto seres “virtualmente” iguais. Por essas mesmas razões, interessava o estudo do fato, e não de seu autor.

Mas a transformação do método científico, especialmente para as ciências biológicas e no campo da recém-inaugurada sociologia, retirou o racionalismo abstrato de seu local de destaque, substituindo-o pela investigação experimental: “*só com base no <<facto>> averiguado e tornado certo podia ser elaborado um saber científico*”<sup>151</sup>. O evolucionismo de Charles Darwin e a teoria psicológica de Herbert Spencer causaram uma verdadeira euforia no meio científico, especialmente no que dizia respeito ao comportamento humano.

Com relação às faculdades humanas conhecidas como “vontade” e “consciência”, Spencer<sup>152</sup> alega:

<sup>149</sup> BETTIOL, 1970. p. 44-45.

<sup>150</sup> MONIZ SODRÉ, 1955, p. 70-72.

<sup>151</sup> BETTIOL, 1970, p. 64-65.

<sup>152</sup> A despeito de eventuais contribuições ao desenvolvimento da psicologia, vale ressaltar que Spencer, numa tentativa desastrosa de incorporar a teoria da evolução das espécies ao campo da sociologia, desenvolve o chamado “darwinismo social”. Para essa teoria, as desigualdades existentes entre indivíduos, sociedades e raças seriam explicadas através dos mesmos princípios evolutivos identificados por Charles Darwin, tais como a luta pela sobrevivência e a seleção natural. Conforme esclarece Naomi Beck, o Darwinismo social permitiu com que o nível de desenvolvimento de cada sociedade servisse como uma espécie de prova do mérito e do grau de adaptabilidade de cada organização social. Por essas mesmas razões, explica, Spencer se posicionava de forma contrária a maior parte das políticas públicas voltadas a reforma social: tais medidas ou dificultariam o progresso natural, ou consistiriam numa tentativa vã de tentar acelerar o progresso. Como consequência, durante o século XIX e a primeira metade do século XX, a teoria de Spencer foi utilizada para naturalizar a desigualdade social, excluindo a responsabilidade estatal em relação ao bem-estar de seus cidadãos, além de reforçar pensamentos de caráter eugênico. (BECK, Naomi. *Social Darwinism*. In RUSE, Michael. *The Cambridge Encyclopedia of Darwin and Evolutionary Thought*. Edição de Michael Ruse. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2013. p. 195-201). Na atualidade, o darwinismo social de Spencer figura como exemplo de mau uso de dados das ciências naturais no campo das políticas públicas e do direito. Sobre a necessidade de se refletir a respeito da utilização político-jurídica de pesquisas científicas, cf. seção 3.3.3.

(...) o desenvolvimento daquilo que nós chamamos de vontade não é nada além de outro aspecto de processos gerais cujo outros aspectos já delineamos (...). Memória, raciocínio e sentimento surgem de forma simultânea na medida em que ações automáticas se transformam em complexas, infrequentes e hesitantes; e a vontade, que surge ao mesmo tempo, é necessariamente causada pelas mesmas condições. (...) Podemos ter certeza dessas alegações, já em antecipação de qualquer tese especial. Uma vez que todas as formas de consciência não são nada além de incidentes da correspondência entre organismo e seu meio ambiente; elas devem ser lados diferentes dos, ou diferentes fases dos grupos coordenados de mudanças nos quais relações internas são ajustadas às relações externas. (tradução nossa)<sup>153</sup>.

Sua teoria, portanto, deixava pouco (ou nenhum) espaço para a concepção libertária da natureza humana. Razão, consciência e vontade seriam nada mais que consequências necessárias da atividade do sistema nervoso.

O modelo sugerido por Spencer não era uma exceção no contexto científico do século XIX. Ao menos a partir de 1809, sob influência do psiquiatra Philippe Pinel, desenvolveram-se estudos sobre o funcionamento anormal do cérebro e o comportamento delituoso. Teorias como a “insanidade moral” de Pritchard (publicada em 1835) e a noção de hereditariedade criminoso desenvolvida pelo médico alienista Bénédict Morel (publicada em 1857) chamavam atenção no meio científico<sup>154</sup>.

As últimas décadas do século contaram com os pesquisadores Camillo Golgi (1843-1926) e Santiago Ramon y Cajal (1852-1934), responsáveis pela inovação dos métodos de estudo do sistema nervoso. Ganhadores do Prêmio Nobel de medicina de 1906, ambos apontaram para ideias como a existência dos neurônios e seu formato específico, as ligações sinápticas e a existência das bases materiais de processos complexos como a memória, sensações, ideias e volição<sup>155</sup>.

De modo geral, o século XIX foi marcado por um sentimento de otimismo em relação ao desenvolvimento da ciência e da metodologia de pesquisa, além de um interesse especial pelo

---

<sup>153</sup> No original: “(...) *the development of what we call Will, is but another aspect of the general process whose other aspects have been delineated (...). Memory, Reason and Feeling, simultaneously arise as the automatic actions become complex, infrequent and hesitant; and Will, arising at the same time, is necessitated by the same conditions (...). Of this we may be certain, even in anticipation of any special thesis. For since all modes of consciousness can be nothing else than incidents of the correspondence between the organism and the environment; they must all be different sides of, or different phases of, the co-ordinated groups of changes whereby internal relations are adjusted to external relations*”. SPENCER, Herbert. *The principles of psychology*. vol. I. Nova Iorque: D. Appleton and Company, 1896. p. 495-496.

<sup>154</sup> DARMON, Pierre. *Médicos e assassinos na “Belle Époque”*: a medicalização do crime. Tradução Regina Grisse de Agostinho. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 39-44.

<sup>155</sup> BINDER, Marc D.; HIROWAKA, Nobutaka; WINDHORST, Uwe. *Encyclopedia of Neuroscience*. Marc D. Binder, Nobutaka Hirowaka e Uwe Windhorst (eds). Heidelberg: Springer-Verlag, 2009. p. 50-51; 1756.

funcionamento do cérebro. Defender uma concepção abstrata da natureza humana soava como uma proposta *acientífica*, indigna de crédito.

O direito não seria imune a esse movimento, e acabaria por revisar seus pressupostos teóricos. Os clássicos teriam falhado em trazer o crime à esfera da realidade, e, com isso, perderam espaço para a “*mentalidade inteiramente concreta*” dos positivistas<sup>156</sup>. Segundo Moniz Sodré, as “novas teorias” positivistas derrubaram os pressupostos da “*escola penal livre arbitrista*”, que estaria “*descambando para um próximo ocaso, em que se sepultam tôdas as velharias*”. Sua opinião sobre a corrente clássica é dura: “*Ela já atingiu a sua fase de pleno desenvolvimento e está a arrastar-se no paroxismo de uma morte lenta*”<sup>157</sup>.

Nesse contexto, não se surpreende que a escola positivista italiana tenha se iniciado com o trabalho de um médico psiquiatra, em lugar de um jurista. Seu marco inicial se deu com a publicação de “O homem delinquente”, publicada pela primeira vez pelo italiano Cesare Lombroso em 1876 – seu sucesso imediato permitiu que Lombroso publicasse uma nova edição “aumentada” com frequência anual<sup>158</sup>.

A obra de Lombroso consolidou, de forma clara e inequívoca, a mudança na compreensão da criminalidade, cujo início remonta à frenologia, surgida na segunda metade do século XVIII. Ao estudar a estrutura morfológica de crânios animais e humanos, Petrus Camper (1722-1789) e Franz Joseph Gall (1758-1828) apontaram para a existência de uma correlação entre o tamanho e o formato dos crânios com o volume da massa cerebral e o “quociente intelectual” da espécie. É interessante notar que Gall afirmava que certas zonas craniais – especialmente aquelas situadas atrás da orelha direita – indicavam que o exemplar possuía “*inclinação para as rixas e a inclinação para o crime*”. Gall é o primeiro a opinar que a pena deveria ser estabelecida não em função do crime, mas em função do criminoso e de suas especificidades biofísicas<sup>159</sup>.

Unindo frenologia, medicina legal e psicopatologia, Lombroso desenvolve uma espécie de antropologia evolucionária simplificada, na qual o ser humano é compreendido enquanto “*um*

---

<sup>156</sup> BETTIOL, 1970, p. 65-67.

<sup>157</sup> MONIZ SODRÉ, 1955, p.38.

<sup>158</sup> DARMON, 1991, p. 36-37.

<sup>159</sup> DARMON, 1991, p. 19-25.

*organismo genealógicamente interligado com outras criaturas vivas e submetido aos efeitos da hereditariedade; um objeto a ser estudado ‘usando os métodos das ciências médicas’*”<sup>160</sup>.

Interessado no fenômeno da criminalidade, o autor de fato dedica anos numa pesquisa de caráter empírico, nos quais compara amostras fornecidas pelos museus italianos, além de realizar visitas em presídios e (de forma regular) no sanatório mental da cidade de Pavia. Em “O homem delinquente”, Lombroso apresenta sua extensa coleta de dados através de tabelas, utilizando linguagem “(...) aparentemente científica, completada com medições anatômicas números e terminologias”<sup>161</sup>. Seus resultados apontam para a tese de que a compleição física e psíquica dos criminosos é bastante semelhante a dos loucos, diferindo enormemente das pessoas comuns. O crime não é fruto de uma má decisão livre, mas resultado de uma constituição material defeituosa:

Aqueles que acompanham julgamentos criminais e estudam os resultados através de visitas em prisões ou pelo exame de estatísticas ficam desalentados pelo debate interminável a respeito da punição. Por um lado os juízes quase sempre ignoram o criminoso e enfatizam o crime cometido, pensando nesse último como uma mera anedota, um incidente na vida do ofensor, algo improvável de se repetir. Em outro lado há aqueles que, sabedores da raridade do arrependimento e a frequência da reincidência (que atinge os índices de 30, 55 e mesmo 80 por cento), tentam demonstrar os custos da criminalidade e expor as fraquezas de um sistema criminal que, em última instância, providencia nada mais que um escudo ilusório contra a reincidência, conhecendo a raridade do arrependimento e a frequência da reincidência. Aqueles que possuem contato direto com criminosos, tais como os membros de suas famílias e guardas de prisões, sabem que eles são diferentes das outras pessoas, com mentes fracas ou doentes que raramente podem ser curadas. Em muitos casos, psiquiatras acham impossível distinguir entre loucura e criminalidade. Ainda assim os legisladores, acreditando que exceções ao livre-arbítrio são raras, ignoram os avisos dos psiquiatras e oficiais das prisões. Eles não compreendem que a maioria dos criminosos não possui, de fato, o livre-arbítrio<sup>162</sup>. (tradução nossa).

---

<sup>160</sup> No original: “*the human being is an organism genealogically intertwined with other living creatures and subject to the effects of the physical sciences*”. VILLA, Renzo. Lombroso and his school: from anthropology to medicine and law. In: KNEPPER, Paul; YSTEHEDÉ, Per. *The Cesare Lombroso Handbook*. Paul Knepper; Per Ystehede (eds.). Nova Iorque: Routledge, 2013. p. 12.

<sup>161</sup> “*With its apparently scientific language, completed with anatomical measurements, numbers and terminology, Lombroso’s writings appeared to be a perfect match with the conventions surrounding ‘scientificity’*”. VILLA, 2013, p. 12.

<sup>162</sup> No original: “*Those who follow criminal trials and study the results by visiting prisons or examining statistics are disheartened by the endless debate over punishment. On the one hand judges almost always ignore the criminal and emphasize the crime, thinking of the latter as a mere anecdote, an incident in the life of the offender, one unlikely to be repeated. On the other hand, there are those who, knowing the rarity of repentance and frequency of recidivism (which reaches 30, 55 and even 80 percent), attempt to show the costliness of crime and to expose the weakness of a justice system that provides, ultimately, no more than an illusory shield against recidivism. Those who have had direct contact with offenders, such as members of their families or prison wardens, know that they are different from other people, with weak or diseased minds that can rarely be healed. Psychiatrists in many cases find it impossible to neatly distinguish between madness and crime. And yet legislators, believing exceptions to free will to be rare,*

Para o médico, o homem delinquente é atávico e portador de uma maldade que lhe é intrínseca desde o seu nascimento. Na maioria dos criminosos, o cérebro teria se desenvolvido em parâmetros muito inferiores ao do homem normal ou dos primatas superiores, sendo comparável com o cérebro de “*roedores, lêmures, ou o cérebro de fetos humanos de três ou quatro meses*”<sup>163</sup>. Lombroso destaca ainda que as anormalidades encontradas nos crânios pertencentes a criminosos ocorrem com maior frequência “*nos negros americanos e nas raças mongóis*”, assemelhando-se mais com os homens pré-históricos do que com indivíduos de origem ariana<sup>164</sup>.

Criminosos poderiam ainda ser distintos por sua compleição física. Para Lombroso, são indivíduos mais altos do que a média e, em geral, possuem feições não agradáveis: ladrões contam com rostos expressivos e destreza manual, olhos pequenos e oblíquos, além de sobrancelhas largas e uma testa proeminente. Assassinos têm o olhar frio, nariz adunco e largo, maxilar forte e cabelos negros, bastos e encaracolados. Incendiários possuem aparência infantil ou mesmo feminina. Praticamente todos os criminosos possuem orelhas com lóbulos presos, cabelos grossos, queixos salientes; são insensíveis a dor, desprovidos de senso moral, avessos ao trabalho, incapazes de sentir remorso, vaidosos, supersticiosos, autocentrados, e detentores de uma concepção subdesenvolvida da divindade<sup>165</sup>.

Atualmente, as descrições de Lombroso soam como uma mescla entre a tragédia e o ridículo. Para além das falhas metodológicas de sua pesquisa, nos chama a atenção o caráter de suas descrições, tão imaginativas quanto preconceituosas. Muitos, aliás, atribuem ao positivismo criminológico parte da responsabilidade pelo crescimento do interesse por ideias na Europa do início do século XX, que encontraram seu ápice durante o período da II Guerra Mundial<sup>166</sup>.

À época, no entanto, o homem delinquente de Lombroso representava o que havia de mais moderno no estudo do crime<sup>167</sup>. Sua obra marca o emprego do método científico (indutivo

---

*ignore the advice of psychiatrists and prison officials*”. LOMBROSO, Cesare. *Criminal man*. Tradução de Mary Gibson e Nicole Hahn Rafter. Londres: Duke University Press, 2006. p. 43.

<sup>163</sup> LOMBROSO, 2006, p. 48.

<sup>164</sup> LOMBROSO, 2006, p. 49.

<sup>165</sup> LOMBROSO, 2006, p. 52-53; 91.

<sup>166</sup> DARMON, 1991, p. 193-204.

<sup>167</sup> “*A divulgação das suas ideias causou profunda impressão em todo o mundo científico, principalmente entre os juristas; elas destruíram crenças gerais, iam de encontro a todos os princípios aos quais se emprestava então o caráter intangível da inviolabilidade de um dogma*”. MONIZ SODRÉ, 1955, p.38-39.

ou positivo) e da pesquisa empírica nas ciências criminais<sup>168</sup>. Em lugar do homem dotado de responsabilidade, encontra-se a figura de um indivíduo malformado, predestinado ao crime desde sua origem infeliz. Seria necessário que a responsabilidade penal e a própria pena encontrassem outro fundamento que não o livre-arbítrio.

Para resolver o impasse, Lombroso muda o foco das discussões: a preocupação com o indivíduo seria substituída pela preocupação com a defesa da sociedade:

Em suma, estatísticas, assim como a observação antropológica, indicam que o crime é um fenômeno natural – um fenômeno que certos filósofos enquadrariam como tão necessário quanto o nascimento, a morte e concepção. Alguns questionam: “Mas que direito você possui de infligir uma punição, já que você nega a responsabilidade legal?” (Caro, op. cit). Eu não posso me esquecer de como um pensador venerável, coçando sua cabeça enquanto lia estas páginas, me perguntou “Para onde você está indo com esta teoria? Talvez nós devêssemos permitir que nós mesmos sejamos devorados e mortos por gangues de rufiões, porque eles podem não estar conscientes de cometer um dano?” Eu respondi que nada é tão ilógico quanto aquilo que tenta ser demasiadamente lógico. Nada é menos prudente do que a tentativa de defender teorias que poderiam despedaçar a sociedade. (...) Felizmente, minhas descobertas científicas, longe de provocar tumultos na ordem social, a reforça. O crime é necessário, mas também a defesa contra ele, e, portanto, também a punição. Quando justificamos a punição em termos de defesa social, ela se torna mais lógica e efetiva<sup>169</sup>. (tradução nossa).

Os sucessores de Lombroso na escola positiva também partilhavam de seu otimismo acerca da pesquisa científica e das origens biofísicas do crime. No entanto, acreditavam que a figura do homem delinquente restava incompleta.

Em 1878, logo após concluir sua graduação em direito, Enrico Ferri viajou até a cidade de Turim com o objetivo de assistir algumas das aulas ministradas por Lombroso. Em última análise, as lições o decepcionaram<sup>170</sup> pela pouca importância atribuída aos fatores psicossociais que atuam sob o caráter do agente delitivo<sup>171</sup>.

<sup>168</sup> FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*. O criminoso e o crime. Tradução de Luiz de Lemos D'Oliveira. São Paulo: Saraiva & Cia Editores, 1931. p. 39.

<sup>169</sup> No original: “*In sum, statistics as well as anthropology observation indicate that crime is a natural phenomenon – one that some philosophers would deem as necessary as birth, death and conception. Some ask: ‘But what right do you have to inflict punishment if you deny legal responsibility’ (Caro, op. cit) I cannot forget how one venerable thinker, scratching his head as he reads these pages, asked me: ‘Where are you going with this theory? Perhaps we should allow ourselves to be preyed on and killed by gangs of ruffians, because they may be unaware of doing harm?’ I responded that nothing is more illogical than that tries to be too logical. Nothing is less prudent than the attempt to carry theories to conclusions that could disrupt society. (...) Fortunately, my scientific findings, far from making war on social order, reinforce it. Crime is necessary, but so is defense against it, and thus punishment. When we justify punishment in terms of social defense, it becomes more logical and effective*”. LOMBROSO, 2006. p. 92.

<sup>170</sup> VILLA, 2013, p. 11-12.

<sup>171</sup> Para o autor, criminosos não apenas eram dotados de uma fisionomia desagradável, como também, em âmbito psicológico, se distinguiam por sua insensibilidade moral e imprevisibilidade. FERRI, Enrico. *Sociología criminal*.

Ademais, a antropologia criminal se ocupava apenas em descrever os fatos da realidade. Era necessário pensar sobre os fatores sociais em que o criminoso se encontrava inserido, e, ainda, formular políticas públicas a partir dos dados fornecidos pela antropologia criminal.

Tais preocupações levam Ferri a desenvolver, em 1884, sua sociologia criminal, baseada tanto nos “*dados positivos sobre as causas individuais da criminalidade*” quanto nas “*causas externas do delito*”, presentes no meio social. Em todo caso, ambas as características são originadas de fatores biológicos<sup>172</sup>.

O autor partilhava da opinião de que o livre-arbítrio (provavelmente inexistente) não interessava ao direito penal. O fundamento da responsabilidade penal deveria ser buscado na sociedade e em seus mecanismos de defesa. O homem, “*(...) pelo simples facto de viver em sociedade*” deve “*(...) ser considerado responsável por aquelas ações socialmente danosas que resultavam do seu estado de periculosidade*”<sup>173</sup>.

Assim:

Que o Estado – se ao mesmo tempo que profibe e que pune as acções criminosas, realiza indirectamente uma obra de educação social e moral – com a sua função soberana da justiça penal não tem porém de resolver, directamente, nenhuma missão filosófica, religiosa ou ética – que não é da sua competencia, *mas deve tão sómente organizar a defesa social repressiva contra a delinquência*. Por isso, o critério da <<culpa moral>> e consequentemente da <<responsabilidade moral>> como condição de <<responsabilidade penal>> do autor de um crime é da competencia da filosofia moral e da religião, mas não do direito. E é esta condição de <<responsabilidade moral>> que constitue ainda actualmente uma verdadeira e própria paralisa da justiça penal, com toda a vantagem para os delinquentes mais perigosos, que apresentam, precisamente por isso, as mais evidentes anormalidades e as invocam por conseguinte como sua desculpa, pelo que fica sem defesa a sociedade<sup>174</sup>.

Como o corpo social poderia responder ao fenómeno do crime? Para o autor, a reclusão do criminoso em período integral era uma verdadeira aberração do século XIX. Seria mais benéfico e proveitoso para a saúde substituir essa penalidade por “*colônias agrícolas com trabalho ao ar livre*”<sup>175</sup>.

Os criminosos, em geral, deveriam ser tratados da mesma forma que os doentes. A partir de sua personalidade “*mais ou menos perigosa*” – isto é, tendente a reincidir no comportamento

---

Tomo primeiro. Versão espanhola de Antonio Soto y Hernández. Madri: Centro Editorial de Góngora, 2004. p. 51; 60.

<sup>172</sup> FERRI, 2004, p. 55-59; 91.

<sup>173</sup> BETTIOL, 1970, p. 85-86.

<sup>174</sup> FERRI, 1931, p. 45.

<sup>175</sup> FERRI, 1931, p. 45-46.

criminoso em momento futuro – seriam aplicadas medidas de segurança, arbitradas por período indeterminado. Sua duração estaria condicionada ao tempo necessário para que o indivíduo pudesse ser reabilitado ao convívio social, “*da mesma maneira que o doente entra no hospital não por um lapso prefixo de tempo – o que seria absurdo – mas durante o tempo necessário a readaptar-se à vida ordinária*”<sup>176</sup>.

Dentre os expoentes da escola positiva italiana, a posição de Ferri é, possivelmente, a mais moderada. Em 1885, Raffaele Garofalo propõe todo um sistema criminal centrado na figura do delinquente congênito. É dele, aliás, a autoria do termo “temibilidade”, que traduz a “*quantidade de mal que podemos temer da parte de um criminoso’ em razão de sua perversidade*”<sup>177</sup>. Em outras palavras, a periculosidade do agente.

Num primeiro momento, Garofalo reconhece as limitações de sua pesquisa, especialmente naquilo que diz respeito ao livre-arbítrio. Afirmando que a questão da liberdade moral individual é um problema abstrato e possivelmente insolúvel, o autor alega que sua única pretensão relativa ao assunto seria afastar o princípio do livre-arbítrio como fundamento da doutrina penal, assentando tal ciência “*sobre uma base diferente e mais sólida*”<sup>178</sup>, a antropologia criminal.

Mais assertivo que Lombroso e Ferri, Garofalo afirma que a atuação de fatores congênitos e sociais no caráter do criminoso jamais deveria isentá-lo da responsabilidade penal. Delinquentes são indivíduos marcados pela total ausência dos sentimentos de piedade e probidade (altruísmo)<sup>179</sup>, e a sociedade não deve tolerar seus atos: há um princípio de defesa social contra seus “*inimigos naturais*”<sup>180</sup>.

A ação do Estado deveria levar em conta a situação concreta de cada réu. Após a apuração dos fatos materiais do delito, o magistrado seria responsável pela produção de um diagnóstico sobre a natureza do criminoso, seu grau de perversidade e sua periculosidade, seguindo os parâmetros estabelecidos pela antropologia criminal<sup>181</sup>.

---

<sup>176</sup> FERRI, 1931, p. 46.

<sup>177</sup> DARMON, 1991, p. 142-143.

<sup>178</sup> GAROFALO, Raffaele. *La criminologia*. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión. Con un apéndice sobre los términos del problema penal. Tradução para a versão espanhola de Pedro Dorado Montero. Madri: La España Moderna, [1890?], p. 11.

<sup>179</sup> GAROFALO, [1890?], p. 74-75.

<sup>180</sup> GAROFALO, [1890?], p. 16.

<sup>181</sup> DARMON, 1991, p. 144.

A resposta do autor ao fenômeno da criminalidade é categórica. À semelhança da teoria da seleção natural de Darwin, na qual as variações nocivas das espécies são eliminadas em virtude de sua falta de adaptação ao meio, Garofalo afirma que o governo deve buscar a exclusão dos indivíduos cuja capacidade de se adaptar às regras sociais seja incompleta ou mesmo impossível<sup>182</sup>. A pena de liberdade seria substituída, nos delitos mais graves, pelo princípio da eliminação: pena morte ou asilo para os criminosos completamente alienados, seguidas pela “*deportação transoceânica e perpétua, a relegação por tempo indeterminado, (...) colônia operária ou banimento*”<sup>183</sup>. Eram bem vindas quaisquer medidas que retirassem o delinquente da sociedade. Quanto mais enérgicas, melhor.

No Brasil, o positivismo criminológico encontrou grande adesão. Autores como os já mencionados Viveiro de Castros, Pedro Lessa, e Antônio Moniz Sodré de Aragão defenderam a “nova escola penal” de maneira apaixonada, visto que seus argumentos eram dotados de “(...) *valor indestrutível, e provas de uma evidência irrefragável*”<sup>184</sup>.

A posição determinista era sustentada, de forma aberta, pelos adeptos do positivismo criminológico. Nos termos de Moniz Sodré:

Ao princípio fundamental, sustentado pela escola clássica de que o homem possui o livre arbítrio e só por isso é moralmente culpado e legalmente responsável por seus delitos, contrapõem os antropólogos o seguinte postulado, que constitui o ponto capital de profunda divergência e origem de muitas outras controvérsias, entre as antigas e as novas teorias da ciência criminal: - O LIVRE ARBÍTRIO É UMA ILUSÃO SUBJETIVA, DESMENTIDA PELA FISIOPSICOLOGIA POSITIVA. É pois a escola antropológica adepta decidida do determinismo psicológico ou volicional. Fulmina a existência do livre arbítrio e nega a responsabilidade moral dos indivíduos<sup>185</sup>.

Nina Rodrigues, médico sanitaria e professor de medicina legal na Faculdade de Medicina da Bahia, levaria os pressupostos da antropologia criminal às últimas consequências. No livro “*As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*”, Rodrigues diferencia as raças superiores e civilizadas (nas quais seria possível supor o livre-arbítrio como fundamento da responsabilidade penal) das raças inferiores, tais como índios, africanos e aborígenes. Nessas últimas, as tendências atávicas seriam mais fortes do que qualquer tentativa de educação

<sup>182</sup> GAROFALO, [1890?], p. 229-230.

<sup>183</sup> DARMON, 1991, p. 145.

<sup>184</sup> MONIZ SODRÉ, 1955, p. 74.

<sup>185</sup> MONIZ SODRÉ, 1955, p. 74.

cultural<sup>186</sup>. Para evitar a impunidade das raças inferiores; considerando ainda que a população brasileira é notadamente miscigenada, o médico sugere o fim da “*igualdade das diversas raças brasileiras perante nosso código penal*”<sup>187</sup>. As raças inferiores deveriam ser tratadas como tais; no máximo, para o caso de africanos e índios não miscigenados, seria possível a atribuição de uma responsabilidade penal atenuada<sup>188</sup>.

Resumidamente, a escola positivista italiana surge em meio à revolução do método científico operada no século XIX. Partindo da premissa do determinismo biológico, a escola positiva emprega o método indutivo-experimental para a construção de sua teoria. O crime perde importância ante a figura do criminoso, descrito como espécie subumana, cujo comportamento é resultado da interação de seus genes com o meio social, numa espécie de equação fatalista.

O criminoso nato é naturalmente fadado a delinquir e, assim sendo, torna-se impossível fundamentar a responsabilidade penal em sua liberdade. O conceito de “defesa social” passa a assumir tal função. Com essa mudança, as garantias individuais desenvolvidas no período clássico também cederam espaço a outras noções, em especial, para o conceito da periculosidade do agente e da necessidade de aplicação das medidas de segurança por tempo indeterminado.

Longe de tornar o direito mais compreensivo, a opção positivista de substituir o livre-arbítrio pela consideração dos fatores biopsicológicos e sociais do agente acabou por transformar o réu num monstro ou, na melhor das hipóteses, num doente. E essa é a ideia que guiaria o sistema judiciário no tratamento dos condenados

### **III - O desenvolvimento da culpabilidade na dogmática do direito penal**

#### **2.5. Responsabilidade, imputação e culpa no modelo de Liszt-Beling. A teoria psicológica da culpabilidade**

##### **2.5.1. Responsabilidade jurídica e o fundamento do direito de punir**

---

<sup>186</sup> RODRIGUES, Nina. *As raças humanas e a responsabilidade criminal no Brasil* – com um estudo do professor Afrânio Peixoto. São Paulo: Guanabara Koogan S/A, 1894. p. 60-61.

<sup>187</sup> RODRIGUES, 1894, p. 76; 87.

<sup>188</sup> RODRIGUES, 1894, p. 129-130.

Paralelamente ao desenvolvimento da escola positivista, surgem os primeiros esforços de sistematização da culpabilidade no interior de um modelo penal, cujo ápice remonta à década de 1920.

Ainda em 1872 – quatro anos antes da publicação de “*O homem delinquente*” – Karl Binding enfrentou o tema da imputação no contexto da negligência, inserindo-o como elemento de sua teoria do ilícito<sup>189</sup>.

Em seu entendimento, a ação penalmente relevante é uma manifestação externa da vontade subjetiva ou moral. Culpa, por sua vez é definida como vontade ou intenção presente no indivíduo que, sendo capaz de praticar a ação, comete uma ilegalidade. Nesse momento, a culpabilidade é tratada apenas como um conceito analítico, e não como uma categoria separada do delito<sup>190</sup>.

Com o advento da terceira escola penal, também conhecida como “eclética” ou “crítica”, as ideias de responsabilidade, imputação e culpa recebem maior desenvolvimento teórico, e apresentam maior diferenciação conceitual.

Contemporânea ao positivismo criminológico italiano, as primeiras obras que caracterizam essa corrente são publicadas na década de 1880. Dentre seus principais representantes, encontram-se os teóricos Franz von Liszt e Ernst von Beling, que se destacaram pelos esforços em transformar o direito penal numa ciência sistêmica. Liszt, em especial, acredita que a organização do conhecimento penal em formato sistêmico possibilitaria “*um domínio seguro e imediato dos casos particulares, apto a libertar a aplicação do Direito do acaso e da arbitrariedade*”<sup>191</sup>. O direito penal é um instrumento de fins práticos a serviço do Estado e sua construção teórica não pode perder tal finalidade de vista<sup>192</sup>. Por essa razão, será possível enxergar com mais clareza o tratamento da responsabilidade criminal, e qual a posição que a culpabilidade ocupa no interior de seu modelo.

É justamente o tema da responsabilidade penal do agente que confere à terceira escola o nome de eclética. Sua teoria reúne elementos clássicos aos pressupostos positivistas. A título de exemplo, Liszt reconhece a contribuição da antropologia criminal na compreensão do indivíduo,

---

<sup>189</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro*. Florianópolis. Revista Sequência, n. 57, p. 237-260, dez. 2008. p. 242.

<sup>190</sup> TANGERINO, 2011, p. 50-52.

<sup>191</sup> ANDRADE, 2008, p. 243.

<sup>192</sup> LISZT, 2006, p. 1-2.

e nega a existência do livre-arbítrio<sup>193</sup>. Entretanto, entende ser possível falar em graus de “normalidade do indivíduo”, o que, para Moniz Sodré, indica que o autor apoiava a noção de responsabilidade moral *independentemente* da liberdade da vontade<sup>194</sup>.

Em todo caso, sua concepção determinista se revela como mais moderada do que aquela defendida pela criminologia italiana. Liszt compreende que nem todos os agentes delitivos se enquadram no arquétipo do criminoso nato de Lombroso. Pelo contrário: a maioria dos crimes pode ser compreendida enquanto delitos de ocasião, praticados por *criminosos eventuais* que se situam no espectro da normalidade<sup>195</sup>.

Segundo o autor, o fundamento de qualquer sistema jurídico – e da responsabilidade jurídica dos cidadãos – vem da necessidade de se proteger os interesses da vida humana, denominados de “bens jurídicos”. O direito penal, de modo específico, deveria fornecer proteção “reforçada” aos interesses individuais e coletivos mais necessários à existência “por meio da cominação e da execução da pena como mal infligido ao criminoso”<sup>196</sup>.

Significa dizer que, para Liszt, é a vida em sociedade e a necessidade de proteção dos interesses alheios que embasará a responsabilidade penal do agente, mesmo que sua vontade não seja livre. Ao contrário: em sua concepção, o crime pode ser definido enquanto um fenômeno social, através do qual o criminoso expressa sua personalidade hostil<sup>197</sup>. Não interessa se as tendências delitivas do agente lhe são inatas ou se foram adquiridas ao longo de sua vida, como é o caso dos delinquentes eventuais. Através do crime, tanto criminosos eventuais como aqueles de profissão manifestam sua vontade contrária ao direito<sup>198</sup>.

A concepção de Liszt sobre a natureza humana – determinada, porém, na maioria dos casos, capaz de ser modificada – possui efeitos mais brandos que o fatalismo criminológico da escola positiva<sup>199</sup>. Ainda que o autor admita a existência de tendências criminosas, assim como pretendia a antropologia criminal, a pena só estaria justificada a partir do momento em que a

---

<sup>193</sup> MONIZ SODRÉ, 1955, p. 97.

<sup>194</sup> MONIZ SODRÉ, 1955, p. 107.

<sup>195</sup> LISZT, 2006, p. 112-116.

<sup>196</sup> LISZT, 2006, p. 98.

<sup>197</sup> LISZT, 2006, p. 105-106.

<sup>198</sup> LISZT, 2006, p. 128.

<sup>199</sup> Através do termo “fatalismo”, descreve-se uma forma extremada de “determinismo”. Ambos os termos expressam a concepção de que a natureza humana é determinada por motivos; isto é, que cada comportamento é produto resultante de alguma causa anterior, numa relação de causa e efeito. Concepções fatalistas da natureza humana, a seu turno, acreditam que esta estará fadada, de modo invariável, a sempre resultar em determinado comportamento, independentemente da confluência de fatores externos.

vontade do agente se manifestasse de forma externa através do crime, “*facto determinado e precisamente qualificado pela lei*”<sup>200</sup>. Restavam proibidas punições que se baseassem apenas na personalidade do agente, e o direito penal volta a manifestar sua preocupação com o “fato criminoso”, assim como fizera a escola clássica.

Sua teoria dos fins da pena também se relaciona com a compreensão do autor acerca da natureza humana. Tais objetivos seriam perseguidos conforme o caráter do criminoso concreto, pelo que Liszt pode ser enquadrado como adepto da “*moderna teoria da prevenção especial*”<sup>201</sup>.

Para os delinquentes eventuais, cujas tendências criminosas seriam modificáveis, a punição serviria como meio de “*intimidação ou emenda*”, de modo a transformar tais agentes transformados em indivíduos úteis à sociedade. A opinião do autor é de que a maioria dos criminosos poderia ser classificada nessa categoria, dentro do espectro da normalidade. Por reconhecer que, para a maioria dos indivíduos, a punição pode exercer efeito dissuasivo ou pedagógico, von Liszt afirma ser um contrassenso aplicar a pena de morte de forma incondicional. Mesmo a pena de prisão deveria ser substituída pela de multa, sempre que tal medida fosse suficiente para a prevenção de futuros crimes<sup>202</sup>.

Especialmente no caso dos delinquentes natos, a finalidade da punição – seja ela a pena privativa de liberdade ou a medida de segurança – é a neutralização do agente, segregando-lhe da sociedade e, assim, retirando-lhe (momentânea ou perpetuamente) a capacidade material de cometer novos crimes<sup>203</sup>.

Em síntese, o autor compreende que a responsabilidade criminal está atrelada à proteção da sociedade; não obstante, há limites na intervenção do Estado na vida dos particulares, especialmente para aqueles que Liszt denomina como delinquentes habituais.

Ainda no contexto da escola eclética, situa-se a teoria de Ernst von Beling, responsável pela formulação do conceito de tipicidade no ano de 1906<sup>204</sup>. Beling discorda de von Liszt sobre o fundamento da responsabilidade jurídica, (re)admitindo, em seu lugar a noção de livre-arbítrio do agente. Para ele, a liberdade do querer é um conceito tradicionalmente supervalorizado na

---

<sup>200</sup> LISZT, 2006, p. 119.

<sup>201</sup> ASHTON, Peter Walter. *As Principais Teorias de Direito Penal, Seus Proponentes e seu Desenvolvimento na Alemanha*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 12, p. 237-246, 1996. p. 238.

<sup>202</sup> LISZT, 2006, p. 112-116.

<sup>203</sup> LISZT, 2006, p. 100.

<sup>204</sup> WELZEL, 2011, p. 59; 66.

dogmática penal<sup>205</sup>. De forma semelhante, a criminologia deveria estudar o fenômeno do crime levando em consideração os fatores biopsicológicos e sociais que atuam sobre o indivíduo.

Contudo, sua opinião é que imputação, culpa e responsabilidade são conceitos que só fazem sentido sob uma perspectiva libertária:

À ideia de livre-arbítrio foi oposta, a partir de uma ótica causal-explicativa, o determinismo, que destaca que a conduta humana está limitada por sua disposição e seu entorno ambiental, o que implica que pouco espaço resta para a liberdade de ação, o que significa dizer que não existe motivação autônoma nas ações dos homens, e isso invalidaria toda valoração ética de sua conduta. O determinismo deve ser rechaçado no âmbito do direito penal; esta tese, apoiada em termos exclusivamente causalistas, não pode explicar a culpabilidade jurídica, nem a retribuição penal, posto que a criminalidade poderia ser solucionada com medidas de reeducação ou, em última instância, de segurança. Se o autor procede de uma forma que não pode ser evitada (biologicamente determinada) seria um contrassenso que o Estado lhe aplicasse um castigo, por quanto o delito não seria o produto de uma vontade criminosa, mas apenas o resultado da indução de certos fatores condicionantes, como a herança ou o meio social delitivo, capazes em si mesmos de favorecer a conduta antissocial, por essa razão, no âmbito da imputabilidade, a doutrina mais difundida se apoia na ideia da liberdade de determinação, ainda quando, do ponto de vista da criminologia, é possível estudar as causas do crime com o apoio de conceitos biopsicológicos e socioambientais<sup>206</sup>. (tradução nossa).

O livre-arbítrio volta a figurar como fundamento da responsabilidade penal; entretanto, aparece sobre a forma de uma liberdade *limitada* por condições materiais.

Em ambos os modelos, o conceito de vontade do agente – seja ela livre ou determinada – desempenhará papel fundamental. Como veremos, o modelo de Liszt-Beling concebe a culpabilidade enquanto vontade que liga o agente, num plano causal e subjetivo, ao crime por ele cometido. Todavia, nem todos os indivíduos são aptos a manifestar sua vontade em termos

<sup>205</sup> BELING, Ernst von. *Esquema de Derecho Penal*. La doctrina del Delito-Tipo. Análise de Carlos M. de Elía. Tradução de Sebastián Soler. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002, p. 149.

<sup>206</sup> No original: “A la idea del libre albedrío se ha opuesto, desde una óptica causal-explicativa, el determinismo que pone de relieve que la conducta humana está limitada por la disposición y el medio circundante, lo cual implica que poco espacio queda para la libertad de actuación, es decir, no existe motivación autónoma en las acciones de los hombres, y tal cosa neutralizaría toda valoración ética de su conducta. El determinismo debe rechazarse en ámbito del derecho penal; esta tesis, apoyada en términos exclusivamente causalistas, no puede explicar la culpabilidad jurídica, ni la retribución penal puesto que la criminalidad podría solucionarse con medidas de reeducación o, en última instancia, de seguridad. Si el autor procede de un modo que no puede evitar, (biológicamente determinado), sería un contrasentido que el Estado le aplicara un castigo, por cuanto el delito no sería el producto de una voluntad criminal, sino el resultado de la inducción de ciertos factores condicionantes, como la herencia o el medio social deletéreo, capaces en sí mismos de favorecer la conducta antisocial, por esta razón en el círculo de la imputabilidad, la doctrina más difundida se apoya en la idea de la libertad de determinación, aún cuando, desde el punto de vista de la Criminología, es dable estudiar las causas del crimen con apoyo de conceptos psico-biológicos y socio-ambientales”. BELING, 2002, p. 67.

penalmente relevantes. Aqui reside a distinção realizada pelos autores entre imputabilidade e culpabilidade.

### 2.5.2. Imputabilidade

Na seção 2.1.2 do presente capítulo, discorreremos sobre a diferença entre os conceitos de imputação, culpa e responsabilidade sob uma perspectiva normativa. Via de regra, as expressões podem ser utilizadas como sinônimas. Certamente o foram, no contexto da criminologia clássica e da positivista italiana, bem como durante a teoria da ação final e na maior parte das correntes pós-finalistas.

No modelo de Liszt-Beling, “responsabilidade”, “imputação” e “culpabilidade” aparecem como ideias devidamente diferenciadas, talvez em razão do esforço empregado pelos autores em sua tentativa de sistematizar as ciências criminais.

A responsabilidade criminal é concebida como a possibilidade de que o sujeito venha a prestar contas por suas ações. Para Liszt, tal responsabilidade tem como fundamento a necessidade de proteção aos bens jurídicos, individuais e coletivos. No sistema de Beling, é a liberdade moral do agente, conquanto limitada.

Entretanto, responsabilidade e punição são elementos que pertencem ao final de uma sequência lógica. Há de se compreender primeiro o que é uma ação típica; quais são os agentes que podem (em tese) ser reprovados pela prática de uma conduta e em quais condições os agentes imputáveis podem ser considerados culpados. Só então há de se discutir sobre as condições de sua responsabilidade e punição. Dessa forma, o primeiro requisito para a responsabilidade penal é a prática de uma ação humana vedada pelo ordenamento jurídico.

Ambos os autores descrevem a ação humana penalmente relevante em termos mecanicistas: nos termos de von Liszt, ela se define como uma “(...) *modificação material, por insignificante que seja, do mundo exterior, perceptível pelos sentidos*”<sup>207</sup>. Lado outro, vale lembrar que o tipo penal de Ernst von Beling é definido como “(...) *a matéria de proibição das disposições penais; é a descrição objetiva, material, da conduta proibida, que deve se realizar com especial cuidado no Direito Penal*”<sup>208</sup>.

---

<sup>207</sup> WELZEL, 2011, p. 40-41.

<sup>208</sup> WELZEL, 2011, p. 59; 66.

Uma vez produzidos os resultados (indesejados) da ação típica, há a análise da imputabilidade do agente, que figura como pré-requisito da culpabilidade.

Para Beling, a imputabilidade é medida pela capacidade de livre-determinação do sujeito. Tradicionalmente, aliás, tradicionalmente, a imputabilidade fora concebida a partir da ideia “*da liberdade do homem em determinar-se segundo seus próprios fins*”<sup>209</sup>.

Apenas os agentes capazes de valorar suas próprias ações segundo os “*cânones socioculturais médios*” podem expressar vontade potencialmente culpável. Segundo os parâmetros de Beling, são imputáveis aqueles que, sob um ponto de vista psicológico, podem ser considerados maduros e mentalmente são<sup>210</sup>.

Liszt, a seu turno, compreende a imputabilidade como “*capacidade de se conduzir socialmente*”. Desde que o sujeito se encontre no âmbito da “normalidade” psíquica, é possível que este se determine por motivos<sup>211</sup>. Será, portanto, imputável.

Verificada a imputabilidade do indivíduo, há de ser questionada sua culpa na prática da ação típica.

### 2.5.3. Culpabilidade

No modelo de Liszt-Beling, o conceito de vontade do agente – seja ela livre ou determinada – desempenha papel fundamental. Conforme o entendimento de von Liszt, a culpabilidade determina a medida da pena a ser recebida pelo agente, e se traduz como “*o gráo de revolta, que pelo facto se manifesta, da vontade individual contra a ordem jurídica*”<sup>212</sup>.

A culpabilidade é compreendida, portanto, como um vínculo de caráter psicológico que liga o agente (e sua personalidade) à ação causal<sup>213</sup>. Ou ainda, nos termos utilizados por Beling, tal conceito traduz a “*disposição anímica do autor com relação ao conteúdo ilícito da ação*”<sup>214</sup>.

Na compreensão dos autores, a culpabilidade é a vontade expressa em duas formas, o dolo e a culpa em sentido estrito. A culpa corresponde a uma reprovação menor, destinada ao agente que, embora não possuísse conhecimento de praticar um ato ilícito, não agiu com o

<sup>209</sup> BELING, 2002, p. 67.

<sup>210</sup> BELING, 2002, p. 68.

<sup>211</sup> TANGERINO, 2011, p. 63-65.

<sup>212</sup> LISZT, 2006, p. LXXVII; 128.

<sup>213</sup> Pela mesma razão, o modelo de Liszt-Beling é conhecido como “teoria psicológica da culpabilidade”. MIR PUIG, 2007, p. 410.

<sup>214</sup> BELING, 2002, p. 72.

cuidado necessário para evitar os efeitos indesejados de sua ação – embora estivesse em seu poder a capacidade de agir de modo diligente.

O dolo, a seu turno, enseja uma reprovação mais gravosa por parte do ordenamento jurídico: corresponde à vontade do agente que atua de forma ilícita conscientemente, anuindo ou permanecendo indiferente às consequências de seus atos<sup>215</sup>.

Liszt é ainda mais específico em suas definições. Para ele o dolo compreende a *“representação do acto voluntário mesmo, quando este corresponde á idéia de um crime determinado, quer sob a sua fôrma ordinária, quer sob uma fôrma mais grave”*; a previsão do resultado da ação do agente, *“quando este é necessário para a idéia do crime”* e, finalmente *“a representação de que o resultado será feito do acto voluntário, e este causa do resultado, portanto a representação da causalidade mesma”*<sup>216</sup>.

Observa-se o dolo tanto nas situações em que o agente age com a motivação de provocar o resultado (legalmente) indesejado como nos casos em que o agente prevê esse mesmo resultado, embora essa não seja a motivação de suas ações. No primeiro caso, o dolo se manifesta de forma incondicional, e por isso recebe o nome de dolo direto; no segundo, observa-se a modalidade do dolo indireto ou eventual<sup>217</sup>.

Finalmente, a culpa em sentido estrito é concebida como *“o não-conhecimento, contrário ao dever, da importancia da acção ou omissão como causa”*; conseqüentemente, a *“causação ou o não-impedimento, por acto voluntário, de um resultado que não foi previsto, mas que podia sel-o”*. Ela ocorre nos casos em que a ação voluntária do agente é praticada com falta de precaução e sem a previsão do resultado (embora fosse possível prevê-lo, em virtude da falta de diligência empregada pelo agente durante seu curso de ação)<sup>218</sup>.

A teoria psicológica da culpabilidade, expressa através do modelo de Liszt-Beling, enfrentou no conceito de culpa uma de suas maiores dificuldades. Ao mesmo tempo em que a culpabilidade é a expressão da vontade antissocial do agente, a culpa em sentido estrito, que é uma das duas formas de expressão da culpabilidade, compreende elementos subjetivos e objetivos. Um delito culposo, afinal, não observa apenas uma intenção “descuidada” do agente,

<sup>215</sup> BELING, 2002, p. 72.

<sup>216</sup> LISZT, 2006, p. 270-274. Há de ser ressaltado que, segundo a compreensão do autor, são requisitos da culpabilidade a previsibilidade e a voluntariedade do ato, a qual não se confunde com o conceito de livre-arbítrio. Um ato voluntário é aquele realizado em conformidade com o querer do autor, não importando se este é livre ou não para querer de forma diferente (p. LXXVII).

<sup>217</sup> LISZT, 2006, p. 272-274.

<sup>218</sup> LISZT, 2006, p. 290-291.

como também o curso de ação adotado pelo autor e, especialmente, a produção do resultado indesejado<sup>219</sup>.

Esse e outros obstáculos tornaram impossível a resolução de algumas questões práticas no sistema penal alemão<sup>220</sup>. Para tentar superar o problema, surgem as teorias psicológico-normativas da culpabilidade.

## 2.6. A teoria psicológico-normativa da culpabilidade

O primeiro autor a se posicionar a respeito da insuficiência das teorias psicológicas da culpabilidade foi o penalista alemão Reinhard Frank (1907), para o qual a culpabilidade deveria ser concebida nos termos de uma vontade *reprovável*. Ao lado do elemento psicológico (dolo ou culpa), passa a haver a presença de um elemento normativo, o juízo de valoração negativa<sup>221</sup>. Culpabilidade, portanto, é definida como a “*reprovabilidade de uma conduta antijurídica segundo a liberdade, fim ou sentido conhecido ou cognoscível*”<sup>222</sup>.

Na mesma esteira, James Goldschmidt elaborou sua concepção normativa da culpa em 1930, com a pretensão de que essa vertente se estabilizasse como teoria majoritariamente aceita<sup>223</sup>. Em sua opinião, aliás, mesmo Ernst von Beling já poderia ser enquadrado entre os adeptos da perspectiva psicológico-normativa.

Segundo Goldschmidt, a característica “normativa” da culpabilidade deveria ser sempre uma vinculação normativa do fato psíquico, que confrontaria o estado anímico do agente (a motivação de sua conduta) frente a uma “*escala de valores aplicada*” de cunho ético<sup>224</sup>. Em geral, a vontade dos indivíduos deveria obedecer a tal escala de valores, em conformidade com as “*normas de dever*” de caráter subjetivo<sup>225</sup>.

Esclarecendo o argumento, o autor compreende que, num plano ideal, todos os indivíduos deveriam se pautar por motivações éticas, corretas. Todavia, conquanto o indivíduo agisse segundo as normas jurídicas objetivas, sua motivação seria irrelevante ao direito. Apenas

<sup>219</sup> LISZT, 2006, p. 290.

<sup>220</sup> GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Bosquejo de la culpabilidad por Ricardo C. Núñez. Breve síntesis del problema de la culpabilidad normativa por Edgardo A. Donna. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007. p. 13-14.

<sup>221</sup> BITENCOURT, 2011, p. 398.

<sup>222</sup> GOLDSCHMIDT, 2007, p. 85-86.

<sup>223</sup> GOLDSCHMIDT, 2007, p. 83.

<sup>224</sup> GOLDSCHMIDT, 2007, p. 88-89.

<sup>225</sup> BITENCOURT, 2011, p. 398.

quando o sistema legal se depara com uma conduta antijurídica, há de se questionar a vontade individual, e sua correspondência aos valores ético-jurídicos<sup>226</sup>. Eis aí a análise da culpabilidade.

Dentre os partidários da teoria psicológico-normativa, seu principal difusor corresponde à figura de Edmund Mezger.

De maneira similar ao raciocínio de von Liszt, Mezger não concebia o crime como fruto da livre escolha moral do indivíduo<sup>227</sup>. Antes, a ação penalmente relevante consiste na “*expressão juridicamente desaprovada da personalidade do agente*”<sup>228</sup>, sendo o fato punível composto por três elementos: “*a ação, a antijuridicidade e a culpabilidade*”<sup>229</sup>.

A seu turno, a culpabilidade se define como o “*conjunto dos pressupostos que fundamentam a reprovabilidade pessoal do autor pelo fato punível por ele cometido*”. Para Mezger, a imputabilidade corresponde ao aspecto *formal* da culpabilidade, sendo o juízo de reprovação do conteúdo da vontade seu aspecto *material*<sup>230</sup>.

Sobre a teoria de Mezger, uma pequena reflexão se faz necessária. Ela figura atualmente, ao lado do positivismo criminológico italiano, como um exemplo de como a concepção do direito penal sobre a natureza humana possui impacto concreto no tratamento dos réus.

Por conceber a ação delituosa como a expressão material de um caráter antissocial, o autor rapidamente parte para a conclusão de que os criminosos natos são também inimigos naturais do Estado e da ordem social. A pena, outrora limitada pela culpabilidade do agente, passa a ser substituída ou complementada pela medida de segurança<sup>231</sup>.

Constrói-se um direito penal “*baseado na periculosidade e sem nenhum tipo de limitações para o delinquente perigoso e especialmente para o delinquente habitual, que com seu comportamento e com sua forma de condução de vida (Lebensführungsschuld) questiona as bases do próprio sistema*”. A dicotomia *amigo-inimigo* de Mezger será comum durante todo o período do Nacional Socialismo alemão, incentivando medidas voltadas ao extermínio dos “*estranhos à*

<sup>226</sup> GOLDSCHMIDT, 2007, p. 90-91.

<sup>227</sup> MEZGER, Edmund. Derecho Penal. Parte general. Dirección editorial de Bernardo Lerner. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958. p. 217.

<sup>228</sup> BITENCOURT, 2011, p. 399.

<sup>229</sup> MEZGER, 1958, p. 80.

<sup>230</sup> MEZGER, 1958, p. 189. Na teoria de Mezger, a culpabilidade passa a englobar “*a) a imputabilidade*” (que deixa de ser um mero pressuposto da culpabilidade), “*uma determinada relação psicológica do autor com o fato – dolo ou culpa; c) a ausência de causas especiais de exclusão da culpabilidade*” BITENCOURT, 2011, p. 399.

<sup>231</sup> Sobre o assunto, cf. MEZGER, 1958, p. 185-200.

*comunidad*”, tais como esterilizações compulsórias e internações nos campos de concentração por período indeterminado<sup>232</sup>.

É o próprio Mezger, versado nos pressupostos da antropologia criminal, que, em 1944, foi nomeado pelo partido Nacional Socialista como diretor de um curso organizado para explicar a “*Lei dos Estranhos à Comunidade*” àqueles encarregados de aplicá-la: membros do corpo policial, do partido nazista e da Gestapo<sup>233</sup>.

As consequências práticas da teoria de Mezger sobre a natureza humana e a responsabilidade jurídica só seriam verdadeiramente compreendidas no período pós-guerra. Antes, foram outras as dificuldades operacionais – a começar pela ausência de consenso sobre os componentes da culpabilidade<sup>234</sup> – que resultaram no surgimento das teorias normativas puras.

Seu exemplar mais famoso surge ainda no início da década de 1930. Trata-se da doutrina da ação final de Hans Welzel, jusfilósofo e professor nas Universidades de Göttingen e Bonn.

Reorganizando o conceito analítico de delito, Welzel confere, por ocasião da análise da culpabilidade do autor, um aspecto “*transcendente*”, cheio de implicações filosóficas e metafísicas<sup>235</sup>. Novamente, será abordada a temática do livre-arbítrio. Para o finalismo, a liberdade de autodeterminação é o pressuposto de existência do juízo de reprovação do agente, e o fundamento último do direito<sup>236</sup>.

À época de sua formulação, o finalismo de Welzel representou um ponto de resistência contra as teorias fundamentadas na personalidade do autor<sup>237</sup>, e revelou preocupação especial com o respeito à dignidade do réu. Até a presente data, a concepção finalista da culpabilidade é a doutrina majoritariamente aceita na dogmática penal brasileira<sup>238</sup>.

## 2.7. A doutrina da ação final de Hans Welzel. Teoria normativa “pura” da culpabilidade

<sup>232</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 65.

<sup>233</sup> MUÑOZ CONDE, 2003. p. 267-269.

<sup>234</sup> GOLDSCHMIDT, 2007, p. 83. Um dos vários exemplos utilizados por Hans Welzel para indicar as dificuldades das teorias psicológicas e híbridas é a situação do estado de necessidade em que o agente pratica dolosamente a ação típica – não obstante, essa vontade não poderá ser reprovada pelo ordenamento jurídico. WELZEL, Hans. *Teoria de la acción finalista*. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1951, p. 32.

<sup>235</sup> MUÑOZ CONDE, 2003. p. 63.

<sup>236</sup> WELZEL, 2011, p. 137.

<sup>237</sup> MUÑOZ CONDE, 2003, p. 59-62.

<sup>238</sup> O tema será abordado na seção 2.8.

### 2.7.1. O conceito de ação na doutrina finalista

As transformações realizadas pela teoria finalista resultaram na atual configuração do conceito de delito: crime é a conduta humana *típica, ilícita e culpável*, em que cada elemento pressupõe a verificação do elemento anterior: “*a culpabilidade (...) pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade tem que estar, por sua vez, concretizada nos tipos legais*”<sup>239</sup>.

Pela primeira vez, foram retirados os elementos subjetivos da culpabilidade, resultando na formulação de uma concepção normativa pura<sup>240</sup>. Dolo e culpa em sentido estrito passaram a integrar o conceito de tipicidade.

Toda essa reorganização originou-se a partir da compreensão de Welzel sobre os conceitos de ação e natureza humana. Em sua opinião, teorias psicológicas e híbridas da culpabilidade haviam realizado um “fatiamento” da ideia de ação, tentando, posteriormente, “reorganizar as porções” para construir a figura do delito. Mas o produto final dessa tentativa resultava numa ideia cujas partes não se encaixavam bem<sup>241</sup>.

Em sua doutrina da ação final, Welzel define o direito penal como o ramo do sistema jurídico que determina as ações de natureza penal, vinculando-as a uma pena ou medida de segurança. Tal disciplina possui uma função ético-social bem clara: a missão do direito penal consiste em “*amparar os valores fundamentais da vida da comunidade*”, proibindo as condutas que tendem a lesioná-los. Em síntese, a proteção dos bens jurídicos<sup>242</sup>.

O conceito finalista de ação já demonstra a importância que Welzel atribuía à faculdade da vontade humana: a ação é o “*exercício de uma atividade final*”. Trata-se de uma mudança com relação às teorias anteriores, que a concebiam em termos puramente causais.

Quando um indivíduo age, existe a execução de um movimento mecânico. Mas estes não se dão de maneira desordenada, “*cega*”. Por conhecer intuitivamente o princípio da causalidade (a relação entre causa e efeito), é possível ao homem prever as consequências de suas ações, ainda que dentro de certos parâmetros. A partir de seus objetivos pessoais, cada indivíduo opta por determinado curso de ação.

---

<sup>239</sup> WELZEL, 2011, p. 57.

<sup>240</sup> BITENCOURT, 2011, p. 403.

<sup>241</sup> WELZEL, 2002, p. 15-16.

<sup>242</sup> WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 1-3.

Por isso, afirma Welzel, a ação humana é uma atividade “*dirigida conscientemente em razão de um fim*”<sup>243</sup>. Não é possível dissociar a atividade mecânica de sua finalidade, e as normas de direito penal devem ser redigidas com atenção a esse fato<sup>244</sup>.

### 2.7.2. Tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade

Em virtude de sua teoria da ação, o autor define a tipicidade como a correspondência entre uma ação executada no plano fático e a “*descrição concreta da conduta proibida*” presente na lei penal<sup>245</sup>. O tipo penal constitui-se por dois elementos: objetivamente, é o conjunto dos caracteres que compõe determinado crime, tal qual descrito pela lei penal. Subjetivamente, é a vontade do autor com relação à prática da conduta proibida, expressa nas modalidades de dolo ou culpa em sentido estrito<sup>246;247</sup>.

A antijuridicidade é “*a contradição da realização do tipo de uma norma proibitiva com o ordenamento jurídico em seu conjunto*”<sup>248</sup>. Em síntese, é um juízo de desvalor objetivo que recai sob a ação típica, visto ser ela contrária ao direito<sup>249</sup>.

O último elemento consiste na culpabilidade, que, a partir da teoria finalista, já não abrange o conteúdo da vontade do autor, mas o julga.

<sup>243</sup> WELZEL, 2011, p. 31. Ainda, destaca-se que as ações humanas podem ser avaliadas a partir de dois “*aspectos distintos de valor*”: (1) a avaliação baseada nos resultados alcançados através da ação (valor material); e (2) a avaliação baseada na finalidade diretiva da ação. Ambos os critérios valorativos importam ao direito penal. Com o intuito de proteger os bens jurídicos e evitar resultados indesejáveis (*desvalor material*) o direito penal pune a ação dirigida com fins delitivos (*desvalor da ação*). WELZEL, 1956, p. 2.

<sup>244</sup> WELZEL, 2011, p. 37.

<sup>245</sup> WELZEL, 2011, p. 63.

<sup>246</sup> WELZEL, 1956, p. 62.

<sup>247</sup> Para a doutrina da ação final, o dolo é definido como “*vontade de realização*”, isto é, quando o agente conhece e deseja realizar o tipo penal. Sua configuração depende de três elementos: 1) o conhecimento das circunstâncias do fato; 2) a previsão do resultado; 3) a previsão do curso da ação (nexo causal). Tradicionalmente, é dividido nas modalidades de dolo direto (no qual a motivação final da conduta do agente é a realização do tipo) e o dolo eventual (nesta, o agente, embora não motivado a praticar conduta típica, prevê que seu modo de ação pode resultar em algum delito; não obstante, insiste na conduta independentemente das eventuais circunstâncias). Lado outro, a culpa é “*a lesão reprovável da diligência objetivamente necessária*” na conduta humana. Injustos culposos configuram-se como lesões (ou a exposição ao risco, em alguns casos) aos bens jurídicos, produzidas de modo não finalístico. Significa dizer que a realização da conduta típica não era o objetivo do agente; não obstante, sua conduta desrespeitou ostensivamente os padrões de cuidado exigidos pelo direito. Ações culposas são produzidas a título de imperícia, imprudência ou negligência. Através dessa definição, distingue os elementos da vontade do juízo de reprovação da vontade, o autor acredita haver superado as dificuldades apresentadas pelas teorias psicológicas e híbridas com relação ao conceito de “culpa inconsciente”. WELZEL, 1956, p. 75-80; 135-146.

<sup>248</sup> WELZEL, 2011, p. 63-64. Na oportunidade, o autor esclarece que a antijuridicidade é considerada como uma avaliação “objetiva” porque recai sobre um fato: a ação típica. Entretanto, a ação “em si” permanece como uma figura composta por elementos objetivos e subjetivos.

<sup>249</sup> WELZEL, 2011, p. 108.

Através da culpabilidade, valora-se o grau<sup>250</sup> de “*reprovabilidade da resolução da vontade*” do autor do fato<sup>251</sup>. O elemento em questão representa um juízo de valor *negativo* elaborado em três etapas – imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude, e exigibilidade de conduta diversa – cada qual responsável por indicar os critérios pelos quais um agente poderá responder pessoalmente pela prática de um injusto penal<sup>252</sup>. Por tais razões, o estabelecimento dos critérios subjetivos de imputação representa um dos limites mais importantes ao exercício do poder punitivo estatal.

Enquanto a antijuridicidade é um juízo de desvalor do *fato* (discordância entre a ação e o sistema jurídico), a culpabilidade reprova a *vontade subjetiva* do agente, que o motivou em direção a uma conduta antijurídica<sup>253</sup>.

Apenas aquilo que depende da vontade humana pode acarretar responsabilidade ao agente especificamente considerado, dadas as suas condições particulares<sup>254</sup>.

A compreensão finalista da culpabilidade é justificada, em primeiro lugar, por aquilo que Welzel chama da capacidade de “comunicabilidade” das condições internas, comum a todos os seres humanos.

É certo que vontade e a consciência de responsabilidade são fenômenos ou experiências internas a cada agente. Entretanto, aduz o autor, num plano subjetivo, cada indivíduo é conhecedor de sua própria vontade, e julga a si próprio como um ser capaz de realizar escolhas, sentindo-se ainda responsável por elas.

Por reconhecer os demais membros da espécie humana como seus semelhantes, cada indivíduo pressupõe que o outro é também capaz das mesmas experiências, enxergando-o como um ser dotado de vontade, liberdade e capaz de responsabilidade<sup>255</sup>.

Tal compreensão, aliada à exigência de que o direito opere a partir de fatores concretos, resultará na construção da culpabilidade como um juízo negativo, observado em três momentos. Como todos os indivíduos são, em regra, formalmente iguais, serão também responsáveis.

---

<sup>250</sup> WELZEL, 2011, p. 110

<sup>251</sup> WELZEL, 2011, p. 109.

<sup>252</sup> Por sua formulação, a definição finalista de culpabilidade permite tratar as expressões “*critérios de imputação*”; “*critérios de culpabilidade*” e “*critérios de responsabilidade*” como sinônimos (Cf seção 2.1.2.).

<sup>253</sup> “*A culpabilidade contém nesse sentido uma relação dupla: a ação da vontade do autor não é como requer o direito, apesar de que o autor poderia tê-la realizado conforme a norma. Nessa dupla relação de não dever ser antijurídico, frente ao poder ser adequado ao direito, repousa o caráter específico da culpabilidade*”. WELZEL, 1956, p. 147.

<sup>254</sup> WELZEL, 1956, p. 153.

<sup>255</sup> WELZEL, 1956, p. 163-164.

Apenas aqueles que não preencherem os requisitos mínimos estabelecidos em lei restarão isentos de culpa.

O primeiro parâmetro legal para a constatação de responsabilidade subjetiva é a “*imputabilidade*” ou “*capacidade de culpabilidade*”.<sup>256</sup> Trata-se de um critério biopsicológico, de caráter geral: em regra, todos os indivíduos são penalmente imputáveis<sup>257</sup>. Como exceção, encontram-se os menores de dezoito anos<sup>258</sup> e os “*portadores de estados mentais anormais*”, que deveriam ser individualmente submetidos a uma avaliação psiquiátrica. A depender do resultado, seriam julgados como “*parcialmente*” ou “*completamente*” incapazes de culpa<sup>259</sup>.

A culpabilidade finalista conta ainda com dois elementos “*intelectuais ou volitivos*”, que se direcionam às condições específicas do agente<sup>260</sup>.

Através da “*potencial consciência da ilicitude*” ou “*cognoscibilidade da antijuridicidade*”, há a avaliação da reprovabilidade do agente em razão de seu conhecimento – real ou potencial – do caráter ilícito de suas ações<sup>261</sup>: “*ao autor é reprovável sua resolução de vontade antijurídica porque podia conhecer a antijuridicidade e, conseqüentemente, omiti-la*”<sup>262</sup>. Significa dizer que o agente, por sua capacidade pessoal de conhecer os valores ético-sociais estabelecidos através do direito, torna-se obrigado a respeitá-los<sup>263;264</sup>.

Finalmente, a “*exigibilidade de conduta diversa*” concentra o real propósito do juízo de culpabilidade: é a reprovação da vontade pessoal do autor expressa através do injusto penal.

<sup>256</sup> Aqui, há outra consequência da “reorganização do delito” operada por Welzel. Nas teorias psicológicas e híbridas a imputabilidade consistia num requisito prévio, externo à culpabilidade.

<sup>257</sup> WELZEL, 1956, p. 166.

<sup>258</sup> Segundo os parâmetros do sistema de “justiça juvenil” do Reich alemão (*Reichsjugendgerichtsgesetz*), publicado em 1943, os menores de 14 anos restavam completamente excluídos de responsabilidade penal. Já os adolescentes entre 14 e 18 anos seriam “*parcialmente*” capazes de culpa penal, e responderiam por seus atos através da cominação de “medidas educativas”. WELZEL, 1956, p. 164-165.

<sup>259</sup> Nessa categoria, enquadram-se os “*surdomudos mentalmente retardados*” em virtude da sua condição; os portadores de transtornos de consciência “*mais ou menos duradouros*”, tais como sonâmbulos, indivíduos em estado de hipnose ou de desmaio, durante o delírio febril; ébrios durante o estado de embriaguez; portadores de sofrimento mental; “*psicopatas de alto grau*” ou portadores de debilidade mental. Dentre estes, os indivíduos cujo diagnóstico indicar a completa incapacidade de culpa poderão ser submetidos ao internamento através da curatela ou da assistência. Caso haja uma “capacidade diminuída de culpa”, tal condição acarretará uma diminuição da pena WELZEL, 1956, p. 165-168.

<sup>260</sup> WELZEL, 2011, p. 137.

<sup>261</sup> WELZEL, 2011, p. 141.

<sup>262</sup> WELZEL, 2011, p. 147-148.

<sup>263</sup> WELZEL, 2011, p. 147-148.

<sup>264</sup> O autor esclarece que, à semelhança da figura do erro de tipo (em que o autor se engana sobre os elementos de sua ação), o erro de proibição (percepção equivocada do autor sobre o *status* de sua ação perante o ordenamento jurídico) poderá excluir o crime, caso inevitável, ou ser convertido numa causa de redução da pena, caso evitável. WELZEL, 1956, p. 175-180.

Enquanto a imputabilidade indica quais agentes podem ser responsabilizados, e a potencial consciência da ilicitude denota a razão pela qual o autor é responsável, a exigibilidade é a avaliação “(...) *daquilo que se reprova ao autor*”<sup>265</sup>. Agentes imputáveis e capazes de conhecer o conteúdo da proibição legal possuem, em tese, as condições necessárias para agir conforme a norma jurídica. Portanto, podem ser julgados pelo conteúdo de sua vontade.

Tal requisito consiste na afirmação de que, à época dos fatos, era possível ao agente “*querer de forma diversa*”, direcionando sua vontade e ações rumo aos objetivos permitidos pelo direito:

Se a antijuridicidade é o simples juízo de desvalor por não ser a ação como deveria, ser acordo com o Direito – sem levar em conta se o autor *podia* satisfazer as exigências jurídicas – o juízo de desvalor da culpabilidade vai mais além, e lança sobre o autor a reprovabilidade pessoal por não haver atuado corretamente apesar de ter *podido* obrar conforme a norma. E, ao ser sobretudo a *vontade* de ação aquilo que poderia ter feito o autor dirigir sua conduta de acordo com a norma, o objeto primeiro da reprovabilidade será a vontade, e somente por meio dela também a totalidade da ação (por isso, podem-se qualificar como “culpáveis”, com a mesma razão, tanto a vontade como a totalidade da ação)<sup>266</sup>.

Em sua linha de pensamento, uma ação sem finalidade não expressa qualquer sentido ético ou jurídico. A valoração moral (e jurídica) de um fato dependerá da liberdade do agente em se autodeterminar através da escolha de suas motivações: “*só isso pode ser-lhe computado como ‘mérito’ ou reprovado como ‘culpabilidade’*”<sup>267</sup>.

Serão consideradas causas de exclusão da culpabilidade as situações que, por sua gravidade e urgência, retiram a possibilidade de uma escolha livre. Nesses casos, a conduta conforme a norma resultaria num sofrimento desproporcional infligido ao agente, razão pela qual não é juridicamente exigível<sup>268</sup>.

Conforme os parâmetros estabelecidos pela teoria finalista, haverá a inexigibilidade de conduta diversa quando o agente, apesar de seu dolo, age em situações de “*perigo para seu corpo e vida*”, notadamente o estado de necessidade<sup>269</sup>; o “*estado de necessidade*” causado por coação

---

<sup>265</sup> WELZEL, 1956, p. 175.

<sup>266</sup> WELZEL, 2011, p. 109.

<sup>267</sup> WELZEL, 2011, p. 109-110.

<sup>268</sup> WELZEL, 1956, p. 185-186.

<sup>269</sup> O estado de necessidade “*existe, se o corpo ou a vida do autor ou de um familiar são postos em perigo, sem culpa do autor, e este só os pode salvar lesionando interesses alheios amparados pelo direito penal, sem que sua ação pudesse ser justificada através do princípio jurídico geral de adequação entre o meio e o objeto reconhecido*” WELZEL, 1956, p. 182.

moral de força irresistível e a obediência hierárquica, nos casos em que a ordem emanada pela autoridade não parecer “*objetivamente*” contrária a alguma norma legal<sup>270</sup>.

A culpabilidade, fundamentada na exigibilidade de conduta diversa é, em síntese, o juízo de reprovação da vontade do agente em razão de sua liberdade de escolha. Para a teoria da ação final, responsabilidade e pena só existem a partir da premissa do livre-arbítrio.

### **2.7.3. Exigibilidade de conduta diversa: livre-arbítrio, responsabilidade moral e o fundamento do direito penal**

Welzel compreende que, ao justificar a reprovabilidade do agente no conceito de liberdade moral, está retomando uma das questões mais polêmicas da história do direito penal. Ao longo de sua obra, há uma preocupação constante com o modo pelo qual o sistema penal compreendia a faculdade humana do “*querer*”, isto é, a vontade. Como desenvolver a questão do livre-arbítrio? Através dos pressupostos da psicologia (materialista) ou da concepção “ética” tradicional?

Para resolver o impasse, o autor inverte o foco das discussões, e aborda, em primeiro lugar, a ideia de “conhecimento” e o processo de aprendizagem.

Em sua definição, o conhecimento só pode ser objetivo: trata-se da “*compreensão do objeto assim como ele é*”. Não obstante existem várias perspectivas pelas quais um mesmo fenômeno pode ser estudado. Diferentes ramos da ciência, por exemplo, se dedicam a um mesmo assunto adotando metodologias diversas. Consideradas individualmente, nenhuma delas possui o conhecimento total de seu objeto de investigação, mas apenas frações; perspectivas incompletas de uma realidade existente. Em conjunto, acabam por revelar o objeto em sua totalidade.

A partir de então, o autor relaciona tais reflexões com o problema do livre-arbítrio no direito penal. Quando a lei penal aborda o conceito da vontade humana, ela não ignora ou invalida o resultado de outros ramos científicos. Apenas aborda a liberdade moral a partir de outra perspectiva metodológica.

---

<sup>270</sup> WELZEL, 1956, p. 183-185. Com relação aos delitos culposos, haverá a exclusão da culpabilidade quando o agente atua em estados inculpáveis de cansaço ou de excitação que tornam impossíveis a exigência de uma conduta diligente, ou em situações em que o risco de lesão a um bem jurídico se encontrava tão “distante” de seu curso de ação imediato que não faria sentido exigir um comportamento mais diligente do que aquele adotado pelo autor (p. 181).

A concepção causal mecanicista de um fenômeno, embora correta, não é completa. Seria ainda possível tratar a vontade sobre um aspecto intencional, valorativo; isto é, uma perspectiva que se questiona sobre os possíveis rumos da vontade do agente. Tais categorias não possuem existência material; antes, consistem num método pelo qual “*a compreensão ou a decisão da vontade*” será interpretada<sup>271</sup>.

Sob o prisma da intencionalidade, aduz o autor, a vontade pode ser considerada livre<sup>272</sup>. Mais ainda: a liberdade da vontade é torna-se o próprio fundamento do direito penal. O agente só é subjetivamente responsável pela prática do injusto porque, num plano ideal, poderia ter agido de outro modo. Sendo livre para agir nesta ou naquela direção, o agente é chamado a responder pelas consequências das suas escolhas.

Sua opção pela perspectiva ética em lugar das ciências naturais torna-se ainda mais forte após o confronto pessoal do autor com as práticas do regime nazista. Welzel emprega parte substancial de sua carreira na defesa da fundamentação ético filosófica do direito penal<sup>273</sup>. Concepções puramente mecanicistas haviam resultado na anulação do indivíduo frente a sociedade. Aproveitando-se de ideias como “periculosidade do autor” e “defesa social”, o Nacional Socialismo “*anulou as garantias do Estado jurídico*”, colocando em seu lugar os conceitos de “*povo, nação e raça*”<sup>274</sup>.

Através do conceito de livre-arbítrio, o autor entende ser possível resgatar a igualdade formal de todos os indivíduos. Em lugar do criminoso atávico ou do inimigo do Estado, há a compreensão dos agentes enquanto seres dignos, iguais e livres – e, por essa razão, responsáveis.

À semelhança da filosofia kantiana, Welzel afirma que a liberdade moral é apenas uma categoria de interpretação da realidade; portanto, não há necessidade de que esse conceito possua qualquer substrato fático<sup>275</sup>. Entretanto, ciente das questões levantadas pela antropologia criminal, o autor oferece uma explicação detalhada sobre seu entendimento do termo “livre-arbítrio”, relacionando tal conceito com algumas “descobertas” no ramo da psicologia e da biologia evolucionista.

A teoria finalista aborda a questão do livre-arbítrio sobre três aspectos: antropológico, caracteriológico e categorial.

---

<sup>271</sup> WELZEL, 2002, p. 146-147.

<sup>272</sup> WELZEL, 2002, p. 147-156.

<sup>273</sup> WELZEL, 2002, p. 148.

<sup>274</sup> WELZEL, 1951, p. 11.

<sup>275</sup> WELZEL, 2002, p. 149-151.

Sob a perspectiva antropológica, a liberdade moral humana é comprovada por meio do confronto entre a natureza humana e àquela atribuída aos outros animais, ao contrário do que afirmara Darwin em sua teoria evolutiva<sup>276</sup>.

Enquanto animais possuem conduta fortemente marcada pelos instintos próprios à sua espécie, os seres humanos caracterizam-se pelo “*grande retrocesso das formas inatas, instintivas de conduta; conseqüentemente daqueles reguladores biológicos que conduzem ao animal*”<sup>277</sup>, não se encontrando submetidos às “*regras do jogo*” do mundo físico: “*o homem não recebeu biologicamente, como o animal, a ordem de formação de sua existência, antes, essa ordem é sua tarefa responsável, como um sentido que lhe é imposto pela vida*”<sup>278</sup>. A ausência (ou involução) dos comportamentos instintivos confere ao homem uma natureza livre, tornando-o num ser com disposição à responsabilidade<sup>279</sup>.

Sob a perspectiva caracteriológica, a liberdade moral humana é comprovada por meio do confronto entre os impulsos mais primitivos presentes na natureza do homem e seus valores e motivos de ordem superior, moral.

Nesse ponto, o autor argui que a estrutura psíquica humana é formada por certa “*pluralidade de estratos*”, em que os níveis mais baixos, nos quais se encontram as paixões, os ímpetos e o desejo inato da conservação da espécie, procuram tornar cativos os níveis mais elevados da natureza humana, que recebem o nome de “*centro regulador*” da vontade – o “*Eu ‘mesmo’*”<sup>280</sup>.

Contudo, apesar da influência desses “instintos” mais profundos (que, de todo modo, já seriam mais tênues do que aqueles presentes nos animais), o “*Eu*” consegue se libertar da influência de seus impulsos anímicos, dirigindo a vontade conforme motivos de ordem superior: “*os atos do pensamento, que se apoiam em razões lógico-objetivas e da vontade que se orientam conforme finalidade e valor*”<sup>281</sup>. Essa situação, conhecida como “*luta dos impulsos*”, impõe ao homem a responsabilidade em libertar-se de suas inclinações antijurídicas, visto que a lógica da causalidade não se aplica às volições humanas:

---

<sup>276</sup> WELZEL, 2011, p. 117-118.

<sup>277</sup> WELZEL, 2011, p. 118.

<sup>278</sup> WELZEL, 1956, p. 155.

<sup>279</sup> WELZEL, 2011, p. 119.

<sup>280</sup> WELZEL, 2011, p. 120.

<sup>281</sup> WELZEL, 2011, p. 120.

Os atos da fundação do “Eu” (do “próprio”) transcorrem por meio da finalidade e não da força causal: os motivos do pensamento e da vontade são as razões objetivas, ou seja, não causais, nas quais se apoiam, conforme um fim, os atos do pensamento e da vontade. (...) Apenas aquilo para que nos incita e arrasta um impulso instintivo, uma aspiração, um interesse, pode converter-se em fim de uma decisão da ação, tanto se é adotada de modo instintivo como conforme um fim. A significação insubstituível da função da direção da vontade, orientada finalisticamente, consiste, porém, em que seja possível uma nova configuração da vida humana de acordo com a verdade, na finalidade e no valor, e permite, com isso, ao homem a regulação de seus impulsos, que lhe está confiada de modo responsável após o desaparecimento dos instintos biológicos<sup>282</sup>.

Finalmente, sob o aspecto categorial, discute-se o “*como*” é possível ao homem libertar-se da coação causal, dirigindo sua vontade de modo finalístico<sup>283</sup>.

À semelhança de Ernst von Beling, Welzel reconhece limites à liberdade moral humana. O determinismo (monismo causal) tornaria a responsabilidade moral um conceito impossível. Independente de seu valor moral, “*toda decisão (...) deve estar necessariamente predeterminada*”<sup>284</sup>. Entretanto, o indeterminismo “completo” também não resolveria o problema da responsabilidade. Se os atos de um sujeito não obedecerem qualquer sequência lógica, seriam apenas decisões “aleatórias”, incapazes de expressar qualquer orientação finalística da vontade:

A resposta não pode ser encontrada pela via do indeterminismo tradicional, pois este destrói, precisamente, o sujeito responsável: se o ato da vontade do homem não estivesse determinado por nada, o ato da vontade posterior não poderia guardar nenhuma relação com o anterior, nem de modo imediato, nem por meio de um sujeito idêntico, posto que de outro modo já estaria determinado por algo. (...) O indeterminismo converte os atos de vontade em uma série completamente desconexa de impulsos isolados no tempo<sup>285</sup>.

A solução consistira precisamente em reconhecer que a vontade, sob muitos aspectos, é uma faculdade determinada. Impulsos e motivos são responsáveis por guiar o pensamento humano em uma ou outra direção. Ocorre que a vontade não é inerte, mas capaz de se posicionar frente aos motivos, sempre em busca de sua aspiração final: “*não são as causas cegas (...) que determinam os passos do pensamento, mas este se determina a si mesmo, de acordo com o comando lógico objetivo do estado de coisas que tem em vista*”<sup>286</sup>.

Ao sopesar as causas anteriores (motivações e instintos) com as causas futuras (objetivos finalísticos), a vontade humana se consagra como livre, em virtude da sua capacidade de

---

<sup>282</sup> WELZEL, 2011, p. 122.

<sup>283</sup> WELZEL, 2011, p. 123.

<sup>284</sup> WELZEL, 2011, p. 123.

<sup>285</sup> WELZEL, 2011, p. 123.

<sup>286</sup> WELZEL, 2011, p. 124-125.

autodeterminação: “a liberdade não é um estado, mas um ato: o ato da libertação da coação causal dos impulsos para a autodeterminação conforme os fins”<sup>287</sup>.

Ainda a respeito da posição de Hans Welzel sobre a questão do livre-arbítrio, verifica-se que sua teoria, em vários pontos, se assemelha ao pensamento cartesiano. Ambas as correntes concebem a vontade humana como livre, vez que cada agente assim a percebe, de forma imediata. Vontade e razão, nessa perspectiva, são faculdades que não se sujeitam aos mesmos princípios físicos que regem o mundo material.

É possível, portanto, classificar a doutrina da ação final como uma teoria dualista e libertária. De forma mais específica, o finalismo se enquadra naquilo que o filósofo Derk Pereboom chama de “*libertarianismo agente-causal*”. Para essa corrente, um agente age de forma livre quando, apesar de “inclinado” na direção de fatores como desejos e crenças, não se encontra causal e invariavelmente determinado por eles. Dessa forma, seria possível considerá-lo como autor de (e responsável por) suas próprias escolhas e decisões<sup>288</sup>.

Welzel, de fato, reconhece que fatores são capazes de influenciar o rumo da vontade humana, sejam eles internos ou externos ao indivíduo. Segundo afirma, o indeterminismo absoluto invalidaria o conceito de agência, visto que não seria possível atribuir identidade a um indivíduo cuja cadeia de atos não obedece a qualquer relação de causa e efeito<sup>289</sup>. Ainda assim, a teoria finalista se enquadra melhor enquanto modalidade do libertarianismo agente-causal, e não como uma corrente compatibilista. Além de rechaçar a validade das premissas deterministas, verifica-se que o conceito de liberdade desenvolvido por Welzel é baseado na capacidade dos seres humanos em se libertarem, num plano interno, do princípio da causalidade. A despeito de reconhecer fatores de determinação presentes no mundo físico, o finalismo não abandona suas intuições morais libertárias (e retributivistas) sobre o comportamento humano<sup>290</sup>.

Embora a doutrina final da ação oponha os conceitos de liberdade da vontade humana ao mecanicismo do mundo físico, é possível que o autor não se compreendesse enquanto teórico dualista.

Em sua obra “*Estudos de direito penal*”, publicada na década de 1950, Welzel afirma que a concepção finalista do problema do livre-arbítrio seria um conceito puramente formal.

<sup>287</sup> WELZEL, 2011, p. 127. Constatada a liberdade moral humana, é possível definir a culpabilidade finalística como “a falta de uma decisão conforme a finalidade em um sujeito responsável” (p. 128).

<sup>288</sup> PEREBOOM, Derk. *Living without free will*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2001. p. xv.

<sup>289</sup> WELZEL, 2011, p. 122-128.

<sup>290</sup> GREENE, COHEN, 2004, p. 1777.

Conforme afirma, sua ideia teria se desenvolvido a partir da teoria de Kant, para a qual o livre-arbítrio seria apenas uma categoria pela qual os seres humanos interpretam seu próprio comportamento. Na opinião de Welzel, tais fatores permitiriam concluir que argumentos de natureza empírica não interfeririam na estrutura teórica de seu argumento, tornando possível defender a ideia da liberdade da vontade<sup>291</sup>.

Entretanto, a despeito dessa afirmação, a teoria finalista acaba por divergir, em vários pontos, de um conceito de livre-arbítrio propriamente kantiano (ou, ao menos, da interpretação dada pelo autor à teoria de Kant)<sup>292</sup>. Basta mencionar os três aspectos do problema da liberdade expostos pelo autor (antropológico, caracteriológico e categorial) para notar que sua ideia de liberdade se desenvolveria num plano material<sup>293</sup>.

## 2.8. Aceitação da teoria finalista no Brasil

Segundo Luiz Regis Prado a doutrina de Hans Welzel, para além de seus méritos propriamente dogmáticos, forneceu “*sólidas bases ontognoseológicas e metodológicas*” para a construção do sistema penal, ao conceber o homem como “*ser livre, digno e responsável*”. Por isso mesmo, afirma, a teoria da ação final é considerada o “*mais significativo e influente sistema jurídico-penal construído no século XX*”, repercutindo imediatamente em toda Europa e América Latina<sup>294</sup>.

---

<sup>291</sup> WELZEL, 2002, p. 149-151.

<sup>292</sup> Juarez Tavares endossa a opinião de que a teoria finalista se desvia da filosofia kantiana em suas posições: “*Em Kant há, contudo, certo compromisso causal, pois, se por um lado, conforma-se inteiramente com a primeira tese, de que a organização do mundo é finalista, nega, por outro lado, que a explicação dos fenômenos (teoria do conhecimento) possa ser reduzida sempre segundo essa finalidade. Ao contrário, afirma que essa explicação pode ser, às vezes, puramente causal. O juízo finalista apenas reflete essa explicação, mas não a determina. Há, portanto, duas realidades: a dos acontecimentos que se sucedem de acordo com um fim, e a do conhecimento que, para apreensão dos fenômenos, não precisa basear-se em que não se pode julgar acerca da possibilidade das coisas e de sua produção sem conceber-se uma causa que obre finalisticamente. O finalismo funciona, pois, como um conceito regulador do entendimento humano, destinado a complementar a explicação mecânica dos fenômenos*”. TAVARES, 1980, p. 54-55.

<sup>293</sup> WELZEL, 2011, p. 117-128.

<sup>294</sup> PRADO, Luiz Regis. *Prefácio à obra “O novo sistema jurídico-penal”*. In WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas de: Luiz Regis Prado. Pós-fácio de José Cerezo Mir. 3. ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 19-21.

A doutrina brasileira, de modo particular, encontrou-se particularmente disposta a retomar o livre-arbítrio – ainda que limitado, tal qual na teoria finalista – como critério de justificação da pena<sup>295</sup>:

O livre arbítrio – repito, é uma consequência da racionalidade. RACIOCINAR É SER LIVRE. Não somos, porém, uma RAZÃO PURA, UM ESPÍRITO EXCLUSIVAMENTE PENSAnte: *somos um espírito que depende de um corpo*. Ora, sendo a Matéria, consoante a defino, *o ser ao mesmo tempo ininteligente e ininteligível* (Cf. meu livro “*Metafísica do Número*”), enquanto dependermos da matéria e a desconhecermos, NOSSO LIVRE ARBÍTRIO SERÁ LIMITADO. Há sempre um pouco de determinação (mais – ou menos – vencível) em nossos atos. Nosso corpo não se exime por completo ao determinismo que rege a matéria e os corpos organizados. De sorte que nos vemos mais ou menos obrigados a cumprir, de um modo ou de outro, os atos que visam a conservar-nos e dar-nos descendência. Nosso pensamento mesmo se vê condicionado pelo cérebro, tanto assim que não pensamos sempre o que queremos nem como queremos e, em certos estados cerebrais, somos torturados por idéias importunas, que só a custo conseguimos afastar.. (...) Nenhum de nós – escreveu Paulhan (“*La volonté*”) – é livre de todo, porque é mais ou menos escravo de uma impulsão irrefletida. E cada um, no entanto, é um pouco livre, por mais imperfeito que seja<sup>296</sup>.

De forma menos poética, mas seguindo a mesma linha de raciocínio, encontra-se a posição de juristas como Francisco de Assis Toledo, o qual assevera ser um esforço inútil retomar uma polêmica tão antiga quanto aquela do livre-arbítrio. Independentemente do ponto de vista, a liberdade seria um dado real da experiência humana: *“a liberdade de que temos consciência, por meio de uma apreensão imediata, empírica, é a do aqui-e-agora, isto é, a de poder decidir algo, a de poder tomar alguma resolução, dentro de certos limites”*<sup>297</sup>.

A década de 1980 representou um marco na compreensão da teoria do delito no Brasil, em que as teorias causal-naturalistas, à época majoritárias em nossa doutrina, foram progressivamente substituídas pelo finalismo<sup>298</sup>. A reforma ao Código Penal de 1984 (ainda vigente) seguiu essa tendência, recepcionando os pressupostos teórico-filosóficos do pensamento de Welzel.

<sup>295</sup> O que talvez se explique pelo impacto da religião católica na formação do pensamento e moralidade brasileiras. Em sua obra “Da Responsabilidade Penal e da Isenção da Pena” (1962), Lydio Machado Bandeira de Mello introduz seus argumentos da seguinte forma: *“Um jurista cristão não pode negar o livre arbítrio. Que é o livre arbítrio – É o poder de traçarmos por nós mesmos a nossa conduta; de subordinarmos nossa vivência à nossa filosofia; de querermos e fazermos, nos limites de nossas forças, aquilo que a razão nos aconselha, quer sozinha, quer assistida por terceiros quer iluminada por DEUS”*. MELLO, 1962, p. 15.

<sup>296</sup> MELLO, 1962, p. 22-23.

<sup>297</sup> TOLEDO, 1991, p. 244.

<sup>298</sup> TAVARES, 1980. 115.

Até a presente data, “predominam largamente na doutrina e na jurisprudência nacionais as diretrizes finalistas”<sup>299</sup>.

A título de exemplo, colaciona-se o seguinte trecho do “*Manual de direito penal brasileiro*” de Luiz Regis Prado:

Destarte, convém precisar que não se ignora a antiga e insolúvel questão que envolve a prova da capacidade do ser humano de agir de uma forma ou de outra, de captar a mensagem normativa, ou seja, que o delinquente em determinada situação pode atuar ou não de modo diverso, ou mesmo se motivar pela norma. Diante de tal premissa, o que se enfatiza é que a ciência do Direito Penal recorre na atualidade predominantemente à cláusula salvadora, segundo a qual tanto o determinismo quanto o indeterminismo não podem ser comprovados, e, portanto, o sistema jurídico-penal deve ser legitimado prescindindo de uma verificação científica empírica do livre-arbítrio humano. Já que, aliás, esse problema atinge qualquer teoria da culpabilidade. Isso vem a sinalizar apenas para a debilidade material desse fundamento que não se acha consolidado, nem é indiscutível, segundo os padrões científico-naturais, o que, em realidade, pouco significa para o Direito, como objeto de natureza cultural, governado por referenciais diversos. O que sem dúvida vem a demonstrar que o argumento contra a fundamentação da culpabilidade na capacidade humana de poder atuar de maneira diferente (= evitabilidade individual/poder-agir-de-outro-modo) ser indemonstrável não passa de um argumento enganoso, de um sofisma<sup>300</sup>.

Quanto à posição jurisprudencial, os seguintes trechos de decisões de natureza criminal, proferidas em Segunda Instância, exemplificam a interpretação finalista dos conceitos de “*culpabilidade*” e “*livre-arbítrio*”, comumente adotada em nossos tribunais:

(...) A defesa se insurge, inicialmente, contra o quantum da pena fixada (cinco anos de reclusão), por considerar que inexistente fundamentação idônea para valoração negativa dos vetores judiciais da personalidade, motivos e consequências do crime. Sobre o tema o juiz de primeiro grau assim se pronunciou: Da culpabilidade: o réu possuía plena consciência do ilícito que praticava e tinha livre arbítrio para agir de modo

<sup>299</sup> PRADO, 2011, p. 21. Nesse sentido, Davi Tangerino pontua: “A essa concepção de culpabilidade denominou-se teoria normativa pura, que recebeu a adesão da maioria da doutrina brasileira. Mencione-se, exemplificativamente: (i) Cezar Roberto Bitencourt, a quem o legislador haveria de se curvar ‘diante da consagração definitiva da teoria normativa pura da culpabilidade’; (ii) Cláudio Brandão; (iii) Francisco de Assis Toledo; (iv) Miguel Reale Júnior, para quem ‘o ponto de vista da culpabilidade é o do agente em conflito com a norma. Na culpabilidade avalia-se o conflito entre dois valores, o que se pôs como motivo do agir e o valor do direito como dever-ser’; (v) Damásio de Jesus; e (vi) Júlio Fabbrini Mirabete”. TANGERINO, 2011, p. 79-80.

<sup>300</sup> PRADO, 2011, p. 465. Em sua grande maioria, os manuais de direito penal brasileiro da última década se esquivam de tratar a questão do livre-arbítrio no direito penal ou ainda, quando o fazem, abordam o tema apenas sobre a perspectiva finalista. Nesse sentido, Cf: BITENCOURT, 2011, p. 391; CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Volume 1, parte geral: (arts. 1º ao 120). 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 331-332; ESTEFAM, André. *Direito Penal*, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 55; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 10. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 250. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral, volume 1. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 371-373. CUNHA, 2016, p. 281-282. Por óbvio, não se pretende restringir o estudo do direito penal brasileiro à análise de manuais jurídicos. Não obstante, tais obras são indicativas de uma clara tendência finalista adotada pela doutrina brasileira.



O desenvolvimento dos conceitos de responsabilidade e culpa no ramo penal – seja em sua filosofia, no campo da criminologia, ou no interior de seu pensamento dogmático – demonstra que a questão do livre-arbítrio é um problema histórico nas ciências penais. Adotando ou refutando tal postulado, o direito penal sempre se encontrou às voltas com o mesmo dilema.

Com relação à doutrina da ação final, a história se repete mais uma vez. Segundo lição de Cezar Roberto Bitencourt, “o livre-arbítrio como fundamento da culpabilidade tem sido o grande vilão na construção moderna do conceito de culpabilidade e, por isso mesmo, é o grande responsável pela sua atual crise”<sup>305</sup>.

O modelo desenvolvido por Hans Welzel representou um marco contra as teorias de direito penal do autor, que atribuíam responsabilidade penal aos indivíduos portadores de personalidades “*indesejadas*”. Para alterar tal situação, o modelo finalista constrói toda sua base teórico-filosófica a partir da ideia mais controversa da história das ciências penais – o livre-arbítrio. Assim, o sistema penal pautará o tratamento destinado aos réus com base na compreensão libertária da natureza humana.

Entretanto, “*ainda a existência do livre arbítrio humano*”<sup>306</sup> persiste como um problema no modelo de direito penal brasileiro. No capítulo seguinte, abordaremos as dificuldades que o conceito finalista de livre-arbítrio enfrenta, quando confrontado com teorias modernas sobre o comportamento humano.

---

<sup>305</sup> BITENCOURT, 2011, p. 391.

<sup>306</sup> MELLO, 1962, p. 15.

### 3. LIVRE-ARBÍTRIO, NEUROCIÊNCIAS E RESPONSABILIDADE PENAL

#### I – Apresentação do tema

##### 3.1. Ideias iniciais

###### 3.1.1. Conceito de “neurociências”

Na introdução do presente trabalho, as “neurociências” foram definidas como o conjunto dos ramos de pesquisa que se ocupam do estudo do sistema nervoso, quer de suas estruturas, que sobre seu modo de funcionamento, bem como a relação entre estes aspectos e a criação daquilo que se conhece através da expressão “*comportamento humano*”<sup>307</sup>.

Muito de seu sucesso recente se deve à capacidade que as neurociências possuem em absorver e aplicar ideias, conceitos e métodos provenientes de suas áreas de investigação afins. Dentre os exemplos, Marc D. Binder, Nobukata Hirokawa e Uwe Windhorst apontam a matemática, física, química, engenharias, ciência da computação, genética, biologia molecular, bioquímica, medicina e filosofia – segundo os autores, a neurociência pode ser considerada como o arquétipo de pesquisa interdisciplinar<sup>308</sup>.

Assim, desde o primeiro momento, é possível observar que as neurociências não possuem uma perspectiva unicamente biológica, médica, psicológica ou computacional do comportamento humano. Muito menos uma pesquisa acrítica, como demonstra a presença da filosofia entre o rol de matérias que se ocupam do estudo do cérebro. Tomadas em seu conjunto, tais disciplinas se propõe a desenvolver um conhecimento multifacetado.

O direito também é convidado a fazer parte dessas discussões – este é, aliás, um dos propósitos do presente trabalho.

Recentemente, as interseções entre direito e neurociências (também conhecidas como a área de estudos do “neurodireito”) tem se desenvolvido a partir das seguintes premissas: primeiro, que a neurociência oferece novas e consistentes informações sobre o cérebro, a mente e

---

<sup>307</sup> PURVES, 2004. p. xvi; 1.

<sup>308</sup> BINDER; HIROWAKA; WINDHORST, 2009, p. vii.

a agência humana e; em segundo lugar, que tais informações são altamente relevantes para o campo da teoria do direito, de sua doutrina, e de seu sistema de produção de provas<sup>309</sup>.

Em virtude de sua natureza interdisciplinar, existem várias perspectivas sobre as quais o cérebro pode ser estudado – “há muitas maneiras de ver o cérebro, como há muitas maneiras de ver o mundo”<sup>310</sup>. Não obstante, todas partem de uma compreensão materialista da realidade, e *adaptar e de interagirmos com o mundo ao nosso redor*<sup>311</sup>:

Nas neurociências contemporâneas, as perspectivas biológicas e socioculturais interagem de maneira dinâmica e fusionada (...). Isto é particularmente certo em relação aos modelos dinâmicos do cérebro, que afirmam que o controle genético sobre a arquitetura do cérebro, ainda que importante, dista de ser absoluto; este último se desenvolve em interação constante com os entornos físicos e socioculturais imediatos. (tradução nossa)<sup>312</sup>.

Dessa forma, para entender a mente humana e o modo pelo qual as pessoas agem e tomam suas decisões, deve-se partir do fato de que sem um cérebro que apresente as condições fisiológicas necessárias, não haveria atividade mental, ou mesmos comportamentos e sentimentos<sup>313</sup>. Nesse esquema de funcionamento, há sempre destaque para a importância do entorno socioambiental sobre a estrutura do cérebro, com especial atenção para os processos de aprendizado e memória<sup>314</sup>. Ressalta-se ainda o fato de que o bom funcionamento do cérebro depende tanto de suas estruturas internas quanto das interações do indivíduo com o meio que o cerca.

### 3.1.2. Origens e desenvolvimento

<sup>309</sup> PARDO, 2016, p. 1-2. Sobre a temática do neurodireito, cf. PICOZZA, Eugenio. *Neurolaw: An Introduction*. Basel: Springer International Publishing Switzerland, 2016.

<sup>310</sup> LENT, Roberto. *Cem bilhões de neurônios? Conceitos fundamentais da Neurociência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atheneu, 2002. p. 5.

<sup>311</sup> STERNBERG, 2015. p. 30.

<sup>312</sup> No original: “*En las neurociencias contemporâneas, las perspectivas biológica y sociocultural interactúan de manera dinámica y fusionada, lo que debería reducir todavía más la tensión. Esto es particularmente cierto respecto de los modelos dinámicos del cerebro, que afirman que el control genético sobre la arquitectura del cerebro, aunque importante, dista de ser absoluto; este último se desarrolla en interacción constante con los entornos físico y sociocultural inmediatos*”. EVERS, Kathinka. *Neuroética. Cuando la materia se despierta.*, Madri: Katz Editores, 2013. p. 35-36.

<sup>313</sup> DELGADO GARCÍA, *Hacia una neurofisiología de la libertad*. p.13. In CALATAYUD, Manuel Maroto e CRESPO, Eduardo Demetrio. *Neurociencias y derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: EDISOFER S. L, 2013.

<sup>314</sup> EVERS, 2013, p. 11.

Segundo Charles G. Gross, as primeiras menções ao cérebro de que se tem registro histórico remontam à medicina egípcia, por volta do ano de 1700 a.C. O documento em questão trata-se do “papiro de Edwin Smith”, adquirido em 1862 pelo antropólogo que lhe confere o nome. Conforme tradução realizada em 1930, tal papiro consistia num relatório de 48 casos “médicos”, nos quais há a descrição sistemática do diagnóstico das doenças, bem como das áreas atingidas e as possibilidades de tratamento. Dentre os casos documentados, encontram-se descrições de fraturas craniais, bem como o estabelecimento de correlações entre a localização da injúria cerebral com a área de manifestação dos sintomas. Na opinião de Gross, o documento comprova a existência de tentativas de compreensão do corpo humano e tratamento de suas injúrias em termos racionais<sup>315</sup>.

Em todo o caso, o cérebro não figurava como protagonista das teorias que buscavam explicar a correlação entre corpo e mente, produzidas desde a antiguidade. O status de “órgão mais importante do corpo humano” era ocupado pelo coração, na quase totalidade das organizações sociais<sup>316</sup>. Além dos egípcios, tal opinião parece ter contado com uma aceitação quase que universal, sendo comum às culturas pré-literárias, bem como aos povos da Mesopotâmia, Babilônia, Índia e Grécia<sup>317</sup>.

Com o desenvolvimento da medicina grega, a partir do século V a.C., houve a identificação do cérebro como o órgão em que se localizava a “*mente*” e o centro da inteligência humana<sup>318</sup>. Posteriormente, no século III a.C., firmou-se a compreensão de que o funcionamento cerebral se operava através de quatro “*ventrículos*”, à semelhança do coração. E em cada uma dessas cavidades haveria local para o desempenho de uma função cognitiva específica<sup>319</sup>.

Finalmente, a teoria dos ventrículos cerebrais foi substituída pela opinião da escola médica de Alexandria (século II d.C.): a “*alma*” humana e as funções cognitivas superiores estariam localizadas nas “*porções rígidas*” do cérebro, não em suas cavidades<sup>320</sup>.

---

<sup>315</sup> GROSS, Charles G. *Brain, Vision, Memory: Tales in the study of Neuroscience*. Cambridge: MIT Press, 1999. p. 1-5.

<sup>316</sup> GROSS, 1999, p. 5.

<sup>317</sup> GROSS, 1999, p. 7-10.

<sup>318</sup> GROSS, 1999, p. 10. O autor atribui ao médico Alcameon, bem como aos filósofos pré-socráticos Anaxágoras, Demócrito e Diógenes, o mérito em conceber, pela primeira vez, um entendimento materialista do cérebro. Não obstante, Platão e, em especial, Aristóteles discordavam dessa ideia. O primeiro propunha uma concepção imaterial da alma; o segundo compartilhava da opinião de que o coração seria o principal órgão da inteligência, enquanto o cérebro consistiria em mero órgão de apoio, frio e de natureza aquosa, responsável pelo “resfriamento do coração”.

<sup>319</sup> GROSS, 1999, p. 27.

<sup>320</sup> GROSS, 1999, p. 27-28.

O estudo da anatomia cerebral permaneceu sem maiores alterações até o período Renascentista<sup>321</sup>. A estagnação desse campo de pesquisa, opina Gross, se explica em grande parte pela resistência da Igreja: os estudos do cérebro contrariavam o dogma cristão da natureza imaterial da alma<sup>322</sup>.

Com a mitigação da influência da Igreja no campo da pesquisa científica, o renascentismo italiano pôde proporcionar um “*renascimento da ciência do cérebro*”<sup>323</sup>, especialmente no estudo da neuroanatomia. A pedido do governo da cidade de Pádua, o médico Andreas Vesalius (1514-1564) foi encarregado de dissecar, para fins de estudo, os corpos<sup>324</sup> dos prisioneiros condenados à execução.

Realizando pesquisas na área de anatomia comparada e contribuindo com importantes desenhos da estrutura cerebral, Vesalius concluiu pela improcedência da “teoria dos ventrículos” – conquanto concordasse com a opinião dos médicos de Alexandria, Vesalius rompeu com sua hegemonia milenar.

A partir de então, surgiram cada vez mais estudos sobre o cérebro e suas estruturas: ainda no século XVI, distinguiram-se pela primeira vez as regiões do córtex e da massa branca<sup>325</sup>. Com a invenção do microscópio, em meados do século XVII, descobriu-se a natureza vascularizada do cérebro e a presença de células piramidais em seus tecidos. Já no século XVIII, médicos ingleses descobriram a importância central do córtex para as funções da memória e da vontade<sup>326</sup>, bem como a importância do cerebelo para os movimentos involuntários. Entretanto, a importância das funções desempenhadas pelo córtex cerebral foi um assunto pacificado apenas na

---

<sup>321</sup> Por volta do século X d.C., há o registro de uma pequena alteração: as teorias “estáticas” sobre o cérebro foram substituídas por um processo dinâmico, similar à digestão: “*entradas sensoriais eram transformados em imagens pela primeira célula, e então eram transferidos para a segunda célula, cuja localização central possibilitava seu aquecimento e adequação para o processamento futuro (...) na forma de cognição*”. Pensamentos residuais seriam armazenados numa espécie de terceira célula. No original: “*Sensory inputs were made into images in the first cell and were then transferred to the second cell, whose central location made it warmer, appropriated for further processing (...) into cognition*”. GROSS, 1998, p. 31; 34.

<sup>322</sup> GROSS, 1999, p. 9-10. Ao estudar Aristóteles, por exemplo, ignorava-se as divisões estabelecidas entre o cérebro e o coração, ou a “localização” da alma no corpo, se concentrando nas divisões aristotélicas sobre as funções da alma (p. 34).

<sup>323</sup> GROSS, 1999, p. 37.

<sup>324</sup> Com exceção da escola de anatomia de Alexandria, que perdurou durante os séculos II e III a.C., “*A vivisseção de humanos para fins de pesquisa científica nunca havia sido sistematicamente praticada até que alemães e japoneses o fizeram, na Segunda Guerra Mundial*”. No original: “*Vivisection of humans for scientific research was never systematically practiced until the Germans and the Japanese did it in World War II*”. GROSS, 1999, p. 26.

<sup>325</sup> A divisão perdura até a atualidade. A expressão “córtex cerebral” designa uma massa de substância branca revestida externamente por uma fina camada de massa cinzenta. “Massas brancas” constituem-se predominantemente de fibras nervosas mielínicas, enquanto “massas cinzentas” são formadas em sua maior parte por corpos de neurônio. DANGELO, José Geraldo; FATTINI, Carlo Américo. *Anatomia Humana Básica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atheneu, 2002. p. 52.

<sup>326</sup> GROSS, 1999, p. 41-43.

virada do século XVIII para o XIX, por intermédio de Franz Joseph Gall<sup>327</sup> – o mesmo inventor da frenologia, que serviu de base para o criminoso nato de Lombroso.

Traçando paralelos entre o desenvolvimento das ciências que estudam o cérebro com as ciências criminais, verifica-se que a antropologia criminal desenvolveu-se num período de extremo interesse pelo estudo do sistema nervoso, que, após um “banimento” de quase mil e duzentos anos pudera voltar a se desenvolver<sup>328</sup>. Apesar da precariedade das ferramentas e métodos de estudo, o clima era de um otimismo generalizado: seria possível compreender, pela primeira vez, o que torna um homem criminoso<sup>329</sup>.

Obviamente, os estudos a respeito do funcionamento do sistema nervoso não se concentraram apenas na área criminal. Na virada do século XIX para o século XX, Camillo Golgi e Santiago Ramon y Cajal, já mencionados no presente trabalho, são considerados os percussores da neurociência moderna. Ambos se dedicaram, dentre outros assuntos, a estudar as principais células do sistema nervoso, descobertas apenas na primeira metade do século XIX: os neurônios<sup>330</sup>.

A *doutrina do neurônio* afirmava que cérebro e medula espinhal são estruturados por pequenas unidades funcionais (neurônios); ademais, a partir da organização dos neurônios, comprovou-se que “*diferentes partes do cérebro se ocupam de funções diversas*”. Ainda, sugeria-se que as células nervosas não eram independentes, mas formavam uma rede contínua<sup>331</sup>. Com as técnicas de coloração de tecido elaboradas por Golgi e o estudo de histologia de Cajal, confirmaram-se as bases para o entendimento atual das estruturas neurais e do modo pelo qual opera a transmissão de correntes elétricas entre os neurônios<sup>332</sup>.

Apesar de todo o panorama histórico traçado, uma compreensão mais dinâmica do cérebro só pôde se desenvolver a partir do final da década de 1960 e o início da década de 1970<sup>333</sup>. Descobriu-se, então, a necessidade de um estudo mais aprofundado do sistema nervoso,

---

<sup>327</sup> GROSS, 1999, p. 43.

<sup>328</sup> GROSS, 1999, p. 31.

<sup>329</sup> DARMON, 1991, p. 16.

<sup>330</sup> SALLET, Paulo Clemente. *Prêmio Nobel: dinamite, neurociências e outras ironias*. Revista de Psiquiatria Clínica, 2009, vol. 36 (1). p. 38. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rpc/v36n1/a07v36n1.pdf> >. Acesso em 15 mai. 2018.

<sup>331</sup> SALLET, 2009, p. 38-39.

<sup>332</sup> SALLET, 2009, p. 39-40.

<sup>333</sup> É interessante notar que, à mesma época, ao expor seus “Problemas Fundamentais de Direito Penal”, Claus Roxin afirmara que o problema da liberdade de escolha não era passível de solução justamente pelo fato da humanidade conhecer pouco sobre o funcionamento do cérebro: “*Mas a questão da possibilidade de uma decisão que escolha livremente face a factores de determinação, que são muito diversos, é, no mínimo, irresolúvel, dado que nada*

oportunidade em que a neurociência surge como um campo de pesquisa propriamente interdisciplinar, que não poderia ser resumido às áreas tradicionais da medicina, como anatomia, patologia e fisiologia<sup>334</sup>.

Graças ao desenvolvimento da engenharia e das ciências computacionais, tornou-se possível, pela primeira vez na história, observar o sistema nervoso central *durante seu funcionamento*, especialmente através de métodos não invasivos tais como a tomografia computadorizada (TC), a Imagem por ressonância magnética (RMI), e a tomografia computadorizada por emissão de pósitrons (PET scan)<sup>335</sup>. Com o descobrimento da Ressonância Magnética Funcional (fRMI) na década de 1990, tornou-se possível auferir os padrões de ativação neural *enquanto* um indivíduo desempenha uma tarefa<sup>336</sup>.

Nesse sentido:

Assim como no mundo físico, também no universo social há uma realidade muito diversa, subjacente àquela que ingenuamente percebemos. A revolução na física ocorreu quando, na virada do século XIX para o XX, novas tecnologias expuseram o comportamento exótico dos átomos e das novas partículas subatômicas então descobertas, como fóton e elétron; de modo análogo, as novas tecnologias da neurociência hoje possibilitam que os cientistas exponham uma realidade mental mais profunda, que esteve escondida durante toda a história prévia da humanidade<sup>337</sup>.

Todas essas ferramentas permitiram que as neurociências se organizassem em sua atual configuração: um campo de pesquisa em rápido crescimento, com objetivos que vão desde a descoberta de novos tratamentos para doenças neurais até a compreensão da “*nossa tão prezada racionalidade, nossa criatividade, nossa capacidade de produzir e apreciar arte, e mesmo de*

---

*sabemos sobre os processos microfísicos do cérebro humano*”. E o autor prossegue: “*E, mesmo que se pretendesse afirmar a liberdade da vontade como tal, ainda assim não se responderia afirmativamente à pergunta decisiva do processo, de saber se esse homem concreto poderia ter actuado de um outro modo nessa situação concreta; a essa questão, como sem hesitações o manifestam eminentes psiquiatras e psicólogos, é impossível dar umaresposta com meios científicos*”. ROXIN, 2004, p. 18.

<sup>334</sup> SOCIETY FOR NEUROSCIENCE. *The creation of neuroscience: The Society for Neuroscience and the Quest for Disciplinary Unity, 1969-1995*. Disponível em: <<https://www.sfn.org/about/history-of-sfn/the-creation-of-neuroscience/introduction>>. Acesso em 17 mai. 2018.

<sup>335</sup> SOCIETY FOR NEUROSCIENCE. *The creation of neuroscience: The Society for Neuroscience and the Quest for Disciplinary Unity, 1969-1995*. Disponível em: <<https://www.sfn.org/about/history-of-sfn/the-creation-of-neuroscience/disciplinary-consolidation>>. Acesso em 17 mai. 2018.

<sup>336</sup> ROSKIES, Adina L. *Are Neuroimages Like Photographs of the Brain?*. Revista Philosophy of Science, n° 74, de Dezembro de 2007. p. 862-863.

<sup>337</sup> MLODINOW, Leonard. *Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas?* Rio de Janeiro, Zahar, 2013. p. 22-23.

*nossa capacidade de admiração e transcendência*”. Em suma, de tudo aquilo que nos torna humanos<sup>338</sup>.

Em conclusão:

A ciência do cérebro é uma ciência jovem, que se desenvolveu consideravelmente no curso destas últimas décadas, conduzindo numerosos autores a evocar as primeiras luzes de uma nova revolução científica com consequências sociais de uma grande amplitude. Com efeito, é possível que os progressos neurocientíficos modernos cheguem a introduzir mudanças profundas em noções fundamentais como as de consciência, identidade, eu, integridade, responsabilidade pessoal e liberdade, mas também, de maneira significativa, nos modelos neurocientíficos do cérebro humano: tais progressos poderiam conduzir a superação de um modelo de cérebro enquanto rede artificial, como máquinas de entradas e saídas, para representá-lo como uma matéria desperta e dinâmica. (tradução nossa)<sup>339</sup>.

### 3.1.3. Neurociência cognitiva: a relação entre a “mente” e o sistema nervoso

Uma das principais propostas no campo da neurociência é justamente entender como funciona o comportamento humano, partindo da premissa de que todas as ações humanas são geradas a partir do funcionamento do sistema nervoso. A área de estudos em questão recebe o nome de neurociência cognitiva, campo de pesquisa que “(...) vincula o cérebro e outros aspectos do sistema nervoso ao processamento cognitivo”<sup>340</sup>.

O sistema nervoso é o “principal sistema de controle e comunicação do corpo”, cuja atividade se reflete em “cada pensamento, ação, instinto e emoção”<sup>341</sup>. De maneira simplificada, seu funcionamento se explica através do seguinte esquema:

---

<sup>338</sup> No original : “(...) our prized rationality, our creativity, our capacity to produce and appreciate art, even our capacity for awe and transcendence”. CLAUSEN, Jens; LEVY, Neil (eds.). *Handbook of Neuroethics*. Nova Iorque, Springer Reference, 2015. p. v.

<sup>339</sup> No original: “La ciencia del cerebro es una ciencia joven, que se desarrolló considerablemente en el curso de estas últimas décadas, lo que condujo a numerosos autores a evocar las primeras luces de una nueva revolución científica con consecuencias sociales de una gran amplitud. En efecto, es posible que los progresos neurocientíficos modernos lleguen a introducir modificaciones profundas en nociones fundamentales como las de conciencia, identidad, yo, integridad, responsabilidad personal y libertad, pero también, de manera significativa, en los modelos neurocientíficos del cerebro humano: tales progresos podrían conducir a alejarse de una modelización del cerebro como red artificial, como máquina de entradas y salidas, para representarlo como una materia desperta y dinámica”. EVERS, 2013, p. 11-12.

<sup>340</sup> STERNBERG, 2015, p. 29-31.

<sup>341</sup> MARIEB, Elaine. *Anatomia humana*. Elaine Marieb, Patricia Wilhelm, Jon Mallatt. Tradução de Livia Cais, Maria Silene de Oliveira e Luiz Cláudio Queiroz. Revisão técnica João Lachat, José Thomazini e Edson Liberti. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2014. p. 363.

Tradicionalmente, o sistema nervoso é subdividido em duas regiões, central e periférica. Encéfalo<sup>342</sup> e medula espinhal integram o primeiro, enquanto o segundo é formado pelos nervos cranianos e espinhais, gânglios e terminações nervosas<sup>343</sup>.

A interação do sistema nervoso com o meio ambiente se explica pelo binômio *estímulo-reação* (nas operações involuntárias/inconscientes) e pelo trinômio *estímulo-interpretação-reação* (nas operações voluntárias/conscientes). Significa dizer que, ao receber e reconhecer estímulos externos, o sistema nervoso cuida em interpretá-los e desencadear, eventualmente, as respostas adequadas<sup>344</sup>.

Quando os estímulos sensoriais externos – isto é, qualquer informação proveniente do meio em que o indivíduo se insere – entram em contato com o corpo humano, estimulam receptores específicos no encéfalo. Com isso, são disparados impulsos elétricos, conduzidos ao sistema nervoso central por intermédio dos nervos.

Tais impulsos são primeiro recebidos pelas raízes dos nervos, passando pelo gânglio sensitivo específico<sup>345</sup>, nos quais se encontram os corpos dos neurônios<sup>346</sup>. Através do disparo de sinais eletroquímicos, realizado nas regiões das sinapses, neurônios se comunicam uns com os outros. Tais sinais são conduzidos em direção às regiões corticais especializadas.

Só a partir de então haverá a possibilidade de se perceber, a nível consciente, os estímulos recebidos. Entretanto, a maioria das operações cerebrais ocorrem sem a percepção subjetiva do agente: são inconscientes<sup>347</sup>.

Com a mesma rapidez, são elaboradas respostas que também se transmitem por sinais eletroquímicos, sendo novamente reconduzidos às regiões corporais encarregadas de uma

---

<sup>342</sup> Por encéfalo, compreende-se a estrutura formada pelas seguintes partes: tronco encefálico (formado, a seu turno, por Bulbo, Ponte e Mesencéfalo); Cerebelo; Diencefalo (composto por Tálamo, Hipotálamo e Epitálamo) e Cérebro (ou Telencefalo). MARIEB, 2014, p. 388.

<sup>343</sup> DANGELO; FATINI; 2002, p. 52.

<sup>344</sup> DANGELO; FATINI; 2002, p. 52.

<sup>345</sup> Acumulação de corpos de neurônios localizada fora do sistema nervoso central. Apresentam-se, normalmente, como dilatações. DANGELO; FATINI; 2002, p. 61.

<sup>346</sup> Unidades básicas do sistema nervoso, especializadas na recepção e condução de sinais elétricos. (DANGELO; FATINI, 2002, p. 56). Neurônios variam em sua estrutura, mas, via de regra, possuem quatro partes básicas: o soma (núcleo da célula, responsável por suas funções metabólicas e reprodutivas); os dendritos (estruturas ramificadas que recebem informações de outros neurônios, formando redes neurais); o axônio (estrutura situada na periferia dos corpos celulares, que reage à informações e transmite sinais eletroquímicos) e os feixes terminais (pequenas formações arredondadas presentes nos finais dos axônios, separados dos dendritos de outros neurônios por pequenas regiões conhecidas como sinapses) (STERNBERG, 2015, p. 30-31).

<sup>347</sup> DANGELO; FATINI, 2002, p. 70-73.

resposta motora<sup>348</sup>.

Há de se ressaltar que a trajetória dos sinais não depende apenas de fatores genéticos, como também daqueles ligados ao meio em que o indivíduo se encontra (conhecidos como fatores epigenéticos). Com a interação entre estímulos externos e situações vivenciadas pelo indivíduo, algumas redes de ligação sináptica serão utilizadas com maior frequência do que as outras, o que, além de facilitar a realização do comportamento estimulado, acaba moldando a estrutura do cérebro<sup>349</sup>.

Falar em “regiões corticais especializadas” significa dizer que algumas áreas do cérebro tendem, com maior frequência, a receber e elaborar resposta a certos tipos de estímulo. A título de exemplo, a região do córtex pré-frontal se encontraria relacionada com a formulação de julgamentos morais e ao controle de comportamentos impulsivos<sup>350</sup>. A seu turno, as regiões do hipotálamo e do chamado sistema límbico encontram-se relacionadas, dentre outras atividades, com a produção de impulsos emotivos (respostas comportamentais rápidas, que por vezes se manifestam de forma agressiva)<sup>351</sup>. Existem áreas especializadas no fenômeno da fala, da interpretação dos estímulos visuais, ou olfativos, ou táteis, ou do paladar, e assim sucessivamente.

Isso não significa compreender o sistema nervoso como uma estrutura rígida ou estática. Contando com centenas de bilhões de neurônios, capazes de formar redes de conexão dinâmicas, o cérebro humano representa um modelo de sistema complexo, cujo produto final surge como resultado de interações múltiplas entre seus elementos individuais.

---

<sup>348</sup> MARIEB, 2014, p. 364. Em síntese, afirma a autora, o sistema nervoso opera a partir de três funções: 1) utilizar seus receptores sensitivos para interpretar sinais internos e externos ao corpo (entrada sensitiva); 2) processamento e tomada de decisões a respeito do que fazer em cada momento (integração); e 3) Indicar uma resposta através da ativação dos “órgãos efetores” (saída motora).

<sup>349</sup> “Redes neurais” denominam o grupo de conexões estabelecidas entre os neurônios via sinapses: “*Este modelo se baseia totalmente na primeira premissa, de que a unidade funcional no sistema nervoso não é o neurônio, mas o grupo neuronal. Este conceito modifica muito a concepção anterior, cujo protótipo é o arco reflexo simples. Neste arco, o neurônio sensorial faz sinapse com o neurônio associativo, e este com o neurônio motor, caracterizando uma ligação em série. Um destes neurônios, isolado, só pode estimular outro neurônio, ou então inibi-lo. Por outro lado, no paradigma do grupo de neurônios, a atuação é em conjunto, podendo um grupo estimular ‘e/ou’ inibir o próximo grupo. A ação não se restringe a procedimentos binários (zero ou um), mas a incontáveis possibilidades quantitativas e qualitativas. Além disso, esta concepção reforça-se pelo fato de que só por meio de grupos é possível expandir o modelo e imaginar a existência de circuitos reentrantes, com ligações em paralelo, atuando no sentido do fluxo (anterógrado) ou realimentado (feedback). A partir daí não se pensaria mais em circuitos, mas em verdadeiras redes*”. FIUZA, Ronald Moura. *A consciência: uma viagem pelo cérebro*. Rio de Janeiro: Dilivros, 2011. p. 112.

<sup>350</sup> HAIDT, Jonathan. *The Emotional Dog and its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach h to Moral Judgment*. Review. 2001. Vol. 108. No. 4. p. 20.

<sup>351</sup> DANGELO, FATINI, 2002, p. 70-73.

Tal circunstância é bem documentada ao longo do desenvolvimento moderno da atual ciência do cérebro. Em 1985, o psiquiatra Oliver Sacks publica um de seus livros de relatos de casos clínicos, interpretando-os sobre as diretrizes da “nova ciência do cérebro e da mente”. Ainda na introdução, Sacks assevera que:

O estudo científico da relação entre cérebro e mente começou em 1861, quando Broca, na França, descobriu que dificuldades específicas no uso da fala, a afasia, seguiam-se invariavelmente a um dano em uma parte específica do hemisfério esquerdo do cérebro. Isso abriu caminho para uma neurologia cerebral, que possibilitou, no decorrer de décadas, “mapear” o cérebro humano, atribuindo capacidades específicas – linguísticas, intelectuais, perceptivas etc. – a “centros” igualmente específicos do cérebro. Em fins do século evidenciou-se aos observadores mais perspicazes (...) que aquele tipo de mapeamento era demasiado simples, que todos os desempenhos mentais possuíam uma intrincada estrutura interna, devendo possuir uma base fisiológica igualmente complexa<sup>352</sup>.

Embora existam regiões especializadas no sistema nervoso, nada impede que, diante de alguma dificuldade (uma lesão cerebral, por exemplo), as redes neurais alterem seu padrão de conexões, e “aprendam” a utilizar outra região para produzir o mesmo resultado<sup>353</sup>.

O fenômeno em questão se traduz no conceito de plasticidade cerebral (ou plasticidade neural), e refere-se à capacidade de mudança e adaptação do sistema nervoso. Tal circunstância é bem perceptível durante o desenvolvimento embrionário e em alguns casos de lesões cerebrais, mas também é responsável pelos processos de aprendizado e memória<sup>354</sup>.

Mas, em todo caso, qual é a relevância desses processos para a compreensão do comportamento humano – e, em especial, para a formulação desse conceito no interior de um sistema jurídico?

A resposta a essa pergunta se torna clara quando a compreensão finalista de pessoa é colocada a frente com aquilo que vários outros campos de investigação afirmam, de forma consistente, sobre o comportamento humano. Tanto ações involuntárias quanto ações voluntárias (mesmo as mais complexas) são geradas no sistema nervoso, a partir de interações complexas entre o corpo e o meio socioambiental.

Conforme afirmam Marc D. Binder, Nobukata Hirokawa e Uwe Windhorst, o número de disciplinas e pesquisas desenvolvidas nas últimas décadas sob o rótulo de “neurociências”

<sup>352</sup> SACKS, Oliver. *O homem que confundiu sua mulher com um chapéu* e outras histórias clínicas. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. p. 17-18.

<sup>353</sup> NICOLELIS, Miguel. *Muito além do nosso eu: a nova neurociência que une cérebros e máquinas – e como ela pode mudar nossas vidas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 34.

<sup>354</sup> PURVES, 2004, p. 575.

torna virtualmente impossível a uma única pessoa compreender todo o escopo das investigações neurocientíficas<sup>355</sup>.

Em virtude dessa circunstância, foram selecionadas algumas informações e estudos de caso que ilustram as divergências entre as bases empírico-teóricas do comportamento humano utilizadas pelo finalismo penal e um panorama de pesquisas neurocientíficas sobre o mesmo assunto.

## II – A “crítica neurocientífica” às bases empíricas da culpabilidade finalista

### 3.2. A concepção finalista do comportamento humano: introdução ao problema

Ao longo da exposição sobre a doutrina da ação final, evidenciou-se o fato de que toda a teoria desenvolvida por Hans Welzel é baseada numa concepção específica de ação, bem como em seu modelo de comportamento humano.

Conforme esclarece Juarez Tavares, as duas teses principais de sua doutrina dizem respeito “à organização ontológica do mundo e (...) às formas de conhecimento”: a ação humana é aquela que se orienta conforme um fim, e todos os acontecimentos podem ser compreendidos enquanto uma tentativa de alcançar os fins a que se dirigem<sup>356</sup>.

Tal orientação final é factível, no entendimento de Welzel, porque é possível ao homem dominar a coação causal<sup>357</sup>, dirigindo sua vontade de forma livre, consciente, voluntária e racional. Essas são as condições humanas que tornam possível o juízo de responsabilidade.

A chamada crítica neurocientífica se dirige ao fato de que a compreensão finalista da natureza humana, que diz se reportar a dados da realidade<sup>358</sup>, dificilmente seria compatível com o

---

<sup>355</sup> BINDER; HIROWAKA; WINDHORST, 2009, p. vii.

<sup>356</sup> TAVARES, 1980, p. 57.

<sup>357</sup> WELZEL, 2011, p. 123.

<sup>358</sup> Novamente, encontra-se presente a crítica ao dualismo finalista. Conquanto o autor afirme que a sua compreensão de liberdade independe de alguma verificação fática, Welzel se reporta a pesquisas e situações passíveis de serem observadas na realidade para sustentar seu conceito de livre-arbítrio. A título de exemplo, sua discussão sobre o aspecto antropológico do problema da liberdade discorda da teoria evolucionista de Darwin, visto que “*Não apenas filósofos, mas também zoólogos e psicólogos de animais (Storch, Lorenz) destacaram que não há uma maior especialização dos instintos animais ‘mas precisamente, pelo contrário, uma grande involução das formas inatas de conduta; o pressuposto dos atos livres de inteligência’ (Lorenz, op. cit., p. 362)*”. WELZEL, 2011, p. 117-118. A respeito da discrepância entre o conceito de Welzel e a teoria evolucionista, vale mencionar a crítica de Edward O. Wilson: “*A maior dentre as empreitadas da mente sempre foi e sempre será a tentativa de se estabelecer uma ligação entre as ciências e as humanidades. A atual fragmentação do conhecimento, e o caos filosófico que dela resulta não são reflexos do mundo real, mas artificios acadêmicos. (...) A consiliência é a chave para a unificação.*”

que outras áreas do conhecimento entendem sobre os seres humanos e o processo de tomada de decisões.

Vejamos em quais pontos a teoria finalista da ação parece incompatível com os resultados da neurociência, “*atual protagonista*”<sup>359</sup> do debate sobre a liberdade da vontade.

### 3.2.1. Bases materiais do comportamento humano e animal

A primeira justificativa teórica do livre-arbítrio finalista é, como já mencionado, o “aspecto antropológico” do problema da liberdade<sup>360</sup>.

Resumidamente, tal argumento alega que o ser humano, diferentemente dos outros animais, apresenta uma “*involução*” de condutas inatas. Seu comportamento, portanto, se encontraria desvinculado das “regras do jogo” da biologia, o que permite constatar sua “*disposição para a liberdade*”<sup>361</sup>. Apenas por sua liberdade, os seres humanos se diferenciariam uns dos outros, visto que seres determinados apresentariam, invariavelmente, o mesmo comportamento<sup>362</sup>.

Ocorre que, em primeiro lugar, o adjetivo da “individualidade” não é exclusivo à

---

(...) William Whewell, em sua síntese de 1840 chamada *A Filosofia das Ciências Indutivas*, foi o primeiro a falar em consiliência, literalmente um “salto em conjunto” do conhecimento realizado através da ligação interdisciplinar entre fatos e teorias baseadas em fatos, com o propósito de se criar uma base teórica compartilhada, apta a fornecer explicações. Ele afirmou que ‘*A Consiliência das Induções é cabível quando uma Indução, obtida a partir de determinada classe de fatos, coincide com uma Indução originada de uma classe diferente. A Consiliência é um teste da veracidade de uma teoria na qual isto ocorre*’. A única forma de se comprovar ou refutar a consiliência é através dos métodos desenvolvidos nas ciências naturais – não, devo acrescentar, um esforço liderado por cientistas, ou congelado em abstrações matemáticas, mas, ao invés, um esforço fiel aos hábitos de pensamento que têm funcionado tão bem ao explorar o universo material”. No original: “*The greatest enterprise of the mind has always been and always will be the attempted linkage of the sciences and humanities. The ongoing fragmentation of knowledge and resulting chaos in philosophy are not reflections of the real world but artifacts of scholarship. Consilience is the key to unification. (...) William Whewell, in his 1840 synthesis *The Philosophy of the Inductive Sciences*, was the first to speak of consilience, literally a “jumping together” of knowledge by the linking of facts and fact-based theory across disciplines to create a common groundwork of explanation. He said, “The Consilience of Inductions takes place when an Induction obtained from one class of facts, coincides with an Induction, obtained from another different class. This Consilience is a test of the truth of the Theory in which it occurs.” The only way either to establish or to refute consilience is by methods developed in the natural sciences—not, I hasten to add, an effort led by scientists, or frozen in mathematical abstraction, but rather one allegiant to the habits of thought that have worked so well in exploring the material universe*”. (WILSON, Edward O. *Consilience: the Unity of Knowledge*. Nova Iorque: Vintage Books, 1999, p. 8-9). Desta feita, uma vez que o conceito de comportamento humano desenvolvido por Hans Welzel contraria a teoria da evolução das espécies (comprovada através da metodologia das ciências naturais), não seria possível validá-lo.

<sup>359</sup> PÉREZ MANZANO, 2013, p. 106.

<sup>360</sup> Cf. Seção 2.3.3.

<sup>361</sup> WELZEL, 2011, p. 118-119.

<sup>362</sup> Tal argumento é apresentado não por Hans Welzel, mas por Lydio Machado Bandeira de Mello como meio de comprovação da hipótese da liberdade moral. MELLO, 1962, p. 20-22.

espécie humana. Sua configuração pode ser explicada através dos mecanismos de aprendizado e memória, que se manifestam frente às experiências pessoais de cada ser:

“Memória” significa aquisição, formação, conservação e evocação de informações. A aquisição é também chamada de aprendizado ou aprendizagem: só se “grava” aquilo que foi *aprendido*. A evocação é também chamada de recordação, lembrança, recuperação. Só *lembramos* aquilo que gravamos, aquilo que foi aprendido. (...) O conjunto de memórias de cada um determina aquilo que se denomina personalidade ou forma de ser. Um humano ou um animal criado no medo será mais cuidadoso, introvertido, lutador ou ressentido, dependendo de suas lembranças específicas mais do que de suas propriedades congênicas. Nem sequer as memórias dos seres clonados (como os gêmeos univitelinos) são iguais; as experiências de vida de cada um são diferentes. (...) cada elefante, cada cachorro e cada ser humano é quem é, um indivíduo diferente de qualquer congênere, graças justamente à memória; a coleção pessoal de lembranças de cada indivíduo é distinta das demais, é única. (...) Eu sou quem eu sou, cada um é quem é, porque todos lembramos de coisas que nos são próprias e exclusivas e não pertencem a mais ninguém. Nossas memórias fazem com que cada ser humano ou animal seja um ser único, um indivíduo<sup>363</sup>.

A principal diferença entre animais e humanos não seria, nessa esteira, a presença de uma faculdade diferenciada (*ausência de memória x presença de memória; não liberdade x liberdade*), mas uma diferença de grau ou qualidade presente no desenvolvimento de uma habilidade comum às espécies: a memória humana é apenas *mais* desenvolvida, mas obedece aos mesmos princípios básicos que a memória dos animais. Em ambos os casos, as memórias “*são formadas por células nervosas (neurônios), se armazenam em redes de neurônios e são evocadas pelas mesmas redes neuronais ou outras. São moduladas pelas emoções, pelo nível de consciência e pelos estados de ânimo*”<sup>364</sup>.

Ademais, ainda que nem todos os comportamentos humanos sejam aprendidos e armazenados através de um mecanismo instintivo, isso não significa que suas capacidades não sejam derivadas de bases materiais (e mesmo instintivas):

<sup>363</sup> IZQUIERDO, Ivan. *Memória*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed Editora S.A, 2011. p. 11-12.

<sup>364</sup> IZQUIERDO, 2011, p. 14. Existem diversos outros projetos de pesquisa que demonstram que as diferenças entre seres humanos e outros animais é um tanto menor do que se imagina. Primatologistas como Frans de Waal demonstram que a moralidade é um traço adquirido evolutivamente, sendo compartilhado por várias espécies animais. Primatas, por exemplo, demonstram capacidade de se “reconciliar” após brigas, além de demonstrar empatia (WAAL, Frans de. *Homo homini lupus? Morality, the Social Instincts and our Fellow Primates*. In CHANGEAUX, Jean-Pierre; DAMASIO, Antonio, *et al. Neurobiology of human behavior*. Berlim: Springer-Verlag, 2005). Atualmente, os pesquisadores Hugo Mercier e Dan Sperber investigam uma hipótese ainda mais ousada: a capacidade de realizar inferências não seria exclusiva à espécie humana – novamente, estaríamos diante de uma diferença de grau, não de ausência de habilidade. Ainda, a razão, “*a faculdade que torna humanos conhecedores e sábios*”, também seria muito mais limitada do que (já) se supõe. Na opinião dos autores, a principal utilidade da razão e da lógica seria uma utilização retórica, permitindo com que os próprios argumentos (intuitivos) sejam justificados, a nível interno, e sejam aptos a convencer outras pessoas, a nível externo/social. MERCIER, Hugo; SPERBER, Dan. *The Enigma of Reason*. Cambridge: Harvard University Press, 2017. p. 1-7.

Animais realizam inferências em todo o tempo: eles utilizam o que eles já sabem de forma intuitiva para chegar a conclusões a respeito de coisas que eles não sabem – por exemplo, para antecipar o que pode acontecer em seguida, agindo de acordo com essa suposição. E eles assim o fazem a por meios de alguma habilidade geral de realizar inferências? Definitivamente não. Ao invés, animais usam vários mecanismos inferenciais diferentes, cada qual responsável por lidar com um diferente tipo de problema: O que comer? Com quem se deve relacionar? Quando atacar? Quando fugir? E por aí vai. Humanos são como os outros animais: em lugar de uma habilidade geral de realizar inferências, eles usam uma ampla variedade de mecanismos especializados. Nos humanos, todavia, muitos desses mecanismos não são “instintivos”, mas adquiridos a partir da interação com outras pessoas durante seu desenvolvimento na infância. Ainda assim, a maioria desses mecanismos adquiridos possuem uma base instintiva: falar Uólofe, ou Inglês, ou Tagalo, por exemplo, não é instintivo, mas ao prestar uma atenção especial aos sons da fala e atravessando os passos necessários para adquirir a linguagem da comunidade de alguém possui uma base instintiva. (tradução nossa)<sup>365</sup>.

Ao contrário de instintos animais evoluídos, que tornam a espécie humana mais “indefesa” frente às dificuldades naturais,<sup>366</sup>, seres humanos contam com um sistema instintivo mais complexo – traços “flexíveis” ou “plásticos” - permitindo sua adaptação (e sobrevivência) em meios ambientais variados. Grande parte dos comportamentos instintivos dos seres humanos correlaciona-se ao bom funcionamento de seu sistema límbico<sup>367</sup>.

Nesse cenário, relatos de casos clínicos de lesões cerebrais fornecem bons exemplos das bases neurais responsáveis pela produção do comportamento humano. Padrões de funcionamento “normais” ou “neutros” são mais bem compreendidos ao se estudarem as “exceções”.

O primeiro grande caso reportado de lesões cerebrais que resultaram em alterações de comportamento refere-se ao episódio sofrido por Phineas Gage, no ano de 1848. Conforme relata Antonio Damasio, Gage trabalhava como capataz na construção de estradas de ferro no estado de Vermont, nos EUA. Dentre suas funções, encontrava-se a remoção dos obstáculos que obstruíam a construção de novas rotas. Em certa oportunidade, Gage enganou-se no procedimento de

---

<sup>365</sup> No original: “*Animals make inferences all the time: they use what they already know to draw conclusions about what they don’t know – for instance, to anticipate what may happen next, and to act accordingly. Do they do this by means of some general inferential ability? Definitely not. Rather, animals use many different inferential mechanisms, each dealing with a distinct type of problem. What to eat? Whom to mate with? When to attack? When to flee? And so on. Humans are like other animals: instead of one general inferential ability, they use a wide variety of specialized mechanisms. In humans, however, many of these mechanisms are not ‘instincts’, but are acquired through interaction with other people during the child’s development. Still, most of these acquired mechanisms have an instinctual basis: speaking Wolof, or English, or Tagalog, for instance, are not instinctive, but paying special attention to the sounds of speech and going through the steps necessary to acquire the language of one’s community has an instinctual basis*”. MERCIER; SPERBER, 2017, p. 5-6.

<sup>366</sup> WELZEL, 2011, p. 118.

<sup>367</sup> MOBBS, Dean; HAGAN, Cindy C. *et al.* *The ecology of human fear: survival optimization and the nervous system.* Frontiers in Neuroscience, vol. 9. Publicado em 18 mar. 2015. p. 2. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4364301/>>. Acesso em 20 mai. 2018.

preparação do material explosivo que deveria ser colocado no interior de uma rocha, resultando numa explosão muito mais brusca do que o esperado. Como consequência, uma barra de ferro utilizada por Gage para compactar o material explosivo acabou sendo lançada em alta velocidade, trespassando o crânio de Gage e saindo pelo topo de sua cabeça, após atravessar a parte anterior de seu cérebro<sup>368</sup>.

Surpreendentemente, Gage manteve-se consciente, recebeu o acompanhamento médico necessário e pôde sobreviver. Contudo, sua personalidade sofrera uma brusca alteração:

*As mudanças tornaram-se evidentes assim que amainou a fase crítica da lesão cerebral. Mostrava-se agora caprichoso, irreverente, usando por vezes a mais obscena das linguagens, o que não era anteriormente seu costume, manifestando pouca deferência para com os colegas, impaciente relativamente a restrições ou conselhos quando eles entravam em conflito com seus desejos, por vezes determinadamente obstinado, outras ainda caprichoso e vacilante, fazendo muitos planos para ações futuras que tão facilmente eram concebidos como abandonados... (tradução nossa)<sup>369</sup>*

À época, tudo que se sabia sobre a lesão de Gage é que ela atingira (provavelmente) um de seus lobos frontais. Atualmente, a explicação mais provável para as alterações comportamentais de Gage é a ocorrência de uma lesão na área cerebral conhecida como “*córtex pré-frontal ventromedial*”, o que comprometeu sua capacidade de “*planejar o futuro, se conduzir de acordo com as regras sociais que ele havia aprendido, e realizar decisões sobre qual curso de ação seria, em última análise, mais proveitosa para sua sobrevivência*”<sup>370</sup>.

Durante a década de 1990, a neurologista Hanna Damasio pôde acompanhar grupos de indivíduos que, durante a fase adulta, foram acometidos por lesões em seus lobos frontais, em virtude do surgimento de tumores cerebrais ou por acidentes vasculares cerebrais (AVCs). Os as lesões em questão se situavam principalmente nas seções ventrais e mediais do córtex pré-frontal - possivelmente semelhantes àquela sofrida por Gage<sup>371</sup>.

<sup>368</sup> DAMASIO, Antonio. *Descartes' Error: Emotion, Reasoning and the Human Brain*. Nova Iorque: Avon Books, 1993. p. 1-7.

<sup>369</sup> No original: “*The changes became apparent as soon as the acute phase of brain injury subsided. He was now "fitful, irreverent, indulging at times in the grossest profanity which was not previously his custom, manifesting but little deference for his fellows, impatient of restraint or advice when it conflicts with his desires, at times pertinaciously obstinate, yet capricious and vacillating, devising many plans of future operation, which are no sooner arranged than they are abandoned ....*”. DAMASIO, 1993. p. 8.

<sup>370</sup> No original: “*(...) it was selective damage in the prefrontal cortices of Phineas Gage's brain that compromised his ability to plan for the future, to conduct himself according to the social rules he previously had learned, and to decide on the course of action that ultimately would be most advantageous to his survival.*” DAMASIO, 1993, p. 33.

<sup>371</sup> DAMASIO, Hanna. *Disorders of Social Conduct Following Damage to Prefrontal Cortices*. In CHANGEAUX, Jean-Pierre; DAMASIO, Antonio, et al. *Neurobiology of human behavior*. Berlim: Springer-Verlag, 2005. p. 37.

Todos os pacientes envolvidos na pesquisa apresentavam índices normais de inteligência geral, e, mesmo após as lesões, suas habilidades motoras e sensoriais permaneceram intactas, bem como suas memórias, discurso e conhecimento de sua língua. No entanto, suas “*condutas do dia-a-dia*” apresentaram mudanças drásticas após o acidente neurológico:

Os pacientes já não mantinham seus compromissos; eles não chegavam no horário em seu serviço e não seguiam as etapas necessárias para completar uma tarefa; eles se distraem com questões acessórias irrelevantes; eles não conseguem fazer planos para um futuro imediato ou distante. Eles demonstram perdas em suas emoções primárias e suas emoções sociais – como constrangimento, vergonha e compaixão – se encontram severamente comprometidas. Quando eles foram observados em laboratório, tais pacientes apresentaram perfis normais em tarefas neuropsicológicas básicas (QI verbal e de desempenho; aprendizado e memória; linguagem; habilidades de raciocínio). Mesmo em tarefas especiais que mediam a habilidade de fazer estimativas cognitivas e avaliar situações recentes e frequência, ou no Teste de Classificação de Cartões de Wisconsin<sup>372,373</sup>; todos os quais frequentemente associados com disfunções no lóbulo

---

<sup>372</sup> O teste em questão se traduz em um método para avaliar disfunções no córtex pré-frontal e no gânglio basal desde a década de 1960. Nesse experimento, são apresentados alguns grupos de cartas ao voluntário, sendo solicitado que este as organize, combinando-as de acordo com a cor, formato, número ou estímulo contido nas cartas. Após cada combinação, o voluntário recebe um retorno dos pesquisadores sobre seu desempenho, o que possibilita que o voluntário aprenda qual o padrão correto de combinações. Após um número fixo de acertos, o padrão de combinação é alterado sem aviso prévio, sendo tarefa do voluntário descobrir um novo padrão de classificação – pelo que o teste também consiste num instrumento hábil a avaliar a flexibilidade cognitiva do voluntário avaliado. MONCHI, Oury; PETRIDES, Michael, *et al. Wisconsin Card Sorting Revisited: Distinct Neural Circuits Participating in Different Stages of the Task Identified by Event-Related Functional Magnetic Resonance Imaging*. The Journal of Neuroscience, edição de 01 out. 2001. p. 7733. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/profile/Oury\\_Monchi/publication/11781184\\_Card-sorting\\_revisited\\_distinct\\_neural\\_circuits\\_participating\\_in\\_different\\_stages\\_of\\_the\\_task\\_identified\\_by\\_event-related\\_fmri/links/00b4953aaf0d9e5984000000.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Oury_Monchi/publication/11781184_Card-sorting_revisited_distinct_neural_circuits_participating_in_different_stages_of_the_task_identified_by_event-related_fmri/links/00b4953aaf0d9e5984000000.pdf)>. Acesso em 20 mai. 2018.

<sup>373</sup> Semelhante ao Teste de Classificação de Cartões de Wisconsin, há a Tarefa de Aposta de Iowa (*Iowa Gambling Task*), desenvolvida em 1997 por Antoine Bechara, Hanna Damasio, Daniel Tranel, e Antonio Damasio. O objetivo deste experimento era compreender o processo de tomada de decisões em situações complexas, tanto em indivíduos *normais* quanto em portadores de lesões no córtex pré-frontal. À época, acreditava-se que a opção por uma escolha vantajosa se daria a partir de um raciocínio consciente dos agentes, baseado em seus conhecimentos prévios. Uma hipótese alternativa, testada através desse estudo, defendia que o raciocínio consciente seria, na verdade, precedido por um viés inconsciente, originado a partir do funcionamento dos sistemas neurais. A tarefa foi desenvolvida da seguinte forma: inicialmente, cada voluntário recebia quatro baralhos de cartas (A,B,C e D) e a quantia de dois mil dólares em notas falsas. Conforme a instrução dos pesquisadores, cada voluntário era orientado a tentar minimizar suas perdas ao máximo e ganhar a maior quantia possível de dinheiro. Ao virar uma carta, o jogador poderia uma recompensa (cem dólares, se a carta pertencesse aos baralhos A ou B; cinquenta dólares, se a carta pertencesse aos baralhos C ou D). No entanto, misturadas em meio as cartas de recompensa, cada baralho também continha cartas de penalidade, levando-os a perder o dinheiro recebido (as penalidades eram maiores nos baralhos A e B do que nos baralhos C e D). Eventualmente, retirar cartas dos baralhos A ou B acarretaria maiores perdas, assim como escolher cartas dos baralhos C ou D proporcionaria maiores lucros aos jogadores. Ocorre que os voluntários não possuíam formas de prever quando uma penalidade surgiria em determinado baralho, ou de calcular precisamente o montante de perdas e ganhos de cada baralho, e nenhuma instrução sobre quantas cartas deveriam ser escolhidas até o final do jogo (que era encerrado após a seleção de cem cartas). Após um pequeno número de perdas, os voluntários normais sofreram um aumento de suas respostas de condutividade da pele (RCP) antes de selecionar cartas dos baralhos ruins (A e B), passando a evitá-los -antes mesmo que os voluntários percebessem, conscientemente, o padrão do jogo, que deveria ser relatado aos pesquisadores. A seu turno, os voluntários que apresentavam lesões na região ventromedial do córtex pré-frontal (VMCPF) não apresentaram alterações em suas RCP. De modo geral, o grupo de voluntários

frontal; mesmo assim esses pacientes tendem a apresentar resultados normais. Este também é o caso nas tarefas que medem, de modo mais específico, a capacidade para resolver problemas sociais (...) Em síntese, pacientes com um quadro de lesão na região ventromedial do córtex pré-frontal (VMCPF) se comportam nessas tarefas do mesmo modo que adultos normais. (...) A situação muda dramaticamente, no entanto, quando esses pacientes são expostos a estímulos de competência emocional, como rostos familiares ou cenas que retratam sofrimento: eles mostram respostas de condutividade da pele (RCP) anormalmente baixas, mesmo quando reconhecem corretamente os rostos ou descrevem perfeitamente as situações de sofrimento. (tradução nossa)<sup>374</sup>.

Da mesma forma, danos ao córtex pré-frontal ocorridos durante a infância possuem relação direta com um desenvolvimento anormal da personalidade – cujos sintomas serão mais agudos do que aqueles provenientes de lesões sofridas durante a fase adulta. Em artigo publicado no ano de 2013, um grupo de Neurologistas vinculados ao Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo (USP), descreveu o acompanhamento de caso de um homem de quarenta anos que sofrera uma lesão em seu lóbulo frontal aos nove anos de idade. Os sintomas apresentados foram extremamente semelhantes àqueles atribuídos a Phineas Gage, bem como ao dos pacientes acompanhados pela equipe médica de Hanna Damásio:

Suas mudanças comportamentais começaram após um sério acidente sofrido aos nove anos de idade. Nas proximidades de sua casa, havia uma serralheria, na qual os trabalhadores utilizavam uma barra de ferro para interromper a rotação das polias após o desligamento das máquinas. Um dia, ele inseriu a barra de ferro entre as polias para travá-las, enquanto as máquinas ainda estavam ligadas. A barra de ferro, então, se voltou

---

normais apresentou melhor desempenho: entre os dez participantes desse grupo, sete conseguiram relatar aos pesquisadores sobre os motivos pelos quais os baralhos A e B seriam ruins, enquanto os baralhos C e D seriam mais vantajosos. Mas mesmo os outros três integrantes do grupo, que falharam em seu relato, apresentaram melhor desempenho na tarefa do que a média dos voluntários que possuíam as lesões corticais. Nesse segundo grupo, apenas três dentre os seis participantes conseguiram relatar o padrão correto. Não obstante, mesmo quanto estes voluntários reconheciam a estratégia correta de jogo, eles não conseguiram gerar respostas autônomas, e continuaram a escolher cartas dos baralhos ruins: “os pacientes falharam em agir de acordo com suas informações conceituais corretas”. BECHARA, Antonie; DAMASIO, Antonio, *et al.* *Deciding Advantageously Before Knowing the Advantageous Strategy*. Revista Science, vol. 275, fev. 1997. p. 1293-1294. Disponível em: <<http://www.labsi.org/cognitive/Becharaetal1997.pdf>>. Acesso em 10 ago. 2018.

<sup>374</sup> No original: “The patients no longer keep their commitments; they do not show up in time for their job and do not observe the steps necessarily to complete a task; they are derailed by irrelevant side issues instead; they cannot make plans for immediate or distant future. They show a flustering on their primary emotions and they social emotions – such as embarrassment, shame, compassion, are severely impaired. When they are studied in laboratory, these patients present with normal profiles in the basic neuropsychological tasks (verbal and performance IQ, learning and memory, language, reasoning skills). Even in special tasks measuring the ability to make cognitive estimates and to judge recency and frequency, or in the Wisconsin Cards Sorting Task, all of which are usually associated with frontal lobe dysfunction, these patients tend to be normal. This is also the case for tasks measuring more specifically the capacity for social problem-solving(...) In brief, patients with adult-onset damage to ventromedial prefrontal cortices (VMPFC) behave in these tasks in the same way that a normal adult subjects do. (...) The situation changes dramatically, however, when these patients are exposed to emotionally competent stimuli, such as familiar faces or scenes depicting suffering: they show abnormally low skin conductance responses (SCRs), even while they recognize the unique faces normally and correctly describes the situations of suffering”. DAMASIO, 2005, p. 38-39.

numa espiral e o atingiu na cabeça. O trauma causou a fratura de seu crânio, deixando os tecidos cerebrais expostos. Ele não perdeu a consciência após o acidente e foi levado a um médico, que limpou a ferida e aplicou curativos. Após o acidente, seu comportamento mudou radicalmente. Antes do acidente ele era um garoto bem comportado em casa e na escola, e um excelente estudante. Mas depois do acidente, ele começou a se distrair facilmente, se tornou desobediente com relação a adultos e seus professores, além de briguento. Enquanto ele crescia, seu comportamento se deteriorava: ele sempre desejava ser o centro das atenções, era barulhento e fazia comentários inapropriados. Aos dezoito anos, ele foi submetido a uma neurocirurgia para retirar a cicatriz dos tecidos cerebrais, o que piorou a severidade dos sintomas apresentados, apesar de não lhe acrescentar nenhum novo sintoma. Mesmo depois de casado, ele saía com outras mulheres e prostitutas, dizendo que era viúvo e entregava a essas mulheres seu número de telefone. Apesar de todas essas mudanças comportamentais, suas capacidades cognitivas pareciam ter sido preservadas. Ele era capaz de memorizar longos trechos da bíblia, era conhecedor da política local de sua cidade e ocasionalmente, era contratado para vistoriar propriedades rurais. Apesar de suas qualificações, ele só conseguia se manter em serviços de baixo escalão. Ele acabou empregado num setor público apenas devido à tolerância de seus chefes e a intervenção de sua família. (tradução nossa)<sup>375</sup>.

Assim como nos demais casos relatados, a imagem gerada através de ressonância magnética demonstrou que o paciente sofrera lesões na região ventromedial de seu córtex pré-frontal<sup>376</sup>.

Resumidamente, os casos trazidos à tona demonstram que seres humanos e animais não se encontram tão desvinculados quanto supunham as bases teóricas do pensamento de Welzel sobre o livre-arbítrio. Animais possuem algumas das faculdades anteriormente atribuídas apenas aos seres humanos. Lado outro, há a comprovação de que o comportamento humano possui claras

---

<sup>375</sup> No original: “*His behavioral changes started after a serious accident at the age of nine. Close to his house there was a saw-mill, where workers used an iron bar to stop the pulley rotation after the machines were turned off. One day, he stuck the iron bar between the pulley arches to lock it while the machines were still on. The iron bar then span back striking him in the head. The trauma caused skull fracture and exposure of cerebral tissue. He did not lose consciousness and was seen by a doctor, who cleaned the wound and applied bandages. After the accident his behavior changed radically. Before the accident he was a well-mannered boy at home and school, and an excellent student. But after the accident he became easily distracted, disobedient towards adults and teachers, and quarrelsome. As he grew older, his behavior deteriorated: he strived to be the center of attention, was loud and made inappropriate comments. At the age of 18, he underwent neurosurgery to remove scar tissue, which worsened the severity of the symptoms but led to no additional symptoms. Even after getting married, he went out with other women and prostitutes, telling them he was a widower, and gave these women his home phone number. Despite the behavioral changes, his cognitive performance seemed to be preserved. He was able to memorize long excerpts from the bible, was knowledgeable about his hometown’s politics, and was occasionally hired to survey rural properties. Despite his qualifications, he only managed to hold down menial jobs. He was employed at a public office only due to tolerance from his bosses and to his family’s intervention*”. BAHIA, Valéria Santoro; TAKADA, Leonel Tadao, *et al.* Prefrontal damage in childhood and changes in the development of personality: a case report. *Dement Neuropsychological*, vol. 7, mar. 2013. 133 Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dn/v7n1/1980-5764-dn-7-01-00132.pdf>>. Acesso em 22 mai. 2018.

<sup>376</sup> BAHIA; TADAKA, 2005, p. 133. Conforme relatam, o paciente em questão se comportou bem durante o exame de ressonância magnética, mas, enquanto se encontrava na sala de espera, o paciente falava alto, tentava iniciar conversas com os demais pacientes e demonstrava uma jocosidade pueril, inapropriada para sua idade.

bases materiais, e seguem instintos altamente complexos, ou, ainda, são derivados de bases inatas. Significa dizer que os seres humanos também obedecem às “regras do jogo”.

### 3.2.2. Sobre a possibilidade de controle dos impulsos e a importância da deliberação consciente

A segunda justificativa teórica para o conceito finalista de livre-arbítrio se explica pelo seu “aspecto caracteriológico”<sup>377</sup>. Conforme exposto, esse aspecto implica na capacidade dos seres humanos de, através de um controle consciente, realizado pelos “extratos” mais elevados de sua personalidade, dominar seus impulsos e desejos, originados dos extratos mais “baixos” (mesmo inconscientes) de sua personalidade.

A possibilidade de controle consciente é tradicionalmente apontada como uma das características que diferenciam seres humanos das demais espécies. Segundo Daniel C. Dennett, falar em “consciência” parece evocar nossas capacidades de apreciação e julgamento “*de tudo que importa*”, sendo percebida como a fonte<sup>378</sup>. Por isso, parece absurdo pretender relacioná-la com alguma base material<sup>379</sup>.

Desde os anos de 1990, a chamada “neurociência da consciência” ou percepção tem atraído a atenção dos pesquisadores engajados no estudo do sistema nervoso e do comportamento humano. Embora a questão da consciência seja antiga, o surgimento de métodos funcionais para obtenção de imagens do cérebro permitiu uma melhor compreensão desse fenômeno<sup>380</sup>.

Numa definição vaga, o termo “consciência” descreve um fenômeno subjetivo em que o agente se encontra num estado de atenção, a partir do qual percebe experiências<sup>381</sup>. Tal sistema é

<sup>377</sup> Cf. seção 2.3.3.

<sup>378</sup> DENNETT, Daniel C. *Consciousness explained*. Boston: Black Bay Books, 1991. p. 31.

<sup>379</sup> DENNETT, 1991 p. 31. Como explica o neurologista Ronald Fiuza: “*Antes de tudo, a consciência é esta experiência geral que temos do mundo. É o que já nos invade a cada despertar e repete-se a cada dia, ao longo de toda a vida. É este espetáculo à nossa volta, esta mistura de sensações qualitativas, de luzes, sons, cheiros, gostos e texturas. Compõe-se ainda dos pensamentos do momento, das memórias, das emoções. A consciência reina em nossa atividade mental, onipresente, continuamente. Ela também nos traz uma noção básica de nós mesmos e ajuda a nos diferenciar do restante das coisas, conferindo-nos a noção de indivíduo. Tudo isso vem junto, unificado, claro, produzindo uma sensação íntima, familiar, absolutamente pessoal*”. FIUZA, 2011. p. 36.

<sup>380</sup> SETH, Anil K.; HE, Biyu J.; HOHWY, Jacob. *Editorial*. *Neuroscience of Consciousness*, vol. 1, 2015. Disponível em: < <https://academic.oup.com/nc/article/2015/1/niv001/2757109>>. Acesso em 22 mai. 2018.

<sup>381</sup> LAMME, Victor A. F. *Can neuroscience reveal the true nature of consciousness?*. Texto base da Palestra ministrada por Victor A. F. Lamme em 15 fev. 2005, no “Seminário de Pesquisa de Linguística e Mente”, realizado na Universidade de Nova Iorque. Disponível em: < <https://www.nyu.edu/gsas/dept/philo/courses/consciousness05/LammeNeuroscience.pdf>>. Acesso em 22 mai. 2018.

desenvolvido pelo cérebro como uma ferramenta de reconhecimento, separação e classificação de objetos<sup>382</sup>. Consciência, ainda, pode indicar “tanto o sentimento de percepção consciente como o conteúdo da consciência, parte da qual pode estar sob o foco de atenção”<sup>383</sup>.

Mesmo o fenômeno da consciência, experimentado subjetivamente, é um resultado de processos cerebrais, que obedecem ao princípio da causalidade<sup>384</sup>. A existência de um estado consciente não implica na existência de um “*Eu imaterial*”; um “*fantasma na máquina*”, capaz de comandar e supervisionar todas as operações cerebrais<sup>385</sup>.

Explicando suas bases materiais, o neurologista Ronald Fiuza afirma que o fenômeno da consciência admite divisão em graus ou níveis. Por exemplo, basta perceber que estados de vigília são mais “conscientes” (permitem uma melhor percepção) do que situações em que uma pessoa se encontra embriagada ou sonolenta.

Existem modalidades específicas de consciência, sendo possível diferenciá-la em básica (padrão, difusa); focal (direcionada a um objeto específico); e superior (chamada de autoconsciência)<sup>386</sup>. É interessante notar que tais modalidades se apresentam como um traço adquirido evolutivamente<sup>387</sup>. Mesmo invertebrados podem apresentar formas de consciência (percepção) difusa. Mamíferos, a seu turno, se encontram também aptos a manifestar formas de consciência focal, capacidade que se encontra bem desenvolvida nas espécies superiores<sup>388</sup>.

Seguindo a mesma linha evolutiva, há a consciência característica dos seres humanos, que também é um produto do funcionamento correto das redes e circuitos neurais. A experiência

---

<sup>382</sup> FIUZA, 2011, p. 107.

<sup>383</sup> STERNBERG, 2015, p. 108.

<sup>384</sup> GREENE, COHEN, 2004, p. 1777.

<sup>385</sup> PINKER, 2003, p. 8-10. A expressão “*fantasma na máquina*”, formulada pelo filósofo Gilbert Ryle (1949), refere-se à teoria dualista da mente. Tal ideia defenderia a existência de um “Eu” imaterial, capaz de determinar, de forma livre e consciente, os rumos da matéria: “*Pessoas instruídas, é claro, sabem que percepção, cognição, linguagem e emoção possuem suas raízes no cérebro. Ainda assim, continua tentador pensar no cérebro como ele era exibido em velhos desenhos educativos, como um painel de controle com calibres e alavancas operado por um usuário – o “self”, a alma, o fantasma, a pessoa, o “eu”. Mas a neurociência cognitiva tem demonstrado que o “eu”, também, é apenas outra rede do sistema nervoso*”. No original: “*Educated people, of course, know that perception, cognition, language, and emotion are rooted in the brain. But is still tempting to think of the brain as it was show in old educational cartoons, as a control panel with gauges and levers operated by a user – the self, the soul, the ghost, the person, the ‘me’. But cognitive neuroscience is showing that the self, too, is just another network of brain systems*”. (p. 42).

<sup>386</sup> FIUZA, 2011, p. 37-38. A bem da verdade, a classificação da consciência pode assumir várias divisões, a depender do referencial. Daniel Dennett, por exemplo, utiliza o “objeto” à que é voltada a percepção consciente como critério de divisão do fenômeno. Assim, a consciência se compreenderia a partir das experiências voltadas ao mundo externo; ao mundo “interno” (como como pensamentos, imagens fantasiosas, e a experiência da autorreflexão); e relativas a sentimentos, afetos. DENNET, 1991, p. 45-46.

<sup>387</sup> FIUZA, 2011, p. 108.

<sup>388</sup> FIUZA, 2011, p. 107.

consciente superior torna-se possível aos homens devido a uma “*progressiva complexidade*” do desenvolvimento de seu cérebro, especialmente pela presença de novas ligações neurais entre áreas de categorização e o lóbulo frontal, o tálamo, e o córtex<sup>389</sup>.

De forma mais didática, Leonard Mlodinow explica:

Os seres humanos também desempenham inúmeros comportamentos automáticos, inconscientes, mas tendem a não perceber isso porque a interação entre nossa mente consciente e inconsciente é muito complexa. Essa complexidade tem raiz na fisiologia do nosso cérebro. Como mamíferos, possuímos outras camadas de córtex erigidas sobre a base do cérebro reptiliano mais primitivo; e, como homens, temos ainda mais matéria cerebral por cima. Possuímos uma mente inconsciente e, superposta a ela, um cérebro consciente<sup>390</sup>.

Em todo caso, a evolução das estruturas cerebrais possibilitou aos seres humanos a percepção de ideias abstratas – imaginar e derivar possibilidades. Cada pessoa é capaz de formular novas ideias e prever acontecimentos futuros partindo de categorias presentes na realidade, sem que tais representações possuam vínculo direto algum fato ou situação concreta<sup>391</sup>.

A partir de então,

Tornou-se então possível formar uma noção sofisticada do “eu”, como objeto simbólico que pôde ser abstraído do próprio corpo, para logo identificar-se novamente com esse mesmo corpo. Este “eu” passou a ser identificado não só com o corpo percebido, mas também com sua memória, com sua história. Foi a formação da autoconsciência, aquela capacidade de não apenas possuir estados internos, mas também de se perceber que os possui. (...) A autoconsciência pode ainda carregar consigo a habilidade de imaginar ou deduzir o comportamento dos outros. Trata-se da aptidão de atribuir estados mentais a terceiros. Se eu conheço meus pensamentos em determinada situação, posso inferir que outra pessoa terá pensamentos semelhantes em situação parecida. Esta capacidade, também chamada de “teoria da mente”, constitui a base da empatia e de muitas outras capacidades, positivas e negativas, para a vida em sociedade<sup>392</sup>.

Novamente, o que essas informações podem representar ao direito?

De tudo que até aqui se mostrou, fica destacada a impossibilidade de um “*Eu mesmo*” ou “*self*” imaterial, capaz de controlar o curso das ações causais. Pensamentos se manifestam a partir da atividade do cérebro, e o controle consciente é, em primeiro lugar, um “fenômeno/processo”

---

<sup>389</sup> FIUZA, 2011, p. 116-118.

<sup>390</sup> MLODINOW, 2013, p. 19.

<sup>391</sup> FIUZA, 2011, p. 189-190.

<sup>392</sup> FIUZA, 2011, p. 191-192.

adquirido evolutivamente, cujo funcionamento pode explicado em termos *biofísicoquímicos* – e também por mecanismos psicológicos, como se verá a seguir.

Outra implicação de extrema relevância ao direito é o papel *supervalorizado* que a consciência parece desempenhar nas avaliações jurídicas. Muito embora a consciência seja diretamente relacionada ao modo pelo qual as pessoas interpretam a si próprias e o mundo que as cerca, ela é apenas um processo de “*classificação*” ou “*percepção*” do sistema nervoso.

Isso significa que a percepção consciente *não* atinge todos os dados da realidade (interna ou externa ao indivíduo): apenas seleciona aqueles classificados como mais “úteis”<sup>393</sup>.

As áreas da psicologia cognitiva e comportamental<sup>394</sup> têm muito a dizer sobre tais hipóteses. Grande parte de suas investigações se concentra naquilo que pode ser inferido sobre o comportamento humano a partir do modo de funcionamento dos processos cognitivos<sup>395</sup>. E a questão da consciência, a seu turno, é um dos principais tópicos de investigação da psicologia cognitiva-comportamental.

Dentro desse ramo da psicologia, há certo consenso sobre a possibilidade de se vivenciar experiências conscientes<sup>396</sup>. Ainda assim, também é consensual o fato de que os processos mentais conscientes não são “protagonistas” dos métodos de cognição.

Para explicar de forma didática como ocorrem os processos cognitivos, o psicólogo Daniel Kahneman “divide” o funcionamento cerebral em dois sistemas (Sistema 1 e Sistema 2), num tipo de modelo amplamente utilizado no campo da psicologia<sup>397</sup>.

<sup>393</sup> KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar* – duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. 1. ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 52.

<sup>394</sup> Como o nome indica, a psicologia cognitiva é “*o estudo de como as pessoas percebem, aprendem, lembram-se e pensam sobre a informação*”. STERNBERG, 2015, p. 1.

<sup>395</sup> STERNBERG, 2015, p. 11. De maneira didática, Roland Fiuza esclarece: “*Os psicólogos cognitivos e os neurocientistas lidam com os mesmos temas principais (funcionamento da mente e do cérebro) mas o fazem com ótica diferente, utilizando um linguajar diverso. Quando os primeiros dizem, por exemplo, que determinados elementos funcionam “em paralelo”, os últimos relatam grupos de neurônios atuando em conjunto. Quando um grupo faz uma descoberta significativa, pode ser um desafio para o outro torna-la compatível (ou não) com seus princípios*”. FIUZA, 2011, p. 72-73.

<sup>396</sup> Segundo Ronald Fiuza, tal possibilidade só encontra questionamentos no âmbito da filosofia da mente, e não em qualquer disciplina da área de saúde: “*A crítica dos lógicos chegou a ser muito insistente, mas eles não propunham modelos alternativos consistentes (Nagel, 1974). Os experimentos mentais tentavam desenterrar algum modelo antigo ou conceber algo novo que se contrapusesse ao monismo (Popper & Eccles, 1991; Chalmers, 1996). Surgiram proposições estranhas como a simples eliminação do conceito de consciência ou a consideração de que pensamentos não são mais que artifícios de linguagem (Seallars, 1956; Dennett, 1988). É evidente o desconforto trazido por propostas deste tipo. Alguns materialistas recomendam que estes filósofos se belicassem para verificar se realmente não existia experiência interna (Searle, 1998)*”. FIUZA, 2011, p. 45.

<sup>397</sup> KAHNEMAN, 2012, p. 29.

Nesse modelo, o “Sistema 1” “*opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário*”. O “Sistema 2”, a seu turno “*aloca atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos*”. Ainda, as operações do segundo sistema “*(...) são muitas vezes associadas com a experiência subjetiva de atividade, escolha e concentração*”<sup>398</sup>.

O autor afirma que a maior parte de nossas ações e atividades mentais, mesmo aquelas consideradas complexas, sequer ativam o funcionamento do Sistema 2; isto é, não necessitam de controle consciente ou da capacidade de raciocínio. As operações realizadas pelo Sistema 2 são mais onerosas ao sistema nervoso como um todo, consumindo maior quantidade dos recursos energéticos disponíveis<sup>399</sup>.

Por isso mesmo, a maior parte das informações e processos cognitivos são realizados pelo Sistema 1. Situam-se fora da consciência, existindo apenas em nível *pré-consciente* (que não estão no foco de atenção do indivíduo, mas podem, eventualmente, tornarem-se disponíveis a nível consciente) ou *inconsciente*. Nesse último grupo, recebem destaque os processos automáticos, que demandam “*pouco ou nenhum esforço, ou mesmo intenção*”, e, portanto, consomem poucos recursos<sup>400</sup>.

Há de ser ressaltado que “*muitas tarefas que começam como processos automáticos acabam se tornando automáticas*” – o que é observado mesmo em atitudes tão complexas como dirigir um carro ou falar um idioma estrangeiro fluentemente<sup>401</sup>.

Sobre o assunto, Leonard Mlodinow escreve:

Quando prestamos atenção, é fácil aceitar muitos de nossos comportamentos mais simples (como o de virar à direita) como algo automático. A grande questão é até que ponto comportamentos mais complexos e substantivos, com grande potencial de impacto sobre nossa vida, são também automáticos – mesmo quando temos certeza de que são racionais e muito bem avaliados<sup>402</sup>.

Estudos de caso auxiliam na compreensão do papel exercido pelo sistema inconsciente no funcionamento dos processos cerebrais.

---

<sup>398</sup> KAHNEMAN, 2012, p. 29.

<sup>399</sup> KAHNEMAN, 2012, p. 54-55.

<sup>400</sup> STERNBERG, 2015, p. 109-112.

<sup>401</sup> STERNBERG, 2015, p. 116.

<sup>402</sup> MLODINOW, 2013, p. 20.

A respeito dessa interação, exemplos e experiências derivadas do fenômeno de *priming* são bem comuns. Tal situação ocorre quando o “(...) *reconhecimento de determinados estímulos é afetado pela apresentação anterior desses mesmos estímulos*”<sup>403</sup>. Ou seja, decisões conscientes direcionadas por motivos inconscientes.

Em estudos paradigmáticos desenvolvidos nos anos de 1983 e 1984, o psicólogo Anthony Marcel observou como o cérebro processava estímulos apresentados “*em um período curto demais para serem detectados pela consciência*”<sup>404</sup>.

Um dos exemplos é relatado a seguir:

(...), Marcel apresentou aos participantes uma série de palavras a serem classificadas em diversas categorias. Alguns exemplos seriam *perna-parte do corpo* e *pinheiro-planta*. Nesse estudo, os estímulos de *priming* foram palavras com mais de um significado. Por exemplo, *palma* tanto pode ser uma parte da mão como uma planta. Em uma instância, os participantes estavam conscientes de ver uma palavra de *priming* que tinha dois significados. Para esses participantes, o caminho mental para um dos dois significados parecia estar ativado. Em outras palavras, um dos dois significados das palavras apresentava o efeito de *priming*, facilitando (acelerando) a classificação relacionada subsequente. Contudo, o outro sentido apresentava um tipo de *priming* negativo, inibindo (tornando mais lenta) a classificação da palavra não relacionada subsequente. Por exemplo, se a palavra *palma* fosse apresentada por um período longo o bastante para que o participante tivesse consciência de tê-la visto, a palavra tanto inibiria como facilitaria a classificação da palavra *punho*, dependendo da associação que o participante fizesse da palavra *palma* com *mão* ou *planta*. Aparentemente, se o participante estivesse consciente de ter visto a palavra *palma*, o caminho mental para um significado era ativado. O caminho mental para outro significado foi inibido. Em contrapartida, se a palavra *palma* for apresentada por pouco tempo, de modo que a pessoa não tenha ciência de vê-la, os dois significados da palavra parecem ter sido ativados. Esse procedimento facilitou a classificação de palavras novas, como por exemplo, *punho*<sup>405</sup>.

À época, os estudos de Marcel foram recebidos com muita desconfiança pelo meio científico, resultando em vários outros experimentos destinados a replicar os resultados em questão – o que foi realizado com sucesso<sup>406</sup>.

Atualmente, o *priming* é um fenômeno amplamente aceito na psicologia, e com impacto ainda maior do que inicialmente se supunha. Vários dos exemplos apresentados por Daniel Kahneman na obra “*Rápido e Devagar*” referem-se a ele, e demonstram as interferências do sistema automático no processo de tomada de decisões:

<sup>403</sup> STERNBERG, 2015, p. 109.

<sup>404</sup> STERNBERG, 2015, p. 109.

<sup>405</sup> STERNBERG, 2015, p. 109-110.

<sup>406</sup> STERNBERG, 2015, p. 110.

Estudos sobre efeitos de *priming* renderam descobertas que ameaçam nossa autoimagem como autores conscientes e autônomos de nossos julgamentos e nossas escolhas. (...) Agora sabemos que os efeitos de *priming* podem atingir cada recesso de nossas vidas. Lembretes de dinheiro geram efeitos perturbadores. Participantes de um experimento foram apresentados a uma lista de cinco palavras a partir da qual tinham de construir uma frase de quatro palavras com dinheiro como tema (“*alto um salário mesa pagar*” virou “*pagar um alto salário*”). Outros *primings* eram bem mais sutis, incluindo a presença de algum irrelevante objeto ligado a dinheiro no fundo, como uma pilha de dinheiro de Banco Imobiliário sobre a mesa, ou um computador com um descanso de tela de notas de dólar flutuando na água. Pessoas estimuladas pela palavra dinheiro tornam-se mais independentes do que seriam sem o gatilho associativo. Elas perseveraram quase o dobro do tempo em tentar resolver um problema muito difícil antes de pedir ajuda ao pesquisador, uma nítida demonstração de autoconfiança aumentada. Também mais egoístas: elas se mostraram bem menos dispostas a perder tempo ajudando outro aluno que fingia estar confuso sobre uma tarefa experimental<sup>407</sup>.

Fatores internos inconscientes também representam um papel de grande importância no processo de tomada de decisões. Situações tão variadas quanto sentir fome, sono, ou experimentar um determinado estado emocional; realizar esforços físicos ou cognitivos podem direcionar escolhas em determinado sentido<sup>408</sup>.

Sobre a relação entre os estados emocionais expressos pelo agente e a sua capacidade de raciocinar e tomar decisões<sup>409</sup>:

No raciocínio dedutivo, como em muitos outros processos cognitivos, nos valemos de muitos atalhos heurísticos. Estes atalhos conduzem, algumas vezes, a conclusões imprecisas. Além desses atalhos, somos influenciados, frequentemente, por vieses que distorcem as conclusões de nosso raciocínio. (...) O estado de ânimo constitui um fator que afeta o raciocínio silogístico. Quando as pessoas estão tristes, tendem a prestar mais atenção a detalhes (Schwarz, Skurnik, 2003). Desse modo, talvez surpreendentemente, tendem a obter melhores resultados em tarefas de raciocínio silogístico quando estão tristes em comparação a quando estão alegres (Fiedler, 1988; Melton, 1995). As pessoas com estado de ânimo neutro tendem a demonstrar um desempenho entre os dois extremos<sup>410</sup>.

No mesmo sentido, o psicólogo Joshua Greene relata um estudo de caso em que participantes, enquanto possuíam sua atividade neural monitorada por um aparelho de ressonância magnética funcional, foram expostos a alguns dilemas morais.

Os participantes eram chamados a responder se sacrificariam ou não um único indivíduo inocente para resguardar a vida de um grupo maior de pessoas. Em algumas variações, o dano

<sup>407</sup> MLODINOW, 2013, p. 20.

<sup>408</sup> KAHNEMAN, 2012, p. 54-55.

<sup>409</sup> Segundo Robert Sternberg, raciocínio “*é o processo de chegar a conclusões com base em princípios e provas. (...) No raciocínio, passamos daquilo que já é conhecido para inferir uma nova conclusão ou para avaliar uma conclusão proposta*” STERNBERG, 2015, p. 446.

<sup>410</sup> STERNBERG, 2015, p. 459-460.

seria provocado de forma impessoal (sem contato físico entre o participante e a vítima hipotética); em outras, o dano seria provocado pessoalmente (com contato físico entre o participante e a vítima hipotética).

Ainda que as situações fossem virtualmente idênticas, hipóteses onde os participantes deveriam praticar um dano pessoal geravam uma resposta *emotiva* em seu cérebro, e alteravam significativamente o padrão de decisões:

A razão para distinguir entre formas de dano *pessoais* e *impessoais* é amplamente evolutiva. Violência “próxima e pessoal” existe há muito tempo, remontando à nossa linhagem primata (Wrangham e Peterson 1996). Uma vez que a violência pessoal é evolutivamente antiga, anterior às nossas capacidades humanas recém-evoluídas de desenvolver raciocínios complexos e abstratos, não é nenhuma surpresa que tenhamos respostas inatas a situações de violência pessoal, que são intensas, mas também primitivas. Quer dizer que podemos esperar que humanos apresentem respostas emocionais negativas a certas formas básicas de violência interpessoal, nas quais essas respostas evoluíram enquanto meios de regular o comportamento de criaturas que são capazes de agredir umas as outras intencionalmente, mas cuja sobrevivência depende da cooperação e estabelecimento de limites individuais (Sober e Wilson, 1998; Trivers, 1971). Em contraste, quando um dano é *impessoal*, ele falha em ativar essa resposta emocional semelhante a um alarme, o que permite que as pessoas respondam de uma forma mais “cognitiva”, talvez mesmo empregando uma análise de custo-benefício. Como Joseph Stalin disse certa feita, “uma única morte é uma tragédia; um milhão de mortes é uma estatística”. Sua constatação sugere que, quando situações de dano são suficientemente impessoais, elas falham em pressionar nossos botões emocionais, a despeito de sua seriedade, e, como resultado, pensamos nelas de uma forma mais desapegada, atuarial<sup>411</sup>. (tradução nossa)<sup>412</sup>.

De tudo isso se conclui que a hipótese finalista sobre o “aspecto caracteriológico” do livre-arbítrio também se encontra incorreta. O sistema consciente não parece capaz de tomar

---

<sup>411</sup> No original: “The rationale for distinguishing between personal and impersonal forms of harm is largely evolutionary. “Up close and personal” violence has been around for a very long time, reaching back far into our primate lineage (Wrangham and Peterson 1996). Given that personal violence is evolutionary ancient, predating our recently evolved human capacities for complex abstract reasoning, it should come as no surprise if we have innate responses to personal violence that are powerful, but rather primitive. That is, we might expect humans to have negative emotional responses to certain basic forms of interpersonal violence, where these responses evolved as means of regulating the behavior of creatures who are capable of intentionally harming one another, but whose survival depends on cooperation and individual restraint (Sober and Wilson 1998; Trivers 1971). In contrast, when a harm is impersonal, it should fail to trigger this alarm-like emotional response, allowing people to respond in a more “cognitive” way, perhaps employing a cost-benefit analysis. As Joseph Stalin once said, “a single death is a tragedy; a million deaths is a statistic”. His remarks suggest that, when harmful actions are sufficiently impersonal, they fail to push our emotional buttons, despite their seriousness, and as a result we think about them in a more detached, actuarial fashion”. GREENE, Joshua. *Emotion and Cognition in Moral Judgment: Evidence from Neuroimaging*. In CHANGEAUX, Jean-Pierre; DAMASIO, Antonio, et al. *Neurobiology of human behavior*. Berlim: Springer-Verlag, 2005. p. 59.

<sup>412</sup> STERNBERG, 2015, p. 459-460.

decisões completamente independentes do sistema automático, possuindo um papel muito mais restrito do que se supunha.

Uma pergunta, no entanto, ainda carece de resposta. Mesmo que a consciência seja uma característica adquirida evolutivamente e influenciada por fatores que lhe são alheios, a capacidade de deliberação consciente entre as informações provenientes do inconsciente – ou seja, a possibilidade do Sistema 2 realizar uma escolha a partir dos dados fornecidos pelo Sistema 1 – não seria uma prova da existência do livre-arbítrio?

A questão conduz ao aspecto mais crítico do conceito finalista: a definição de liberdade como um ato da libertação causal.

### **3.2.3. Sobre a possibilidade do conceito de livre-arbítrio enquanto quebra do curso causal**

A terceira e última justificativa teórica para o conceito finalista de livre-arbítrio se explica pelo seu “aspecto categorial”<sup>413</sup>.

Nesse ponto de sua teoria, Welzel defende que uma filosofia completamente indeterminista tornaria impossível a existência de algo como o “livre-arbítrio”; uma liberdade capaz de ensejar responsabilidade ao seu agente.

Um sujeito cuja cadeia de ações não possui qualquer relação entre seus elos não pode exercer uma atividade final. É preciso que suas atitudes, obedecendo a determinada sequência lógica, dirijam-se rumo a algum objetivo. Para que se fale em responsabilidade, é necessário que as condutas tenham nexos entre si e com seu autor<sup>414</sup>.

Ocorre que, a partir dessa análise, que julgamos acertada, o autor define a liberdade como um “*ato de libertação da coação causal dos impulsos para a autodeterminação conforme os fins*”<sup>415</sup>. O agente é livre porque lhe é possível romper conscientemente com tudo aquilo que existe em si próprio e ao seu redor, sempre que esses fatores representam um obstáculo para que o agente se autodetermine conforme a um objetivo final (permitido pelo direito).

---

<sup>413</sup> Cf. seção 2.3.3.

<sup>414</sup> WELZEL, 2011, p. 122-125.

<sup>415</sup> WELZEL, 2011, p. 127.

Por tais razões, a culpabilidade finalista também se define como a “*falta de autodeterminação conforme um fim (...) ao realizar uma ação antijurídica*”<sup>416</sup>.

A teoria da ação final se preocupa com em estabelecer “fronteiras” para a atuação do livre-arbítrio humano. Uma vontade ilimitada, sem qualquer vínculo causal, não é apenas impossível, num plano fático, como também incapaz de gerar responsabilidade ao agente. Contudo, ainda que sob uma perspectiva limitada, defender a liberdade como uma quebra do curso causal torna-se cada vez mais difícil.

Na opinião do neurocientista David Eagleman, com base na atual compreensão da ciência, toda atividade mental humana deve possuir suas bases no funcionamento do sistema nervoso – e sob essa perspectiva, não é possível encontrar o “hiato físico” no qual se pode encaixar uma vontade livre, desvinculada de relações de causa e efeito<sup>417</sup>.

Sobre o tema, estudos realizados por Benjamin Libet a partir de 1978 se converteram numa espécie de novo ponto de partida para discussões que abordam livre-arbítrio, consciência e o processo de tomada de decisões.

Tais estudos tornaram-se possíveis graças ao desenvolvimento de um método conhecido como eletroencefalograma (EEG). A tecnologia em questão permite registrar as frequências e intensidades dos sinais elétricos do cérebro, durante um lapso temporal (geralmente longo). Trata-se de um método não invasivo, em que eletrodos são colocados em diversos pontos do couro cabeludo de um paciente, o que permite registrar, de modo sensível, a atividade elétrica das áreas do seu cérebro. Essa atividade é mensurada a partir dos “potenciais relacionados a um evento”, que são registros “(*...*) *de uma pequena alteração na atividade elétrica do cérebro em resposta a um evento estimulador*”<sup>418</sup>.

Em seu experimento mais famoso, Libet monitorou a atividade neural de um grupo de participantes. Seu interesse consistia em entender a correlação entre movimentos corporais *voluntários* e o comportamento das ondas elétricas do cérebro, responsáveis por processar informações, deliberar, e coordenar a execução do movimento.

Para tanto, os participantes deveriam realizar uma tarefa simples. Cada um deles era conduzido a uma sala, contendo uma cadeira posicionada em frente a uma parede, na qual se

---

<sup>416</sup> WELZEL, 2011, p. 131.

<sup>417</sup> EAGLEMAN, David M. *Incógnito: as vidas secretas do cérebro*. Tradução de Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Rocco, 2012. p. 179.

<sup>418</sup> STERNBERG, 2015, p. 35-36.

encontrava um relógio analógico. Uma vez sentados, os pesquisadores posicionavam os eletrodos no couro cabeludo de cada voluntário, especialmente nas regiões correspondentes à área ventromedial do córtex pré-frontal<sup>419</sup>. Tal região cerebral, como já mencionado, encontra-se relacionada aos processos de tomada de decisões e controle de impulsos.

Após o início do monitoramento, foi solicitado aos participantes que se concentrassem nos movimentos dos ponteiros do relógio e, assim que sentissem vontade, movimentassem sua mão direita. Posteriormente, eles deveriam relatar aos pesquisadores em qual posição o ponteiro do relógio se encontrava no momento em que surgiu a *vontade consciente* de realizar o movimento. Cada um dos participantes deveria realizar essa atividade numa média de quarenta tentativas<sup>420</sup>.

Para o estudo em questão, pouco importava o período decorrido entre o surgimento da vontade e a execução do movimento propriamente dito – era irrelevante que os voluntários agissem imediatamente ou esperassem um pouco para levantar a mão. O que importava, de fato, era saber o instante exato de percepção da vontade de agir voluntariamente.

Os registros realizados pelos exames de eletroencefalograma apontaram, de forma consistente, para um resultado que surpreendeu o próprio Libet.

Comparando os instantes de percepção consciente relatados pelos participantes com os registros de atividade neural, constatou-se que a vontade consciente de agir surgia aproximadamente entre 350 a 400 milissegundos *após* o início dos potenciais relacionados a um evento, ou potencial de prontidão (*readiness potential - RP*), como prefere Libet<sup>421</sup>. Vale ressaltar que os potenciais registrados referiam-se apenas à execução de uma atividade mental, que Libet identifica como a percepção consciente de um impulso. Para levantar a mão, decorriam-se ainda de 200 a 150 milissegundos entre a percepção consciente e o início da atividade motora<sup>422</sup>.

A diferença temporal entre o início da atividade cerebral inconsciente e a consciência parece trazer, na opinião do autor, implicações muito sérias ao modo como enxergamos processos mentais. Tais descobertas implicam que, muito antes da percepção consciente de se realizar

---

<sup>419</sup> SINNOTT-ARMSTRONG, Walter e NADEL, Lynn. *Conscious will and responsibility: a tribute to Benjamin Libet*. 1. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, Inc, 2011. p. xi-xvi

<sup>420</sup> LIBET, Benjamin. *Do We Have Free Will? In SINNOTT-ARMSTRONG, Walter e NADEL, Lynn. Conscious will and responsibility: a tribute to Benjamin Libet*. 1. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, Inc, 2011. p. 1-2.

<sup>421</sup> LIBET, 2011, p. 2-4.

<sup>422</sup> LIBET, 2011, p. 4.

deliberações ou escolhas *voluntárias*, o sistema inconsciente já havia desenvolvido todas as atividades necessárias para a produção do pensamento.

Em outros termos, escolhas que nos parecem fruto de uma decisão unicamente voluntária são também produzidas pelo sistema inconsciente. A consciência seria apenas *avisada* sobre o conteúdo de uma decisão já tomada.

Disso, decorre ainda que, se a consciência apenas recebe informações prévias do inconsciente, não parece sobrar muito espaço para que se encaixe a ideia de livre-arbítrio num modelo de processo de tomada de decisões. Não sem motivo, essa foi a primeira preocupação de Libet ao discutir os resultados obtidos.

A solução encontrada pelo pesquisador para resguardar a liberdade da vontade consistiu na formulação do conceito de *livre-veto*.

O *consciente* receberia passivamente informações do cérebro inconsciente, na forma de impulsos ou desejos. Sua liberdade de agir estaria limitada à possibilidade de *vetar* tais impulsos, no período estabelecido entre o surgimento do impulso na consciência e o início do ato motor:

A iniciação dos atos livres e voluntários parece ser iniciada no cérebro inconsciente, muito antes do indivíduo ter ciência de que ele próprio deseja agir! Sendo assim, então, existe algum papel para a vontade consciente na execução de um ato voluntário? (...) Para responder a essa pergunta, deve ser constatado que a vontade consciente (W) aparece, de fato, cerca de 150 ms antes da ativação do músculo, apesar do fato de que essa mesma atividade foi iniciada a partir do RP. Um intervalo de 150 ms proporcionaria tempo suficiente para que a função consciente possa afetar o resultado final do processo de volição. (Na verdade, apenas 100 ms estão disponíveis para essa função. Os 50 ms restantes antes da ativação muscular é o tempo necessário ao córtex motor primário para ativar as células motoras presentes na medula. Durante este tempo, o ato é enviado à execução sem qualquer possibilidade de ser interrompido pelo resto do córtex cerebral). O que está potencialmente disponível à função consciente é a possibilidade de interromper ou vetar o progresso final do processo volicional, de modo que não se produzam, na realidade, ações musculares. *A vontade consciente pode, a partir de então, afetar o resultado do processo volicional*, ainda que seu início tenha se dado por processos cerebrais inconscientes. A vontade consciente pode bloquear ou vetar o processo, de modo que a ação não ocorra. (tradução nossa)<sup>423</sup>.

<sup>423</sup> No original: “*The initiation of the freely voluntary acts appears to begin in the brain unconsciously, well before the person consciously knows he wants to act! Is there, then, any role for conscious will in the performance of a voluntary act? (...) To answer this it must be recognized that the conscious will (W) does appear about 150 ms before the muscle is activated, even though it follows onset of the RP. An interval of 150 ms would allow enough time in which the conscious function might affect the final outcome of the volitional process. (Actually, only 100 ms is available for any such effect. The final 50 ms before the muscle is activated is the time for the primary motor cortex to activate the spinal motor nerve cells. During this time the act goes to completion with no possibility of stopping it by the rest of the cerebral cortex). Potentially available to the conscious function is the possibility of stopping or vetoing the final progress of the volitional process, so that no actual muscle action ensues. Conscious-will could thus affect the outcome of the volitional process even though the latter was initiated by unconscious cerebral processes. Conscious-will might block or veto the process, so that no act occurs*”. LIBET, 2011, p. 4-5.

O conceito de *livre-veto*, no entanto, falhou em salvar uma concepção clássica de livre-arbítrio, se, pelo termo, há a designação de uma vontade consciente *não iniciada* por correlatos neurais<sup>424</sup>. Assim como qualquer outro processo mental, os vetos também se explicam em termos de ativação de sinais elétricos.

A validade do experimento e das conclusões extraídas pelo seu autor são amplamente discutidas no meio científico desde sua publicação; não sem motivo, tal estudo foi largamente replicado pela comunidade científica<sup>425</sup>.

Contudo, um dos poucos consensos aos quais parece possível se chegar, com relação ao experimento de Libet, é a necessidade de se repensar a consciência, a capacidade de tomar decisões e os critérios de responsabilização individual. Conforme afirma Walter Sinnott-Armstrong, ainda que o estudo de Libet seja limitado em escopo, suas conclusões esclarecem a relação entre agência e pensamento consciente/inconsciente<sup>426</sup>.

Na área da neurociência, autores como Daniel Dennett, Patricia Churchland, Michael Gazzaniga, Hakwan Lau, Henrik Walter, e Daniel Wegner corroboram com aquilo que acreditam ser o ponto central do experimento de Libet: a impossibilidade de que o cérebro produza um comportamento independentemente da atuação de seus sistemas inconscientes<sup>427</sup>.

Entretanto, mesmo entre os autores que interpretam o estudo de forma mais branda – como é o caso de Walter Sinnott-Armstrong, que refuta a ideia de que o experimento de Libet seja aplicável a todos os tipos de cognição – concordam que os resultados em questão são relevantes o suficiente para que a os requisitos da responsabilidade penal sejam repensados<sup>428</sup>.

As informações até aqui apresentadas poderiam ser resumidas na seguinte constatação: tudo aquilo que conhecemos sobre o comportamento humano tem suas origens no funcionamento do cérebro e do sistema nervoso. O que atualmente se discute, no âmbito das neurociências, não é

---

<sup>424</sup> SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. *Lessons from Libet*. In SINNOTT-ARMSTRONG, Walter e NADEL, Lynn. *Conscious will and responsibility: a tribute to Benjamin Libet*. 1. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, Inc, 2011. p. 235.

<sup>425</sup> Sobre o assunto, cf. SINNOTT-ARMSTRONG, 2011; STERNBERG, 2015, p. 35-36.

<sup>426</sup> SINNOTT-ARMSTRONG, 2011, p. 244-245.

<sup>427</sup> KLEMM, William R. *Free Will debate: simple experiments are not so simple*. *Advances in Cognitive Psychology*. Publicado online em 30 ago. 2010. Disponível em: < <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2942748/>>. Acesso em 01 jun. 2018.

<sup>428</sup> SINNOTT-ARMSTRONG, 2011, p. 244.

a existência de uma relação entre mente e cérebro, mas se, a partir do que se conhece sobre o funcionamento cerebral, é possível inferir alguma noção de responsabilidade<sup>429</sup>.

Portanto, conclui-se que as bases empíricas sobre as quais o finalismo penal sustenta sua compreensão do comportamento humano e sua liberdade moral são essencialmente libertárias - e incompatíveis com se conhece atualmente sobre o funcionamento do cérebro.

### 3.2.4. Existe alguma saída para o direito penal?

Um dos tópicos mais frequentes nas discussões sobre direito e neurociências trata-se diz respeito aos temas da culpabilidade e da imputação penal. Seria possível sustentar algum critério de responsabilidade jurídica?

Afirmar que o cérebro funciona de forma mecânica, ou que suas capacidades possuem origem evolutiva não implica dizer que seres humanos estão fadados a pensar, escolher e agir sempre do mesmo modo<sup>430</sup>.

Fenômenos como a “plasticidade cerebral” demonstram que os seres humanos são programados para adaptar-se a novas situações, haja vista que os “(...) *neurônios podem modificar, de modo permanente ou pelo menos prolongado, a sua função e sua forma, em resposta a ações do ambiente externo*”<sup>431</sup>. Através da exposição a motivos – persuasivos ou dissuasórios – é possível que pessoas mudem suas opiniões, crenças e atitudes relativos a determinado tema<sup>432</sup>. Ao menos em tese, mesmo sob um ponto de vista determinista, é possível que uma sanção penal cumpra seu papel de motivo contrário ao cometimento de um crime.

Nesse mesmo sentido, Neil Levy afirma que, mesmo sob uma perspectiva determinista, existem vários argumentos capazes de justificar a existência de um sistema punitivo:

A sanção penal possui quatro justificativas possíveis: dissuasão, reabilitação, defesa social e retribuição. Apenas a última deve ser abandonada se a responsabilidade moral é ejetada do sistema. Nós ainda podemos prender indivíduos para dissuadir outras pessoas, para proteger a sociedade, e para conferir aos desviantes as habilidades de que eles necessitam para viver em sociedade sem agredir aos demais. Não estamos comprometidos a fechar as prisões ou encerrar as atividades das cortes. (...) Ademais, existem fortes evidências de que a probabilidade de ser punido tem um efeito dissuasivo,

<sup>429</sup> SINNOTT-ARMSTRONG, 2011, p. 235.

<sup>430</sup> ARBIB, Michael A. *The Handbook of Brain Theory and Neural Networks*. 2. ed. Cambridge: The MIT Press, 2003. p. 32.

<sup>431</sup> LENT, 2002, p. 148.

<sup>432</sup> KAHNEMAN, 2012. P. 116-121.

além de existirem evidências persuasivas de que a duração da pena possui efeito dissuasivo. (tradução nossa)<sup>433</sup>.

Portanto, a “crítica neurocientífica” representaria um problema apenas para modelos penais baseados em justificativas retributivistas.

De modo semelhante, Wolfgang Frisch, professor catedrático de direito penal na Universidade de Freiburg, aponta que o direito penal não é invalidado pela tese determinista da ação humana: atualmente, a maioria das teorias penais observadas na Alemanha e no restante do mundo já não adota o livre-arbítrio como critério de legitimação de seus modelos<sup>434</sup>.

### III – Críticas à “crítica neurocientífica”

#### 3.3. Objeções comuns ao estabelecimento de uma relação entre neurociências e direito penal

Existem várias dificuldades e objeções concernentes à criação de uma pesquisa interdisciplinar entre o direito e as neurociências.

Algumas das dificuldades mais óbvias dizem respeito às diferenças entre os objetos de estudo e os métodos de investigação utilizados por essas disciplinas.

Ocorre que, com certa frequência, as críticas realizadas pelos juristas a uma eventual aproximação entre o direito e outros campos de estudo refletem mais uma resistência do campo jurídico a se abrir ao debate do que falhas existentes num projeto de interdisciplinaridade.

As críticas existentes, conquanto necessárias, devem ser realizadas de forma honesta. Como já mencionado na introdução desse trabalho, não é possível estabelecer um diálogo interdisciplinar quando cada interlocutor, acreditando em sua autossuficiência, desconsidera todas as informações apresentadas pelos seus pares.

<sup>433</sup> No original: “*Criminal punishment has four different possible justifications: deterrence, rehabilitation, public protection, and retribution. Only the last must be abandoned if moral responsibility is jettisoned. We may still lock up people to deter others, to protect the public, and to give wrongdoers the skills they need to live without harming others. We are not committed to closing the prisons or shutting down the courts. (...) Now, there is strong evidence that the probability of being detected has a deterrent effect, and reasonably persuasive evidence that the length of sentence has a deterrent effect*”. LEVY, 2011, p. 7.

<sup>434</sup> FRISCH, Wolfgang. *Sobre el futuro del derecho penal de la culpabilidad*. In: *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*. Bernardo Feijoo Sánchez (ed.). Pamplona: Thomson Reuters Limited, 2012. p. 33-34. O tema do próximo capítulo se concentrará nesse assunto: a apresentação de alguns modelos penais válidos mesmo diante da “crítica neurocientífica”.

Abaixo, serão discutidas algumas das principais objeções levantadas em sentido contrário ao estabelecimento de um diálogo entre o direito (especialmente em âmbito penal) e as neurociências. Apresentaremos, ainda, os motivos pelos quais, em nossa opinião, os argumentos em questão não merecem acolhida.

### 3.3.1. Seria a neurociência uma teoria “neolombrosiana”?

O direito, especialmente em sua esfera penal, possui uma resistência específica em se aproximar das neurociências: há o medo de que se esteja diante de uma teoria *neolombrosiana*.

Nesse sentido, a área da neurociência não representaria nada mais do que uma nova fase da antropologia criminal, oferecendo uma perspectiva reducionista “crua” da natureza humana:

Repensando os estudos já realizados nas áreas da craniologia e da frenologia, Lombroso, influenciado pelo positivismo, decidiu investigar o crime através da análise desse fenômeno através de um método experimental, aceitando como fatos científicos apenas aqueles que poderiam ser rigorosamente estabelecidos, mensurados e catalogados por meios científicos. Todos esses estudos, de Gall a Lombroso, a despeito dos diferentes panoramas históricos e das abordagens diversas, que focam na investigação e no estudo do cérebro e do crânio, podem ser considerados como antecessores da moderna neurociência. Não por acaso, ainda hoje os neurocientistas se referem frequentemente a um caso do século dezenove: a incrível história de Phineas P. Gage, um evento bem conhecido no qual um homem sobreviveu miraculosamente a um terrível acidente que provocou danos irreversíveis ao seu cérebro, produzindo consequências em sua personalidade. (tradução nossa)<sup>435</sup>.

O histórico traçado pelo positivismo criminológico e a antropologia criminal permitem compreender quais as origens desse receio.

---

<sup>435</sup> No original: “*Re-thinking the studies already made in craniology and phrenology, Lombroso, influenced by positivism, decided to investigate crime by analyzing this phenomenon through an experimental method, which accepted as scientific facts only what can be rigorously established, measured and catalogued with scientific means. All of these studies, from Gall to Lombroso, regardless of the different historical backgrounds and the different approaches, with their focus on investigating and studying the brain and the skull, may be considered as foreshadowing modern neuroscience. Not by chance, still today neuroscientists frequently refer to a nineteenth-century case: the incredible story of Phineas P. Gage, a well-known event concerning a man who miraculously survived a terrible accident that irreversibly damaged his brain with reported effects on his personality*”. MUSUMECI, Emilia. *New natural born killers? The legacy of Lombroso on neuroscience and law*. In KNEPPER, Paul; YSTEHEDE, Per. *The Cesare Lombroso Handbook*. Paul Knepper; Per Ystehede (eds.). Nova Iorque: Routledge, 2013. p. 133. Nesse mesmo sentido, cf. RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Neurociências e os riscos da revisão filosófica sobre livre-arbítrio: visão atual da diátribe entre Lutero e Erasmo de Rotterdam*. In NOJIRI, Sergio. *Direito, Psicologia e Neurociência*. Coordenação de Sergio Nojiri. Ribeirão Preto: Editora IELD, 2016. p. 102.

No entanto, há boas razões para se acreditar que as neurociências podem ajudar na formulação de critérios mais factíveis e justos de responsabilidade penal.

Em primeiro lugar, falar sobre o funcionamento do cérebro *não implica* discorrer apenas sobre caracteres herdados. O entorno individual, experiências, memórias e interações sociais possuem tanta importância para a formação do comportamento quanto as características biológicas, físicas ou químicas. Não há oposição real entre os conceitos de “cultura” e “natureza”; ambos os fatores interagem de forma complexa na formação de cada um<sup>436</sup>.

Reconhecer essa interação *também não implica* desconsiderar o que cada pessoa tem de particular. Tais interações se realizam de forma tão complexa e dinâmica que tornam impossível que uma pessoa se iguale a outra. Como já visto, segundo a opinião de Ivan Izquierdo, é essa situação, de forma precisa, que permite atribuir aos seres humanos o adjetivo de “indivíduos”: a singularidade de suas interações<sup>437</sup>.

Exatamente por isso, é virtualmente impossível que as neurociências apontem a existência de indivíduos “predestinados ao crime”. Fatores genéticos e ambientais podem indicar *tendências a determinado comportamento*, mas jamais preveem, com toda certeza, o que um indivíduo fará ou não. Basta lembrar do exemplo do paciente acompanhado pela equipe do Hospital das Clínicas de São Paulo: *se* ele não houvesse sofrido o acidente aos nove anos de idade, *poderia* ter se estruturado como um indivíduo com padrões normais de comportamento. *Se* ele não houvesse sido submetido a uma cirurgia aos dezoito anos, os sintomas apresentados *poderiam* ser mais leves. E ainda assim, contra as expectativas da equipe médica, o paciente comportou-se normalmente durante a realização dos exames<sup>438</sup>. Ainda que cada comportamento se explique através de suas causas, é impossível prever, com toda certeza, como essas causas haverão de interagir.

Ademais, o cérebro não é um órgão rígido ou imutável. As experiências e os estímulos recebidos por cada indivíduo moldam a trajetória de suas conexões neurais. Explicando de outro modo, o cérebro aprende com suas experiências, e, dentro de suas possibilidades, pode alterar suas respostas comportamentais – situação em nada parecida com o atavismo criminológico da escola positivista<sup>439</sup>.

---

<sup>436</sup> PINKER, 2003, p. vii-ix.

<sup>437</sup> IZQUIERDO, 2011, p. 10-15.

<sup>438</sup> BAHIA; TADAKA, 2005, p. 133.

<sup>439</sup> RODRIGUES, 1894. p. 60-61.

A principal diferença, no entanto, está localizada em quem são os protagonistas de cada campo de debate. Na antropologia criminal, as discussões se concentram em “*inimigos naturais*”, “*raças inferiores*” e no “*homem delinquente*”. Todos esses concebidos como figuras menos que humanas: indivíduos doentes ou máquinas defeituosas.

A seu turno, as neurociências buscam entender padrões de comportamento humano – de todas as pessoas, de uma forma geral. Ao contrário da criminologia positivista, os réus não representam um tipo diferente de pessoa, mas são elevados, novamente, à categoria de seres humanos comuns. Um crime possui causas e explicações - como qualquer outra forma de conduta humana.

Nesses termos, a proposta é igualar os seres humanos: questiona-se a possibilidade de se responsabilizar quaisquer indivíduos, não uma classe específica deles.

Uma concepção do comportamento humano realizada nesses termos é, como propõem Jonathan Cohen e Joshua Greene, capaz de mudar os rumos da dogmática penal, conduzindo-a a um conceito de responsabilidade mais progressista e compreensivo<sup>440</sup>.

### **3.3.2. As pesquisas neurocientíficas não possuem validade em relação a questões “complexas”**

A crítica em questão diz respeito à validade laboratorial de uma pesquisa empírica. Sob essa perspectiva, uma vez que a maior parte (senão todas) as pesquisas empíricas são conduzidas num ambiente controlado (um laboratório, por exemplo), seus resultados não correspondem à realidade do comportamento humano. Mesmo porque, em seu cotidiano, as pessoas têm de lidar com situações muito mais complexas do que aquelas propostas por pesquisadores num ambiente controlado.

A título de exemplo, colaciona-se a crítica de Wolfgang Frisch, a respeito das repercussões do experimento de Benjamin Libet:

Na realidade, os experimentos dos quais se deve derivar que não se pode partir de uma capacidade de atuar de outro modo e que a decisão do delinquente de realizar o fato está determinada não são idôneos, de modo algum, para chegar a esta conclusão de modo definitivo. As conclusões extraídas por alguns neurocientistas dos referidos experimentos são objetáveis a partir de perspectivas múltiplas e, de fato, foram objeto de

---

<sup>440</sup> GREENE; COHEN; 2004, p. 1785.

um grande número de objeções. Algumas dessas críticas põe em dúvida já a correlação das premissas de que partem as conclusões em relação ao livre-arbítrio. O observado pelos neurocientistas não demonstra, necessariamente, que nos casos investigados a decisão consciente foi derivada da atividade orgânica do cérebro. (...) Disso os neurocientistas deduzem não apenas que os processos cerebrais inconscientes são as causas para a decisão consciente e seu conteúdo. Com base nessa mesma observação, chegam também à conclusão de que não existe uma capacidade da pessoa de decidir outra coisa, isto é, de decidir de acordo com as exigências jurídicas ou morais. Isto é qualquer coisa menos que evidente. (tradução nossa)<sup>441</sup>.

O que o autor pretende afirmar com esta crítica, especificamente no que diz respeito ao experimento de Libet, é que os potenciais de prontidão registrados pelo pesquisador não comprovam, necessariamente, que todas as escolhas conscientes possuem um substrato inconsciente. Contudo, ainda que este seja este o caso, Libet se dedicou a estudar decisões “simples”, que nada dizem respeito à complexidade das situações jurídicas e morais vivenciadas no mundo real.

A crítica em questão pode ser considerada verdadeira em vários aspectos. Nem todo experimento laboratorial é válido por si próprio. Além da necessidade de se observar a presença de erros metodológicos, é necessário que o experimento seja *replicável* – isto é, que outros pesquisadores possam repeti-lo, obtendo as mesmas conclusões. Com relação ao experimento de Libet, por exemplo, vários outros experimentos indicam a presença potenciais de prontidão em momentos anteriores a decisões ou ações conscientes<sup>442</sup>.

Ainda que uma pesquisa seja adequada sob uma perspectiva metodológica, as implicações derivadas de seus resultados ainda podem ser discutidas. Existem bons motivos para se considerar que as críticas neurocientíficas de viés determinista impossibilitem a existência de conceitos como livre-arbítrio e responsabilidade moral, mas tal posição não represente um consenso absoluto no meio científico<sup>443</sup>.

---

<sup>441</sup> No original: “*En realidad, los experimentos de los que se debe derivar que no se puede partir de una capacidad de actuar de otro modo y que la decisión del delincuente de realizar el hecho está determinada no son idóneos, en modo alguno, para llegar a esta conclusión de forma concluyente. Las conclusiones extraídas por algunos neurocientíficos de dichos experimentos son objetables desde múltiples perspectivas y, de hecho, han sido objeto de un gran número de objeciones. Algunas de esas críticas ponen en duda ya la corrección de las premisas de las que parten las conclusiones en relación al libre albedrío. Lo observado por los neurocientíficos no demuestra necesariamente que en los casos investigados la decisión consciente derivar de la actividad orgánica del cerebro. (...) De ello deducen los neurocientíficos no sólo que los cambios cerebrales inconscientes son causales para la decisión consciente y su contenido. Con base en dicha observación llegan también a la conclusión de que no existe una capacidad de la persona de decidir otra cosa, esto es, de decidir de acuerdo con las exigencias jurídicas o morales. Esto es cualquier cosa antes que evidente*”. FRISCH, 2012. p. 48-53.

<sup>442</sup> STERNBERG, 2015, p. 35-36.

<sup>443</sup> A título de exemplo, a obra “*Conscious will and responsibility: a tribute to Benjamin Libet*”, reúne uma série de artigos dedicados a debater as repercussões do experimento de Libet no que diz respeito aos conceitos de agência,

Não obstante, ainda que o livre-arbítrio seja uma questão em aberto, parece temerário afirmar que as neurociências – como um todo! –, apenas por serem desenvolvidas em ambiente laboratorial, não podem fornecer qualquer informação sobre o comportamento humano no “*mundo real*”<sup>444</sup>.

Existe um ponto que ainda deve ser abordado: mesmo que os argumentos acima elencados sejam desconsiderados, há de se observar que o livre-arbítrio finalista também é justificado a partir de evidências empíricas – Welzel cita brevemente, entre outros argumentos, descobertas da psicologia e da zoologia para confirmar seu conceito de livre-arbítrio<sup>445</sup>.

Dessa forma, críticas sobre a validade dos resultados de uma pesquisa *também* poderiam ser dirigidas aos fundamentos da teoria final da ação. Negar as implicações da pesquisa neurocientífica sobre não é uma atitude que, por si só, seja capaz de confirmar a hipótese libertária.

### 3.3.3. “Falácia naturalista”: o direito penal não precisa considerar dados empíricos

Em artigo intitulado “*O tempo da consciência e da liberdade de decisão: bases para uma reflexão sobre neurociência e responsabilidade penal*” (2013), a autora Mercedes Pérez Manzano, catedrática de direito penal da Universidade Autônoma de Madri, afirma ser de conhecimento geral que “*a concepção mais aceita da culpabilidade penal situa a liberdade como seu fundamento*”<sup>446</sup>.

Segundo afirma, para grande parte da doutrina penal, as polêmicas originadas pela neurociência em nada interfeririam no conceito de culpabilidade. O direito penal seria imune a quaisquer críticas deterministas, pois o conhecimento científico lhe é indiferente. Enquanto os dados da neurociência sobre o comportamento humano pertencem à esfera do “*ser*”; o direito é um campo normativo, isto é, do “*dever ser*”.

---

vontade, e o processo de tomada de decisões. Na oportunidade, autores como Adina Roskies e Alfred R. Mele acreditam ser possível defender certa concepção de livre-arbítrio mesmo diante dos argumentos apresentados por Libet. Nesse sentido, cf. ROSKIES, Adina. *Why Libet's studies don't pose a threat to free will*. In SINNOTT-ARMSTRONG, Walter e NADEL, Lynn. *Conscious will and responsibility: a tribute to Benjamin Libet*. 1. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, Inc, 2011.; MELE, Alfred R. *Libet on Free Will*. In SINNOTT-ARMSTRONG, Walter e NADEL, Lynn. *Conscious will and responsibility: a tribute to Benjamin Libet*. 1. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, Inc, 2011.

<sup>444</sup> SINNOTT-ARMSTRONG, 2011, p. 235.

<sup>445</sup> WELZEL, 2011, p. 116-128.

<sup>446</sup> PÉREZ MANZANO, 2013, p. 107.

Portanto, lhe é facultado construir seus próprios conceitos de forma absolutamente independente (mesmo contrária) ao conhecimento científico. Seria um equívoco confundir ambas as esferas, defendendo que conceitos normativos sejam derivados de conceitos empíricos<sup>447</sup>.

O argumento em questão, desenvolvido por David Hume em seu “*Tratado da natureza humana*” (1739-1740), recebe o nome de “falácia naturalista”. Ao explicar o significado da chamada “*Lei de Hume*”, Luigi Ferrajoli a resume enquanto “(...) *a tese segundo a qual não podem derivar logicamente conclusões prescritivas ou morais de premissas descritivas ou fáticas, nem inversamente*”<sup>448</sup>.

Aplicada ao direito, a Lei de Hume consistiria numa “*tese metalógica*”, que, dentre outras funções, impede que, a partir de uma *explicação* meramente fática, seja derivado um argumento de *justificação* de um sistema jurídico<sup>449</sup>. Segundo afirma, o direito penal não é uma “teoria” no sentido empírico ou assertivo, mas uma doutrina normativa “(...) *ou, simplesmente, normas ou modelos normativos de avaliação ou justificação*”<sup>450</sup>.

Ocorre que a pretensão de se realizar um diálogo interdisciplinar não implica, necessariamente, em incorrer na falácia naturalista.

Com alguma frequência, cientistas empíricos propõem repercussões normativas a partir de suas pesquisas – ainda que não possuam qualquer conhecimento jurídico ou legislativo. Tais propostas são ainda mais graves quando realizadas sobre matéria penal. Como exemplo, Wolfgang Frisch aponta que alguns neurocientistas, partindo de “(...) *seus conhecimentos empíricos e orgânico-cerebrais*” proponham que o direito penal, abandonando suas premissas libertárias, preocupe-se apenas com a defesa da sociedade frente a “*autores muito perigosos*”<sup>451</sup>.

Mas realizar um diálogo interdisciplinar implica em tomar uma via de mão-dupla. As ligações realizadas entre direito e as neurociências podem apontar para equívocos, no interior de um sistema jurídico, a respeito de conceitos e técnicas *extrajurídicos* – é o caso, por exemplo, de informações sobre o processo de tomada de decisões.

<sup>447</sup> PÉREZ MANZANO, 2013, p. 107-108. Nesse sentido: PRADO, 2011, p. 465.

<sup>448</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 224.

<sup>449</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 205.

<sup>450</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 299-300. Sobre o assunto, há de se destacar que Ferrajoli, ao abordar a separação entre as esferas do “ser” e “dever ser”, concentra a sua atenção, de modo específico, na separação entre os campos do direito e da moral. Segundo afirma, uma das decorrências da Lei de Hume se traduz na separação entre os conceitos de direito válido (o direito “como ele é”) e direito justo (o direito “como ele deve ser”) (p. 205).

<sup>451</sup> FRISCH, 2012, p. 29; 55-70.

A “*missão do jurista*”, afirma Mercedes Pérez Manzano não é selecionar os dados científicos que interessam à sua própria teoria, quedando-se à margem desses conhecimentos sempre que estes interfiram em seu objeto de regulação, a conduta humana. Não seria possível compreender tal objeto em toda sua complexidade sem também levar em conta o conhecimento científico a respeito do cérebro<sup>452</sup>. Ao ignorar esse assunto, há o risco da criação de sistemas legais ineficientes ou mesmo impossíveis de serem aplicados.

Por outro lado, é necessário que o direito estabeleça limites normativos para a utilização do conhecimento científico. Embora as neurociências possam ofertar informações factuais ao direito, seus resultados não determinam, de forma invariável, o conteúdo das normas jurídicas. Mas apontam as bases a partir das quais o comportamento humano pode ser orientado.

### 3.3.4. A relação entre livre-arbítrio e a dignidade da pessoa humana

A objeção mais frequente a uma possível interlocução entre direito e neurociências diz respeito ao tema da dignidade da pessoa humana.

Para essa linha de raciocínio, as neurociências, ao apresentarem uma perspectiva “reducionista” da natureza humana, excluem não apenas o conceito de liberdade moral, como também a própria ideia de dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Winfried Hassemer afirma que o princípio da dignidade humana, manifestado através do conceito de pessoa, é dos pilares culturais e jurídicos das sociedades [europeias]. Todas as estruturas do direito devem, necessariamente, partir desse valor. Isso inclui, de modo especial, a teoria da imputação penal<sup>453</sup>.

Prosseguindo em seu argumento, Hassemer alega que uma teoria que negue, por quaisquer motivos, a responsabilidade dos seres humanos por suas ações “(...) *elimina uma peça chave não apenas de nosso ordenamento jurídico, como também de nosso mundo. Vulnere o fundamento normativo de nosso trato social, o reconhecimento como pessoas*”<sup>454</sup>.

<sup>452</sup> PÉREZ MANZANO, 2013, p. 108.

<sup>453</sup> HASSEMER, Winfried. *Neurociencias y culpabilidad em derecho penal*, 2011. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/821.pdf>>. Acesso em 20 jun. 2018. p. 7-8.

<sup>454</sup> “*Quien –por las razones que fuere– niegue que los seres humanos pueden ser responsables de lo que hacen, elimina una pieza clave no sólo de nuestro ordenamiento jurídico, sino también de nuestro mundo. Vulnere el fundamento normativo de nuestro trato social, el reconocimiento como personas*”. HASSEMER, 2011, p. 9.

Liberdade e responsabilidade moral seriam componentes indispensáveis da dignidade humana. Assim, por conceber os seres humanos como “(...) *um sistema completo por ossos, músculos e nervos*”, as neurociências eliminariam a expectativa recíproca de que cada indivíduo enxergue o outro “(...) *também enquanto pessoa*”, orientando suas ações a partir dessa percepção<sup>455</sup>. As repercussões da pesquisa neurocientífica, por ameaçar o conceito de dignidade da pessoa humana, deveriam ser ignoradas em âmbito jurídico.

Em seus termos:

As consequências das discussões da biologia humana para a justiça penal são evidentes. O único conselho possível é evitar, com uma manobra evasiva a grande distância, esta discussão. Se se permite que a ela se mescle essa discussão, este será o fim de seu trabalho. Não há alternativa: seu problema é estrutural, e não pode ser resolvido com boa vontade e abertura para o mundo. A justiça penal tem compromissos cujo cumprimento não pode ser deixado de lado, também em interesse de um conhecimento mais profundo no futuro; e tais compromissos estão, quanto a seu conteúdo, em oposição aos postulados do determinismo da biologia humana. (tradução nossa)<sup>456</sup>.

A seu turno, Víctor Gabriel Rodríguez, livre-docente em direito penal pela Universidade de São Paulo, em artigo intitulado “*Neurociências e os riscos da revisão filosófica sobre livre-arbítrio: visão atual da diatribe entre Lutero e Erasmo de Rotterdam*” (2016), traçou paralelos entre as neurociências e a teologia luterana do século XVI.

Segundo afirma, na concepção de Lutero, o homem seria “(...) *uma besta dirigida ora por Deus ora pelo demônio, porém com liberdade de inteligência para todos os demais assuntos que não cuidem do destino final da alma*”<sup>457</sup>.

Ao retomar a questão da liberdade humana, as neurociências abordam o assunto sobre uma perspectiva unicamente biológica – e ainda mais rígida (demeritória, talvez) do que a visão luterana<sup>458</sup>.

Portanto, assumir o determinismo neurocientífico implicaria num sério risco ao direito penal:

---

<sup>455</sup> HASSEMER, 2011, p. 8-9.

<sup>456</sup> No original: “*Las consecuencias de la discusión de biología humana para la justicia penal son evidentes. Lo único que cabe aconsejarle es eludir, en una maniobra evasiva a gran distancia, esta discusión. Si permite que se la mezcle en ella, éste será el fin de su trabajo. No hay elección: su problema es estructural, y no puede resolverse con buena voluntad y apertura al mundo: La justicia penal tiene cometidos cuyo cumplimiento no se puede aplazar, también en el interés de un futuro conocimiento más profundo, y ya estas tareas, como tales, están, en cuanto a sus contenidos, en oposición a los postulados del determinismo de la biología humana*”. HASSEMER, 2011, p. 3.

<sup>457</sup> RODRÍGUEZ, 2016, p. 100.

<sup>458</sup> RODRÍGUEZ, 2016, p. 102.

Recolocar a questão da liberdade de querer, pela via exclusivamente biológica, implica risco agudo, muito próximo àquele a que Erasmo alertara: se o homem se convence de sua própria escravidão frente, agora, não da vontade de Deus mas da vontade do causalismo natural (a realidade das leis naturais em si), a determinação à conduta adequada e, com ela, todo o sistema de penas pode ver-se abalado. (...) Solução volátil – porém única atualmente possível – para o problema está apenas em mostrar que, até o dia de hoje, as revelações neurocientíficas sobre a liberdade do querer não alcançam sequer a proximidade de comprovar um determinismo absoluto, pois os médicos que creem demonstrá-lo cometem falhas metodológicas graves, ao transmutar-se da realidade cerebral de laboratório para o enfrentamento de questões de realidade metafísica, esta que guarda premissas muito diversas. Caso não se aceite essa conciliação, que implica presunção de existência de uma realidade metafísica, caímos sim no perigo do questionamento de Erasmo: *Quis malus studebit corrigere vitam suam?*<sup>459</sup>

As críticas em questão são compreensíveis quando se tem em mente o contexto sociopolítico do século XX. Mais uma vez, há o medo de que visões deterministas sobre a natureza humana resultem em qualquer teoria parecida com o positivismo criminológico.

No entanto, como debatido ao longo deste capítulo, é um engano afirmar que as pesquisas neurocientíficas concebem os seres humanos sob uma perspectiva puramente biológica. Não existe qualquer oposição entre os conceitos de natureza e sociedade<sup>460</sup>.

O direito penal deve, efetivamente, se preocupar com o respeito à condição do réu enquanto pessoa, e a dignidade que lhe é intrínseca, inalienável e extensível a todos os membros da raça humana. Aqui, defendemos a impossibilidade de se abrir mão desse valor. Acreditamos, ao menos, que a exclusão do conceito de dignidade da pessoa humana na dogmática penal, embora possível sob um ponto de vista teórico, é uma opção que deve ser descartada. Sempre que a doutrina penal seguiu tal rumo, houve consequências terríveis e sofridas, direta ou indiretamente, por toda a humanidade.

Ainda que o direito penal abra mão de se justificar a partir do conceito de livre-arbítrio – por reconhecer a dificuldade de se trabalhar com tal ideia; por reconhecer a validade das críticas das neurociências, ou por qualquer outra razão – isso não implica na renúncia da ideia de dignidade da pessoa humana. Como aponta o penalista Wolfgang Frisch, a maioria dos sistemas penais ao redor do mundo *já opera* sobre uma perspectiva válida *apesar* da crítica neurocientífica<sup>461</sup>.

<sup>459</sup> RODRÍGUEZ, 2016, p. 102-103.

<sup>460</sup> PINKER, 2003, p. vii-xiii.

<sup>461</sup> FRISCH, 2012, p. 33-34.

Nesse contexto, estabelecer um diálogo com as neurociências não destruiria o objeto de estudos das ciências penais. Sequer altera o valor da dignidade da pessoa humana. Apenas fornece novas informações sobre como os seres humanos se comportam.

O problema levantado por autores como Hassemer e Rodríguez possui, na realidade, uma natureza *metapenal*. Não se discute se o direito penal deve ou não abrir mão da dignidade da pessoa humana, ou se é possível sustentar um conceito de responsabilidade jurídica sem que o tema da responsabilidade moral seja abordado. O que está em questão é se a dignidade humana depende ou não da existência da liberdade moral.

Ainda que não seja possível tratar do assunto em toda a sua extensão, vale afirmar que dados empíricos, mesmo que possam nos levar a questionar a liberdade da vontade, não ameaçam o valor da espécie humana ou de qualquer de seus membros, individualmente considerados.

Mesmo que se provasse, para além de qualquer dúvida, que “(...) *só na ilusão da liberdade, a liberdade existe*”<sup>462</sup>, a vida humana é digna e dotada de sentido, nos termos exatos de sua existência:

Quando as pessoas se deparam pela primeira vez com o determinismo, as reações iniciais são, por vezes, apreensivas. Frequentemente, a primeira resposta é que as vidas, então, não teriam propósito, sendo inevitável uma reação apática ao próprio destino. (...) O poder de afetar nosso futuro não seria nosso num sentido forte o suficiente para que nossos projetos pudessem contar como nossas próprias conquistas, e, como resultado, estaria ameaçada a possibilidade de que a vida tivesse sentido. (...) apesar de nossas reações iniciais apreensivas em relação ao incompatibilismo, acreditar nessa ideia não traria consequências desastrosas; na verdade, promete benefícios significativos para a vida humana. O incompatibilismo não minaria os objetivos de vida que nossos projetos podem nos proporcionar. Tampouco impossibilitaria que existissem bons relacionamentos interpessoais, essenciais para nossa felicidade. A aceitação do incompatibilismo sustenta a promessa de uma maior equanimidade, reduzindo a raiva que impede o sentimento de realização. Longe de ameaçar o sentido da vida, o incompatibilismo pode nos ajudar a conquistar as condições necessárias para florescermos, pois é capaz de nos auxiliar a abandonar as paixões nocivas que tanto contribuem à frustração humana. Se, de fato, desistirmos de nossas pressuposições sobre livre-arbítrio e responsabilidade moral então talvez, surpreendentemente, nossas vidas poderiam ser melhores. (tradução nossa)<sup>463</sup>.

<sup>462</sup> PESSOA, 2018. p. 157.

<sup>463</sup> No original: “*When people are first confronted with hard determinism, initial reactions are often apprehensive. Frequently, the first response is that lives would then have no purpose, and a dispirited resignation to one’s fate would be inevitable. (...) The power to affect our futures would not be ours in a sense sufficiently strong for our projects to count as our achievements, and as a result the possibility of meaning in life would be jeopardized. (...) despite our initially apprehensive reactions to hard incompatibilism, believing it would not have disastrous consequences, and indeed it promises significant benefits for human life. Hard incompatibilism would not undermine the purpose in life that our projects can provide. Neither would it hinder the possibility of the good interpersonal relationships fundamental to our happiness. Acceptance of hard incompatibilism rather holds out the promise of greater equanimity by reducing the anger that hinders fulfillment. Far from threatening meaning in life, hard*

## 4. (ALGUMAS) SOLUÇÕES POSSÍVEIS AO DIREITO PENAL

### 4.1. Introdução: a culpabilidade penal após a Segunda Guerra Mundial

Até aqui, discorreu-se sobre os sentidos possíveis do termo “culpabilidade penal” e sua evolução histórica, com especial foco na dinâmica de interação dos conceitos de “culpabilidade” e “livre-arbítrio”.

Disso tudo, concluiu-se que a justificativa finalista para o problema da responsabilidade penal (seu conceito de livre-arbítrio dividido em três aspectos) dificilmente encontra respaldo em dados da realidade, conforme apontam as pesquisas neurocientíficas. Além disso, mesmo que qualquer dado proveniente de ciências biológicas ou exatas fosse desconsiderado, ainda haveria boas razões para que o fundamento de existência do direito penal não partisse de um conceito tão controverso quanto o da liberdade moral.

Entretanto, os períodos em que o direito penal se ocupou em negar o conceito de “livre-arbítrio” coincidiram com alguns dos momentos de maior autoritarismo no direito penal. De certa forma, modelos deterministas de direito penal apoiaram o tratamento degradante de milhões de pessoas, “predestinados à condenação” por suas características inatas. Essa é a situação descrita pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) como “*o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos*” que “*resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade*”<sup>464</sup>.

Tais considerações tiveram um impacto direto no desenvolvimento das teorias do delito. Durante os anos que sucederam o período pós-guerra, houve uma breve paralização das discussões sobre o fundamento da culpa penal em todo o mundo. Tal situação se mostrou particularmente verdadeira na Alemanha, em que o tema “responsabilidade” era evitado sempre que possível.

Sobre o assunto, Karl Jaspers escreve, ainda em 1946:

---

*incompatibilism can help us achieve the conditions required for flourishing, for it can assist in releasing us from the harmful passions that contribute so much to human distress. If we did in fact relinquish our presumption of free will and moral responsibility, then, perhaps, surprisingly, our lives might well be better for it*”. PEREBOOM, 2001, p. 187; 212-213.

<sup>464</sup> DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 12 mai. 2018.

Precisamos nos orientar espiritualmente uns em relação aos outros na Alemanha. Ainda não temos o chão comum. Tentamos nos encontrar. (...) Praticamente o mundo inteiro levanta acusação contra a Alemanha e os alemães. Nossa culpa é abordada com consternação, com horror, com ódio, com desprezo. (...) Parece óbvio esquivar-se da questão. Vivemos na miséria, e uma grande parte da nossa população em miséria tão grande, tão imediata, que parece ter ficado insensível a tais abordagens. Interessa-lhes o que diminui a miséria, o que traz trabalho e pão, moradia e calor. O horizonte ficou estreito. Não se gosta de ouvir falar de culpa, de passado; a história mundial não é assunto meu. Simplesmente se quer parar de sofrer, sair da miséria, viver, mas não raciocinar. É esse o clima, é como se depois de um sofrimento tão terrível as pessoas devessem ser recompensadas, ou pelo menos consoladas, mas não como se além disso ainda ficassem carregadas de culpa<sup>465</sup>.

Qualquer perspectiva que discordasse da ideia de livre-arbítrio era vista com desconfiança. A liberdade, também em sua esfera moral, é frequentemente apontada como uma das bases da atual compreensão da ideia de dignidade humana.

#### 4.2. A superação do conceito de livre-arbítrio como fundamento do direito penal

De maneira mais ou menos tímida, passados os anos iniciais do pós-guerra, ressurgiram as discussões sobre a questão do livre-arbítrio como fundamento da responsabilidade penal.

A segunda metade do século XX observou uma mudança drástica no foco das discussões sobre “livre-arbítrio” e direito penal. Até então, discutia-se sobre a *validade* dessa ideia; ou seja, a existência ou não existência desse conceito. Entretanto, conforme esclarece Bernd Schünemann, a disputa parecia irresolúvel; pelo que, ao invés da validade, passou-se a discutir a *adequabilidade* de se utilizar o livre-arbítrio como critério de justificação do direito penal. Nas palavras do autor, a doutrina penal começou a se perguntar se a teoria do delito “*não poderia achar um ponto de partida melhor*” do que a liberdade moral do agente<sup>466</sup>.

Um dos pioneiros desse movimento é Karl Engisch, que, em 1965, chama atenção para a natureza metafísica da culpabilidade finalista. Em sua opinião, o direito deveria abandonar sua “*arrogância moral*” e reconhecer a insolubilidade do problema do livre-arbítrio<sup>467</sup>.

<sup>465</sup> JASPERS, 2018, p. 9; 17.

<sup>466</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *La Culpabilidad: estado de la cuestión*. In ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; et al. *Sobre el estado de la teoría del delito*. Seminario en la Universität Pompeu Fabra. Edição de Jesús-Maria Silva Sánchez. 1. ed. Madri: Civitas, 2000. p. 94-95

<sup>467</sup> ENGISCH, 2006, p. 68-69; 124-126. Segundo o autor, noções metafísicas da culpabilidade deveriam ser substituídas por ideias mais concretas, preferencialmente compatíveis com uma “*visão física de mundo*”. Em lugar da compreensão finalista de culpabilidade, Engisch propõe um conceito – polêmico - interpretado a partir da teoria de Arthur Schopenhauer, ao qual denomina de “*culpabilidade pelo caráter*”. Segundo o autor, ainda que a vontade não

O argumento, conhecido há muito pela filosofia do direito penal, se expressa da seguinte forma. A liberdade moral, ainda que seja existente, é um conceito negativo. Implica na ausência de obstáculos ou de alguma forma de determinação ao livre exercício da vontade. Mas se a presença de um obstáculo é facilmente detectável, a prova de um fato negativo “indeterminado” é, por sua própria essência, uma situação impossível.

Por essa razão, o problema da liberdade seria uma questão moral insolúvel.

Em área penal, a situação se apresenta com mais alguns agravantes. A “exigibilidade de conduta diversa”, tal qual estruturada dentro da teoria finalista, estabelece que o réu seja julgado por uma condição interna, anterior à prática delitiva. A partir do momento em que se inicia a ação, é factualmente impossível demonstrar que aquele agente específico, no exato momento dos fatos, poderia ter escolhido um curso de ação completamente diverso.

Seria necessário que o juiz, a partir de um ponto de vista externo, pudesse realizar um “*prognóstico póstumo*” do estado interno do agente: “*Póstumo, porque o fato se deu no passado; mas prognóstico, porquanto o juízo há de ser emitido retroagindo à situação ao tempo do fato*”<sup>468</sup>. Ocorre que no momento em que o magistrado, se colocando no lugar do réu, avalia suas condições internas de agir ou não conforme a norma penal, “(...) *como distinguir que ele, na verdade, tampouco haveria de poder agir de outro modo que o autor, e, portanto, que seu ato volitivo não lhe houvesse parecido, de qualquer modo, livre?*”<sup>469</sup>.

Não obstante, será esse juízo hipotético, impossível de ser demonstrado, que fundamentará uma condenação concreta ao réu.

As vertentes teóricas de matriz funcionalista costumam endossar a crítica da indemonstrabilidade do livre-arbítrio. Para elas, a questão se mantém como uma pergunta irresolúvel, e, por isso, a dogmática penal deveria buscar outro ponto de partida para suas considerações:

(...) mesmo que se afirme sem restrições a competência do Estado para punir formas de conduta realizadas com culpa, continuará a ser insatisfatória a justificação da sanção penal com recurso à ideia de compensação da culpa. A liberdade humana pressupõe a liberdade da vontade (o livre arbítrio), e a sua existência, como os próprios partidários da ideia da retribuição concordam, é indemonstrável<sup>470</sup>.

---

seja livre, reprovar um sujeito torna-se possível porque o agente se identifica subjetivamente com o conteúdo de sua vontade, expressa por meio da ação (p. 109; 122-123).

<sup>468</sup> ENGISCH, 2006, p. 55.

<sup>469</sup> ENGISCH, 2006, p. 56.

<sup>470</sup> ROXIN, 2004, p. 18.

Nessa esteira:

O princípio segundo o qual a pena pressupõe a imputação pessoal do injusto (...) pode ser fundamentado de diferentes formas. (...) A concepção tradicional baseou-se na ideia do livre-arbítrio e considerou como pressuposto fundamental da responsabilidade o ‘*poder atuar de outro modo*’. Segundo tal doutrina, as causas que excluem a culpabilidade deveriam ter como fundamento a ausência da possibilidade de atuar de outra forma. Dois obstáculos opõem-se a esta concepção de culpabilidade. É ‘impossível demonstrar cientificamente’ a existência da pretendida desvinculação da vontade humana da lei da causalidade, segundo a qual todo efeito obedece a uma causa<sup>471</sup>.

Ainda:

Questão distinta das tratadas até agora é a do fundamento material específico que serve de base para a culpabilidade (...). Esse fundamento material não pode ser encontrado na indemonstrável possibilidade de se atuar de modo diverso. O fundamento material da culpabilidade deve ser buscado na *função motivadora da norma penal* (...). O importante não é que o indivíduo possa escolher entre várias ações possíveis: o importante é que a norma penal o motive, com seus mandamentos e proibições, a abster-se de realizar uma dessas várias ações possíveis, que é precisamente o que a norma proíbe com a ameaça de uma pena<sup>472</sup>.

Com relação à crítica concernente à “*indemonstrabilidade do conceito de livre-arbítrio*”, Luiz Regis Prado afirma que tanto o indeterminismo quanto o determinismo são premissas metodológicas indemonstráveis por sua própria natureza. Portanto, seria facultado ao direito escolher critérios de culpabilidade não lastreados em conhecimentos científicos<sup>473</sup>.

Contudo, como demonstrado no capítulo anterior, vemos que o conceito de livre-arbítrio finalista, que fundamenta toda esta teoria penal, atua em dois aspectos. Ao mesmo tempo em que afirma que a questão do livre-arbítrio é puramente formal – e, portanto, não interessaria saber se a vontade é realmente livre num plano fático – ela também procura conferir bases empíricas (de caráter científico, aliás) ao conceito de liberdade moral. E tais bases são severamente questionadas pelo que atualmente se conhece sobre o comportamento humano.

Como resultado, ao mesmo tempo em que a teoria final da ação reconhece a existência de circunstâncias capazes de determinar a conduta do agente, ela mantém suas intuições morais

---

<sup>471</sup> MIR PUIG, 2007, p. 421.

<sup>472</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado – Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 130.

<sup>473</sup> PRADO, 2011, p. 465.

libertárias<sup>474</sup> - sustentadas sobre premissas questionáveis, quer sob uma perspectiva filosófica ou estritamente científica.

Em todo caso, a questão a questão apresentada pelas teorias pós-finalistas não diz respeito à negação da existência da liberdade e da responsabilidade num plano moral; ou a negação da responsabilidade em esfera penal; ou, ainda, uma sugestão de que a premissa do determinismo deva ser aceita. O que efetivamente se afirma é que o direito penal é um ramo jurídico prático, que incide diretamente sobre a liberdade dos cidadãos. Seu exercício, portanto, dever ser devidamente justificado – o que se torna difícil, quando suas premissas repousam sobre um conceito que, caso existente, não é passível de ser demonstrado.

Um segundo argumento para o abandono do conceito de livre-arbítrio como elemento de justificação/legitimação do direito penal se explica pela relação entre essa ideia e o fenômeno do retributivismo.

Uma das principais consequências da ideia de liberdade moral é, como visto, permitir com que os agentes se tornem responsáveis pelos seus próprios atos. Dessa forma sucessos podem ser atribuídos a uma pessoa a título de mérito, assim como fracassos podem ser imputados a título de culpa.

Disso decorre que, quanto maior a crença na liberdade de um indivíduo, a crença em sua responsabilidade (seja a título de mérito ou culpa) também será proporcionalmente maior. Em sentido oposto, quanto maior o número de motivos que atuam sobre a vontade do agente, maior a probabilidade de que sua responsabilidade seja excluída ou atenuada.

Ao longo “*On Guilt, Responsibility and Punishment*”, Alf Ross concentra parte de seus esforços em estabelecer um diálogo com o escritor sueco Ingemar Hedenius, apontando a teoria do autor sobre “*o papel que a noção de liberdade da vontade efetivamente desempenha em ‘nossa consciência moral do que é certo’*”<sup>475</sup>.

Para Hedenius, a moralidade ocidental exige como requisito de responsabilidade a ideia de “exigibilidade de conduta diversa”. Entretanto, o livre-arbítrio, ainda que se configure como condição necessária, não seria suficiente para a responsabilidade moral: seria necessário que uma ação (moral) pudesse ser atribuída à personalidade do agente. Sua vontade “(...) *seria livre no sentido de não determinada por circunstâncias externas ao agente*”<sup>476</sup>.

---

<sup>474</sup> GREENE; COHEN, 2004, p. 1777.

<sup>475</sup> ROSS, 1975, p. 114.

<sup>476</sup> ROSS, 1975, p. 115.

Como implicação, ao se reprovar moralmente um ato, não se reprova um fato isolado. Antes, são reprovadas todas as demais escolhas do agente, bem como sua própria personalidade. Este, afinal, *poderia* ter feito algo para impedir a concretização do ato reprovável, caso assim tivesse desejado<sup>477</sup>.

Ross aponta que as críticas direcionadas ao retributivismo gerado a partir do livre-arbítrio são conhecidas da doutrina penal há algum tempo; ao menos desde de a teoria de Franz von Liszt. Segundo von Liszt, uma perspectiva determinista sobre o comportamento humano, quando transportada de modo sério ao direito penal, deveria provocar uma mudança de postura com relação aos delinquentes.

Segundo Ross, autores como Stephan Hurwitz, comentando sobre a teoria de von Liszt, apontaram para a seguinte conclusão:

A “lei da causalidade” é uma forma necessária do conhecimento. Para nossa compreensão, não existe efeito que não possua uma causa. Isso não diz nada a respeito daquilo que repousa para além de nossa compreensão. A lei da causalidade se aplica apenas ao tempo e espaço. Para além desses limites, há o espaço da fé. Enquanto objeto de conhecimento o criminoso é incondicionalmente determinado: seu crime é o efeito necessário das condições dadas. O requisito de responsabilidade de acordo com a lei penal é a capacidade normal de que alguém possa ser determinado por motivos. A atitude farisaica com relação ao criminoso deve ser abandonada se levamos o determinismo a sério. Não é nosso “mérito” o fato de que tenhamos por tanto tempo nos esquivado de ser condenados por um crime, da mesma forma que não é “culpa” do criminoso que as circunstâncias o tenham conduzido ao caminho do crime. (tradução nossa)<sup>478</sup>.

De forma curiosa, Ross afirma que as discussões sobre livre-arbítrio, retributivismo e determinismo não possuem qualquer efeito em esfera penal<sup>479</sup>.

---

<sup>477</sup> ROSS, 1975, p. 115-117.

<sup>478</sup> No original “*The “law of causation” is a necessary form of the understanding. For our understanding there is no effect without a cause. This implies nothing about what lies beyond our understanding. The law of causation applies only to time and space. Outside these limits there is room for faith. As an object of our understanding the criminal is unconditionally constrained: his crime is the necessary effect of the given conditions. The presupposition of responsibility according to penal law is the normal capacity to let oneself be determined by motives. The pharisaical attitude to the criminal must be dropped when we take determinism seriously. It is not our “merit” that we have for so long avoided being sentenced for a crime, and it is not the criminal’s “fault” that circumstances have led him into the way of crime*”. ROSS, 1975, p. 101-102.

<sup>479</sup> *Eu estou inclinado a acreditar que essa disputa é uma disputa sobre castelos no ar, e que as pessoas perderão o interesse nela assim que perceberem que tudo que pode ser dito a favor ou contra ‘liberdade da vontade’ ou ‘universalidade da causalidade’ não tem qualquer interesse para o direito e para a moralidade*”. No original: “*I am inclined to believe that the dispute about these is a dispute about castles in the air, and that people will lose interest in it once they realize that whatever can be said for or against ‘freedom of the will’ or ‘the universality of causation’ is without any interest for law and morality*”. ROSS, 1975, p. 103.

Seria incorreto – e mesmo sem sentido – pensar que uma comunidade objetiva *a mera punição do culpado* como um fim a ser atingido, mesmo porque a hipótese libertária, assim como a determinista, seria indemonstrável<sup>480</sup>.

Quando o direito penal fala sobre “*exigibilidade de conduta diversa*”, não há referência a estados de liberdade internos ao agente. As pretensões da lei penal se limitam a verificar, sob um ponto de vista externo, *se seria possível esperar que o agente houvesse agido de outra forma*<sup>481</sup>. Em sua opinião, o assunto seria tão pacífico que, eventualmente, as pessoas perderiam o interesse nesse debate. O livre-arbítrio não seria nada mais do que um pseudoproblema ao direito penal<sup>482</sup>.

A crítica do autor se apresenta como válida: é bem possível formular todo um sistema penal sem que se tome partido na discussão “libertarianismo” versus “determinismo”. Assim como defende o autor, basear a responsabilidade do agente em critérios de “expectativa social” é uma hipótese teoricamente plausível tanto em modelos libertários como em modelos deterministas<sup>483</sup>.

Embora esse não seja o caso da teoria finalista da ação, a maior parte das teorias penais que se desenvolveram após essa corrente procura superar o debate. Na atualidade, é possível encarar a questão do livre-arbítrio como um “falso” problema para o direito penal. Não há apenas uma resposta possível à questão da justificativa da pena, mas várias, perfeitamente plausíveis *ainda que a premissa determinista seja verdadeira*.

Selecionamos, abaixo, alguns dos modelos em que a “culpabilidade”, compreendida simultaneamente como elemento do delito e justificativa de existência da pena, atende aos critérios estabelecidos em nossa hipótese de trabalho<sup>484</sup>.

### **4.3. A teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli**

#### **4.3.1. O garantismo enquanto sistema de vinculação do poder punitivo**

---

<sup>480</sup> ROSS, 1975, p. 102.

<sup>481</sup> ROSS, 1975, p. 174.

<sup>482</sup> ROSS, 1975, p. 175-179.

<sup>483</sup> Sua aplicabilidade em situações concretas, no entanto, exige que tais expectativas não violem garantias individuais conferidas ao réu em âmbito internacional e nacional, atentando-se especialmente à Constituição, ao Código Penal, e ao Código de Processo Penal.

<sup>484</sup> Cf. seção 1.3.

A primeira teoria analisada corresponde ao “garantismo penal”, desenvolvido pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli (1940 - ).

Em 1989, com a publicação da obra “Direito e razão”, Ferrajoli lança as bases de seu modelo garantista, cuja preocupação central é a proteção do réu frente às arbitrariedades do poder punitivo estatal.

Na compreensão do autor, a cultura jurídica italiana desenvolvida até a década de 1950, tratava a filosofia e as ciências jurídicas como dois ramos completamente desvinculados. Em um de seus polos, a filosofia do direito se preocupava com conceitos essencialmente metafísicos. No outro, o pensamento jurídico era construído principalmente por juristas e juízes, “*acriticamente juspositivista e tecnicista*”<sup>485</sup>.

Coube a Norberto Bobbio e a Umberto Scarpelli promover uma nova orientação, reformulando a filosofia do direito como “*filosofia do conhecimento jurídico*” que, ao mesmo tempo, serviria como uma metodologia (ou *metaciência*) da ciência do direito, e como um método de análise da linguagem jurídica utilizada pelo legislador.

A disciplina, portanto, passa a contar com um caráter empírico-analítico, aproximando a filosofia do direito italiana com a filosofia analítica desenvolvida na Inglaterra e nos Estados Unidos. O direito passa a ser compreendido enquanto um tipo de “*linguagem*” administrada por atores institucionais: intérpretes do direito, operadores do direito e juristas<sup>486</sup>.

Entretanto, ainda no final da década de sessenta, a corrente iniciada por Bobbio sofreria sua primeira crise que, na opinião de Ferrajoli, possuía caráter epistemológico. Para os críticos dessa corrente, seus teóricos promoviam dois elementos incompatíveis. Ao mesmo tempo em que promoviam um positivismo jurídico normativista (que torna impossível a supressão dos juízos de valor na construção dos conceitos e teorias jurídicas, pois essas interpretam a linguagem do legislador), eles também adotavam pressupostos teóricos empírico-analíticos (os quais, a seu turno, pareciam excluir a dimensão *valorativa* do discurso jurídico)<sup>487</sup>.

Havia, ainda, um segundo problema: as ligações entre a filosofia do direito e a ciência jurídica ainda eram muito escassas. Tais divergências, assevera o autor, fizeram com que a crise

---

<sup>485</sup> FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 14-15.

<sup>486</sup> FERRAJOLI, 2000, p. 15-19.

<sup>487</sup> FERRAJOLI, 2000, p. 22-23.

na cultura jurídica italiana perdurasse ao longo da década de 1970, adentrando na década de 1980<sup>488</sup>.

Nesse cenário, com o intuito de superar a crise inicial do “projeto bobbiano”<sup>489</sup>, Ferrajoli formula sua própria teoria do direito penal, reconhecida pelo próprio Bobbio enquanto uma aposta alta, complexa e surpreendentemente clara. Nesta, estabelecem-se os pilares de um Estado de Direito que possui como objetivo “*a tutela da liberdade do indivíduo contra as várias formas de exercício arbitrário do poder*”<sup>490</sup>.

O termo “garantismo”, explica o autor, possui três acepções principais.

Num primeiro sentido, de caráter jurídico, “garantismo” corresponde a um *modelo normativo de direito*, que, em âmbito penal, é pautado pelo princípio da estrita legalidade<sup>491</sup>.

Em segundo lugar, a expressão refere-se a uma *teoria jurídica* que compreende “validade” e “efetividade” como categorias distintas entre si, numa abordagem teórica que mantém separadas as esferas do “ser” e do “dever ser” no direito<sup>492</sup>. Nessa esteira, trata-se de um modelo desenvolvido em oposição a um “*realismo tosco*” da tradição jurídica italiana, que impedia a construção de uma teoria empírica do direito. Normas, esclarece o autor, consistem em “*significados associados a documentos normativos*” e, como tais, são definidas no plano teórico e interpretadas no plano dogmático e judicial<sup>493</sup>.

Finalmente, “garantismo” também corresponde a uma *filosofia política* que, ao mesmo tempo em que pressupõe a separação entre direito e moral, requer do Estado e de seu direito o ônus de se justificar *externamente* por valores, com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou garantia constituem a finalidade<sup>494</sup>. Seria, na opinião do autor, um erro incidir na mesma ilusão “*kelseniana e bobbiana*”, de pretender construir uma teoria “pura” ou “formal” do direito, no sentido de uma teoria “avaliativa” ou unicamente “descritiva”<sup>495</sup>.

É no âmbito penal que a teoria garantista encontrou seu maior desenvolvimento enquanto teoria e prática jurídica.

<sup>488</sup> FERRAJOLI, 2000, p. 24-26.

<sup>489</sup> FERRAJOLI, 2000, p. 24-31.

<sup>490</sup> BOBBIO, Norberto. *Prefácio à 1. ed. italiana*. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. Rev., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 7.

<sup>491</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 785-786.

<sup>492</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 786-787.

<sup>493</sup> FERRAJOLI, 2000, p. 26-28.

<sup>494</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 787- 788.

<sup>495</sup> FERRAJOLI, 2000, p. 29-31.

Para o autor, um direito penal de cunho garantista deveria ser formulado em oposição à “*tradição fascista*” do direito italiano, bem como ao grande número de “*leis excepcionais e de emergência*”, criadas sem obedecer aos parâmetros constitucionais<sup>496</sup>.

O modelo de Ferrajoli parte da premissa básica de que a pena, mesmo que justificada, não deixa de ser uma segunda forma de violência acrescentada àquela presente no delito. Dessa vez, a violência é praticada pelo Estado contra o réu, numa tentativa de resolução dos conflitos sociais originados a partir da atividade delituosa<sup>497</sup>.

O poder estatal é muito maior do que aquele detido por qualquer de seus cidadãos, individualmente considerados, e sempre tende ao excesso, seja no plano de sua elaboração, aplicação ou execução. Dessa forma, seguindo a tradição clássica de matriz liberal, há a necessidade de se minimizar “*esse terrível poder*” que é o poder punitivo, submetendo-o estritamente às normas penais e constitucionais<sup>498</sup>.

Por isso mesmo, o sistema penal garantista representa, num plano jurídico, um “*sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos*”<sup>499</sup>. Ao estabelecer uma série de garantias; isto é, as “*regras do jogo*” do direito penal, o autor delimita os parâmetros que autorizam o exercício da punição.

Em sua visão, uma pena só se afiguraria como legítima quando sua imposição respeitasse, simultaneamente, todas as garantias estabelecidas pelo sistema<sup>500</sup>. O sistema de garantias corresponde, portanto, aos critérios de legitimidade ou de justificação *internos* ao direito<sup>501</sup>.

O modelo penal proposto por Ferrajoli baseia-se em dez axiomas fundamentais, cada qual expressando uma garantia (penal ou processual penal) e, portanto, um vínculo idôneo a limitar o espaço de arbítrio na aplicação do “*poder penal*”.

Formam a base desse sistema garantista de direito ou de responsabilidade penal os seguintes princípios, ordenados e conectados sistematicamente:

---

<sup>496</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo penal*. Tradução de Marina Gascón. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 10.

<sup>497</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 15-16.

<sup>498</sup> FERRAJOLI, 2006, p. 10-11.

<sup>499</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 91.

<sup>500</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 93.

<sup>501</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 92-95.

1) Princípio da *retributividade* ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da *legalidade*, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da *necessidade* ou da economia do direito penal; 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento; 5) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da *jurisdicionariiedade*, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação; princípio do *ônus da prova* ou da verificação; 10) princípio do *contraditório* ou da defesa, ou da falseabilidade<sup>502</sup>.

Assim sendo, determinado modelo de direito penal será considerado (idealmente) garantista quando todos esses princípios forem observados em sua integralidade. O autor ressalta, contudo, que o sistema garantista representa um *modelo limite*. Muito mais do que falar em sistemas completamente *garantistas* ou *antigarantistas*, existem *graus de garantismo*<sup>503</sup>.

Um modelo de direito penal garantista se prestaria a, simultaneamente, regulamentar os tipos penais abstratamente previstos em lei, além de impor rígidos parâmetros para a aplicação da norma penal no caso concreto.

Dito de outro modo, suas garantias *penais* são limites dirigidos ao poder legislativo, através da prescrição de “*uma técnica específica de qualificação penal, idônea a garantir, com a taxatividade dos pressupostos da pena, a decidibilidade da verdade de seus enunciados*”<sup>504</sup>. A seu turno, as garantias *processuais penais* são direcionadas ao poder judicial, minimizando sua esfera de atuação, o que reduz a possibilidade de ações arbitrárias<sup>505</sup>.

Assim sendo, não é possível criminalização de uma conduta ou a aplicação de uma pena sem a observância dos pressupostos estabelecidos pelo sistema. O modelo acima delineado corresponderia, então, à “*principal conotação funcional de uma específica formação moderna que é o Estado de direito*”<sup>506</sup>.

---

<sup>502</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 91.

<sup>503</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 91-95; 786. Em seu ponto de vista, uma das maiores falhas da doutrina jurídica italiana era a crença na ideia de que um modelo penal *empírico* poderia, à semelhança de um *modelo penal teórico*, ser completo e coerente. Tal situação seria faticamente impossível: na realidade, modelos jurídicos, embora se inspirem em modelos teóricos normativos, são construídos “*sobre a base dos princípios de direito positivo e dos desníveis normativos do ordenamento investigado*”. Consequentemente, um modelo teórico não é desmentido, mas *violado*, em maior ou menor grau, pelo funcionamento concreto de determinado sistema jurídico. (FERRAJOLI, 2000, p. 24-27).

<sup>504</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 93.

<sup>505</sup> FERRAJOLI, 2006, p. 11.

<sup>506</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 91.

A imposição de um sistema tão detalhado de garantias vem da compreensão do autor de que qualquer modelo de direito penal representa uma forma de violência direcionada aos indivíduos. É preciso, portanto, que *bons motivos* lhe validem a existência.

Por essa razão, o autor demonstra extremo cuidado ao justificar a existência de seu modelo penal, bem como a própria existência do direito de punir. Os critérios de justificação do direito penal, internos e externos, são um tema recorrente ao longo da obra de Ferrajoli, para quem os problemas conceituais do direito necessitam de um esforço consistente de “*discussão, depuração e reconstrução de doutrinas e propostas alternativas*”<sup>507</sup>.

#### 4.3.2. Objetivos do direito penal e sua justificativa de existência

Um dos debates mais frequentes ao longo da história da filosofia do direito penal é, como já mencionado, os argumentos de justificação da pena. O longo debate travado entre “indeterminismo” e “determinismo” nada mais é do que um debate entre teorias de legitimação do direito de punir.

O mesmo problema se impõe à teoria garantista. Por se reconhecer como herdeira da tradição liberal iluminista, tal modelo não apenas deve se preocupar em fornecer uma justificativa para o direito de punir, como, ao mesmo tempo, deve garantir que o poder punitivo seja exercido enquanto um direito penal *mínimo*. São as liberdades individuais que recebem papel de destaque, em lugar de figuras como sociedade ou Estado<sup>508</sup>.

Como tantos outros teóricos que o precederam, o autor afirma que o Estado não consiste num *fim*, encarnando em si valores ético-políticos superiores aos valores sociais e individuais; mas é um meio, cujo objetivo é a garantia dos direitos fundamentais do cidadão.

Sendo uma ficção, a justificativa de existência do Estado repousa justamente na proteção das garantias de seus cidadãos. Portanto, qualquer poder que não seja apto a garantir tais direitos (ou pior, os viole) é ilegítimo<sup>509</sup>.

Assim como o Estado, o direito penal também seria apenas outro “artifício” criado pelo homem. Disso decorre que, embora o poder punitivo tenha uma existência real, ele não representa

---

<sup>507</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Epistemología Jurídica y Garantismo*. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2008. p. 8.

<sup>508</sup> FERRAJOLI, 2006, p. 12.

<sup>509</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 812.

uma instância “natural”, “absoluta” ou “autojustificável”<sup>510</sup>. Por isso mesmo, embora o direito penal conte com critérios de validação (ou coerência) internos, as razões que lhe autorizam a existência só podem ser buscadas *fora* do direito:

Para que sejam precluídas autojustificações ideológicas de direito penal e das penas viciadas pela falácia naturalista, faz-se mister, em primeiro lugar, que o objetivo seja reconhecido e partilhado como um bem extrajurídico, ou seja, externo ao direito, e, em segundo lugar, que o meio jurídico seja reconhecido como um mal, isto é, como um custo humano ou social. Somente assim é assegurada a autonomia do ponto de vista axiológico externo daquele externo de tipo sociológico e daquele interno de tipo jurídico, bem como evitada a petição de princípio que comprime a justificação sob a descrição, o objetivo sob as funções ou sob os efeitos jurídicos, o dever ser sob o ser do direito<sup>511</sup>.

Tendo isso em mente, Ferrajoli apresenta uma resposta interessante ao problema da justificação do direito penal. Para a teoria garantista, os fins do direito penal se explicam justamente através de seu sistema de garantias, orientadas de forma a minimizar e regular a violência do Estado<sup>512</sup>. Dito de outro modo, a única justificativa racional que um sistema penal pode oferecer é a possibilidade de redução ou minimização da quantidade de violência existente na sociedade – e, por “violência”, Ferrajoli refere-se tanto à violência representada pelos delitos quanto a violência das reações frente aos delitos, sejam elas provenientes do Estado ou da sociedade. O direito penal deveria proteger tanto a maioria *não desviante* dos cidadãos, como também sua parcela *desviante*<sup>513</sup>.

No contexto de um direito penal mínimo, só existem dois argumentos capazes de legitimar o poder punitivo: a prevenção dos delitos, que é o objetivo *justificante* do direito penal, e a prevenção de penas informais de qualquer espécie. O último argumento, conquanto não justifique a existência de um modelo penal, estabelece o parâmetro para o exercício de seu objetivo justificante.

Assim, o sistema garantista adota uma espécie de “*utilitarismo partido ao meio*”: ao mesmo tempo em que visa a promoção da máxima utilidade da maioria (a prevenção dos crimes), há a proibição de que esta utilidade ultrapasse determinadas barreiras de proteção ao indivíduo<sup>514</sup>.

---

<sup>510</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 834.

<sup>511</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 303.

<sup>512</sup> FERRAJOLI, 2006, p. 12.

<sup>513</sup> FERRAJOLI, 2006, p. 12.

<sup>514</sup> FERRAJOLI, 2006, p. 13.

Seu limite mínimo, de fato, possui caráter propriamente utilitarista. Para evitar a prática de determinada conduta valorada negativamente pelo sistema (que se traduzem nos tipos penais), o direito penal deverá estabelecer sanções severas o suficiente para exercer seu poder de dissuasão. Abaixo desse limite, o objetivo do direito penal não é realizado de forma adequada, visto que as penas não representarão um motivo “forte” o suficiente para que o indivíduo deixe de praticar a ação delitiva<sup>515</sup>.

Contudo, justificar a pena com base na teoria da prevenção geral negativa não estabelece um limite *máximo* para a aplicação das sanções. Para evitar a adoção de meios “*maximamente fortes e ilimitadamente severos*”, é preciso observar um segundo parâmetro, de caráter utilitário: “*o mínimo mal-estar dos sujeitos desviantes*”, critério humanitário de bom senso na aplicação da pena<sup>516</sup>.

Outra consequência do princípio do “*mínimo mal-estar*” aplicado aos réus consiste no fato de que um modelo penal garantista não se preocupa apenas com as sanções estatais. Sua proteção aos indivíduos abrange quaisquer tipos de reação punitiva aos delitos. Ainda que violenta, uma sanção penal exercida num modelo de estrita legalidade se apresenta como uma alternativa mais branda do que o puro retributivismo da maioria:

(...) trata-se da prevenção, mais do que dos delitos, de um outro tipo de mal, antitético ao delito, que normalmente é negligenciado tanto pelas doutrinas justificacionistas como pelas abolicionistas. Este outro mal é a maior reação – informal, selvagem, espontânea, arbitrária, *punitiva, mas não penal* – que, na ausência das penas, poderia advir da parte do ofendido ou de forças sociais ou institucionais solidárias a ele. É o impedimento deste mal, do qual seria vítima o réu, ou pior ainda, pessoas solidárias ao réu que representa, eu acredito, o segundo e fundamental objetivo justificante do direito penal<sup>517</sup>.

Em suma, a única justificativa possível para a existência do direito de punir é a prevenção dos delitos (a máxima utilidade possível de um sistema penal à população não desviante). Mesmo assim, seu objeto de justificação não pode ser empregado como um pretexto

<sup>515</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 308-309.

<sup>516</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 308. Tal constatação reforça, mais uma vez, a presença da tradição liberal na obra de Luigi Ferrajoli. Tanto Ferrajoli como Cesare Beccaria revelam uma profunda admiração pela filosofia iluminista, especialmente pela obra de Montesquieu. Segundo Mario De Caro, é o mesmo respeito pelo pensamento iluminista e liberal que levou Cesare Beccaria a se preocupar com a figura dos “bodes expiatórios” – isto é, indivíduos apenados de forma excessiva, seja para a mera prevenção dos delitos ou mesmo para “servir de exemplo” para o restante da população. Assim como Ferrajoli afirma divergir de um pensamento propriamente utilitarista, seria também insuficiente enxergar Beccaria como um mero precursor da filosofia utilitarista, haja vista sua ênfase na importância da proteção das liberdades individuais. DE CARO, 2016, p. 11-12.

<sup>517</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 309.

para impor ao acusado sanções arbitrárias<sup>518</sup>. Sob a perspectiva garantista, um modelo concreto de direito penal será justificado se, e somente se, for simultaneamente capaz de prevenir delitos e proteger garantias individuais. A partir do momento em que o Estado falha a oferecer respostas ao problema da prática delitiva, ou as oferece de modo insuficiente, ou ainda realiza essa prevenção em detrimento das garantias do réu, sua existência é ilegítima<sup>519</sup>.

Um modelo de direito penal garantista, portanto, só fornece justificativas *a posteriori*, eventuais e setoriais a um sistema *já existente*. Assim sendo, o garantismo se converte em um paradigma que vale “*não apenas como fonte de justificação e legitimação, mas também como fonte de deslegitimação (...) do direito penal existente ou de alguma de suas partes, assim como do poder judicial encarregado de sua aplicação*”<sup>520</sup>.

Nesse ponto específico, a teoria elaborada por Luigi Ferrajoli se aproxima das teorias abolicionistas da pena, cujo grande mérito, de “*caráter heurístico e metodológico*”, é reconhecer o direito penal como um “*artifício*”, impondo-lhe uma carga justificativa<sup>521</sup>.

Por outro lado, é essa mesma característica que diferencia o garantismo penal das demais teorias de justificação da pena. Via de regra, teorias justificacionistas oferecem argumentos *a priori* para a legitimação do direito de punir, tomando por base sanções e modelos penais abstratos, “*qualquer que seja seu conteúdo*”. Por essa razão, Ferrajoli as considera como teorias essencialmente ideológicas<sup>522</sup>.

Ocorre que tal postura gera uma série de incongruências entre os modelos de justificação e a prática penal. Ao identificar os critérios ou parâmetros de justificação de suas teorias (como a prevenção dos delitos ou a reeducação do réu) com a própria justificação para a existência da pena, há a legitimação *prévia* de modelos penais – mesmo que, na realidade, tais sistemas falhem na prevenção dos delitos ou mesmo provoquem uma “*deseducação*” dos réus, através da expiação da pena<sup>523</sup>. Como resultado, há uma prática penal que *deslegitima* seus próprios pressupostos teóricos.

---

<sup>518</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 311.

<sup>519</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 307

<sup>520</sup> No original “*Con la consecuencia de que el paradigma vale no sólo como fuente de justificación y legitimación, sino también como fuente de deslegitimación (...) del derecho penal existente o de alguna de sus partes, así como del poder judicial encargado de su aplicación*” FERRAJOLI, 2006, p. 14.

<sup>521</sup> FERRAJOLI, 2006, p. 12.

<sup>522</sup> FERRAJOLI, 2006, p. 13.

<sup>523</sup> FERRAJOLI, 2006, p. 13.

### 4.3.3. A relação entre livre-arbítrio e culpabilidade na teoria do garantismo penal

Ao oferecer seus critérios de justificação para a existência de modelos penais Luigi Ferrajoli desenvolve uma teoria que se subtrai ao longo debate travado entre teorias “libertárias” e “deterministas” da conduta humana.

Uma vez que a legitimação de um sistema punitivo se verifica em momento *posterior* a sua existência num plano concreto, o foco do interesse do autor se volta para os critérios de validação do exercício do poder penal. O modo pelo qual as pessoas pensam e decidem não é um argumento de validação *prévio* a um sistema punitivo. Antes, como mencionado, o único critério justificador de um modelo penal é a sua capacidade de prevenir delitos. A pena seria um fator de dissuasão (um motivo contrário), apresentado pelo Estado a seus cidadãos para desencorajá-los a praticar delitos.

Tal justificativa é perfeitamente compatível com aquilo que as neurociências têm a dizer sobre o modo de funcionamento do cérebro, mesmo sob uma perspectiva determinista em sentido forte. O objetivo *justificante* oferecido pela teoria do garantismo penal, continua plausível *mesmo* quando analisado a partir de teorias neurocientíficas sobre o comportamento humano. Inclusive as de matriz determinista.

A bem da verdade, é a própria teoria do garantismo penal que descarta várias das justificas possíveis para a legitimação da pena, oferecidas por neurocientistas e filósofos. Em diversas oportunidades, Ferrajoli se posiciona contrário à utilização da pena como mero instrumento de defesa social, além de negar a possibilidade que modelos penais sejam guiados por uma função “ressocializadora” ou “educativa” da pena<sup>524</sup>.

A respeito da posição do autor sobre a temática do livre-arbítrio, é interessante destacar que o próprio Ferrajoli realiza críticas severas às teorias deterministas.

Ao discorrer sobre o *princípio* da culpabilidade, o autor pontua que seu conteúdo exige que delitos sejam vinculados a elementos “subjetivos” ou “psicológicos”, o que significa dizer que “(...) *nenhum fato é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; conseqüentemente, não pode ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer*”<sup>525</sup>.

---

<sup>524</sup> Nesse sentido: FERRAJOLI, 2014, p. 298-324.

<sup>525</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 447.

Em sua opinião, desde o fim do século XIX, o princípio da culpabilidade vem sofrendo “*uma crise regressiva*”, sendo negado “(…) *em sede teórica e normativa, por obras de doutrina e ordenamentos autoritários que tendem a debilitá-la, a integrá-la ou a substituí-la pela ‘periculosidade do réu e por outros meios de qualificação global de sua personalidade’*”, como as teorias que, negando a existência do conceito de livre-arbítrio, negam também a intencionalidade dos agentes, propondo critérios de responsabilidade baseados no caráter do autor da ação<sup>526</sup>.

O princípio em questão se apoiaria em quatro fundamentos externos (ou políticos): a necessidade de reprovação pessoal da intencionalidade do agente expressa na ação (pois, sem intencionalidade, não há o que ser pessoalmente reprovável num indivíduo); a necessidade de prevenção geral própria do direito penal (pois o conceito de “intencionalidade” é essencial para que a pena possa ser compreendida como um elemento de dissuasão); a possibilidade conferida aos seres humanos “*de prever e de planificar o rumo futuro de nossa vida, partindo da estrutura coativa do direito*”; e o fato de que apenas condutas intencionais – isto é, orientadas a partir de conhecimento e vontade – podem ser observadas ou violadas pelos destinatários da norma<sup>527</sup>. Ferrajoli destaca que esse último argumento, especificamente, “*melhor permite desemaranhar o intrincado problema da natureza da culpabilidade e de seus pressupostos, normalmente enredado por fórmulas metafísicas*”<sup>528</sup>.

A partir dessas observações sobre o princípio da culpabilidade é que o autor se posiciona sobre o “*antiquíssimo*” “(…) *dilema metafísico entre determinismo e livre-arbítrio*”, expresso através da seguinte pergunta: “*poderia ter agido de outro modo?*”<sup>529</sup>:

A culpabilidade, segundo uma feliz fórmula, extraída da filosofia moral e usual na literatura anglo-saxã, consiste no fato de que o responsável por um delito “poderia ter menos as remotas, são independentes da vontade do agente, inexoravelmente condicionada por elas. Ao contrário, para os que afirmam o livre-arbítrio, em todos os casos nos quais não é detectável um constrangimento externo e independente que tenha alterado ou, pelo menos, condicionado a capacidade psíquica ou a vontade do autor de um delito, este “poderia ter atuado de forma diferente”, bastando que assim desejasse<sup>530</sup>.

<sup>526</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 448.

<sup>527</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 451.

<sup>528</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 451-452.

<sup>529</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 452.

<sup>530</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 452-453.

Para Ferrajoli, a adoção de um viés determinista implicaria na atribuição do crime à “*causas externas ou objetivas de tipo natural ou social*”, criando uma espécie de “*resultado sem culpa*”<sup>531</sup>.

Sobre o assunto, colacionam-se as seguintes declarações:

(...) o determinismo e a não liberdade de querer que fazem com que sintamos injusta a culpabilização subjetiva do agente por ações independentes de sua vontade e que sugerem seu tratamento como um doente ou um animal perigoso (...) O que deterministas sustentam não é que a vontade humana não seja influenciável por normas e ameaças de pena, senão que essa influência não é decisiva, já que depende de outros fatores externos, como a herança ou o ambiente, conhecidos em parte e em parte ignorados, mas não por isso menos determinantes, que condicionam de maneira inexorável e praticamente decisiva a vontade do agente. Essa tese, caso se generalize, pode parecer absurda: todos os delitos, incluídos os leves e/ou difusos, como avançar o sinal ou a evasão fiscal, seriam indício de enfermidade, ou de causas ambientais ou hereditárias. Entretanto, essa premissa do caráter determinante ou inexorável dos fatores involuntários da ação é, precisamente, o postulado definidor do determinismo extremo, tal como se pode observar, por exemplo, em muitos sequazes da Escola Positiva que rejeitam, com esta base, a ideia de culpabilidade. (...) O postulado do determinismo, hoje, tem sido derrubado tanto na física como na epistemologia da ciência<sup>532</sup>.

O autor prossegue apontando que perspectiva libertária, no entanto, também não seria correta. De forma moralista e quase religiosa, essa corrente atribui o delito “*à livre eleição de um sujeito intrinsecamente e subjetivamente perverso*”, o que cria uma “*culpa sem resultado*”<sup>533</sup>. O livre-arbítrio não condicionado direciona seus juízos de culpa ao agente não por suas ações pontuais, mas “*por sua forma geral de ser*”<sup>534</sup>.

Ambas as teorias, diametralmente opostas, acabariam por conduzir a “*conclusões práticas substancialmente convergentes*”, que desvalorizariam o resultado material da ação. Em última instância, libertarianismo e determinismo criariam modelos penais apoiados nas ideias de periculosidade ou perversidade do réu<sup>535</sup>. Assim, determinismo e libertarianismo seriam visões inconsequentes, de um ponto de vista lógico.

O princípio da culpabilidade, por sua vez, buscaria afastar ambas as hipóteses. Seu significado corresponderia ao fato de que “*de um pessoa pode-se dizer que tem a possibilidade, e por isso o dever, de atuar de forma diferente da que atua, mas não de ser diferente de como é*”.

<sup>531</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 453.

<sup>532</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 456-457.

<sup>533</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 453-454.

<sup>534</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 456.

<sup>535</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 453.

Nesse sentido, assevera o autor, o livre-arbítrio nada mais seria do que a possibilidade de um agente, dadas as suas condições (e limites) pessoais, escolher o curso de suas condutas, pois, num sistema garantista, “*não tem lugar nem a categoria periculosidade nem qualquer outra tipologia subjetiva de autor elaboradas pela criminologia antropológica ou ética*”<sup>536</sup>.

Apesar das críticas do autor, seu sistema não perde o interesse para o trabalho em questão. Em primeiro lugar porque as neurociências não se confundem com o *fatalismo do positivismo criminológico* – nem mesmo quando estudadas por teóricos deterministas.

Como reiterado ao longo do presente trabalho, oferecer explicações materiais a comportamentos humanos não significa ser capaz de prever condutas. Não existem, nesse sentido, fatores *inexoráveis*. Todos os comportamentos se explicam por causas, mas não existem causas que, por si só, conduzirão, invariavelmente, a um mesmo comportamento. Fatores causais também explicam a capacidade humana de se posicionar frente a motivos, como também explicam a possibilidade de mudar de ideia.

Em segundo lugar, ainda que Ferrajoli se utilize da expressão “livre-arbítrio” como critério de mensuração no *princípio da culpabilidade*, o autor: 1) não atrela a validade de seu sistema penal à validade da hipótese do livre-arbítrio, situação que acaba ocorrendo na teoria finalista da ação; e 2) sua definição do termo não estabelece parâmetros de *culpabilidade* ou *responsabilidade* essencialmente contrários àquilo que outros ramos da ciência afirmam sobre o comportamento humano. Seus pressupostos continuam se mantendo válidos mesmo quando confrontados pelos dados provenientes das neurociências.

Finalmente, mesmo considerando as críticas do autor a teorias deterministas, o modelo garantista não perde sua validade *ainda que tais teorias sejam verdadeiras*. Isso se explica, como asseveram Antonio de Cabo e Gerardo Pisarello, pelo caráter “formal” do garantismo. Segundo afirmam, o sistema desenvolvido por Ferrajoli, à semelhança de teorias normativas como a de

---

<sup>536</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 459. Em nota, há de se destacar que apesar de tratar da temática do livre-arbítrio enquanto aborda o *princípio* da culpabilidade, Ferrajoli, rigoroso em seus métodos de sistematização, jamais confunde a culpabilidade enquanto *princípio* com os *critérios de responsabilização do agente*. Conforme declara, a *responsabilidade* é uma relação puramente normativa: “*Distinta da culpabilidade é a responsabilidade. Como tal há de entender-se, simplesmente, a sujeição jurídica à sanção como consequência de um delito, qualquer que seja a relação normativamente exigida entre o sujeito chamado a responder e o delito pelo qual responde*”. No modelo garantista, haverá a exclusão da culpabilidade penal subjetiva em três hipóteses: “*a) Pelas causas de exclusão da personalidade (ou da ‘suietà’) da ação, como acontece nos fatos alheios ou no caso fortuito; b) pelas causas de exclusão da imputabilidade do autor, como a enfermidade mental ou a menoridade; c) pelas causas de exclusão da culpabilidade em sentido estrito, como a inconsciência involuntária, a força maior, o constrangimento físico ou os diferentes tipos de erro*”. FERRAJOLI, 2014, p. 450.

Hans Kelsen, é capaz de servir como padrão de validade para “(...) *modelos ideologicamente diversos*”. Assim, tanto modelos socialistas quanto liberais, democráticos “(...) *ou, inclusive, autoritários*”, na opinião dos autores, poderiam, em tese, se pautar por pressupostos garantistas<sup>537</sup>.

Em nossa opinião, tal característica também torna possível que a teoria do garantismo penal desenvolvida por Ferrajoli se mantenha válida tanto em modelos libertários ou dualistas (tal como o direito penal brasileiro se estrutura, na atualidade) quanto em modelos que adotam uma visão determinista (em sentido forte) do comportamento humano.

Pelo exposto, conclui-se que a teoria do garantismo penal é uma alternativa plausível frente às questões apresentadas pelas neurociências, no que diz respeito aos critérios de justificação do direito penal<sup>538</sup>.

#### **4.4. A teoria do funcionalismo teleológico de Claus Roxin**

##### **4.4.1. O direito penal enquanto sistema de proteção aos bens jurídicos**

A segunda teoria analisada corresponde ao “funcionalismo teleológico”, desenvolvido pelo jurista alemão Claus Roxin (1931 - ).

Ao longo dessa pesquisa, foram realizadas diversas menções à teoria penal de Roxin. Isso se deve ao fato de que o autor, embora não tenha sido o primeiro a retomar a temática do “livre-arbítrio” no direito penal, conferiu relevância internacional ao tema.

Preocupado com as questões de fundamentação do sistema penal, Roxin propõe um modelo aberto, que se atenta a questões externas ao direito<sup>539</sup>. Ao considerá-las, o direito penal se tornaria mais próximo de sua “*missão social*”<sup>540</sup>.

<sup>537</sup> CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo. *Ferrajoli y el Debate Sobre los Derechos Fundamentales*. Prólogo à obra de FERRAJOLI, Luigi et al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Debate con Lucca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jorsi, Anna Pintore, Ermanno Vitale e Danilo Zolo. 4. ed. Madri: Editorial Trotta, 2009. p. 12.

<sup>538</sup> O tópico em questão foi desenvolvido a partir de trabalho prévio da autora, escrito em coautoria com Renato César Cardoso, publicado com o seguinte título: CARDOSO, Renato César; MIRANDA, Isadora Eller Freitas de Alencar. *Neurociência, Determinismo e Garantismo Penal*. In: NOJIRI, Sergio. *Direito, Psicologia e Neurociência*. Coordenação de Sergio Nojiri. Ribeirão Preto: Editora IELD, 2016.

<sup>539</sup> PARMA, Carlos. *El pensamiento de Günther Jakobs – El Derecho Penal del siglo XXI*. Medonza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003.

<sup>540</sup> ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Tradução e introdução de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2002. p. 32.

Tais preocupações acabam se refletindo em toda a estrutura do funcionalismo teleológico. A escolha desse nome, aliás, se explica pelo fato de que todas as categorias do delito presentes no interior do sistema desenvolvem-se a partir da compreensão de Roxin sobre a finalidade (*telos*) do direito penal. Num Estado Democrático de Direito, a função do sistema penal se traduz na tutela preventiva e subsidiária dos “bens jurídicos”<sup>541</sup>.

A definição de Roxin para o termo “bens jurídicos” tornou-se um marco no estudo do tema, e é estruturada da seguinte forma: Bens jurídicos são as “(...) *circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos*”<sup>542</sup>.

Bens jurídicos podem ser considerados tanto numa perspectiva individual quanto coletiva (os “bens jurídicos da generalidade”). Nesse último caso, porém, é necessário que cada cidadão, considerado de forma particular, possa ser beneficiado pela tutela do bem em questão<sup>543</sup>.

De modo semelhante a Luigi Ferrajoli, Roxin afirma que sua teoria parte do pressuposto de um “*Estado de Direito liberal*”, capaz de garantir a igualdade na aplicação do direito, respeitando ainda as liberdades individuais<sup>544</sup>. Ainda que o autor destaque a proteção à sociedade e a seus interesses, a tutela penal não pode ser realizada ignorando a esfera de proteção do indivíduo.

Para o funcionalismo teleológico, o direito penal é definido, formalmente, enquanto a “(...) *soma de todos os preceitos que regulam os pressupostos ou consequências de uma conduta cominada com uma pena ou medida de segurança*”<sup>545</sup>. Materialmente, normas penais são instrumentos que garantem, de forma subsidiária, a proteção dos bens jurídicos: a tutela penal só

---

<sup>541</sup> HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Responsabilidade penal e consciência da ilicitude*: Um paralelo entre as doutrinas de Claus Roxin e Günther Jakobs. In Parte Geral do Código Penal Brasileiro: 30 anos depois – Estudos em homenagem ao professor Délcio Fulgêncio. Luciano Santos Lopes; Guilherme José Ferreira da Silva; Luís Augusto Sanzo Brodt (orgs). Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2014. p. 577.

<sup>542</sup> ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 18-19.

<sup>543</sup> ROXIN, 2009, p. 19.

<sup>544</sup> ROXIN, 2002. p. 32.

<sup>545</sup> “*El Derecho penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta cominada con una pena o con una medida de seguridad y corrección*”. ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díazy García Conlled0 y Javier de Vicente Remesal. Navarra: Rodona Industria Gráfica, S. L., 1997. p. 41.

pode ser exercida nos casos em os demais ramos do direito se mostrarem insuficientes para a proteção desses bens<sup>546</sup>.

Por essa razão, para que determinada conduta seja tipificada como delito, ela deve preencher o seguinte pressuposto de punibilidade: a lesão a um bem jurídico<sup>547</sup>. Essa ideia resume, de forma sintética, o “*sentido e fim das normas concretas de direito penal*”<sup>548</sup>.

O conceito de bem jurídico, considerado por si próprio, não permite inferir, ainda, um conceito geral do fato punível<sup>549</sup>. Entretanto, ele é capaz de estabelecer, desde o primeiro momento, limites claros ao legislador, em matéria de política criminal.

Por não representarem lesões (ou ameaças reais) a quaisquer bens jurídicos, são inadmissíveis: a criação de normas penais com motivação meramente ideológica; a tipificação de condutas com motivação meramente ideológicas; a criação de leis contrárias a direitos fundamentais e humanos; a proibição de condutas que são contrárias a um senso de “moral” ou a “*própria dignidade humana*”; a criação de normas cujo objetivo é proteger “sentimentos” (com a exceção de situações de ameaça); as tentativas de se proibir a “autolesão”; a criação de leis penais simbólicas; a criação de normas que regulam “tabus” sociais; e, finalmente, a elaboração de leis que protegem abstrações “incompreensíveis”<sup>550</sup>.

Essas considerações acabam se refletindo, de modo especial, na teoria do delito desenvolvida pelo funcionalismo teleológico.

A definição de “crime” ainda se traduz na expressão “conduta humana típica, ilícita (antijurídica) e culpável”. O autor não pretende alterar as bases estruturais da teoria finalista. Em sua opinião, tal corrente seria a responsável por princípios influentes da dogmática penal alemã, os quais, por seu valor, deveriam ser mantidos<sup>551</sup>. No entanto, alguns pontos do *conteúdo* dessa estrutura deveriam ser repensados.

As modificações realizadas por Roxin começam já no conceito de “tipicidade”. Para o autor, o tipo penal possui três funções (ou raízes) essenciais, quais sejam, a função de garantia; a função de regular a teoria do erro; e a função sistemática.

---

<sup>546</sup> ROXIN, 1997, p. 51.

<sup>547</sup> ROXIN, 1997, p. 52.

<sup>548</sup> ROXIN, 1997, p. 54.

<sup>549</sup> ROXIN, 1997, p. 54.

<sup>550</sup> ROXIN, 2009, p. 20-26.

<sup>551</sup> ROXIN, 2004, p. 126.

Em sua função de “garantia”, o tipo penal cumpre “*a exigência do princípio <<nulla poena sine lege>>*”, descrevendo, objetivamente, qual o conteúdo das condutas proibidas pelo ordenamento. Em sua segunda função, o tipo penal diferencia as condutas efetivamente proibidas (típicas) das “*diversas espécies de erros, aos quais se conferem tratamentos diversos*”. Finalmente, em sua função “sistemática”, a tipicidade se apresenta como elemento da estrutura analítica do delito, situando-se entre os elementos “ação” e a “antijuridicidade”<sup>552</sup>.

Quanto a esse último aspecto, há de se ressaltar que o funcionalismo teleológico renuncia a tentativa de basear o direito penal num conceito “ontológico” de ação final, sem qualquer relação com o direito. Na opinião de Roxin, um conceito desse tipo, adotado pela teoria finalista, “*(...) não existe nem pode existir*”. A finalidade de uma conduta penalmente relevante não é expressa por valores “pré-jurídicos”, mas deve ser encontrada nos elementos descritivos do tipo<sup>553</sup>.

Portanto, no funcionalismo teleológico, as características sociais de sentido da ação (sua finalidade) são encontradas no interior da tipicidade (sistemática), e não nas “*estruturas do ser*” de uma conduta abstrata. Isso significa, em síntese, que o autor transfere a “*finalidade da conduta*” para a “*finalidade da tipicidade*”:

Face o procedimento dos finalistas ortodoxos, o melhor é inverter a relação entre ação, finalidade e tipicidade: não é correto afirmar que uma estrutura da ação de caráter pré-jurídico e vinculativo para o legislador determina o conteúdo da finalidade e da tipicidade mas, pelo contrário, que é o tipo nascido de considerações valorativas jurídicas e orientado para os conteúdos sociais de sentido que determina quais as condutas finais em sentido jurídico e quais os fatores que devem ser incluídos no tipo subjetivo. Neste sentido, dever-se-á substituir a teoria final *da ação* por uma teoria final *da tipicidade*, caso se pretenda manter os pressupostos da finalidade<sup>554</sup>.

Para o finalismo, a diferença entre tipicidade e antijuridicidade corresponde à diferença entre a matéria da proibição e a própria proibição; entre “*objeto da valoração e a valoração do objeto*”<sup>555</sup>. Por essas mesmas razões é que a tipicidade é compreendida como um indício da

<sup>552</sup> ROXIN, Claus. *Teoría del Tipo Penal*. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Tradução Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979. p. 169-172.

<sup>553</sup> “*Uma coisa é certa: fora do mundo dos valores sociais e das normas jurídicas, não se pode constatar de modo algum se uma dada conduta é ou não final, porque não se pode determinar aprioristicamente ao direito quais os elementos de sentido que se devem incluir nesse conceito.*” ROXIN, 2004, p. 126-127.

<sup>554</sup> ROXIN, 2004, p. 127.

<sup>555</sup> ROXIN, 1979, p. 152.

antijuridicidade da conduta, e a matéria do juízo de proibição é a descrição objetiva do tipo penal<sup>556</sup>.

O funcionalismo teleológico, a seu turno, compreende que a antijuridicidade não é um juízo meramente negativo, que avalia a presença de excludentes de ilicitude no caso concreto. Há também um juízo de valor: uma conduta que é abarcada por uma causa excludente de ilicitude possui um sentido social diverso de uma conduta contrária ao ordenamento<sup>557</sup>.

A “culpabilidade” também recebe nova formulação. Para a teoria de Roxin, o termo pode ser compreendido em três sentidos, “*distintos e complementares*”: culpabilidade como princípio, como fundamento do direito de punir, e como parâmetro de medida da pena<sup>558</sup>.

Compreendida enquanto princípio, a culpabilidade atua sob um ponto de vista externo e interno. Externamente, visa excluir a responsabilidade do agente em condutas geradas pelo acaso (segundo os critérios de imputação objetiva estabelecidos pelo funcionalismo teleológico). Internamente, analisa o conteúdo da vontade do autor, com o intuito de verificar a possibilidade de responsabilização subjetiva do agente<sup>559</sup>.

Para o autor, essa acepção evoca por si a ideia de culpabilidade como elemento do delito<sup>560</sup>: “*Se a pena pressupõe culpabilidade, só se pode falar de culpabilidade se antes do fato o autor sabia, ou ao menos tivera a oportunidade de averiguar que sua conduta estava proibida; mas isso pressupõe que a punibilidade estava determinada legalmente antes do fato*”<sup>561</sup>.

Considerada nessa função, a culpabilidade é estreitamente relacionada com o termo “responsabilidade”, e se afigura como elemento “anterior” à punibilidade de um fato.

Assim como a antijuridicidade, a culpabilidade se exprime através de um juízo de valor, emitido sobre um agente cuja conduta infringe a ordem jurídico penal. Nessa etapa, é analisada a responsabilidade *pessoal* do agente que deu causa ao fato injusto. Caso verificada a

---

<sup>556</sup> ROXIN, 1979, p. 153.

<sup>557</sup> ROXIN, 2004, p. 128.

<sup>558</sup> “(...) o mundo do direito é o mundo da vida social e não o cenário de meras lesões causais (ou mesmo finais, entendidas num sentido alheio a valorações) de bens jurídicos; todavia, o sentido social de um evento típico ficará irremediavelmente perdido caso não se considere a influência que sobre ele desempenham as causas de justificação. Assim, por exemplo, para o conteúdo de sentido de uma <<ofensa corporal>> é decisivo o fato de se tratar de uma correção paternal, ou, pelo contrário, de uma injúria por vias de fato. Se prescindirmos de tais considerações devido à semelhança dos fatos que são em ambos os casos apreendidos pelos sentidos, continuaremos presos ao ponto de partida descritivo-causal que precisamente pretendíamos superar” ROXIN, 2004, p. 128.

<sup>559</sup> HORTA, 2014, p. 578.

<sup>560</sup> HORTA, 2014, p. 578.

<sup>561</sup> No original: “*Si la pena presupone culpabilidad, sólo se podrá hablar de culpabilidad si antes del hecho el autor sabía, o al menos hubiera tenido la oportunidad de averiguar, que su conducta estaba prohibida; pero ello presupone a su vez que la punibilidad estuviera determinada legalmente antes del hecho*”. ROXIN, 1997, p. 146.

culpabilidade, o agente se torna passível de receber uma sanção penal: *“quem cumpre os requisitos que o tornam ‘responsável’ por uma ação tipicamente antijurídica se faz credor, pelos parâmetros do direito penal, de uma pena”*<sup>562</sup>.

Para o funcionalismo teleológico, a responsabilidade de um agente depende de dois pressupostos: a necessidade preventiva da sanção penal, passível de ser deduzida da lei, e a culpabilidade do sujeito. Serão culpáveis os agentes que, possuindo “suficiente capacidade de autocontrole”, praticam um fato injusto, apesar de lhe ser possível *“(…) alcançar o efeito da chamada atenção da norma no caso concreto”*<sup>563</sup>. Tal possibilidade é baseada na ideia de que o agente possuía, no momento da conduta, possuíam “alternativas psiquicamente acessíveis”, que o poderiam orientar rumo a uma conduta conforme a norma<sup>564</sup>.

Nesse sentido, explica Frederico Horta, o funcionalismo teleológico de Roxin atribui um “papel positivo” ao requisito “inexigibilidade de comportamento diverso”. A análise da culpabilidade e da responsabilização subjetiva do agente se limita a constatação de que o mesmo agiu em situações que se encontravam no espectro da “normalidade”. Para o autor, são requisitos da culpabilidade a imputabilidade do agente e o potencial conhecimento da ilicitude do fato<sup>565</sup>. A seu turno, sua exclusão ocorre em casos como a ocorrência de *“determinadas formas de perigo e de excesso na legítima defesa”*<sup>566</sup>.

A respeito do requisito da “motivação normal” do agente, Roxin destaca que não é necessário concebê-la *“(…) como algo baseado na capacidade de livres decisões da vontade ou concebê-la como algo que é por sua vez determinado”*<sup>567</sup>. Para provar judicialmente a existência dessa condição, basta considerar que o réu, como qualquer outro indivíduo, era capaz de se motivar pelos *“imperativos da jurisprudência”*, como já defendia Franz von Liszt. Restarão excluídos de culpa os indivíduos que não contam com um desenvolvimento mental completo (*“perturbados”* ou demais inimputáveis)<sup>568</sup>.

Na última acepção do termo, a culpabilidade é utilizada como parâmetro para aplicação da pena do agente. Nesse sentido específico, o autor afirma que a punição deve observar as

---

<sup>562</sup> *“Quien cumple los requisitos que hacen aparecer como ‘responsable’ una acción típicamente antijurídica se hace acreedor, desde los parámetros del Derecho penal, a una pena”* ROXIN, 1997, p. 791.

<sup>563</sup> ROXIN, 1997, p. 792.

<sup>564</sup> ROXIN, 1997, p. 792.

<sup>565</sup> HORTA, 2014, p. 579.

<sup>566</sup> ROXIN, 1997, p. 791.

<sup>567</sup> ROXIN, 2004, p. 69.

<sup>568</sup> ROXIN, 2004, p. 68-69.

“margens de liberdade” usufruídas pelo agente no momento do fato, auferidas a partir das condições pessoais do agente<sup>569</sup>. De qualquer modo, existem limites para a aferição da culpa: não é necessário que a lei “(...) imponha em toda sua extensão a pena correspondente ao grau de culpabilidade quando este não for necessário nem para a proteção dos bens jurídicos e nem para a ressocialização”<sup>570</sup>.

#### 4.4.2. Objetivos do direito penal e sua justificativa de existência

Todas as estruturas desenvolvidas no interior do funcionalismo teleológico, como demonstrado, partem da compreensão do autor sobre os objetivos e fins do direito penal.

Para resolver a questão dos fins da pena, que se impõe a qualquer sistema penal, o autor constata, num primeiro momento, que “o direito penal atual enfrenta o indivíduo de três maneiras: ameaçando-o, impondo e executando penas (...)”. Todas essas atividades, embora possuam justificação própria, consideram que, num Estado Democrático, “todo poder estatal advém do povo”<sup>571</sup>.

Assim:

Hoje, como todo o poder estatal advém do povo, já não se pode ver a sua função na realização de fins divinos ou transcendentais de qualquer tipo. Como cada indivíduo participa no poder estatal com igualdade de direitos, essa função não pode igualmente consistir em corrigir moralmente, mediante a autoridade, pessoas adultas que sejam consideradas como não esclarecidas intelectualmente e moralmente imaturas. A sua função limita-se, antes, a criar e garantir a um grupo reunido, interior e exteriormente, no Estado, as condições de uma existência que satisfaça as suas necessidades vitais. De resto, não se pode contestar seriamente a redução do poder estatal para esse fim numa óptica terrena e racional de garantia total da liberdade do indivíduo para conformar a sua vida. (...) Para o direito penal, tal significa que o seu fim somente pode derivar do Estado e, como tal, apenas pode consistir em garantir a todos os cidadãos uma vida em comum, livre de perigos<sup>572</sup>.

Nessa esteira, a única justificativa de existência da pena reconhecida pelo autor é a missão do Estado de garantir a segurança de seus membros, que se traduz na proteção dos bens

<sup>569</sup> ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus S.A., 1981. p. 93-94.

<sup>570</sup> “(...) la ley, en consecuencia, no exigiera imponer en toda su extensión la pena correspondiente al grado de culpabilidad, cuando ello no fuera necesario ni para la protección de bienes jurídicos ni para la resocialización”. ROXIN, 1981, p. 94.

<sup>571</sup> ROXIN, 2004, p. 26-27

<sup>572</sup> ROXIN, 2004, p. 27.

jurídicos<sup>573</sup>. Apenas com o intuito dissuadir os indivíduos a lesionarem bens jurídicos é que o direito penal pode estabelecer proibições e cominar penas. Entretanto, existem limites que não podem ser ultrapassados pelo Estado na consecução desse objetivo. Uma pena só pode ser considerada justa e legítima quando um indivíduo, considerado enquanto membro da comunidade, responde por seus atos na medida de sua culpa. Portanto, afirma o autor, o fim da prevenção geral deve ser exercido nos limites da culpa individual<sup>574</sup>. Dentro desses limites rígidos, haveria a possibilidade de se buscar a ressocialização do agente<sup>575</sup>.

Em resumo, a missão do direito penal consistiria na “(...) *proteção subsidiária de bens jurídicos e prestações de serviços estatais, mediante prevenção geral e especial, que salvaguarda a personalidade no quadro traçado pela medida de culpa individual*”<sup>576</sup>.

#### **4.4.3. A relação entre livre-arbítrio e culpabilidade na teoria do funcionalismo teleológico**

Um dos temas mais sensíveis no funcionalismo teleológico de Claus Roxin é a relação entre o direito penal e o conceito de livre-arbítrio. Ao mesmo tempo em que o autor rechaça sua utilização enquanto fundamento do direito penal, há quem afirme que a liberdade moral permanece enquanto “pressuposto inquestionável” na obra de Roxin, sem o qual não é possível compreender seu sistema<sup>577</sup>.

Em 1973, na introdução do livro “*Problemas fundamentais de direito penal*”, o autor aborda a relação traçada entre liberdade, culpa e retribuição, e aponta o quão necessária é a discussão a respeito dos pressupostos de justificação do direito penal:

A pergunta acerca do sentido da pena estatal surge como nova em todas as épocas. Com efeito, não se trata em primeira linha de um problema teórico, nem sequer de reflexões como as que se costumam fazer noutros domínios, sobre o sentido desta ou daquela manifestação da vida, mas de um tema de enorme actualidade prática: com base em que pressupostos se justifica que o grupo de homens associados no Estado prive de liberdade algum dos seus membros ou intervenha de outro modo, conformando a sua vida? Esta é uma pergunta acerca da legitimação e dos limites do poder estatal; daí que não nos possamos contentar com as respostas do passado, posto que a situação histórico-

---

<sup>573</sup> ROXIN, 2004, p. 27.

<sup>574</sup> ROXIN, 2004, p. 37.

<sup>575</sup> ROXIN, 1981, p. 44.

<sup>576</sup> ROXIN, 2004, p. 43.

<sup>577</sup> RODRÍGUEZ, 2016, p. 102.

espiritual, constitucional e social do presente exige que se penetre intelectualmente num complexo com várias facetas, baseado em projectos continuamente em transformação. Frequentemente, esta tarefa não se vê com suficiente clareza. Aprendemos e ensinamos as <<teorias da pena>> transmitidas através dos séculos como se tais teorias constituíssem respostas acabadas a uma pergunta invariável<sup>578</sup>.

Na opinião do autor, as teorias elaboradas sobre os fins da pena teriam falhado em oferecer uma justificativa adequada ao direito penal. As teorias de prevenção geral tradicionais não teriam estabelecido limites (materiais ou temporais) para a atuação do Estado<sup>579</sup>. Por sua vez, as teorias de prevenção especial não apresentavam os pressupostos sobre os quais o direito penal deveria se fundamentar, tampouco apontavam para as suas consequências. Ainda, não explicariam a punibilidade de crimes únicos, isto é, condutas que não apresentavam risco de repetição. Finalmente, a ideia de ressocialização do réu não legitimaria, por si, a necessidade de uma tutela de carácter penal<sup>580</sup>.

São as teorias da retribuição que recebem as críticas mais severas por parte de Roxin. Compreendendo o sentido da pena enquanto retribuição de um mal provocado pelo agente, o retributivismo penal só faria sentido se baseado na liberdade moral do agente. Entretanto, essa opção não explicaria a necessidade da tutela penal, mas “*pressupõe já a necessidade da pena, que deveria fundamentar*”. Não haveria limitações para o exercício do poder punitivo, bastando apenas que fosse constatada a prática de um “mal” (crime)<sup>581</sup>.

Em segundo lugar, ao atrelar a justificativa do sistema à validade da hipótese do livre-arbítrio, o direito penal estaria fundamentando todo o seu sistema numa ideia que, caso existente, seria indemonstrável<sup>582</sup>. Ou pior ainda: numa ideia que sequer existiria, nos termos em a ideia era tradicionalmente formulada pelas teorias dos fins da pena<sup>583</sup>.

Em suas palavras:

Mas a questão da possibilidade de uma decisão que escolha livremente face a factores de determinação, que são muito diversos, é, no mínimo, irresolúvel, dado que nada sabemos sobre os processos microfísicos do cérebro humano”. E o autor prossegue: “E, mesmo que se pretendesse afirmar a liberdade da vontade como tal, ainda assim não se responderia afirmativamente à pergunta decisiva do processo, de saber se esse homem concreto poderia ter actuado de um outro modo nessa situação concreta; a essa questão,

<sup>578</sup> ROXIN, 2006, p. 15.

<sup>579</sup> ROXIN, 2004, p. 20-22.

<sup>580</sup> ROXIN, 2004, p. 22.

<sup>581</sup> ROXIN, 2004, p. 16-17.

<sup>582</sup> ROXIN, 2004, p. 18.

<sup>583</sup> ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus S.A., 1981. p. 41.

como sem hesitações o manifestam eminentes psiquiatras e psicólogos, é impossível dar uma resposta com meios científicos<sup>584</sup>.

De todo modo, ainda que a hipótese libertária fosse verdadeira, sua utilização como justificativa para o direito penal seria uma “*profissão de fé irracional e além do mais contestável*”. Em sua opinião, pensando racionalmente sobre os fins da pena, “(*...*) *não se compreende como se pode pagar um mal cometido, acrescentando-lhe um segundo mal, sofrer a pena*”<sup>585</sup>. Não caberia ao Estado realizar uma ideia metafísica de justiça<sup>586</sup>.

Uma vez que não se podem derivar deduções científicas de premissas indemonstráveis, conceitos libertários de culpabilidade teriam de ser refutados: “*Se a pena é a resposta a uma conduta culpável, a indemonstrabilidade da culpabilidade leva consigo, <<eo ipso>>, a supressão da pena*”<sup>587</sup>. Problemas “*da ordem do ser*” não seriam de incumbência do legislador: este, apesar de estar autorizado a emitir avaliações, jamais poderia legislar sobre a possibilidade de alguém atuar de modo diverso<sup>588</sup>.

Por essas razões, Roxin formula sua teoria dos fins da pena a partir de uma premissa passível de ser sustentada *independentemente* do ponto de vista adotado em relação ao problema do livre-arbítrio.

A partir do funcionalismo teleológico, a discussão sobre a *validade* do livre-arbítrio, constante ao longo da história do direito penal, cede espaço para o debate sobre a *adequabilidade* desse conceito enquanto justificativa de fundamentação da pena. Em outras palavras, o autor reconhece sua incapacidade de resolver o problema da responsabilidade moral – o debate, por si só, é provavelmente irresolúvel<sup>589</sup>. Por essa e outras razões, seria adequado que o direito penal se construísse sobre outras hipóteses, passíveis de serem verificadas num plano fático.

Ocorre que autor, ao mesmo tempo em que rejeita a utilização do livre-arbítrio “*metafísico*” para justificar a existência da pena, utiliza o mesmo conceito enquanto fator de *limitação* do poder punitivo do Estado: “*o conceito de culpabilidade como fundamento da retribuição é insuficiente e deve ser abandonado, mas o conceito de culpabilidade como*

---

<sup>584</sup> ROXIN, 2004, p. 18.

<sup>585</sup> ROXIN, 2004, p. 19.

<sup>586</sup> ROXIN, 1997, p. 84.

<sup>587</sup> “*Si la pena es la respuesta a una conducta culpable, la indemostrabilidad de la culpabilidad lleva consigo «eo ipso» la supresión de la pena*”. ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Madri: Instituto Editorial Reus S.A., 1981. p. 41.

<sup>588</sup> ROXIN, 1981, p. 42.

<sup>589</sup> ROXIN, 2004, p. 36.

*princípio limitador da pena deve ser mantido, e pode também ser fundamentado teoricamente nessa segunda função*<sup>590</sup>.

O direito não deve enxergar seus agentes como animais perigosos ou como uma “*máquina complicada*”, ainda que as ciências do ser afirmem que esta é a real natureza humana. É necessário que o Estado reconheça a dignidade da pessoa humana; assim, os cidadãos devem ser chamados a responder por suas ações, mais ou menos racionais, perante a comunidade. A medida de sua responsabilidade pessoal é também o limite do poder penal estatal num Estado de Direito<sup>591</sup>.

Partindo dessa perspectiva, Roxin formula uma teoria que, em seu próprio entendimento, seria polêmica, “*(...) e porventura surpreendente para quem haja seguido até agora o curso dos nossos pensamentos*”<sup>592</sup>: a existência de um livre-arbítrio “*presumido*” ou “*aceito*” (*Freiheitsannahme*)<sup>593</sup>. Através do termo, o autor exprime a seguinte ideia: em todas as ocasiões que um agente imputável atua com potencial conhecimento da ilicitude do fato (ou seja, culpavelmente), haverá a presunção de o agente possuía “*margens de liberdade*”<sup>594</sup> para escolher o curso de suas ações:

(...) Roxin limita a culpabilidade, e, afinal, a imputação subjetiva do injusto ao agente, à constatação de que ele atuou com imputabilidade e potencial conhecimento da ilicitude. Ambas as circunstâncias, demonstráveis empiricamente, com maior ou menor dificuldade. Nessas condições, o livre-arbítrio do agente é simplesmente presumido, e se pode – a princípio – responsabilizar o agente pela adoção da conduta ilícita em prejuízo das alternativas lícitas que lhe eram psicologicamente acessíveis<sup>595</sup>.

Compreendida nesses termos, alega o autor, a ideia de livre-arbítrio se desvincularia de suas bases retributivistas (metafísicas). Nesse sentido, a liberdade da vontade não passaria de uma “*ficção jurídica*”, construída para limitar a atuação do Estado. A utilização de uma ideia ficcional, aliás, só restaria autorizada porque representaria um benefício ao réu<sup>596</sup>.

<sup>590</sup> “*El concepto de culpabilidad como fundamento de la retribución es insuficiente y debe ser abandonado, pero el concepto de culpabilidad como principio limitador de la pena debe seguir manteniéndose y puede fundamentarse también teóricamente en esta segunda función*”. ROXIN, 1981, p. 43.

<sup>591</sup> ROXIN, 2004, p. 35-38.

<sup>592</sup> ROXIN, 2004, p. 35.

<sup>593</sup> RODRÍGUEZ, 2016, p. 102.

<sup>594</sup> ROXIN, 1981, p. 41-42.

<sup>595</sup> HORTA, 2014, p. 579.

<sup>596</sup> ROXIN, 1981, p. 41-42.

Sobre o assunto, Roxin declara:

(...) O princípio da culpabilidade em sua função limitadora só possui efeitos favoráveis ao delinquente. Contra ele não se pode argumentar que a total supressão da pena, que levaria, de forma implícita, a renunciar ao princípio da culpabilidade, favoreceria ainda mais o delinquente. Porque, nesse caso, sua conduta não se quedaria livre de sanções, mas seria submetida às medidas de segurança estatais, nas quais estão ausentes as garantias liberais conferidas pelo princípio da culpabilidade. (...) Não se trata de formular declarações ontológicas, mas de um postulado político-criminal dirigido aos juízes: deveis tratar o cidadão em virtude de sua liberdade como pessoa capaz de uma decisão autônoma e de responsabilidade, sempre que sua capacidade de motivação normal não estiver anulada por perturbações psíquicas. (tradução nossa)<sup>597</sup>.

É interessante notar, ainda, que o autor também menciona o período do nacional-socialismo alemão, ao justificar o emprego do livre-arbítrio enquanto ficção jurídica. Conforme aponta, as liberdades individuais, no mundo moderno, não seriam uma conquista tão evidente para que se pudesse renunciar a protegê-la através do direito<sup>598</sup>.

Apesar do destaque à culpabilidade enquanto critério de limitação da pena (baseada na presunção de livre-arbítrio do agente), Roxin não descarta a possibilidade de que esse conceito seja, posteriormente, repensado. Por ocasião da obra *“Culpabilidade e prevenção no direito penal”* (1981), o autor aponta que a teoria de determinação da pena, que havia a pouco se organizado como disciplina autônoma, obtivera êxito em *“determinar e sistematizar perfeitamente, com critérios racionais, as circunstâncias agravantes e atenuantes de um fato*

<sup>597</sup> No original: *“(...) el principio de culpabilidad en su función limitadora sólo tiene efectos favorables para el delincuente. Contra ello no se puede argumentar que la total supresión de la pena, que llevaría implícita la renuncia al principio de culpabilidad, favorece todavía más al delincuente. Pues en este caso su conducta no quedaría sin sancionar, sino que estaría sometida a las medidas de seguridad estatales a las que faltarían las garantías liberales que concede el principio de culpabilidad. (...) No se trata de formular declaraciones ontológicas, sino de un postulado político-criminal dirigido a los jueces: Debéis tratar al ciudadano en virtud de su libertad como persona capaz de una decisión autónoma y de responsabilidad, siempre que su capacidad de motivación normal no esté anulada por perturbaciones psíquicas”*. ROXIN, 1981, p. 48-49.

<sup>598</sup> *“Esta função limitativa da pena que tem o princípio da culpabilidade deve ser mantido. A liberdade individual no mundo moderno não é algo tão evidente para que se possa renunciar a protegê-la com a lei. Não há sequer a necessidade de se mencionar um regime terrorista, negador dos direitos humanos, como aquele vivido pela Alemanha sob a ditadura fascista de 1933-1945. Em todo caso, pouco podem fazer as leis contra esse tipo de ditaduras. Mas, em qualquer sociedade, pode haver a cominação de penas que superem os limites da culpabilidade individual, se não se adotam garantias legais. O objetivo em questão é impedir que isto aconteça”*. No original: *“Esta función limitativa de la pena que tiene el principio de culpabilidad debe seguir- manteniéndose. La libertad individual en el mundo moderno no es algo tan evidente como para que se pueda renunciar a asegurarla con la ley. No hace Falta siquiera mencionar un régimen terrorista, negador de los derechos humanos, como el que vivió Alemania bajo la dictadura fascista de 1933-1945. En todo caso, poco puede hacerse con leyes contra este tipo de dictaduras. Pero en cualquier sociedad pueden darse penas intimidativas que superen con creces los límites de la culpabilidad individual, si no se adoptan garantías legales. De lo que se trata es de impedir que esto suceda”*. ROXIN, 1981, p. 47.

(isto é, os fatores que agravam e atenuam a culpabilidade)”<sup>599</sup>. Nesse sentido, afirma, seria apenas uma questão de tempo para que a teoria da determinação da pena fosse também aceita pelos tribunais como critério de limitação da responsabilidade individual, cumprindo seu papel limitador e garantidor das prerrogativas individuais<sup>600</sup>.

Em todo caso, Roxin alega que sua compreensão da ideia de livre-arbítrio não seria incompatível com perspectivas deterministas (ou mesmo com perspectivas libertárias). Isso porque, explica, o funcionalismo teleológico retira o retributivismo penal enquanto critério de justificação da pena, e confere à culpabilidade uma única função: limitar o limite máximo de penas concretamente aplicadas. Assim, ao mesmo tempo em que sua teoria é compatível com “argumentos deterministas de ordem crítico-cognitiva e psicológica”, ela não refuta a possibilidade de existência do conceito de liberdade moral. O funcionalismo teleológico, ao realizar a opção por “outro caminho” de justificação para a pena, abandona a pretensão de solucionar a questão do livre-arbítrio<sup>601</sup>.

Resta pouco a se comentar sobre a compatibilidade entre o funcionalismo teleológico e a hipótese inicial dessa pesquisa: a construção de uma teoria penal válida a despeito da posição adotada com relação ao debate “libertarianismo x determinismo” consistiu numa das preocupações centrais de seu autor. Nenhuma das justificativas apresentadas por tal sistema é incompatível com as informações fornecidas pelas neurociências sobre o cérebro, o comportamento humano, e o processo de tomada de decisões.

Finalmente, quanto ao emprego da expressão “livre-arbítrio presumido”, é perceptível que a intenção do autor é expressar a compreensão de que seres humanos “em condições normais” (isto é, livres de distúrbios psíquicos), podem realizar escolhas e serem responsabilizados, perante a comunidade, pelas consequências de suas ações. Pouco importa se tais decisões são efetivamente livres ou determinadas por motivos. Roxin, aliás, demonstra menos preocupação com o termo empregado do que com a função efetivamente desempenhada por ele: a limitação do exercício do poder punitivo.

---

<sup>599</sup> “Además, hay que tener en cuenta que la «teoría de la determinación de la pena», que en los últimos años se ha convertido en una ciencia autónoma (9), puede determinar y sistematizar perfectamente con criterios racionales las circunstancias agravantes y atenuantes de un suceso (es decir, los factores que agravan y atenúan la culpabilidad)”. ROXIN, 1981, p. 50-51.

<sup>600</sup> ROXIN, 1981, p. 51.

<sup>601</sup> ROXIN, 1981, p. 54.

Pelo exposto, conclui-se que a teoria do funcionalismo teleológico é uma alternativa plausível frente às questões apresentadas pelas neurociências, no que diz respeito aos critérios de justificação do direito penal.

#### **4.5. A teoria do funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs**

##### **4.5.1. Crime, sociedade e expectativas cognitivas**

A terceira e última analisada corresponde ao “funcionalismo sistêmico”, desenvolvida pelo jurista alemão Günther Jakobs (1937 - ).

Dentre os autores analisados, a teoria desenvolvida por Günther Jakobs representa o maior ponto de ruptura com a doutrina finalista da ação<sup>602</sup>, seguindo a linha funcionalista iniciada por Claus Roxin. À semelhança deste, Jakobs elabora uma teoria penal para a qual o fundamento do poder punitivo estatal se explica através da “(...)necessidade da pena, conforme suas necessidades preventivas”<sup>603</sup>.

No entanto, as pretensões de Jakobs se voltam para a criação de uma ciência do direito de caráter formal. O autor justifica a sua opção afirmando, em primeiro lugar, que sistemas jurídicos deveriam se concentrar menos na proposição “conteúdos fixos” e mais na elaboração de “condições de funcionamento” para que as sociedades se organizem como melhor entenderem<sup>604</sup>.

O funcionalismo sistêmico parte da consideração que cada indivíduo, para tomar suas próprias decisões e conseguir se orientar no mundo, deve conhecer não apenas as regras do mundo natural existente, isto é, das leis do “(...) âmbito da natureza, juntamente com a lógica e a matemática”, como também as normas sociais. Estas últimas, no entanto, são variáveis, e dependem da época e do local onde se situam as comunidades concretamente observadas<sup>605</sup>.

O autor destaca que sociedades modernas se caracterizam por sua constituição plural, encontrando-se em constante evolução<sup>606</sup>. Em virtude de suas características particulares

---

<sup>602</sup> PARMA, 2003, p. 24-25.

<sup>603</sup> HORTA, 2014, p. 587.

<sup>604</sup> JAKOBS, Günther. *¿Ciencia del Derecho: técnica o humanística?*. Bogotá: Cuaderno de conferencias y artículos n.14 de la Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 27.

<sup>605</sup> JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal*. Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade. Tradução do alemão de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.13.

<sup>606</sup> JAKOBS, 2001, p 27.

(históricas, econômicas, culturais, etc.), organizações sociais podem acabar se estruturando de forma “*mais paternalista ou liberal*”<sup>607</sup>.

Segundo Jakobs, a configuração específica de uma sociedade acabará criando uma ligação de mão dupla. Por um lado, as normas sociais moldam as ações individuais, pois cada pessoa só existe enquanto membro do mundo social. Por outro lado, a repetição de comportamentos acaba criando padrões de condutas observadas na sociedade, os chamados *papeis sociais*<sup>608</sup>. São essas relações mútuas que conferem as características de cada organização social.

Ainda no que diz respeito às organizações sociais, o autor confere atenção especial ao conceito de “*expectativas cognitivas*”; isto é, expectativas criadas por cada indivíduo sobre como as regras do mundo funcionam. Conforme explica, apenas quando as pessoas conseguem reconhecer padrões de regularidade na natureza, é que se possível lidar bem com o mundo que as cerca. Tais expectativas são criadas por meio da observação, ou, ainda, pela frustração das expectativas anteriores, por meio de um processo de erro e tentativa<sup>609</sup>.

De modo semelhante, é preciso que se reconheçam padrões de conduta expressos através das normas sociais. Sem estes, toda forma de contato social “*(...) tornar-se-ia um risco incalculável*”<sup>610</sup>, pelo que Jakobs aponta para a necessidade de existência do princípio da confiança: é preciso ter alguma expectativa de como as pessoas agem, para que, dessa forma, seja possível estabelecer contatos sociais<sup>611</sup>. O autor exemplifica seu argumento através das regras de trânsito: o ato de dirigir só seria possível porque cada indivíduo nutre a expectativa de que os outros motoristas também obedecerão às normas de trânsito<sup>612</sup>.

Ocorre que as expectativas normativas (isto é, relativas às regras sociais) seguiriam uma lógica diferente das expectativas traçadas sobre regras do mundo natural:

Todo ser humano sabe que seu semelhante também é feito de “carne e osso”, e que, portanto, também estará sujeito às leis naturais; assim, por exemplo, se ele se afogar em águas profundas e não souber nadar, morrerá se for violentamente golpeado, se tiver câimbras ou sofrer um ataque epilético. Nesse sentido, espera-se da outra parte no contrato social que o seu estado siga a regra da natureza, mas não que não respeite normas jurídicas. Essas expectativas são do tipo cognitivo, ou seja, se foram frustradas é

<sup>607</sup> JAKOBS, 2007. p. 18-19.

<sup>608</sup> JAKOBS, 2007, p. 16-24.

<sup>609</sup> JAKOBS, 2008. p. 21.

<sup>610</sup> JAKOBS, 2008. p. 21-22.

<sup>611</sup> JAKOBS, 2007, p. 27-29.

<sup>612</sup> JAKOBS, Günther. *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Medonza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002. p. 28.

porque se calculou mal e deve-se seguir outra orientação, ou seja, calcular melhor no futuro – com a sabedoria adquirida com a experiência (...) Uma frustração, especialmente feita no âmbito dos contatos sociais, diz respeito àquelas expectativas que resultam da exigência feita à outra parte que respeite as normas vigentes. Aqui, a exigência pode contradizer a análise cognitiva da situação. Exemplo: mesmo aquele que vê o condutor ingerindo álcool não renuncia à exigência de uma viagem segura<sup>613</sup>.

Ao contrário das frustrações de expectativas relativas a eventos naturais – cuja ocorrência não depende da atuação humana – a frustração de expectativas normativas mina a estabilidade da própria comunidade<sup>614</sup>. Quanto maior a frequência de violação de uma regra, maior a chance dos indivíduos perderem a confiança em sua validade. Ainda, quando tais regras possuem caráter institucional, a frustração normativa abala a confiança da sociedade nessas mesmas instituições<sup>615</sup>.

Considerando que sempre haverá a presença de comportamentos desviantes, Jakobs afirma que expectativas normativas não devem ser abandonadas de pronto, mas sustentadas, apesar da realidade fática, “(...) *definindo-se como falta normativa não a expectativa do frustrado, mas a violação normativa do causador da frustração*”<sup>616</sup>. Isto é, pune-se o agente que violou a norma, como forma de assegurar sua vigência e preservar as expectativas sociais<sup>617</sup>.

A pena, portanto, é sempre uma reação a uma violação normativa, que assegura a necessidade de se respeitar a norma. Portanto, um conceito definido positivamente: “(...) *ela é demonstração da eficácia da norma às expensas de um responsável. Disso resulta um mal, mas a pena não cumpre sua função já com esse efeito, mas somente com a estabilização da norma violada*”<sup>618</sup>.

Com base nessas considerações, Jakobs constrói sua teoria da imputação. Nessa, um ordenamento jurídico deverá punir um agente quando este age em violação das normas jurídicas, de forma culpável, caso o ordenamento, por diversas razões, não renuncie à aplicação da pena. Em sua terminologia, “*a teoria da imputação desenvolve os seguintes conceitos empregados: comportamento do sujeito, violação normativa, culpabilidade*”<sup>619</sup>.

---

<sup>613</sup> JAKOBS, 2008, p. 22-23.

<sup>614</sup> JAKOBS, 2008, p. 21.

<sup>615</sup> JAKOBS, 2008, p. 22-24.

<sup>616</sup> JAKOBS, 2008, p. 23.

<sup>617</sup> JAKOBS, 2002, p. 19-23.

<sup>618</sup> JAKOBS, 2008, p. 20-21.

<sup>619</sup> JAKOBS, 2008, p. 185.

As condutas penalmente relevantes só podem ser definidas, na compreensão do autor, quando também se consideram os sujeitos destinatários da norma, o mundo externo que os cerca, e como a “*conformação do mundo externo*” se relacionam com os agentes<sup>620</sup>.

Assim, condutas comissivas definem-se como a “*causação evitável do resultado*”, enquanto as omissivas consistem no “*não impedimento evitável do resultado*”<sup>621</sup>.

Em ambos os casos, a evitabilidade do resultado indesejado não diz respeito aos estados psicológicos internos ao agente. Antes, em definição similar àquela oferecida por Alf Ross<sup>622</sup>, “evitabilidade” refere-se às expectativas sociais sobre o comportamento do agente (seu “papel”), combinadas com a análise de suas capacidades individuais (concretas)<sup>623</sup>.

Jakobs descarta a possibilidade de formulação de um conceito geral de conduta, afirmando que, na realidade, toda conduta humana é determinada em cada caso, a depender de seus efeitos. Nem todo resultado indesejado representa uma violação normativa (jurídico-penal), mas apenas condutas *injustas* – expressão que, para o funcionalismo sistêmico, possui o mesmo significado das teorias do delito estruturadas desde Beling: condutas típicas e antijurídicas<sup>624</sup>.

Entretanto, ainda que a estrutura se mantenha à mesma, Jakobs altera significativamente o conteúdo dos elementos integrantes do delito.

A tipicidade é o único pressuposto positivo do injusto penal<sup>625</sup>. Sua composição abrange os seguintes elementos, de caráter objetivo e subjetivo: “(...) *a evitabilidade (subjetiva) de um resultado (objetivo), no sentido amplo, que constitui, no mínimo, uma atividade corporal, podendo também ser esta junto às consequências*” O tipo objetivo, portanto, constitui-se dos aspectos externos de uma conduta (necessariamente descrita em lei penal<sup>626</sup>), enquanto o tipo objetivo é composto pelos aspectos internos ao agente<sup>627</sup>.

---

<sup>620</sup> JAKOBS, 2008, p. 202.

<sup>621</sup> JAKOBS, 2008, p. 212.

<sup>622</sup> ROSS, 1975, p. 173.

<sup>623</sup> “*Não obstante esse nivelamento do controle da conduta, esta última guarda contornos mais definidos no conceito social do que no conceito causal de conduta. Mas, já pelo nivelamento do controle da conduta, o sujeito dissipa-se no padrão, como se não fosse um sujeito, mas um fantasma do titular do contato social normalmente dotado. Um nivelamento desse tipo pode se justificar no Direito Civil, mas no Direito Penal não é convincente, pois a imputação penal, orientada pelas capacidades individuais, transcende papéis. (...) em caso de reprovabilidade individual, a falha repousa não apenas nos elementos identificadores do titular de um papel, mas relaciona-se também com aquela parte do sujeito que, em diversos papéis, constitui a unidade do titular, ou seja, os elementos identificadores independentes dos papéis*”. JAKOBS, 2008, p. 205.

<sup>624</sup> JAKOBS, 2008, p. 237.

<sup>625</sup> JAKOBS, 2008, p. 236.

<sup>626</sup> JAKOBS, 2008, p. 101.

<sup>627</sup> JAKOBS, 2008, p. 238.

A antijuridicidade diz respeito à aceitação de uma conduta típica, em virtude do contexto social em que o agente se encontra<sup>628</sup>. Serão justificadas as condutas típicas que, em virtude de motivos fundamentados juridicamente, permitem a execução de um comportamento que, em si, é proibido<sup>629</sup>.

Aqui, novamente, o autor ressalta a importância ao contexto social:

(...) em geral, não se pode dizer senão que as causas de justificação são motivos fundados, uma vez que seu conteúdo – analogamente ao conteúdo das normas concretas – somente pode ser deduzido, levando-se em consideração o respectivo estágio da sociedade concreta, e esse estágio costuma ser tão complexo em todas as sociedades não primitivas, que não existe uma “fórmula de sociedade” concisa. Da mesma forma que não é possível desenvolver um sistema de normas da parte especial a partir de uma fórmula que não faça referência a fixações detalhadas do estágio social, as fórmulas também não tem muita serventia no caso da justificação<sup>630</sup>.

A respeito das causas de justificação presentes no contexto alemão, Jakobs aponta a legítima defesa, o estado de necessidade justificante e o consentimento justificante. Ainda, há a admissão de figuras próximas a tais conceitos: o direito à resistência; a desobediência civil; a colisão de deveres; e a “*atuação no interesse e com o consentimento presumido do lesado*”<sup>631</sup>.

Verificados ambos os requisitos, haverá a configuração de uma conduta injusta, não tolerada socialmente por representar uma violação normativa<sup>632</sup>.

No interior do funcionalismo sistêmico, a culpabilidade consiste na atribuição de responsabilidade ao autor de um fato injusto que, através de sua conduta, expressou um *déficit* de motivação jurídica, provocando assim uma instabilidade social<sup>633</sup>.

Nas palavras do autor:

O autor de um ato antijurídico é culpável quando a ação antijurídica não indica apenas uma falta de motivação jurídica dominante – por isso ela é antijurídica -, mas quando o autor é responsável pela falta. Essa responsabilidade existe quando falta disposição para se motivar de acordo com a norma correspondente e esse déficit não pode se fazer compreensível sem que afete a confiança geral na norma. *Essa responsabilidade pela falta de motivação jurídica dominante em um comportamento antijurídico é a culpabilidade*. A culpabilidade será qualificada a seguir como falta de fidelidade ao

---

<sup>628</sup> JAKOBS, 2008, p. 225.

<sup>629</sup> JAKOBS, 2008, p. 495.

<sup>630</sup> JAKOBS, 2008, p. 495-496.

<sup>631</sup> JAKOBS, 2008, p. 628-643.

<sup>632</sup> JAKOBS, 2008, p. 225.

<sup>633</sup> HORTA, 2014, p. 582.

Direito ou, brevemente, como infidelidade ao Direito. Isso significa uma infidelidade a ser responsabilizada; fidelidade jurídica é, assim, um termo definido normativamente<sup>634</sup>.

No sistema de Jakobs, portanto, a culpabilidade recebe uma conotação objetiva. Pouco importam os processos psíquicos do agente; que este tenha agido a partir de deduções que lhe eram conhecidas, ou que seus conhecimentos subjetivos estivessem vinculados à algum tipo de consequência da motivação antijurídica<sup>635</sup>. O que importa é que o agente, ao praticar o injusto, o fez extrapolando as atribuições de seu papel, e, com isso, violou as expectativas sociais a respeito do comportamento que lhe era exigível.

Para o funcionalismo sistêmico, a culpabilidade pode ser aferida a partir da verificação de quatro elementos positivos:

(...) (a) o autor deve se comportar antijuridicamente; (b) ao mesmo tempo, ele deve ser imputável, i.e., um sujeito com a capacidade de questionar a validade da norma; (c) ele deve agir não respeitando o fundamento de validade das normas; (d) dependendo do tipo de delito, devem eventualmente concorrer especiais elementos da culpabilidade. Um contexto escusante existe quando a obediência à norma não é exigível; esse é o caso quando a falta de motivação à norma jurídica dominante, apesar da presença dos requisitos de culpabilidade, pode ser declarada desconsiderando-se o autor<sup>636</sup>.

Uma das decorrências da compreensão sistêmica da culpabilidade é o fato de que um agente que “(...) *se mantém dentro dos limites de seu papel, não responde por um curso lesivo, ainda no caso em que bem e perfeitamente pudesse evitá-lo*”<sup>637</sup>. Por semelhante modo, ainda que o autor despreze a validade da norma, agindo por motivações antijurídicas, caso o resultado lesivo possa ser explicado por um infortúnio (quer considerado o ponto de vista subjetivo do autor, quer considerado de forma externa, pelo ponto de vista social), o agente será inculpável<sup>638</sup>.

De forma geral, o autor apresenta como causas excludentes da culpabilidade a inimputabilidade do agente (crianças; adolescentes e portadores de distúrbios psicopatológicos) o estado de necessidade *exculpante* (legal ou supralegal, conhecido como a hipótese de “colisão de interesses”); ou casos de excesso de legítima defesa exculpantes, em que o autor age “(...) *por confusão, temor ou medo*”<sup>639</sup>.

---

<sup>634</sup> JAKOBS, 2008, p. 675.

<sup>635</sup> JAKOBS, 2008, p. 675.

<sup>636</sup> JAKOBS, 2008, p. 676.

<sup>637</sup> JAKOBS, 2007, p. 25-26.

<sup>638</sup> JAKOBS, 2008, p. 714.

<sup>639</sup> JAKOBS, 2008, p. 836.

Para o funcionalismo sistêmico, existem ainda duas acepções do termo culpabilidade. Enquanto princípio, a culpabilidade é empregada para excluir de pena os atos “inculpáveis”, sob uma perspectiva normativa, externa ao agente.

Segundo o autor, o princípio constitucional da culpabilidade significa “(...) *nessa situação, nada mais que ‘tipo delitivo e consequência jurídica’, que devem ‘estar em proporção apropriada um em relação ao outro’*”. Em outros termos, significa que a punição do autor está autorizada porque é necessária, e não há nenhuma outra possibilidade de resolução do conflito social sem a punição do autor<sup>640</sup>.

Culpabilidade, ainda, pode designar um parâmetro de limitação da pena. Assim como Roxin, Jakobs afirma que, nesse sentido, a culpabilidade é uma regra direcionada aos poderes do Estado, proibindo atos de arbitrariedade.

Entretanto, mesmo nessa acepção, a culpabilidade não possui relação com uma possível atuação livre do sujeito. O limite da pena será sua necessidade, aferida através das exigências do caso concreto e pelos padrões da jurisprudência:

A medida da culpabilidade também é limitada pelo necessário. Em especial, o conteúdo da culpabilidade não é previamente dado ao direito sem consideração dos estados sociais. Mas o princípio da culpabilidade garante que as decisões particulares sobre a culpabilidade não podem deixar de corresponder ao sistema de exculpação e inculpação que, de resto, é praticado, sendo, por isso, um caso especial de proibição de cometer atos de arbitrariedade. Também para a medida da pena o princípio da culpabilidade não leva nada além da proibição de cometer atos de arbitrariedade. Ele garante, assim, que é obrigatório o padrão de casos comparáveis. Como no padrão trata-se de exercitação do reconhecimento da norma, estão descartadas ponderações tanto sobre a necessidade de intimidação geral (ou de sua falta) quanto sobre a necessidade prevenção especial (ou sobre sua falta). Também as diversas possibilidades para a desvalorização do autor consoante toda sorte de critérios eticizantes ou moralizantes nada aportam à medida da culpabilidade se as desvalorizações não podem ser trasmudadas em um déficit de fidelidade ao direito<sup>641</sup>.

#### 4.5.2. Objetivos do direito penal e sua justificativa de existência

Diferentemente da opção realizada pelo funcionalismo teleológico, Jakobs afirma que a única finalidade do direito penal consiste na prevenção geral positiva: “(...) *a função da pena é a*

---

<sup>640</sup> JAKOBS, 2008, p. 699.

<sup>641</sup> JAKOBS, 2008, p. 699-700.

*preservação da norma enquanto modelo de orientação para contatos sociais. O conteúdo da norma é uma oposição à custa do infrator contra a desautorização da norma*<sup>642</sup>.

A tutela penal, portanto, possui como objetivo a (re)afirmação da validade da norma. Através dessa validação, ficam resguardadas as expectativas normativas dos indivíduos que “confiam” nas normas jurídico-penais<sup>643</sup>. Dessa forma, é garantida a existência da sociedade<sup>644</sup>.

À primeira vista, pode-se imaginar que o funcionalismo sistêmico adota uma teoria absoluta sobre os fins da pena. Para estas, sempre que houver uma violação normativa, há de ser aplicada uma pena, independentemente de sua contribuição para a manutenção da ordem social<sup>645</sup>.

De forma específica, o pensamento de Jakobs possui semelhanças com a teoria hegeliana. Interpretando o crime como um elemento negativo; isto é, como uma circunstância que nega a existência e validade do direito, Hegel estabelece a pena enquanto uma “*violação da violação*” normativa, capaz de reestabelecer a vigência do sistema<sup>646</sup>.

Embora Jakobs reconheça tal aproximação, ele nega que sua teoria possua fins absolutos. Conforme explica, “*desde o fim definitivo da pena de talião, na transição de Kant para Hegel, não se pode mais afirmar que o peso de uma pena possa ser determinado independentemente da experiência valorativa social concreta, ou seja, do estágio de desenvolvimento da sociedade*”<sup>647</sup> – a pena só é legítima quando de fato possui algum valor para a organização social. Nem toda valoração normativa deve ser seguida de uma sanção penal.

Como afirma o autor, não há nada que impeça que as expectativas sociais sejam protegidas, em primeiro lugar, por meios não penais. Mesmo que se esteja diante de uma violação normativa culpável, o Estado pode optar por não aplicar a pena, caso existam “equivalentes funcionais” capazes de evitar situações de conflito social<sup>648</sup>. Teorias absolutas da pena teriam, ainda, a desvantagem de não conseguir estabelecer um limite máximo às sanções penais<sup>649</sup>.

---

<sup>642</sup> JAKOBS, 2008, p. 27.

<sup>643</sup> JAKOBS, 2002, p. 17; JAKOBS, 2008, p. 32.

<sup>644</sup> JAKOBS, 2008, p. 35.

<sup>645</sup> JAKOBS, 2008, p. 34.

<sup>646</sup> JAKOBS, 2008, p. 38.

<sup>647</sup> JAKOBS, 2008, p. 39-40.

<sup>648</sup> JAKOBS, 2008, p. 39-40.

<sup>649</sup> JAKOBS, 2008, p. 27-29.

Portanto, na opinião de seu autor, o funcionalismo sistêmico se enquadra enquanto uma teoria relativa sobre os fins da pena, de caráter preventivo, e não de mera intimidação ou retribuição<sup>650</sup>.

À primeira vista, o funcionalismo sistêmico parece se preocupar com uma legitimação puramente formal: “(...) a aprovação conforme à *Lei Fundamental das leis penais*”. Estas, a seu turno, não possuem um conteúdo predeterminado, mas são criadas com base no contexto da organização social em questão<sup>651</sup>. As normas jurídicas, afirma o autor, são um assunto social, e sua estabilização é a estabilização da própria sociedade<sup>652</sup>.

De forma intencional, Jakobs se afasta das teorias defendidas por Ferrajoli e Roxin. Como já mencionado, ambos os autores constroem seus respectivos sistemas partindo do pressuposto de um Estado liberal. O aspecto “formal” do funcionalismo sistêmico permite que Estados “paternalistas” também possam adotar tal modelo, sem alterar seu modo de atuação. Um direito penal genuinamente liberal seria, na opinião de Jakobs, uma mera opção política<sup>653</sup>.

O autor adverte, contudo, que os Estados em questão devem obedecer aos padrões da modernidade, respeitando seus cidadãos enquanto pessoas titulares de direitos e deveres. Não seria possível “eliminar” a ideia de indivíduo através de sua submissão aos interesses da sociedade<sup>654</sup>.

Em seus termos:

Existe uma objeção contra o conceito funcional de culpabilidade, usual em certa medida, segundo a qual, sob uma perspectiva funcional, a pessoa está subordinada a objetivos sociais e, destarte, empregando-se as palavras de *Kant*, incorporada “entre os objetos do Direito das Coisas”. Todavia, essa objeção revela uma ausência de reflexão sobre o conceito de pessoa no Direito: esta é titular de direitos e deveres, sendo tanto estes quanto aqueles concebíveis apenas em uma sociedade normativamente estruturada, de modo que é simplesmente impossível separar a pessoa no Direito e as condições de existência da sociedade. Evidentemente, não se pode impingir legitimamente às pessoas as condições de existência de *toda e qualquer* sociedade; deve-se tratar, pelo contrário, de uma sociedade que satisfaça as exigências da modernidade, ou seja, que ofereça, especialmente nos âmbitos da educação, da política e da economia, chances de participação que possibilitem uma existência livre<sup>655</sup>.

---

<sup>650</sup> JAKOBS, 2008, p. 694.

<sup>651</sup> JAKOBS, 2008, p. 61.

<sup>652</sup> JAKOBS, 2002, p. 56.

<sup>653</sup> JAKOBS, 2002, p. 64.

<sup>654</sup> JAKOBS, 2008, p. 672.

<sup>655</sup> JAKOBS, 2008, p. 699-700.

A justificativa utilizada por Jakobs para a legitimação *material* do direito penal acaba aproximando, em vários pontos, o funcionalismo sistêmico da vertente teleológica<sup>656</sup>.

Embora a função do direito penal seja garantir a norma, tal missão só é válida na medida em que protege as expectativas indispensáveis para o funcionamento da vida em comunidade<sup>657</sup>. Significa dizer que o direito penal “(...) *garante a expectativa de que não se produzam ataques a bens*”<sup>658</sup>.

Uma vez que o direito representa uma *estrutura* da relação entre pessoas, é necessário, na visão do ator, que o bem não seja representado como um objeto físico ou algo similar, mas como uma norma; uma expectativa protegida.

Do ponto de vista do direito penal “(...) *o bem aparece exclusivamente como pretensão de seu titular de que este seja respeitado*” Qualquer outra definição, na opinião de Jakobs, seria “muito estranha”: “(...) *como se poderia representar (...) o Direito como espírito normativo em um objeto físico?*”<sup>659</sup>.

Compreender a função do direito penal como o exercício da proteção subsidiária dos bens jurídicos seria ainda incorreto pelo fato de que nem toda lesão a um bem representa uma violação da norma penal. Não existiriam, nesse sentido “*proibições genéricas*” contra lesões, tampouco “(...) *mandatos genéricos de salvação*”<sup>660</sup>. É necessário que essas lesões signifiquem algo para o direito penal.

A título de exemplo, um titular de um bem – isto é, um valor ou condição necessário à vida social – pode permitir a destruição de seu bem. Ainda, se um bem se encontra em perigo, “(...) *não significa que todos devem ajudar o titular a salvá-lo*”. O que deve receber proteção jurídica não é o bem considerado em si próprio, mas a pretensão do titular de que seu bem seja respeitado<sup>661</sup>.

Portanto, os bens resguardados pelo direito só se converteriam em bens jurídicos de modo relativo, dependendo do contexto social comunicativo<sup>662</sup>. “*Poderia intentar-se apresentar o*

---

<sup>656</sup> HORTA, 2014, p. 586-587.

<sup>657</sup> JAKOBS, 2008, p. 61.

<sup>658</sup> JAKOBS, 2002, p. 17.

<sup>659</sup> JAKOBS, 2002, p. 18.

<sup>660</sup> JAKOBS, 2002, p. 25-26.

<sup>661</sup> JAKOBS, 2002, p. 18.

<sup>662</sup> JAKOBS, 2002, p. 33.

*Direito Penal como proteção de bens jurídicos*”, como prefere o funcionalismo teleológico de Claus Roxin, “(...) *mas apenas de modo bastante forçado*”<sup>663</sup>.

#### **4.5.3. A relação entre livre-arbítrio e culpabilidade na teoria do funcionalismo sistêmico**

Dentre as teorias penais analisadas, o funcionalismo sistêmico desenvolvido por Jakobs é o único que não faz uso de qualquer acepção dos termos *livre-arbítrio* ou *exigibilidade de conduta diversa*.

A respeito de sua teoria da imputação, o autor afirma que “*para manter a possibilidade de orientar-se no mundo é necessário que os danos que se produzem sejam atribuídos a determinados riscos e explicados nesse sentido. (...) O comportamento alternativo conforme o direito não é relevante*”<sup>664</sup>.

Jakobs declara, de maneira expressa, que o tema do livre-arbítrio é irrelevante à sua teoria penal. Para o funcionalismo sistêmico, a culpabilidade é baseada na ideia “*plausível*” de que “(...) *existe uma disposição geral em aceitar a responsabilidade (ou renunciar a ela) em uma situação na qual se encontra o autor*”. Em outras palavras, seu fundamento está na atribuição de responsabilidade sob uma perspectiva social; comunicativa, existente “(...) *independentemente de suposições acerca de que o autor, em seu ato, está dotado de livre-arbítrio ou não*”<sup>665</sup>.

Ao utilizar o livre-arbítrio como critério total ou parcial de justificativa, a culpabilidade penal estaria atrelando sua validade a uma ideia que não pode ser averiguada no caso concreto. Além disso, na opinião do autor, o conceito de livre-arbítrio não possui qualquer dimensão social.

Sua utilização, conseqüentemente, só teria espaço em modelos penais que, extrapolando a análise dos efeitos sociais de um crime, se preocupasse com a desvalorização do indivíduo (sua “repreensibilidade”). Não seria o caso de sua teoria: nesta, não importa ao Estado se o autor, internamente, possuía uma alternativa de comportamento realizável, “(...) *mas se há uma alternativa de organização para a atribuição ao autor que seja, em geral, preferível*”<sup>666</sup>.

---

<sup>663</sup> JAKOBS, 2002, p. 63.

<sup>664</sup> JAKOBS, 2007, p. 94.

<sup>665</sup> JAKOBS, 2008, p. 694.

<sup>666</sup> JAKOBS, 2008, p. 694.

Com base nesse panorama, Jakobs afirma sucintamente que sua teoria penal renuncia a tomar posição com respeito ao livre-arbítrio, podendo ser aceita “(...) *até mesmo no princípio determinista*”<sup>667</sup>. Sua teoria requer apenas que o autor de um crime possa ser considerado como um ser igual aos seus semelhantes, isento de formas de coação *fora do comum* (classificadas como hipóteses de inimputabilidade)<sup>668</sup>.

É interessante notar que em seus artigos mais recentes, o autor se propôs a escrever sobre a relação entre direito penal e neurociências.

Aquilo que na dogmática do Direito Penal é considerado como conduta, o estado corporal conduzido ou suscetível de ser conduzido, isto é, a expressão de uma pessoa <<natural>>, é tratado com destaque pelos resultados da nova investigação neurológica (novamente) como um produto dos processos neurais que pertencem por sua vez ao mundo físico causalmente determinado. Estas teses são consequência de um melhor conhecimento dos processos neurais, conhecimento este que aumentou bruscamente nos últimos tempos, especialmente em relação à capacidade específica de algumas áreas e das ligações realizadas entre elas. Em tal contexto (penal), poderia ser de especial interesse que <<o consciente e o inconsciente devem ser sistemas diferentes tanto desde o ponto de vista da anatomia cerebral como da perspectiva funcional>>, pelo qual também a consciência poderia ter sua origem em processos neurais e não precisamente ao mesmo tempo que o inconsciente, mas que <<a aparição de estados de consciência deve ser precedida de processos inconscientes muito determinados (!)>><sup>669</sup>.

Jakobs reconhece que as neurociências, ao trazerem novas informações sobre o comportamento humano, podem oferecer “*contribuições comunicativas*” que interessam ao direito<sup>670</sup>.

No entanto, o cerne das discussões das neurociências – os questionamentos acerca da liberdade da vontade – estaria longe de ser inédito, e sequer apresentaria alguma ameaça à estrutura do direito penal.

Aqui, Jakobs repete que, em seu modelo teórico, um indivíduo seria responsável não pela possibilidade de interpretação comunicativa de sua liberdade (interna), mas pela interpretação social de suas ações (externas)<sup>671</sup>.

---

<sup>667</sup> JAKOBS, 2008, p. 696.

<sup>668</sup> JAKOBS, Günther. *Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurocientífica. In: Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*. Bernardo Feijoo Sánchez (ed.). Pamplona: Thomson Reuters Limited, 2012(b), p. 190-192.

<sup>669</sup> JAKOBS, 2012(b), p. 169-170.

<sup>670</sup> JAKOBS, 2012(b), p. 173.

<sup>671</sup> JAKOBS, 2012(b), p. 170-171.

Ressalta-se, no entanto, que o autor contesta a posição de neurocientistas. Segundo afirma, “*o ponto de partida dos representantes das neurociências resulta demasiadamente limitado*”. Para as ciências normativas e para o direito penal, de forma particular, seres humanos são tratados como *peessoas*, destinatárias de expectativas normativas que analisam o mundo a partir de suas interações práticas<sup>672</sup>.

Ao conceberem os seres humanos sob uma perspectiva unicamente mecanicista, os neurocientistas cometeriam um equívoco, visto que as ações humanas também possuem significado em nível social<sup>673</sup>. A partir dessa compreensão, alguns neurocientistas incorreriam num segundo erro, afirmando, por inexistir algo como uma vontade livre, seria impossível adotar critérios de responsabilidade criminal. Jakobs afirma que sua própria teoria seria capaz de demonstrar que ambas as ideias seriam incorretas<sup>674</sup>.

O autor conclui que sua compreensão de indivíduo e da personalidade humana (produzida no marco de um processo de aprendizagem condicionado socialmente) é compatível com os resultados da investigação neurológica. Da mesma forma, seu conceito de responsabilidade penal, dissociado da noção de livre-arbítrio, também seria válido diante das neurociências<sup>675</sup>.

No entanto, Jakobs se engana ao pensar que as ciências empíricas ignoram quaisquer fatores sociais e externos ao agente.

Como desenvolvido ao longo deste trabalho, nas neurociências contemporâneas, as perspectivas biológicas e socioculturais se interagem de maneira fusionada. A influência exercida pelos genes na estrutura cerebral, embora importante, não é única. A configuração do cérebro é construída a partir de interações constantes com entornos físicos e socioculturais, o que reflete no comportamento humano<sup>676</sup>.

Pelo exposto, conclui-se que a teoria do funcionalismo teleológico é uma alternativa plausível frente às questões apresentadas pelas neurociências, no que diz respeito aos critérios de justificação do direito penal.

---

<sup>672</sup> JAKOBS, 2012(b). p. 174.

<sup>673</sup> JAKOBS, Günther. *Culpabilidad Jurídico-Penal y Libre Albedrío*. In: *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*. Bernardo Feijoo Sánchez (ed.). Pamplona: Thomson Reuters Limited, 2012(a). p. 210.

<sup>674</sup> JAKOBS, 2012(b). p. 196.

<sup>675</sup> JAKOBS, 2012(b). p. 196.

<sup>676</sup> EVERS, 2013, p. 35-36.

## 5. CONCLUSÕES

Durante as quatro últimas décadas, as neurociências ocupam papel de destaque no campo da investigação científica.

Como bem apontam Jens Clausen e Neil Levy, tais pesquisas se desenvolveram exponencialmente em anos recentes e suas descobertas, de forma direta ou indireta, abrangem todos os aspectos de nossas vidas. Para as neurociências, todas as ações dos seres humanos, bem com suas características e senso de moral são originados a partir do bom funcionamento (físico) do cérebro. Por essa razão, estudar o cérebro humano pode contribuir não apenas com avanços nas áreas da medicina e da farmacológica, mas também na compreensão daquilo que somos<sup>677</sup>.

A partir dos anos 2000, com o desenvolvimento da neuroética, as discussões sobre o cérebro humano acabaram por voltar suas atenções ao campo jurídico, e, de forma particular, ao assunto da responsabilidade criminal.

Alegando a incompatibilidade entre a perspectiva materialista do cérebro e o conteúdo da responsabilidade criminal (que se validaria ao partir da ideia de livre-arbítrio), parte dos neurocientistas alegou que a culpabilidade penal seria uma ideia insustentável.

Rapidamente, os juristas reagiram à provocação: não seria a primeira vez que o direito teria de lidar com argumentos científicos sobre o comportamento humano.

Conforme afirmam, o determinismo da antropologia criminal, testado no século XIX e na primeira metade do século XX, produziu resultados desastrosos e cruéis para a política criminal. Em termos práticos, seria melhor que o direito ignorasse a discussão das neurociências. Seus postulados (normativos) não necessitariam de nenhuma correspondência com descobertas empíricas.

Nesse contexto, o trabalho em questão procurou desenvolver a relação entre “culpabilidade” e “livre-arbítrio”, contrapondo-a com base nos resultados obtidos pela pesquisa neurocientífica. Buscou-se compreender se as neurociências, por adotarem uma perspectiva mecanicista sobre o comportamento humano, invalidariam qualquer possibilidade de responsabilização penal.

Ao abordar o tema da liberdade da vontade humana, as neurociências, de fato, não trazem nenhuma discussão nova ao direito. Não há nada de novo sob o sol: criadas a partir da

---

<sup>677</sup> CLAUSEN; LEVY, 2015, p. v.

filosofia, as ciências penais herdaram dessa área o problema do livre-arbítrio. Desde seu nascimento, o direito penal se encontra às voltas com esse mesmo assunto<sup>678</sup>.

Mesmo em razão de sua natureza filosófica, a maior parte das teorias penais se ocupou em discutir a *validade* do conceito de livre-arbítrio. A postura adotada por uma corrente em relação ao tema direcionava suas justificativas para existência do poder punitivo. Ao compreender o crime como uma escolha livre do agente, a escola penal clássica explicava a pena através da teoria da *retribuição*. A sanção penal era a consequência da escolha de um agente em violar o contrato social.

Lado outro, influenciado pelo desenvolvimento científico do século XIX, o positivismo criminológico compreendia a natureza humana e seus atos sob uma perspectiva fatalista. O crime seria um produto invariável da personalidade defeituosa e antissocial do delinquente. Restaria ao Estado realizar a defesa do restante de seus membros, “*sãos*”.

Tal corrente, cujo ápice se deu durante a Segunda Guerra Mundial, alterou a compreensão do conceito de responsabilidade em todo o mundo. Desde então parece impossível discutir culpabilidade penal sem mencionar, em algum momento, o regime nazifascista. O tópico, aliás, é ainda mais frequente quando as neurociências entram no meio da questão.

Ao desenvolver sua doutrina da ação final, Hans Welzel também tinha em mente o contexto sociopolítico da Alemanha da década de 1930. Partindo da necessidade de se conferir valor e dignidade à vida humana frente às ameaças do totalitarismo, Welzel adota o conceito de livre-arbítrio como fundamento da responsabilidade penal. O Estado não poderia tratar seus cidadãos como inimigos naturais, tal qual defendido por Mezger. Cada indivíduo, pautado por valores, poderia direcionar suas ações em direção a um fim. A ação estatal deveria ser pautada por essa compreensão.

No entanto, após o cientificismo da escola positivista, soaria arriscado fundamentar a responsabilidade penal num conceito meramente formal, dissociado de qualquer base empírica. Portanto, de forma paralela a essa concepção, Welzel busca evidências empíricas, capazes de tornar o conceito de livre-arbítrio numa hipótese aceitável. E o faz, obviamente, com as informações disponíveis em 1930.

---

<sup>678</sup> BETTIOL, 1967, p. 25; 38-39.

Como resultado, compreende-se o comportamento humano sob uma perspectiva dualista: a vontade humana seria capaz de romper com o princípio da causalidade que rege o restante do mundo.

Contudo, suas bases empíricas não se sustentam frente ao atual conhecimento neurocientífico, que afirma que todas as características humanas possuem alguma base material, através de uma interação complexa entre fatores biofísicos e socioculturais. Só a partir dessa afirmação é que se discute a possibilidade de se inferir alguma noção de responsabilidade moral.

De todo modo, é interessante notar que, após o período da Segunda Guerra Mundial, Welzel se preocupa *menos* com bases empíricas e mais com o caráter *formal* da ideia de livre-arbítrio. Basta comparar o seu manual de direito penal com a obra “*Estudos de Direito Penal*”, publicada durante a década de 1950.

Passados os anos iniciais do período pós-guerra, teorias penais desenvolvidas em todo o mundo retomaram os questionamentos sobre a responsabilidade penal. Para evitar o desgastado pelo tema do livre-arbítrio, penalistas começaram a se questionar sobre a *adequação* de um debate tão abstrato no campo do direito penal. Seus fins, eminentemente práticos, possuem um peso enorme na vida e liberdade de cada um dos membros da sociedade. Sob qualquer perspectiva, a pena representa um custo a todos os cidadãos. Desde então, entram em cena teorias voltadas à aplicação concreta do poder punitivo estatal sob os particulares.

Três teorias penais receberam destaque ao longo desta análise: a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli; a teoria do funcionalismo teleológico de Claus Roxin e a teoria do funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs.

As justificativas oferecidas por tais teorias fogem ao problema da responsabilidade moral, e, em regra, não há nada em seu conteúdo que possa ser “ameaçado pelas neurociências”.

Para Ferrajoli, a justificativa da pena é explicada através da prevenção geral negativa: a prevenção da prática de crimes, dissuadindo indivíduos. Contudo, o objetivo justificante só pode ser exercido na medida em que o sistema de garantias penais é respeitado. Seu sistema parte de um Estado liberal, preocupado na proteção do réu frente a quaisquer tipos de punições arbitrárias, irracionais.

Também adotando a perspectiva de um Estado liberal, Claus Roxin também baseia sua teoria em fins de prevenção geral negativa. A missão principal do direito penal é a proteção subsidiária dos bens jurídicos essenciais à vida em sociedade, e particularmente usufruídos por

todos os seus cidadãos. Contudo, Roxin também reconhece que o Estado, ao punir as lesões aos bens jurídicos, também pode almejar a fins de prevenção geral positiva, bem como à ressocialização do réu.

Em ambas as teorias, o termo livre-arbítrio surge não como critério de justificação de modelos penais. Sem maiores dificuldades, o termo poderia ser substituído por critérios mínimos de decisão racional – ou como inexistência de alguma coação fora de padrões normais. A preocupação central de ambos os autores é criar parâmetros “racionais” para a imposição de penas; isto é, impedir punições desproporcionais. A “questão do livre-arbítrio” não afetaria o curso de suas teorias, sendo um falso problema.

Um único argumento contrário à utilização do termo em ambas as teorias seria o fato de ele, ainda que não seja utilizado nesse sentido, *evoca* a ideia de liberdade moral e sua profunda relação com o retributivismo. Para evitar a associação, talvez fosse melhor substituí-lo por outra expressão.

Ambos os autores criticam, aliás, a utilização do libertarianismo em sede penal. Reafirmando a separação entre direito e moral, Ferrajoli assevera que o libertarianismo penal é utilizado de forma quase religiosa, servindo para condenar mais do que as ações delituosas do réu, como também toda a sua existência enquanto ser moral<sup>679</sup>. De forma semelhante, Roxin alega que o retributivismo penal, alicerçado na ideia de livre-arbítrio, mais se assemelha a uma tentativa obscura de buscar, na Terra, algum ideal de justiça divina e absoluta. Mas essa situação jamais poderia ser almejada pelo direito penal<sup>680</sup>.

Dentre as teorias analisadas, o funcionalismo sistêmico elaborado por Günther Jakobs é o único que lança mão de qualquer ideia de livre-arbítrio – e que analisa, por si, a compatibilidade de seu sistema com a atual pesquisa neurocientífica. Desenvolvendo um sistema inteiramente formal, o autor adota como única justificativa de seu modelo penal a teoria da prevenção geral positiva: a função da pena é reafirmar a vigência da norma, questionada anteriormente através do comportamento delitivo. Dessa forma, o direito mantém as expectativas sociais de que suas instituições são capazes de resguardar a tutela dos bens jurídicos.

Entretanto, uma situação deve ser ressaltada. Apesar da coerência lógico-estrutural da teoria de Jakobs, o autor opta por retirar de seu sistema valores essencialmente liberais, presentes

---

<sup>679</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 447-448.

<sup>680</sup> ROXIN, 2004, p. 26-31.

no interior dos modelos desenvolvidos por Ferrajoli e Roxin. Conforme assevera, o liberalismo é uma opção política; o desejo do autor, contudo, é construir um modelo penal formal, passível de ser adaptado independentemente da opção política do Estado. Na opinião do próprio Jakobs, o funcionalismo sistêmico não é um modelo penal totalitário, o que seria incompatível com as exigências de um Estado moderno<sup>681</sup>.

Destacamos, contudo, que ao retirar garantias liberais do interior de seu sistema, o autor também retira algumas das barreiras que impedem o expansionismo do poder punitivo do Estado. Comparando-o com os outros dois modelos penais analisados, o funcionalismo sistêmico apresenta menos barreiras contra uma utilização político-totalitária do poder penal, ainda que esta não seja a intenção do próprio Jakobs.

Os modelos acima delineados não pretendem representar uma resposta definitiva à interação entre direito penal, culpabilidade e neurociências. Tampouco demonstrar, de maneira absoluta, que o livre-arbítrio é um conceito impossível.

A proposta aqui apresentada é bem mais modesta do que pode parecer. De fato, a teoria da culpabilidade penal de matriz finalista, adotada no Brasil de forma majoritária, não se sustenta sob a atual compreensão neurocientífica.

O que, de todo modo, não é motivo de espanto: a doutrina da ação final foi recepcionada no Brasil apenas na década de 1980. Enquanto vários outros modelos já discutiam a superação da teoria finalista, ainda adotávamos o modelo causal-naturalista do início do século. Parte das dificuldades de se discutir sobre neurociências no contexto da academia penal brasileira talvez se explique por esse fato: nossa doutrina da culpabilidade penal é também baseada numa compreensão científica; desenvolvida, no entanto há quase noventa anos – Welzel questiona, por exemplo, a validade da teoria da evolução das espécies.

Não obstante, o presente trabalho buscou demonstrar que *já existem* teorias penais desenvolvidas após o finalismo que, por renunciarem a tomar posição sobre o tema do livre-arbítrio, possuem os instrumentos necessários para estabelecer um diálogo com as neurociências – mesmo que compreendidas sob uma perspectiva determinista.

Tal atitude, além de proporcionar uma compreensão dos seres humanos numa perspectiva mais próxima da realidade, pode permitir que o direito tome conhecimento e se beneficie da utilização de novos conhecimentos e tecnologias – com ganhos óbvios, por exemplo,

---

<sup>681</sup> JAKOBS, 2008, p. 672.

no campo do processo penal e na teoria das provas. Também permite que o direito regule normativamente o uso das informações científicas. Isso é especialmente importante para impedir que sejam aprovadas, em plano político, propostas que possam desrespeitar valores importantes à condição humana.

O determinismo, por si, não representa qualquer ameaça à ideia da dignidade da pessoa humana. De fato, sua utilização política na esfera penal pode ser desastrosa. Mas isso não lhe é uma exclusividade. Virtualmente, qualquer informação pode também ser aplicada de forma prejudicial ao réu – como é o caso da própria ideia de liberdade moral.

Para evitar situações desse tipo, o direito não pode se quedar alheio às discussões neurocientíficas. Ao contrário: antes de regular o uso político de uma informação, é preciso conhecê-la de forma honesta. O que está longe de ser uma situação fácil.

Assimilar conceitos provenientes de outros campos de pesquisa é uma tarefa trabalhosa. E isso parece ainda mais difícil quando as discussões dizem respeito ao tema da culpabilidade. O termo, além de suas muitas acepções em esfera penal, extrapola o campo de discussões próprias do direito. Em seu uso comum, a culpa é uma ideia empregada em juízos de avaliação moral, para descrever sentimentos internos, ou, ainda para traduzir conceitos religiosos.

Não se admira que tais assuntos surjam, eventualmente, nas discussões em esfera penal. Por vezes, a defesa de um conceito de culpabilidade acaba se assemelhando mais com a defesa de uma visão moral do que com uma hipótese normativa jurídico-penal.

O direito penal tem muito a ganhar ao estabelecer uma via de comunicação com as neurociências. Por outro lado, sua perda mais significativa seria representada pela desistência de suas noções morais retributivistas – o que já é alertado há décadas pela própria doutrina penal. As críticas ao retributivismo penal representam um ponto de convergência entre as três correntes pós-finalistas abordadas nesse trabalho. Nesse sentido, a neurociência forneceria novos argumentos a uma necessidade já existente no campo da teoria penal.

Ao abrir mão de se justificar a partir da ideia de livre-arbítrio, o direito penal não impede que o tema continue sendo discutido em outras esferas do conhecimento; apenas reconhece que existem fins práticos que melhor justificariam sua existência, servindo como um norte para a sua atuação. Considerando também as neurociências enquanto fonte de informação dos dados da realidade, o direito penal se torna capaz de estabelecer seus critérios de responsabilidade sem desconsiderar o valor da condição humana do réu – em toda sua extensão.

## 6. REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Santo, Bispo de Hipona. *O livre-arbítrio*. 2. ed. tradução, organização, introdução e notas Nair de Assis Oliveira; revisão Honório Dalbosco. São Paulo: Editora Paulus, 1995.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro*. Florianópolis. Revista Sequência, n. 57, p. 237-260, dez. 2008.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ARBIB, Michael A. *The Handbook of Brain Theory and Neural Networks*. 2. ed. Cambridge: The MIT Press, 2003.

ARPLAY, Nomy. *Merit, Meaning and Human Bondage: An Essay on Free Will*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2006.

ASHTON, Peter Walter. *As Principais Teorias de Direito Penal, Seus Proponentes e seu Desenvolvimento na Alemanha*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 12, p. 237-246, 1996.

BAHIA, Valéria Santoro; TAKADA, Leonel Tadao, et al. *Prefrontal damage in childhood and changes in the development of personality: a case report*. Dement Neuropsychological, vol. 7, mar. 2013. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/dn/v7n1/1980-5764-dn-7-01-00132.pdf>>. Acesso em 22 mai. 2018.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2011.

BAUMEISTER, Roy F.; BREWER, Lauren E. *Believing versus Disbelieving in Free Will: Correlates and Consequences*. Social and Personality Psychology Compass, vol. 6. Publicado em 03 out. 2012. Disponível em: < [http://www.laurenebrewer.com/uploads/3/8/6/6/3866345/baumeister\\_brewer\\_2012\\_fw\\_correlates\\_and\\_consequences.pdf](http://www.laurenebrewer.com/uploads/3/8/6/6/3866345/baumeister_brewer_2012_fw_correlates_and_consequences.pdf)>. Acesso em 02 jun. 2018.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. São Paulo: CL EDIJUR, 2017.

BECHARA, Antonie; DAMASIO, Antonio; DAMASIO, Hanna. *Decision Making and the Orbitofrontal Cortex*. Cerebral Cortex, vol. 1. Publicado em 01 mar. 2000. Disponível em: < <https://academic.oup.com/cercor/article/10/3/295/449599>>. Acesso em 27 mar. 2018.

BECHARA, Antonie; DAMASIO, Antonio, et al. *Deciding Advantageously Before Knowing the Advantageous Strategy*. Revista Science, vol. 275, fev. 1997. p. 1293-1294. Disponível em:<<http://www.labsi.org/cognitive/Becharaetal1997.pdf>>. Acesso em 10 ago. 2018.

BECK, Naomi. *Social Darwinism*. In RUSE, Michael. *The Cambridge Encyclopedia of Darwin and Evolutionary Thought*. Edição de Michael Ruse. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2013.

BELING, Ernst von. *Esquema de Derecho Penal*. La doctrina del Delito-Tipo. Análise de Carlos M. de Elía. Tradução de Sebastián Soler. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002.

BENFORADO, Adam. *Unfair: the new science of criminal injustice*. 1. ed. Nova Iorque: Crown Publishers, 2015.

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the Principles of Moral and Legislation*. Kitchener: Batoche Books, 2000.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1970.

BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal*. Coimbra: Editora Coimbra Ltda., 1967.

*BÍBLIA de Estudo de Genebra*. São Paulo: Cultura Cristã e Sociedade Bíblica do Brasil, 1999.

BINDER, Marc D.; HIROWAKA, Nobutaka; WINDHORST, Uwe. *Encyclopedia of Neuroscience*. Marc D. Binder, Nobutaka Hirowaka e Uwe Windhorst (eds). Heidelberg: Springer-Verlag, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, 1. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon, prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2011.

BOBBIO, Norberto. *Prefácio à 1. ed. italiana*. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. Rev., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BOHLANDER, Michael. *Principles of german criminal law*. Portland: Hart Publishing, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, out. 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 07 jan. 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, dez. 1940. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 25 nov. 2017.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, 1941. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em 27 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 426.083/RS. Decisão publicada em 04 jun. 2018. (Ministro Relator: Nefi Cordeiro). Disponível em: <[https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ\\_HC\\_426083\\_a0d91.pdf?Signature=L2Wfi%2F49O6ZuKQa%2F8Pm5A0F%2FrAs%3D&Expires=1529265502&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=f4116ac032d2b51e7b1d969bbec24c97](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_HC_426083_a0d91.pdf?Signature=L2Wfi%2F49O6ZuKQa%2F8Pm5A0F%2FrAs%3D&Expires=1529265502&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=f4116ac032d2b51e7b1d969bbec24c97)>. Acesso em 10 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo 946033/PB. Publicado em 24 fev. 2016 (Ministro Relator: Dias Toffoli). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28946033%2ENU%2E%2E+OU+946033%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocratica&url=http://tinyurl.com/y6vxn9sz>>. Acesso em 10 mai. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal n. 10707170031751001/MG. Decisão publicada em 27 out. 2017. (Desembargador Relator: Jaubert Carneiro Jaques). Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/514182995/apelacao-criminal-apr-10707170031751001-mg/inteiro-teor-514183105#>>. Acesso em 10 mai. 2018.

BUSATO, Paulo César; PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. *et al. Dolo e direito penal: modernas tendências*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2014.

CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo. *Ferrajoli y el Debate Sobre los Derechos Fundamentales*. Prólogo à obra de FERRAJOLI, Luigi et al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Debate con Lucca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale e Danilo Zolo. 4. ed. Madri: Editorial Trotta, 2009.

CALATAYUD, Manuel Maroto e CRESPO, Eduardo Demetrio. *Neurociencias y derecho penal*. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Madrid: EDISOFER S. L, 2013.

CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal*. Parte Geral. Vol II. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J.R. Prestes Barra. São Paulo: Edição Saraiva, 1957.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Volume 1, parte geral: (arts. 1º ao 120). 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARDOSO, Renato César. *A ideia de justiça em Schopenhauer*. Belo Horizonte, Argumentum, 2008.

CARDOSO, Renato César; MIRANDA, Isadora Eller Freitas de Alencar. *Neurociência, Determinismo e Garantismo Penal*. In: NOJIRI, Sergio. *Direito, Psicologia e Neurociência*. Coordenação de Sergio Nojiri. Ribeirão Preto: Editora IELD, 2016.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO, Francisco José Viveiros de. *Questões de direito penal*. Rio de Janeiro: Jacinto José dos Santos Editor, 1900.

CHANGEAUX, Jean-Pierre; DAMASIO, Antonio, *et al.* *Neurobiology of human behavior*. Berlim: Springer-Verlag, 2005.

CHIRINOS, Ángel Gaspar; HUÁMAN, Raúl Martínez. *Estudios de política criminal y derecho penal*. Actuales tendencias. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica S.A, 2015.

CLARKE, Desdemond M. *Descartes' Theory of Mind*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2003.

CLAUSEN, Jens; LEVY, Neil (eds.). *Handbook of Neuroethics*. Nova Iorque, Springer Reference, 2015.

CORREA, Teresa Aguado. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*. Manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito. Granada: Editorial Comares, S.L., 2004.

CUNHA, Rogério Sanchez. *Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)*. 4. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DARMON, Pierre. *Médicos e assassinos na "Belle Époque"*: a medicalização do crime. Tradução de Regina Grisse de Agostinho. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

DAMASIO, Antonio. *Descartes' Error: Emotion, Reasoning and the Human Brain*. Nova Iorque: Avon Books, 1993.

DAMASIO, Antonio. *O mistério da consciência: do corpo e das emoções ao conhecimento de si*. Tradução de Laura Teixeira Motta; revisão técnica de Luiz Henrique Martins Castro. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

DAMASIO, Antonio. *The feeling of what happens*. Body and emotion in the making of consciousness. Londres: Vintage (Penguin Books), 2000.

DAMASIO, Hanna. *Disorders of Social Conduct Following Damage to prefrontal Cortices*. In CHANGEAUX, Jean-Pierre; DAMASIO, Antonio, *et al.* *Neurobiology of human behavior*. Berlim: Springer-Verlag, 2005.

DANGELO, José Geraldo; FATTINI, Carlo Américo. *Anatomia Humana Básica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atheneu, 2002.

DE CARO, Mario. Utilitarianism and Retributivism in Cesare Beccaria. The Italian Law Journal, vol. 02, n. 01 (2016). Disponível em: <<http://theitalianlawjournal.it/data/uploads/italj-vol-02-no-01-2016/italj-vol.-02-no.-01-2016.pdf>>. Acesso em 05 abr. 2018.

*DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS*. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 12 mai. 2018.

DELGADO GARCÍA, *Hacia una neurofisiología de la libertad*. In CALATAYUD, Manuel Maroto e CRESPO, Eduardo Demetrio. *Neurociencias y derecho penal*. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Madrid: EDISOFER S. L, 2013.

DENNETT, Daniel C. *Counsciousness explained*. Boston: Black Bay Books, 1991.

DESCARTES, René. *Meditações Metafísicas*. Tradução e notas de Edson Bini; apresentação de Fábio Abreu dos Passos. São Paulo: Edipro, 2016.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. *Teoría de Sistemas y Derecho Penal*. Fundamentos y Posibilidades de Aplicación. Granada: Editorial Comares, 2005.

EAGLEMAN, David M. *Incógnito: as vidas secretas do cérebro*. Tradução de Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.

ENGISCH, Karl. *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal*. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L, 2006.

ESTEFAM, André. *Direito Penal*, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

EVERS, Kathinka. *Neuroética*. Cuando la materia se despierta., Madri: Katz Editores, 2013.

FERNANDEZ, Atahualpa. *Direito & Natureza Humana*. Curitiba: Juruá, 2008.

FERNANDEZ, Atahualpa e FERNANDEZ, Marly. *Neuroética, Direito e Neurociência*. Curitiba: Juruá, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. Rev., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Epistemología Jurídica y Garantismo*. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo penal*. Tradução de Marina Gascón. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

FERRAJOLI, Luigi et al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Debate con Lucca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale e Danilo Zolo. 4. ed. Madri: Editorial Trotta, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia*. vol 1 Teoría del derecho. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís e Alfonso Ruiz Miguel. Madri: Editorial Trotta, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia*. vol 3: La sintaxis del derecho. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís e Alfonso Ruiz Miguel. Madri: Editorial Trotta, 2013.

FERRI, Enrico. *Sociología criminal*. Tomo primeiro. Versão espanhola de Antonio Soto y Hernández. Madri: Centro Editorial de Góngora, 2004.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*. O criminoso e o crime. Tradução de Luiz de Lemos D'Oliveira. São Paulo: Saraiva & Cia Editores, 1931.

FISCHER, John Martin; KANE, Robert *et al.* *Four Views on Free Will*. Malden: Blackwell Publishing, 2007.

FIUZA, Ronald Moura. *A consciência: uma viagem pelo cérebro*. Rio de Janeiro: Dilivros, 2011.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte Geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

FREDE, Michael. *A Free Will: Origins of the Notion in Ancient Thought*. Los Angeles: University of California Press, 2011.

FRISCH, Wolfgang. *Sobre el futuro del derecho penal de la culpabilidad*. In: *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*. Bernardo Feijoo Sánchez (ed.). Pamplona: Thomson Reuters Limited, 2012.

GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. *El amor en los tiempos del cólera*. 12 ed. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, 1997.

GAROFALO, Raffaele. *La criminología*. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión. Con un apéndice sobre los términos del problema penal. Tradução para a versão espanhola de Pedro Dorado Montero. Madri: La España Moderna, [1890?].

GIACÓIA JÚNIOR, Oswald. *Nietzsche x Kant: uma disputa permanente a respeito de liberdade, autonomia e dever*. São Paulo: Casa do Saber, 2012.

GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Bosquejo de la culpabilidad por Ricardo C. Núñez. Breve síntesis del problema de la culpabilidad normativa por Edgardo A. Donna. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral, volume 1. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

GREENE, Joshua. *Emotion and Cognition in Moral Judgment: Evidence from Neuroimaging*. In CHANGEAUX, Jean-Pierre; DAMASIO, Antonio, et al. *Neurobiology of human behavior*. Berlin: Springer-Verlag, 2005.

GREENE, Joshua; COHEN, Jonathan. *For the law, neuroscience changes nothing and everything*. Phil. Trans. Royal Society, London. B (2004) 359, 1775–1785.

GREENE, Joshua. *From neural 'is' to moral 'ought': what are the moral implications of neuroscientific moral psychology?* Nature Reviews Neuroscience vol 4, 2003.

GROSS, Charles G. *Brain, Vision, Memory: Tales in the study of Neuroscience*. Cambridge: MIT Press, 1999.

GUZMÁN DALBORA, José Luis. *Estudio Preliminar*. In ENGISCH, Karl. *La Teoría de la Libertad de la Voluntad en la Actual Doctrina Filosófica del Derecho Penal*. Tradução e notas de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L, 2006.

HAIDT, Jonathan. *The Emotional Dog and its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment*. Review. 2001. Vol. 108. No. 4.

HASSEMER, Winfried. *Neurociencias y culpabilidad em derecho penal*, 2011. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/821.pdf>>. Acesso em 20 jun. 2018.

HENRIQUES DE SOUZA, Braz Florentino. *Lições de Direito Criminal*. Recife: Thyppografia Universal, 1860.

HILL, Thomas E. *Kant on Wrongdoing, Desert and Punishment*. Law and Philosophy, n. 18 (p. 407-441). Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Responsabilidade penal e consciência da ilicitude: Um paralelo entre as doutrinas de Claus Roxin e Günther Jakobs*. In Parte Geral do Código Penal Brasileiro: 30 anos depois – Estudos em homenagem ao professor Délcio Fulgêncio. Luciano Santos Lopes; Guilherme José Ferreira da Silva; Luís Augusto Sanzo Brodt (orgs). Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014.

IZQUIERDO, Ivan. *Memória*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed Editora S.A, 2011.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2007.

JAKOBS, Günther. *¿Ciencia del Derecho: técnica o humanística?*. Bogotá: Cuaderno de conferencias y artículos n.14 de la Universidad Externado de Colombia, 2001.

JAKOBS, Günther. *Culpabilidad Jurídico-Penal y Libre Albedrío*. In: *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*. Bernardo Feijoo Sánchez (ed.). Pamplona: Thomson Reuters Limited, 2012(a).

JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*. Noções e críticas. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giamcomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

JAKOBS, Günther. *El concepto jurídico-penal de Acción*. Bogotá: Cuaderno de conferencias y artículos n.11 de la Universidad Externado de Colombia, 1996.

JAKOBS, Günther. *Individuo y persona*. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurocientífica. In: *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*. Bernardo Feijoo Sánchez (ed.). Pamplona: Thomson Reuters Limited, 2012(b).

JAKOBS, Günther. *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Medonza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002.

JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

JAKOBS, Günther. *Teoría y praxis de la injerencia*. Buenos Aires: Editora Rubinzal-Culzoni, 2000.

JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal*. Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade. Tradução do alemão de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JAKOBS, Günther; STRUENSEE, Eberhard. *Problemas capitales del derecho penal moderno*. Jose Luiz Depalma (ed.). Buenos Aires: Hamurabi, 1998.

JASPERS, Karl. *A questão da culpa: a Alemanha e o Nazismo*. Tradução Claudia Dornbusch. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2018.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar – duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. 1. ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, EDIPRO, 2003.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. 5. ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Kalouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLEMM, William R. *Free Will debate: simple experiments are not so simple*. *Advances in Cognitive Psychology*. Publicado online em 30 ago. 2010. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2942748/>>. Acesso em 01 jun. 2018.

KNEPPER, Paul; YSTEHEDE, Per. *The Cesare Lombroso Handbook*. Paul Knepper; Per Ystehede (eds.). Nova Iorque: Routledge, 2013.

LAMME, Victor A. F. *Can neuroscience reveal the true nature of consciousness?*. Texto base da Palestra ministrada por Victor A. F. Lamme em 15 fev. 2005, no “Seminário de Pesquisa de Linguística e Mente”, realizado na Universidade de Nova Iorque. Disponível em: <<https://www.nyu.edu/gsas/dept/philo/courses/consciousness05/LammeNeuroscience.pdf>>. Acesso em 22 mai. 2018.

LENT, Roberto. *Cem bilhões de neurônios? Conceitos fundamentais da Neurociência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atheneu, 2002.

LESSA, Pedro. *O Determinismo Psychico e a Imputabilidade e a Responsabilidade Criminaes*. São Paulo: Typographia Duprat & Comp., 1905.

LEVY, Neil. *Hard Luck*. How Luck Undermines Free Will and Moral Responsibility. Nova Iorque: Oxford University Press: 2011.

LEVY, Neil. *Neuroethics*. Challenges for the 21st Century. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007.

LIBET, Benjamin. *Do We Have Free Will? In SINNOTT-ARMSTRONG, Walter e NADEL, Lynn. Conscious will and responsibility: a tribute to Benjamin Libet*. 1. ed . Nova Iorque: Oxford University Press, Inc, 2011.

LISZT, Franz von. *A teoria finalista no Direito Penal*. Tradução de Rolando Maria da Luz. Campinas: LZN Editora, 2007.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Prefácio de Edson Carvalho Vidigal; tradução de José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006.

LOMBROSO, Cesare. *Criminal man*. Tradução de Mary Gibson e Nicole Hahn Rafter. Londres: Duke University Press, 2006.

MAESTRO, Marcello T. *Voltaire and Beccaria as reformers of criminal law*. Nova Iorque: Columbia University Press, 1942.

MARIEB, Elaine. *Anatomia humana*. Elaine Marieb, Patricia Wilhelm, Jon Mallatt. Tradução de Livia Cais, Maria Silene de Oliveira e Luiz Cláudio Queiroz. Revisão técnica João Lachat, José Thomazini e Edson Liberti. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2014.

MELE, Alfred R. *Libet on Free Will. In SINNOTT-ARMSTRONG, Walter e NADEL, Lynn. Conscious will and responsibility: a tribute to Benjamin Libet*. 1. ed . Nova Iorque: Oxford University Press, Inc, 2011.

MELLO, Lydio Machado Bandeira de. *Da responsabilidade penal e da isenção de pena*. Responsabilidade penal. Das causas de isenção de pena. A embriaguez em direito penal. Da co-autoria. Das doenças mentais em criminosos. Da maioridade penal. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Bernardo Álvares S.A., 1962.

MERCIER, Hugo; SPERBER, Dan. *The Enigma of Reason*. Cambridge: Harvard University Press, 2017.

MERLE, Jean-Christophe. *A Teoria de Kant sobre a Justiça Criminal: Uma Justificativa Moral?* In TRAVESSONI, Alexandre. *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*. Parte general. Dirección editorial de Bernardo Lerner. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Tradução Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. 1. ed. Barcelona: Editorial Ariel S.A, 1994.

MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*. 2. ed. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial S.A, 1982.

MIR PUIG, Santiago. *Estado, Pena y Delito*. Buenos Aires: Euros Editore S.R.L, 2006.

MLODINOW, Leonard. *Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas?* Rio de Janeiro, Zahar, 2013.

MOBBS, Dean; HAGAN, Cindy C. *et al.* *The ecology of human fear: survival optimization and the nervous system*. *Frontiers in Neuroscience*, vol. 9. Publicado em 18 mar. 2015. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4364301/>>. Acesso em 20 mai. 2018.

MONCHI, Oury; PETRIDES, Michael, *et al.* *Wisconsin Card Sorting Revisited: Distinct Neural Circuits Participating in Different Stages of the Task Identified by Event-Related Functional Magnetic Resonance Imaging*. *The Journal of Neuroscience*, edição de 01 out. 2001. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/profile/Oury\\_Monchi/publication/11781184\\_Card-sorting\\_revisited\\_distinct\\_neural\\_circuits\\_participating\\_in\\_different\\_stages\\_of\\_the\\_task\\_identified\\_by\\_event-related\\_fmri/links/00b4953aaf0d9e5984000000.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Oury_Monchi/publication/11781184_Card-sorting_revisited_distinct_neural_circuits_participating_in_different_stages_of_the_task_identified_by_event-related_fmri/links/00b4953aaf0d9e5984000000.pdf)>. Acesso em 20 mai. 2018.

MONIZ SODRÉ, Antônio de Aragão. *As três escolas penais – clássica, antropológica e crítica*. Estudo comparativo. 6. ed. desenvolvida e atualizada. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1955.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo*. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado – Porto Alegre: Fabris, 1988.

MUSUMECI, Emilia. *New natural born killers? The legacy of Lombroso on neuroscience and law*. In KNEPPER, Paul; YSTEHEDE, Per. *The Cesare Lombroso Handbook*. Paul Knepper; Per Ystehede (eds.). Nova Iorque: Routledge, 2013.

NICOLELIS, Miguel. *Muito além do nosso eu: a nova neurociência que une cérebros e máquinas – e como ela pode mudar nossas vidas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

NOJIRI, Sergio. *Direito, Psicologia e Neurociência*. Coordenação de Sergio Nojiri. Ribeirão Preto: Editora IELD, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 10. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012.

OLIVEIRA, Nair de Assis. *Introdução*. In AGOSTINHO, Santo, Bispo de Hipona. *O livre-arbítrio*. 2. ed. tradução, organização, introdução e notas Nair de Assis Oliveira; revisão Honório Dalbosco. São Paulo: Editora Paulus, 1995.

PARDO, Michal S.; PATTERSON, Denis. *Philosophical Foundations of Law and Neuroscience*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2016.

PARDOS, Mariano Melendo. *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas. Granada: Editorial Comares S.L, 2002.

PARMA, Carlos. *El pensamiento de Günther Jakobs – El Derecho Penal del siglo XXI*. Medonza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003.

PEREBOON, Derk. *Free will skepticism and criminal punishment in The Future of Punishment*. Thomas Nadelhoffer, ed., Nova York: Oxford University Press, 2013.

PEREBOOM, Derk. *Hard Incompatibilism*. In FISCHE, John Martin; KANE, Robert *et al.* *Four Views on Free Will*. Malden: Blackwell Publishing, 2007.

PEREBOOM, Derk. *Living without free will*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2001.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. *El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre neurociencia y responsabilidad penal*. In: CALATAYUD, Manuel Maroto; CRESPO, Eduardo Demetrio. *Neurociencias y derecho penal*. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Madrid: EDISOFER S. L, 2013.

- PESSOA, Fernando. *Ficções do Interlúdio*. Barueri: Novo Século Editora Ltda., 2018.
- PICOZZA, Eugenio. *Neurolaw: An Introduction*. Basel: Springer International Publishing Switzerland, 2016.
- PINKER, Steven. *The Blank Slate. The Modern Denial of Human Nature*. Londres: Penguin Books, 2003.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 11. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- PRADO, Luiz Regis. *Prefácio à obra “O novo sistema jurídico-penal”*. In WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas de: Luiz Regis Prado. Posfácio de José Cerezo Mir. 3. ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- PRADO, Luiz Regis. *Teoria dos fins da pena: breves reflexões*. Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais, São Paulo, v. 0, p. 143-158, jan-jun., 2004, Revista dos Tribunais Online.
- PURVES, Dale. *Neuroscience*. Edited by Dale Purves *et al.* 3. ed. Sunderland: Sinauer Associates, Inc., 2004.
- RIG VEDA. Tradução H.H. Wilson e Eleonora Meier. Joinville: 2013.
- RODRIGUES, Nina. *As raças humanas e a responsabilidade criminal no Brasil – com um estudo do professor Afrânio Peixoto*. São Paulo: Guanabara Koogan S/A, 1894.
- RODRIGUES, Osvaldo Marra; GONDIM, Elnora. *Descartes e Sartre: a questão da liberdade*. Ensaio Filosóficos – Revista de Filosofia. Rio de Janeiro, vol. 6, outubro/2012. Disponível em: <[http://www.ensaiosfilosoficos.com.br/Artigos/Artigo6/00\\_Revista\\_Ensaio\\_Filosoficos\\_Volum\\_e\\_VI.pdf](http://www.ensaiosfilosoficos.com.br/Artigos/Artigo6/00_Revista_Ensaio_Filosoficos_Volum_e_VI.pdf)>. Acesso em 15 mar. 2018.
- RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Neurociências e os riscos da revisão filosófica sobre livre-arbítrio: visão atual da diátribe entre Lutero e Erasmo de Rotterdam*. In NOJIRI, Sergio. *Direito, Psicologia e Neurociência*. Coordenação de Sergio Nojiri. Ribeirão Preto: Editora IELD, 2016.
- ROSKIES, Adina L. *Are Neuroimages Like Photographs of the Brain?*. Revista Philosophy of Science, nº 74, de Dezembro de 2007.
- ROSKIES, Adina. *Why Libet’s studies don’t pose a threat to free will*. In SINNOTT-ARMSTRONG, Walter e NADEL, Lynn. *Conscious will and responsibility: a tribute to Benjamin Libet*. 1. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, Inc, 2011.
- ROSS, Alf. *On Guilt, Responsibility and Punishment*. Los Angeles: University of California Press, 1975.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Madri: Instituto Editorial Reus S.A., 1981.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2.<sup>a</sup> edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díazy García Conlled0 y Javier de Vicente Remesal. Navarra: Rodona Industria Gráfica, S. L., 1997.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Tradução e introdução de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2002.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Ana Isabel de Figueiredo e Maria Fernanda Palma. Lisboa: Vega Editora, 2004.

ROXIN, Claus. *Teoría del Tipo Penal*. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Tradução Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*. 1. ed. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1989.

ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; et al. *Sobre el estado de la teoría del delito*. Seminario en la Universität Pompeu Fabra. Edição de Jesús-Maria Silva Sánchez. 1. ed. Madri: Civitas, 2000.

RUSE, Michael. *The Cambridge Encyclopedia of Darwin and Evolutionary Thought*. Edição de Michael Ruse. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2013.

RYLE, Gilbert. *The Concept of Mind*. Nova Iorque: Routledge, 2009.

SACKS, Oliver. *O homem que confundiu sua mulher com um chapéu e outras histórias clínicas*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

SALLET, Paulo Clemente. *Prêmio Nobel: dinamite, neurociências e outras ironias*. Revista de Psiquiatria Clínica, 2009, vol. 36 (1). Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rpc/v36n1/a07v36n1.pdf> >. Acesso em 15 mai. 2018.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias* – Bernardo Feijoo Sánchez (ed.) e outros. Pamplona: Thomson Reuters Limited, 2012.

SCHOPENHAUER, Arthur. *O livre arbítrio*. Biografia e prefácio de Afonso Bertagnoli; tradução de Lohengrin de Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

SCHÜNEMANN, Bernd. *La Culpabilidad: estado de la cuestión*. In ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; et al. *Sobre el estado de la teoría del delito*. Seminario en la Universität Pompeu Fabra. Edição de Jesús-Maria Silva Sánchez. 1. ed. Madri: Civitas, 2000.

SETH, Anil K.; HE, Biyu J.; HOHWY, Jacob. *Editorial*. Neuroscience of Consciousness, vol. 1, 2015. Disponível em: < <https://academic.oup.com/nc/article/2015/1/niv001/2757109>>. Acesso em 22 mai. 2018.

SIEGEL, Larry J. *Criminology*. 9. ed. Belmont: Thomson Higher Education, 2006.

SINNOTT-ARMSTRONG, Walter e NADEL, Lynn. *Conscious will and responsibility: a tribute to Benjamin Libet*. 1. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, Inc, 2011.

SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. *Lessons from Libet*. In SINNOTT-ARMSTRONG, Walter e NADEL, Lynn. *Conscious will and responsibility: a tribute to Benjamin Libet*. 1. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, Inc, 2011.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Introdução ao direito penal: criminologia, princípios e cidadania*. Gianpaolo Poggio Smanio, Humberto Barrionuevo Fabretti. 2. ed. São Paulo: Atlas: 2012.

SOCIETY FOR NEUROSCIENCE. *The creation of neuroscience: The Society for Neuroscience and the Quest for Disciplinary Unity, 1969-1995*. Disponível em: <<https://www.sfn.org/about/history-of-sfn/the-creation-of-neuroscience/disciplinary-consolidation>>. Acesso em 17 mai. 2018.

SOCIETY FOR NEUROSCIENCE. *The creation of neuroscience: The Society for Neuroscience and the Quest for Disciplinary Unity, 1969-1995*. Disponível em: <<https://www.sfn.org/about/history-of-sfn/the-creation-of-neuroscience/introduction>>. Acesso em 17 mai. 2018.

SPENCER, Herbert. *The principles of psychology*. vol. I. Nova Iorque: D. Appleton and Company, 1896.

STERNBERG, Robert J. *Psicologia Cognitiva*. São Paulo: Cengage Learning, 2015.

TANGENY, June Price; STUEWIG, Jeff; MASHEK, Debra J. *Moral Emotions and Moral Behavior*. Annual Review of Psychology, 2007, v. 58 p. 345-372.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TAVARES, Juarez. *Teorias do Delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência: uma contribuição à teoria do crime culposos*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

*THE DHAMMAPADA*. Tradução de F. Max Müller. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/gu002017.pdf>>. Acesso em 10 jan. 2018.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

TRAVESSONI, Alexandre. *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

VILLA, Renzo. *Lombroso and his school: from anthropology to medicine and law*. In: KNEPPER, Paul; YSTEHEDE, Per. *The Cesare Lombroso Handbook*. Paul Knepper; Per Ystehede (eds.). Nova Iorque: Routledge, 2013.

WAAL, Frans de. *Homo homini lupus? Morality, the Social Instincts and our Fellow Primates*. In: CHANGEAUX, Jean-Pierre; DAMASIO, Antonio, et al. *Neurobiology of human behavior*. Berlim: Springer-Verlag, 2005.

WALEN, Alec. *Retributive Justice*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy, (Winter 2016 Edition). Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/justice-retributive/>>. Acesso em 07 abr. 2018.

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

WELZEL, Hans. *Estudios de Derecho Penal*. Estudios sobre el sistema de derecho penal; causalidad y acción; derecho penal y filosofía. Coleção “Maestros del Derecho Penal, n. 6”. Coordenada por Gustavo Eduardo Aboso. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002.

WELZEL, Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho: Derecho Natural y Justicia Material*. Traducción del alemán por Felipe GonzalezVicen. 2. ed. Madri: Misigraf Arabí S/A, 1974.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas de: Luiz Regis Prado. Posfácio de José Cerezo Mir. 3. ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

WELZEL, Hans. *Teoría de la acción finalista*. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1951.

WILSON, Edward O. *Consilience: the Unity of Knowledge*. Nova Iorque: Vintage Books, 1999.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALGAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. 5.ed. São Paulo: RT, 2004.