



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

LUIZ GABRIEL BATISTA NEVES

A LIBERDADE DE ATUAÇÃO COMO FUNDAMENTO DA
CULPABILIDADE

Salvador
2016

LUIZ GABRIEL BATISTA NEVES

**A LIBERDADE DE ATUAÇÃO COMO FUNDAMENTO DA
CULPABILIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Sebastián Borges de Albuquerque Mello.

Salvador
2016

LUIZ GABRIEL BATISTA NEVES

**A LIBERDADE DE ATUAÇÃO COMO FUNDAMENTO DA
CULPABILIDADE**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdade de Direito, da Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em _____.

Sebastião Borges de Albuquerque Mello (orientador)

Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Bahia, Brasil.

Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, Brasil com período sanduíche em Utrecht University.

Alexandre Moraes da Rosa

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Paraná, Brasil.

N935

Neves, Luiz Gabriel Batista,
A liberdade de atuação como fundamento da culpabilidade / por
Luiz Gabriel Batista Neves. – 2016.
142 f.

Orientador: Prof. Doutor Sebastián Borges de Albuquerque Melo.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia,
Faculdade de Direito, 2016.

1. Direito penal. 2. Culpa (Direito). 3. Liberdade. I. Universidade
Federal da Bahia

CDD- 345

Aos

Meus pais, força de inspiração eterna e símbolos de luta,
com quem sempre pude contar nos momentos de
dificuldade.

AGRADECIMENTOS

Agradecer ao invisível, à realidade imaterial, quântica e tudo que lhe pertence: a Deus, a Seu Boiadeiro, a Dona Maria, a Seu Tranca Rua, a Ogum e todos os orixás, pela impressionante força diante de tanta turbulência.

Agradecer porque este trabalho é o símbolo fiel do fim de um tempo e do começo de outro, por representar a face mais verdadeira da liberdade, do sempre *ser-livre* no concreto existir.

Aos meus pais, Dona Zeni e Seu Luiz, fontes de inspiração, amores dessa e de outras vidas, companheiros em uma só viagem, marinheiros do nosso cruzeiro, humanos e falíveis, presentes em alma, em corpo, em um só coração.

Ao meu irmão, Ruan, a lúcida cegueira nas caminhadas tortuosas, amigo antes de irmão, irmão além de amigo (muito além de amigo).

Aos Gantois: a Deni, pelas lições de vida que ficarão para a posteridade, a simplicidade em figura humana, por tudo que as palavras não são capazes de traduzir; Ao fraterno, singelo e doce, a leve alma de quem parece cumprir sua última jornada nesse plano espiritual, quem me ensinou a dimensão solidária da vida: a Celi Gantois; Ao exemplo, à retidão, à ética e ao persistente, à família e à renúncia: a Marcelo Gantois; À ajuda sentida, silenciosa e amiga, à força e ao equilíbrio: a Digo Gantois.

Ao de sempre, por sempre, pela caminhada irmanada, pelo apoio incondicional, pelo amor ágape, pelos ombros nos quais já derramei tantas lágrimas: a Hermes Hilarião.

Ao fio condutor de minha vida acadêmica, ao mestre, amigo e parceiro profissional, o gigante que semeou o conhecimento e permitiu este novo passo: ao orientador e meu Professor Doutor, Sebastián Mello.

A todos do Hilarião & Neves e do Borges Advogados, pela torcida contínua, em especial a Érica Fraga e Laís Furtado.

A Manoel do Bomfim Filho, Thiago Borges, Geovane Peixoto e Wálber Araújo Carneiro, diletos conselheiros intelectuais para as dúvidas mais difíceis.

Por fim, a Seu Carlos, do Chapéu de Couro, pela proteção espiritual, e Tiago Agres, ouvinte atento nas viagens perdidas em mares revoltos.

É claro que o senso comum, que produz tantas ilusões sobre o mundo, tem de ser esclarecido sem reservas pelas ciências. Mas as teorias científicas que penetram o mundo da vida deixam intacto, em seu cerne, o *quadro* do nosso saber cotidiano, no qual se constitui a autocompreensão de pessoas capazes de falar e agir. Quando aprendemos algo novo sobre o mundo, e sobre nós como seres no mundo, modifica-se o conteúdo de nossa autocompreensão.

Jürgen Habermas (2013, p. 8).

NEVES, Luiz Gabriel Batista. A LIBERDADE DE ATUAÇÃO COMO FUNDAMENTO DA CULPABILIDADE. 142 f. il. 2016. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

RESUMO

A culpabilidade tem especial relevância para o Direito Penal, já que atua como fundamento da atribuição de pena a determinado sujeito. Esta pesquisa tem como finalidade definir a liberdade de atuação como fundamento da culpabilidade a partir da ação significativa. No aspecto jurídico, visa-se superar a conceituação abstrata da culpabilidade, ao passo que na dimensão prática busca-se trazer para a realidade dos operadores do direito um fundamento da culpabilidade capaz de evitar decisões abstratas, formuladas em decorrência de um *a priori* prático, acreditando, assim, que os indivíduos sujeitos ao poder punitivo estatal podem receber, a partir do presente estudo, um tratamento pessoal, individualizado e de acordo com o caso concreto. A definição do fundamento da culpabilidade não pode ficar adstrita à dicotomia entre liberdade e determinismo, que já provoca, nos dias atuais, os mais profundos mergulhos em outras disciplinas, na tentativa de assistir razão a uma ou outra posição. Os modelos teóricos de culpabilidade (da concepção psicológica ao pós-finalismo) são insuficientes por não perceber que há um deslocamento de paradigma, do assentamento nos dogmas da filosofia moderna, que rompe os preceitos da metafísica. Neste movimento, de pós-metafísica, se encontra a física quântica ortodoxa, que apresenta uma forma nova de compreender o universo, o mundo e a vida, cujas experiências atestam o fim do materialismo e da separação - próprios do pensamento newtoniano - sujeito-objeto. Também se destaca, como ferramenta auxiliar na pesquisa, a filosofia hermenêutica, ao tratar do elemento da pré-compreensão como ínsito ao ser humano. A insuficiência dos modelos que estudam o fundamento da culpabilidade consiste em não refundar a dogmática jurídico-penal (lida agora como dogmática jurídico-penal-processual), já que o rompimento da relação sujeito-objeto não pode continuar a permitir a separação teórica entre direito material e processual penal, pois a conceituação do fundamento da culpabilidade, a liberdade de atuação, surge da dialogicidade entre ambos.

Palavras-chave: Direito Penal. Culpabilidade. Filosofia da linguagem. Física Quântica. Dialogicidade. Interconexão. Liberdade de atuação.

NEVES, Luiz Gabriel Batista. FREEDOM OF ACTION AS CULPABILITY'S FOUNDATION. 142 pp. ill. 2016. Master Dissertation – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

ABSTRACT

Culpability has special relevance to Criminal Law, as it works as the assignment of penalty apply to the individual foundation. This research aims to define freedom of action as culpability's foundation derivative from meaningful actions. In the legal aspect, pursues to overcome the abstract concept of culpability, whereas the practical dimension seeks to bring to the reality of law operators a concept of culpability's base able to avoid abstract decisions made as result of the practical principle, that believes that individuals subject to state punitive power may receive, from the present study, a personal, individualized, according to the case treatment. The construction of culpability's foundation may not be hosted by the dichotomy between freedom and determinism, which already causes, today, the deepest dives in other disciplines in trying to assist reason to one or to another point of view. Theoretical models of culpability (from psychological to post-finalist model) are insufficient, also because these models don't realize that there is a shift of paradigm, informed by the new tenets of modern philosophy, which breaks the metaphysics theory. By this movement, post-metaphysical, is situated the orthodox quantum physics, which presents a new way of understanding the universe, the world and life, whose experiences attest to the end of materialism and separation - typical of Newtonian thoughts - of subject-object. It also stands out, as an auxiliary tool of this research, hermeneutical philosophy, for dealing with the pre-understanding as intimately recorded to human beings. The failure of the models who study culpability's foundation consists in not to refound the legal-criminal dogmatic (read now as a legal-criminal-procedural dogmatic), as the disruption of the subject-object relationship cannot continue to allow the theoretical separation between criminal law and criminal procedure, thus the concept of culpability's bases, freedom of action, is produced by the dialogicity of both disciplines.

Key-words: Criminal law. Culpability. Philosophy of language. Quantum physics. Dialogicity. Interconnection. Freedom of acting.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	LIVRE-ARBÍTRIO E DETERMINISMO	18
2.1	AS FUNÇÕES DA CULPABILIDADE	22
2.2	A ORIGEM HISTÓRICA DA POLÊMICA.....	26
2.3	A RELAÇÃO ENTRE DIREITO PENAL E LIVRE-ARBÍTRIO.....	29
3	O PANORAMA DO LIVRE ARBÍTRIO E DA CULPABILIDADE NO SÉCULO XX.....	35
3.1	TEORIA PSICOLÓGICA DA CULPABILIDADE	36
3.2	TEORIA NORMATIVA DA CULPABILIDADE	41
3.3	TEORIA FINALISTA E O PODER ATUAR DE OUTRO MODO	50
3.4	TEORIAS PÓS-FINALISTAS.....	55
3.4.1	A culpabilidade e os fins preventivos em Roxin.....	57
3.4.2	O funcionalismo sistêmico de Jakobs.....	60
3.4.3	A pessoa deliberativa de Klaus Günther	62
3.4.4	A ideia de liberdade em Figueiredo Dias.....	66
4	A INSUFICIÊNCIA DOS MODELOS TEÓRICOS DE CULPABILIDADE: A ERA DA INTERCONEXÃO.....	69
4.1	AS CONTRIBUIÇÕES DA FÍSICA QUÂNTICA	73
4.2	A PERSPECTIVA FILOSÓFICA.....	80
4.2.1	A filosofia hermenêutica de Heidegger	82
4.2.2	A teoria do discurso de Habermas.....	89
4.2.3	A filosofia da linguagem de Wittgenstein.....	99
4.3	O IMPACTO NA DOGMÁTICA JURÍDICA: A DIALOGICIDADE ENTRE DIREITO E PROCESSO PENAL	108
5	A LIBERDADE DE ATUAÇÃO COMO FUNDAMENTO DA CULPABILIDADE.....	117
6	CONCLUSÕES	128
	REFERÊNCIAS.....	135

1 INTRODUÇÃO

A culpabilidade tem uma dilatada dimensão acadêmica, permitindo o seu estudo em muitos aspectos. Para os limites deste trabalho, pretende-se discutir a liberdade de atuação como fundamento da culpabilidade, na condição de atribuição de pena a um determinado sujeito, buscando, assim, introduzir as discussões sobre o *ser* e o *ente* (o ôntico e o ontológico), os jogos linguísticos, conforme propõe a filosofia da linguagem, com objetivo de superar a relação sujeito-objeto que dominou os modelos teóricos de culpabilidade.

O estudo visa, portanto, demonstrar a impossibilidade de definir o fundamento da culpabilidade a partir apenas do Direito Penal material, evitando que este decorra, unicamente, de concepções abstratas, teóricas, sem considerar a facticidade e o fato da culpabilidade ser revelada em um processo penal, decorrente de uma decisão de um terceiro observador.

Nesta perspectiva da culpabilidade, o problema aqui formulado, em breves linhas, pode ser apresentado da seguinte forma: Considerando o paradigma da filosofia da linguagem e as contribuições da física quântica, é possível definir o fundamento da culpabilidade somente a partir das construções abstratas do Direito Penal?

O núcleo da premissa básica – e que cuida mais de perto a presente investigação – é, justamente, de mudança de perspectiva, para perceber que deve haver uma interconexão entre a ação do sujeito que praticou determinada conduta com a ação do observador (juiz) que fará a avaliação sobre sua culpabilidade. Quer se dizer, a culpabilidade é construída em um processo penal, com base em uma ação significativa e não existe simplesmente paralisada em um fato histórico (passado) que somente precisa ser reconstruída.

Isto porque, a reconstrução do fato também é realizada sob os olhares de atores que possuem pré-compreensões diversas sobre cada *interface* do fato narrado, que o valoram, que se comunicam com o objeto a ser avaliado e produzem um resultado próprio, único.

Essa mudança de paradigma, de deslocamento no eixo de significado teórico da culpabilidade, especialmente do seu fundamento, é o ponto chave de compreensão do problema e é o pino de sustentação do presente trabalho, qual seja: interconectar Direito e processo penal na dimensão da liberdade e, por via de consequência, da culpabilidade, sendo esta a hipótese básica da pesquisa.

A filosofia hermenêutica, que possui interseções importantes para a liberdade de atuação, introduz o debate entorno do ser, defendendo que não é possível, embora sempre se busque, uma definição direta e cabal do ser. Na visão de Heidegger, um dos seus precursores, essa determinação imediata e exaustiva do ser não é possível. Sempre fracassaram os que buscaram esse sentido dado, apriorístico. Por isso, a culpabilidade como algo a “*ser*” alcançado só pode ser determinada a partir de uma ação significativa dentro do “jogo do processo penal”.

A hipótese secundária dessa investigação consiste em explicar a evolução da culpabilidade, da fase psicológica até o pós-finalismo, relacionando em cada momento histórico com as percepções da liberdade e sua dualidade com o determinismo, de forma a demonstrar que essa dicotomia precisa ser superada, pois é fruto de equívocos forjados dentro da metafísica.

A relevância da temática decorre da imprescindibilidade do estudo da culpabilidade, apreendida em razão da teoria do delito, por representar a base de toda a dogmática penal, tendo em vista que nesta são fixados os pressupostos jurídico-penais para aplicação da pena.

Do ponto de vista jurídico, a presente investigação pretende a superação da conceituação abstrata da culpabilidade, fruto do dualismo apontado, destacando que é preciso estabelecer uma teoria que seja dialógica entre as disciplinas que formam o sistema de punição, indo além da simples concepção da sociedade como um todo, da produção do conhecimento único, da verdade absoluta, exasperando a relação complexa que envolve a culpabilidade.

Na prática, pretende-se trazer a realidade da dogmática jurídica para dimensão empírica, de modo que os operadores do direito, cientes dos dados da pesquisa,

evitem decidir sobre a culpabilidade de determinado indivíduo sem antes proceder à devida análise hermenêutica do caso concreto.

No capítulo 2 são abordadas as funções da culpabilidade, os desdobramentos da dicotomia entre liberdade e determinismo e a apropriação do Direito penal pelas ideias ligadas ao livre-arbítrio (em maior ou menor escala, já que a construção sobre liberdade não nasce com o Direito penal, sendo abduzido para categoria dogmática penal como um pilar importante da culpabilidade).

Desse modo, ainda no segundo capítulo, fica registrado o alerta de que a dimensão do novo conceito de mundo e as descobertas da física quântica não permite um prolongamento na disputa entre liberdade e determinismo, que balizou, por tanto tempo, a construção dogmática da culpabilidade penal. O primeiro ponto, portanto, é esclarecer que tal debate foi travado em um falso problema, (auto)provocado pelo próprio determinismo, desde a origem histórica de Santo Agostinho *versus* os maniqueus. É dizer, percebe-se, ao se buscar a origem mais remota do pensamento (religioso) sobre livre-arbítrio, que a questão não é continuar insistindo em verificar qual posição possui razão, mas notar que essa dicotomia não é fundamental para a definição do fundamento da culpabilidade.

Em seguida, no capítulo 3, são abordados os principais modelos teóricos da culpabilidade, desde a teoria psicológica até as modernas contribuições do pós-finalismo. A construção do conceito e dos fundamentos da culpabilidade – em sua ampla maioria, nas teorias que serão apresentadas– se dá observando a posição do sujeito que praticou determinada ação, na tentativa fática de reconstrução da história daquele delito, para constatar se, de acordo com o modelo dogmático eleito, poderá ser considerado detentor do seu livre-arbítrio e, portanto, responsável pela ação praticada.

Com isso, o estudo dos modelos teóricos tem importância para verificar a forma como a liberdade é compreendida ao longo da história. Cada modelo teórico de culpabilidade foi responsável, também, por abordar outros temas do próprio Direito Penal, mas, para os fins pretendidos, deve-se apontar a amplitude da liberdade em cada um deles.

Neste trabalho, parte-se da premissa de que estes modelos teóricos se mostram insuficientes, além de outros motivos, por uma razão que é comum a todos: a culpabilidade é definida com base exclusiva no Direito Penal material. A dogmática jurídico-penal tem suas raízes mais remotas nas ciências naturais e nos dogmas filosóficos, cuja estrutura dá base de sustentação e serve de fundamentação para o Direito em si, para a compreensão do mundo, da vida e de tudo que gira ao redor dos seres humanos, e as modernas contribuições destas áreas do conhecimento não podem passar despercebidas pela dogmática jurídico-penal.

O capítulo 4 tem a função de desconstruir conceitos que ainda hoje se encontram na dogmática penal. O trabalho cuida de demonstrar a inviabilidade científica do materialismo e da separação (entre os objetos e as pessoas), próprios do pensamento newtoniano, inserindo a teoria da relatividade de Einstein (especial e geral) e uma realidade completamente diferente de mundo, que só é percebida através dos níveis atômicos. O universo, assim, é conceituado como interligado, interconectado, a consciência volta ao epicentro dos debates científicos, rompendo a ideia de que é possível construir uma teoria abstrata e geral nas ciências. As conclusões são resultados da relação entre observador e observado, de um juízo que nega o *a priori* prático.

Essa superação da metafísica, pela física quântica, ocorre também na filosofia. Não existe entre ambos (filosofia e física quântica) uma relação de causalidade, ou seja, a física quântica não surge das mudanças filosóficas do século XX e os novos axiomas filosóficos não nascem inspirados nos preceitos da ciência moderna, mas as duas disciplinas são resultados de um movimento pós-metafísica.

Para a filosofia, o alcance da verdade, a certeza e a segurança, forjadas no positivismo, passam a ser contestadas. O modelo representacional, a filosofia da consciência e o esqueleto sujeito-objeto são substituídos pela filosofia da linguagem e hermenêutica, que passam a defender a possibilidade de encontrar uma resposta adequada para cada caso concreto. A construção de um mundo ideal, de um sujeito solipsita, individual, abstrato, é rompido pela facticidade, pela dinamicidade das coisas e das pessoas.

Estes novos paradigmas ocasionam um impacto na dogmática jurídica, e em especial, para a finalidade pretendida, na dogmática jurídico-penal, já que a interconexão do universo, a relação entre observador e observado, não pode passar alheia para os fundamentos da culpabilidade, ficando claro que este não pode ser elaborado exclusivamente pelo Direito Penal. Não é viável que a culpabilidade, resultado de uma decisão judicial, após a dialética processual, tenha sua construção teórica somente baseada nos preceitos do direito material.

Defende-se neste trabalho que é imperioso avançar na reformulação da dogmática, agora jurídico-penal-processual, apontando a inconsistência da Teoria Geral do Processo e estabelecendo a dialogicidade entre a norma que prevê a conduta proibida com o rito que processa toda acusação, até porque não existe mais a relação metafísica sujeito-objeto, o universo é interconectado e ambos os diplomas são partes integrantes do sistema de punição estatal.

Estabelecidas essas premissas, importa dizer ainda que a filosofia da linguagem de Wittgenstein, que funda o jogo de linguagem, a partir da ideia de que o mundo não é dado, mas sim construído pelos símbolos linguísticos, é o referencial teórico do presente trabalho. Assim como a linguagem, a culpabilidade é elaborada dentro do jogo da linguagem, o jogo do processo penal, na avaliação do exterior pelo interior, na filosofia da psicologia, cuja ação significativa tem papel decididamente característico para autodeterminação do ser humano.

Apesar de o marco teórico estar assentado no pensamento de Wittgenstein (na filosofia da linguagem), a liberdade de atuação como fundamento da culpabilidade tem importantes contribuições. É indispensável introduzir o debate no novo conceito de mundo, de vida, de universo, oferecido pela física quântica, que demonstra que estamos em uma órbita emaranhada, que elimina o materialismo e a separação de coisas que são espécies do mesmo gênero. Do mesmo modo, a pré-compreensão, da obra *Ser e Tempo*, de Heidegger, é essencial para definir que esse resultado da relação avaliado e avaliador têm conceitos prévios de quem observa, do que pensa sobre os mais variados temas: religião, norma, noite, vida, tempo, entre outros.

O capítulo 5, por derradeiro, cuida de abordar a liberdade de atuação, fundamento da culpabilidade, produzida dentro do jogo de linguagem, pela interação sujeito-sujeito, em um universo interconectado, na constituição do conhecimento, ligada à facticidade, ao caso concreto, diante da pré-compreensão humana e em uma dogmática refundada: de dialogicidade entre Direito e processo penal.

2 LIVRE-ARBÍTRIO E DETERMINISMO

As ancestrais observações teóricas indicam que a discussão sobre a liberdade é trazida para o âmbito da culpabilidade por diversas razões, seja para exigir a possibilidade de imputação do injusto a seu autor (o que consistiria na imputação pessoal), seja para determinar a liberdade de vontade do sujeito, considerado pressuposto fundamental da responsabilidade em dado momento da história, ou ainda para desenvolver a ideia de necessidade da pena, que somente deve ser aplicada a sujeitos normais e que podem ser responsabilizados no momento da ação praticada. Balizando cada uma dessas justificações, existem conceitos que ora defendem uma posição voltada à liberdade (ao livre-arbítrio) e outros que concordam com as posições deterministas¹.

Assim, a evolução no estudo da culpabilidade, sua função e seu conceito (diante dessa dualidade: liberdade e determinismo) já alcança hoje, somente para ilustrar, aspectos relacionados às recentes pesquisas científicas sobre neurociência² e visam à (re)discussão do funcionamento do centro de controle do indivíduo, alvo da imersão da psicanálise³, da filosofia⁴ ou da ciência⁵, cujo objetivo último, fundamento secular da dogmática penal, é identificar o âmbito da liberdade da pessoa. A capacidade do agir humano, o condicionamento de sua vontade e os impulsos internos que motivaram uma eventual ação, tiveram, ao longo da história, diversas versões, em campos distintos do conhecimento e constituíram ferramentas importantes na construção do conceito de culpa.

O livre-arbítrio ganha um importante aliado com os estudos da física quântica (responsável por reintroduzir a consciência no epicentro do universo, apresentado

¹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal – Parte General*. 7ª ed. Buenos Aires: Editorial B de F., 2004, p. 519-537.

² Sobre as descobertas da neurociência: TEIXEIRA, João de Fernandes. *Filosofia do cérebro*. São Paulo: Paulus, 2013, Saraiva Reader (edição digital).

³ FREUD, Sigmund. *Alguns Comentários sobre o Conceito de Inconsciente na Psicanálise (1912)*. IN: _____ . *Obras Psicológicas de Sigmund Freud: Escritos sobre a Psicologia do Inconsciente*. Coordenador Geral da Tradução Luiz Alberto Hanns. Rio de Janeiro: Imago Ed., 2004.

⁴ Entre outros, pode-se citar: HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte 1. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2006.

⁵ A exemplo de: CAPRA, Fritjof. *O Tao da física: um paralelo entre a física moderna e o misticismo oriental*. 19ª ed. São Paulo: Cultrix, 1983.

como ente interconectado)⁶, advindo no momento em que as ciências da cognição avançam inclinadas a indicar que somos seres autônomos inteligentes, impossibilitados de ter decisões livres.

As pesquisas indicativas da não-liberdade e do determinismo do homem, apresentadas pela neurociência (mais precisamente pela neuroimagem), são profundas, surpreendentes e estão sendo elevadas à condição de quarta fratura egoica⁷, seguindo uma linha de pensamento iniciada com o golpe cosmológico de Copérnico (que demonstrou que a terra não era o centro do universo), sucedido pelo golpe biológico de Darwin (que assemelha os homens aos outros animais) e pelo golpe psicológico de Freud (que definiu que o inconsciente tem prevalência em nossos processos mentais, cujo controle é de pouca confiança).

Nesse campo de estudo, revela-se uma visão pendular sobre o conceito de liberdade, alcançando desde concepções liberais antigas e modernas, da vontade livre e incondicionada, apontando que os seres racionais são capazes de se autodeterminar, até percepções deterministas, com suas diversas feições, segundo as quais “todo fenômeno – e, portanto, não só ações, mas também a intenção (ou seja, a soma de conhecimento e vontade) de realizá-las – é efeito necessário, e por isso, inevitável, de causas absolutamente condicionantes”⁸, chegando a atribuir qualquer movimento humano ao tipo físico, ao ambiente, às questões psíquicas, sociais etc.

O debate dessas posições e suas mais diversas ramificações apontam para uma “crise da culpabilidade”, que se curva, muitas vezes, a uma disputa do conhecimento, na definição do dogma que é premente na formação do seu conteúdo. Paulo Busato, inspirado nas ideias de Vives Antón e Wittgenstein, esclarece que essa angústia reside em um falso problema, “derivado da oposição que se faz à liberdade de vontade a partir do determinismo, com base em critérios

⁶ *Ibidem*.

⁷ Com mais profundidade, sobre a quarta fratura egoica, no terceiro capítulo do seu trabalho, é de se ver: TEIXEIRA FILHO, Manoel do Bonfim. *Neurociências, Filosofia da Mente e o Subjetivo no Direito Penal: desvelando novas regras no jogo de linguagem mentalista*. Dissertação de Mestrado em Direito Público. Universidade Federal do Estado da Bahia. Orientador: Prof. Dr. Nelson Cerqueira, 2015.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 452.

ilógicos”⁹. Ainda hoje, em outra dimensão do pensamento e do conhecimento humano, o debate entre experiências (e teses) deterministas e da liberdade são objeto de deslumbramento do homem e suas descobertas acabam influenciando na formação de novos conceitos de culpabilidade. No entanto, a chave da compreensão é justamente outra: a liberdade de atuação (ou liberdade de ação)¹⁰.

A nova dimensão assenta-se na conjugação entre sujeito e objeto¹¹, do reconhecimento subatômico da interconexão do universo¹², da liberdade como fundamento da linguagem jurídica da ação¹³, referida não como modelo teórico ou de modo genérico, mas reconhecida ao sujeito e ao caso concreto¹⁴. Assim, a mola propulsora não é cancelar razão aos deterministas ou indeterministas, cada vez mais criativos e empoderados de modernas tecnologias, mergulhados em mares revoltos da psiquiatria, da ciência e da filosofia etc., com intuito de optar entre uma ou outra posição, mas perceber que o cerne do problema é outro: a relação de interdependência entre o fato observado e o avaliador, ou seja, a atual concepção de que o mundo decorre de uma linguagem expressada por meio de uma ação¹⁵.

As pesquisas recentes, direcionadas a solucionar o impasse entre determinismo ou indeterminismo, são importantes e podem contribuir para a evolução humana, para o mundo, para o direito enquanto sistema inserido na vida e nas relações pessoais,

⁹ BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um Direito Penal Democrático*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 194-195.

¹⁰ *Ibidem*, p. 201.

¹¹ HEIDEGGER, Martin. *Introducción a la metafísica*. Barcelona: 1997.

¹² CAPRA, Fritjof. *Op. cit.*, 1983.

¹³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *El principio de culpabilidad*. IN: RIPOLLÉS, José Luiz Díez; CASABONA, Carlos María Romeo; MARTÍN, Luis Gracia; GUIMERÁ, Juan Felipe Higuera (Ed.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor doctor Don José Cerezo Mir*. Madri: Tecnos, 2003.

¹⁴ É importante destacar que não se conhece, na doutrina, teoria que defenda a existência de uma relação de causalidade entre física quântica com a filosofia moderna (filosofia hermenêutica e filosofia da linguagem), esta última o referencial teórico do presente trabalho. Em verdade, importante esclarecer, que ambas são resultado de um movimento pós-metafísico, cuja superação afetou as ciências naturais e a filosofia. Conforme será defendido no capítulo 4, a física quântica é de fundamental importância para o presente trabalho justamente por trazer no seu bojo teórico estruturas que identificam uma nova forma de conhecimento humano, uma forma nova de olhar o mundo da vida. Esse novo olhar sobre o conhecimento, e as novas dimensões humanas no universo, despertam atenção para necessidade de construir a dogmática jurídico-penal (e especial a culpabilidade) em harmonia com os novos pressupostos do mundo da vida, ou seja, sua importância é de mostrar que não possível construir um conceito de culpabilidade a partir ou através das lentes de um mundo antigo (metafísico) e desconectado.

¹⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*. Trad. Alfonso García Suárez e Ulises Moulines. Barcelona: Gedisa, 2000.

instrumento cultural de controle e reparação social, bem como para construção e definição da culpabilidade¹⁶, mas, além dessas experiências não compõem o marco teórico do presente trabalho, precisam de um novo olhar, de serem repaginadas, pois rompem uma barreira importante e sinalizam para outra dimensão: da linguagem e da interconexão.

Desse modo, nesse novo universo, é preciso superar a liberdade indeterminista por uma liberdade pessoal, “de um recuo da liberdade como propriedade de acção em favor da **liberdade como “característica do ser-total-que-age”**”¹⁷, compreendendo a atual noção do ser humano, enquanto ser concreto e situado, que vive “um mundo que é”, abandonando a ideia de homem abstrato e isolado. Ou seja, a visão do homem no concreto existir, de forma que é sempre ser-livre, afirmando sua própria existência, decidindo sobre a si e sobre si¹⁸.

A “disputa” entre determinismo e indeterminismo, portanto, é um dilema da metafísica¹⁹. A mudança de feixe, ainda despercebida em setores importantes do conhecimento, indica que a era atual já se encontra assentada nas premissas da física quântica. Essa é uma mudança fundamental na compreensão do mundo e de seus sistemas, produzidos pela natureza e pelo homem. A superação da metafísica²⁰ produz diversos desdobramentos, seja para revelar – pela física quântica – a possibilidade de dois corpos ocuparem o mesmo espaço ao mesmo tempo, no campo da ciência, ou para indicar, no campo da filosofia, a virada linguístico-ontológica²¹. Esse debate não pode ficar para posteridade, especialmente

¹⁶ Um exemplo que reconhece a importância das pesquisas recentes sobre neurociência sem perder de vista o paradigma da linguagem pode ser encontrado em: SANT’ANNA, Marina de Cerqueira. *Neurociências e Culpabilidade*. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 95-103.

¹⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal, Parte Geral Tomo I, questões fundamentais – a doutrina geral do crime*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 522.

¹⁸ *Ibidem*, p. 524.

¹⁹ A expressão “dilema metafísico entre determinismo e livre-arbítrio” encontra-se na obra de: FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.*, p. 452. Nesse sentido, de reconhecer que esse debate pertence à metafísica, entre outros, está o trabalho de: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal: introducción*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000.

²⁰ Para Pierre Aubenque a superação da metafísica nasce na própria metafísica de Aristóteles e possui apenas aparência de iconoclastia: AUBENQUE, Pierre. *Desconstruir a metafísica?* São Paulo: Edições Loyola, 2012, p. 95.

²¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

quando se mostra contraproducente e incapaz de solucionar um falso problema autogerido; a questão, pois, é de mudança de cosmo.

2.1 AS FUNÇÕES DA CULPABILIDADE

A culpabilidade, considerada por alguns doutrinadores como um dos principais institutos do Direito Penal²², emergiu, assim, como o elemento hábil a alterar o panorama punitivo, fixando critérios para a responsabilização penal²³. Sua primeira aparição no direito é representada pela máxima “*nullum crimen sine culpa*”, um marco do pensamento liberal, que estabeleceu a impossibilidade de alguém ser condenado sem ser culpável (sem, portanto, ter contribuído para a conduta ofensiva) e rompeu, definitivamente, com o caráter objetivo e impessoal da persecução²⁴.

A inserção da culpabilidade no Direito Penal é resultado da ascensão do individualismo e da razão, difundidos no século XIX, e corolário das manifestações de refutação da coação penal e em favor de uma tutela efetiva da liberdade²⁵. Até o referido período, os sistemas jurídico-punitivos predominantes se preocupavam tão somente com o fato objetivo, bastando, para a aplicação da sanção, a ocorrência (ou mesmo a mera expectativa) de lesão, independentemente da formulação de juízos ao redor do sujeito “infrator”²⁶.

Embora a superação do regime absolutista e o princípio da legalidade tenham logrado, até certa medida, frear a ingerência sancionatória, exigindo das medidas punitivas as vestes de um novo ordenamento legal, a concepção de castigo, que ainda não tinha sido totalmente superada, permitia que a integridade humana permanecesse alvo de constante vulneração.

²² Veja-se a respeito: BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010; MUNOZ CONDE, Francisco. *Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal*. Revista penal, n. 5, p. 47, 2000.

²³ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Op. cit.*, 2010, p. 98.

²⁴ BRANDÃO, Cláudio. *Op. cit.*, 2010, p. 410.

²⁵ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Op. cit.*, 2010, p. 96.

²⁶ MANZANO, Mercedes Pérez. *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva em la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Madri: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1990, p. 56.

A pena, caracterizada até então pela irracionalidade, tinha como pressuposto apenas a concretização do dano, sendo a efetivação de tal elemento suficiente para ensejar a punição do agente reputado culpado - bem como da sua família ou de toda a comunidade - e autorizar a realização de mutilações físicas, de escárnios e outras medidas violentas²⁷.

Como acertadamente explica Pérez Manzano, o princípio da culpabilidade “en su origen, su significado fundamental radicaba en la subjetivización de la responsabilidad penal centrada en la exclusión de la responsabilidad objetiva”²⁸.

Mediante o firmamento da responsabilidade subjetiva, já conhecida pelo Direito Romano na Lei das XII Tábuas - a qual exigia a perscrutação da vontade do infrator para a punição de crimes como o homicídio²⁹ -, a culpabilidade promoveu a individualização da imputação, reverenciando a consciência e a capacidade de decisão do indivíduo. Em detrimento da noção objetiva de delito, fincada, unicamente, na ofensa a um dever, o complexo punitivo passa a envolver também a premissa de liberdade e a exigir legitimidade da reprimenda, em reconhecimento das garantias da autonomia ética do agente, antes desconsideradas³⁰.

As contribuições da culpabilidade para as ciências criminais (e as civilizações contemporâneas ao seu surgimento) foram incontestáveis. Contudo, o mencionado elemento somente adquiriu o destaque necessário para a sua evolução teórica com as teses de Rudolf Von Ihering, que em 1867 separou o ilícito civil em dois aspectos diferentes, o subjetivo e o objetivo. Este último abrangeria o injusto, enquanto aquele se referiria, justamente, à culpabilidade³¹, pensamento este que inclusive inspirou os estudos de Fran Von Liszt.

A partir de tais concepções, e especialmente com a consolidação do Estado de Direito, a culpabilidade se torna cláusula fundamental do Direito Penal. Por constituir

²⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica do Direito Penal brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 102-103.

²⁸ MANZANO, Mercedes Pérez. *Op. cit.*, 1990, p. 56.

²⁹ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Op. cit.*, 2010, p.101.

³⁰ SALAS, Jaime Couso. *Op. cit.*, 2006, p. 36-37.

³¹ MACHADO, Fábio Guedes de. *Culpabilidade do Direito Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 22.

um dos estandartes de salvaguarda da autonomia e da racionalidade do homem³², a referida categoria é erigida a pilar de sustentação do ordenamento democrático, uma vez que “sua violação implica em desconhecimento da essência do conceito de pessoa³³”, e é portadora de diferentes e novas funções.

Ao acompanhar (e proporcionar) o desenvolvimento histórico-dogmático do Direito Penal, o conceito de culpabilidade se expandiu, de modo que a sua atual compreensão apresenta contornos mais extensos e diferenciados. Conforme assevera Achenbach³⁴, a culpabilidade não possui mais significado uno, podendo, por isso, ser examinada sob níveis de discussão diferentes entre si. Para além da sua acepção primitiva, a referida categoria assume hoje os papéis de princípio, de fundamento da pena e de limite da pena.

Com efeito, a primeira vertente está intimamente relacionada com as noções originárias da responsabilidade penal subjetiva. Como princípio, a culpabilidade se revela contrária à atribuição de responsabilidade pelo resultado, exigindo, para a aplicação da pena, a demonstração da contribuição do sujeito para a conduta infratora.

Trata-se da já apontada superação da objetividade e da impessoalidade, de modo que a reprimenda deve ser adstrita ao autor da ofensa (intranscendência) e determinada em atenção às condições do sancionado (individualização)³⁵, considerando a proibição do excesso de reação³⁶. Na visão de Winfried Hassemer, o princípio da culpabilidade representa a conexão jurídica necessária entre o acontecimento externo e o comportamento do indivíduo. Veja-se:

[...] o princípio da culpabilidade consiste na exclusão da responsabilidade pelo resultado e pelo risco e com isso expressa que o Direito Penal, diferentemente de outros âmbitos do Direito, precisa particularmente de pressupostos necessários de imputação. Não

³² MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Op. cit.*, 2010, p. 96.

³³ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Direito Penal Brasileiro I – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 245.

³⁴ ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundfragen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: Schweitzer Verlag, 1974, p. 9 apud MELENDO PARDOS, Mariano. *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad: sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*. Granada: Comares, 2002, p. 29-30.

³⁵ BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, 2007, p. 104-104.

³⁶ BUSATO, Paulo César. *Op. cit.* 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 523.

apenas a provocação de algum dano justifica uma pena, senão, antes de tudo, a responsabilidade de um ser humano, o “ter culpabilidade”³⁷.

Portanto, o viés principiológico da culpabilidade, pela sua ancestralidade antropológica e racional, privilegia a dignidade e o fim em si mesmo do homem. Ao considerá-lo “como ser valioso, detentor de direitos, os quais não podem ser violados apenas para assegurar determinadas políticas e interesses estatais”³⁸, se atribui ao ser humano a condição de destinatário da norma penal e à integridade deste o status de garantia essencial do Estado de Direito.

A culpabilidade, como fundamento da pena, por sua vez, decorre do fato de a citada categoria ser pressuposto para a aplicação da reprimenda³⁹. Sob essa perspectiva, a citada categoria “analisa a possibilidade de atribuição da realização de um delito como obra sua àquele que praticou o injusto”⁴⁰, de maneira a alcançar, por exemplo, as discussões ao derredor do dolo e da culpa, da imputabilidade, da exigibilidade de conduta diversa e do erro de proibição.

Ressalve-se, todavia, que, para alguns autores, a exemplo de Paulo Busato, a aludida acepção é equivocada. A concepção da culpabilidade como fundamento da pena confere um caráter estritamente pessoal à categoria vertente e faz com que alguns doutrinadores não a considerem um elemento do delito, já que tal hipótese remeteria ao modelo adotado pela teoria causalista. Busato entende que, em verdade, a culpabilidade pertence à teoria do delito e, nesta acepção, seria referente às “características relativas ao sujeito necessárias para imputar-lhe reprovação penal como um juízo de valor normativo por sua atitude contrária ao direito”⁴¹.

Enquanto limite da pena, por fim, a culpabilidade estaria assentada no grau de reprovabilidade da conduta, se vinculando à proporcionalidade. Referido instituto, nesse sentido, funciona como mecanismo de graduação da sanção, recebendo

³⁷ HASSEMER, Winfried. *Culpabilidade*. Trad. Pablo Alflen da Silva. Revista de Estudos Criminais, n.3, p.22, 2001.

³⁸ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Op. cit.*, 2010, p. 103.

³⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 306-307.

⁴⁰ BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, 2015, p. 525.

⁴¹ BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, 2015, p. 525-526.

maior reação social o sujeito que incorre em comportamentos mais reprováveis. Nesse sentido, assevera Busato:

[...] a culpabilidade representa também o grau de reprovabilidade de cada conduta em face do seu contexto. É uma medida de intensidade, da qual decorre a ideia de proporcionalidade. [...] Assim, a simples presença de culpabilidade é um indicativo de merecimento de maior ou menor enfrentamento aos valores sociais protegidos normativamente⁴².

A culpabilidade, portanto, apresenta diferentes funções no Direito Penal contemporâneo, podendo ser, em suma, sintetizada no aforismo “*nullum crimen sine culpa*”, bem como delineada como fundamento e limites da pena e do *jus puniendi*. Tais significados, consoante se versará ao longo do trabalho, permeiam as diversas correntes doutrinárias que discutiram, ao longo da história, a Teoria do Delito e a natureza da própria culpabilidade⁴³.

2.2 A ORIGEM HISTÓRICA DA POLÊMICA

O livre-arbítrio, embora esteja muito associado como dogma de um Direito Penal liberal, forjado notadamente no seio do iluminismo⁴⁴, é resultado de reflexões antigas, rememorando o contraponto de Santo Agostinho aos maniqueus, quando defendeu o livre-arbítrio e a liberdade humana. Para ele “esse poder de usar bem o livre-arbítrio é precisamente a liberdade. A possibilidade de fazer o mal é inseparável do livre-arbítrio, mas o poder de não fazê-lo é a marca da liberdade”⁴⁵, como forma de atribuir a responsabilidade aos homens por seus atos livres.

O pensamento religioso de Santo Agostinho revela uma “falsa polêmica”⁴⁶ ancestral, e que perdura até hoje nas mesmas e em outras dimensões do pensamento, entre o determinismo e livre-arbítrio. Por um aspecto, o maniqueísmo sustentava, à sua

⁴² BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, 2015, p. 524.

⁴³ CERESO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español – Parte General*. v. III. Madrid: Tecnos, 2005, p. 17.

⁴⁴ Importante advertir que existem autores que discordam da contribuição do iluminismo, em termos de princípio da culpabilidade, para o Direito Penal. Nesse sentido, LUISI, Luiz. *Princípios constitucionais penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003, p. 35.

⁴⁵ AGOSTINHO, Santo. *O livre-arbítrio*. Trad. Nair de Assis Oliveira; Rev. Honório Dalbosco. São Paulo: Paulus, 1995, p. 18.

⁴⁶ Na verdade, a polêmica entre determinismo e indeterminismo provoca um falso problema na culpabilidade. Nas palavras de VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Op. cit.*, 2003, a polêmica entre ambos é uma luta em vão, “uma viagem para a qual não são necessários alforjes (...)”, p. 219.

época, que havia duas divindades presidentes do universo (e duas almas no ser humano), a do Bem e a do Mal, cujo caráter metafísico e ontológico retira a existência da pessoa livre e responsável por suas ações, sem interferência e controle racional, com suas vontades impostas por uma atividade interna (e superior a do homem). Já Santo Agostinho conclui que Deus concedeu ao homem o livre-arbítrio, devendo este conhecer a certeza racional (no sentido do verbo *scire*) tal como conhece as ciências matemáticas. Seu pensamento filosófico (e teológico) está assentado em duas premissas: a razão e a fé⁴⁷, e se propõe a explicar a origem do pecado. Segundo sua lição, o pecado decorre do poder que Deus deu ao homem de escolher o seu destino, é resultado da má escolha das decisões humanas, e não de uma força superior (divina). Em contraponto, como já dito, o maniqueísmo justifica a existência de duas forças supremas e a inexistência de liberdade humana nos atos praticados. A obra “O livre-arbítrio”, dividida em três livros – a origem do pecado (livro I), a prova da existência de Deus (livro II) e a providência de Deus face aos homens livres (livro III)⁴⁸ – é paradigmática para o pensamento da Igreja e da filosofia, que tem como apogeu o respeito à responsabilidade humana, respaldados em fundamentos de ordem racional e moral, não se atendo a elucidações psicológicas ou puramente religiosas (da fé).

Com o passar do tempo, o determinismo encontra eco também na história dos estoicos, responsáveis pela lógica sobre a liberdade humana conectada à ideia de destino. Embora reconheçam que existe um espaço diminuto para liberdade, digna unicamente dos sábios (que possuem o privilégio da liberdade e podem se autodeterminar), o determinismo de todos os fatos e acontecimentos da vida humana é característica acentuada na filosofia estóica. Para eles, a virtude é o único elo que permite alcançar a liberdade. O desenvolvimento da doutrina do destino chega ao ponto de possuir métodos próprios de aceitação e refutação, de práticas como a astrologia, a previsão e a revelação divina⁴⁹.

Um ponto interessante na visão determinista dos estóicos é o conceito de virtude, definida como viver de acordo com a natureza, um guia para o objetivo da vida. Mais

⁴⁷ *Ibidem*, p. 256.

⁴⁸ AGOSTINHO, Santo. *Op. Cit.* São Paulo: Paulus, 1995, p. 18.

⁴⁹ Sobre o povo estoico, sua filosofia e história de vida: LONG & SEDLEY. *The Hellenistic Philosophers* Cambridge University Press: Cambridge, 1987.

do que isso, para os estóicos, que se dizem seguidores de Heráclito, os seres humanos são partes integrantes da natureza e cada um tem um local adequado previamente designado para si. Por isso, o estudo da física constitui um dos elementos principais desse povo e acaba por produzir a “lei da causalidade universal”, cujo significado é de que nada acontece por pura espontaneidade, ou seja, tudo está conectado a um impulso anterior⁵⁰.

Essa descrição da física estóica se depara com uma contradição, qual seja: a de não admitir espaço para qualquer tipo de desvio ao que já está determinado desde o começo dos tempos. A solução para essa aparente contradição é a divisão entre causas completas (e principais) e causas auxiliares (e próximas) como demonstração do vínculo temporal com o destino. No dizer de Marcus Reis Pinheiro:

Crisipo apresenta uma divisão entre as causas completas (*autoteles*) e principais e as causas auxiliares (*sunergon*) e próximas. Crisipo coloca aquilo que normalmente se chama de destino (*hiemarmene*) como sendo apenas a causa auxiliar, isto é, o impulso exterior que é necessário para o acontecimento de um fato, mas tal causa não é classificada como suficiente. O exemplo que ilustra a explicação é aquele de um cilindro e de um cone sendo empurrados. O fato de o cilindro deslizar de modo reto deriva, certamente, do empurrão que lhe foi aplicado, mas tal movimento deriva também da própria natureza interna do cilindro. Caso um cone recebesse um mesmo empurrão, o movimento resultante seria diferente, pois tal movimento é um produto tanto do empurrão – causa auxiliar – quanto da própria natureza do objeto empurrado – causa completa. Nesse sentido, os fatos que ocorrem no mundo não são simplesmente analisáveis em causas simples, mas, em sua grande maioria, provêm de causas complexas, com múltiplas causas atuando concomitantemente⁵¹.

A lei da causalidade universal da física estóica é um axioma implicitamente reconhecido em Aristóteles, na medida em que se aproxima da *aitía*, visto que exige de toda causa a ligação com alguma justificativa, em conformidade com o apotegma aristotélico: da impossibilidade de conhecer algo sem saber suas causas e seus princípios. Logo, acaba por defender que é “homem livre a quem existe por si e não por outros” e se releva mais um defensor do livre-arbítrio⁵².

⁵⁰ GOURINAT, J. B. e BARNES J. (orgs.). *Ler os estóicos*. Trad. Paula Silva. Coleção Leituras Filosóficas. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

⁵¹ PINHEIRO, Marcus Reis. *Determinismo, Liberdade e Astrologia nos Estóicos. História, imagem e narrativas*. N 1º 10. Abril de 2010.

⁵² ARISTÓTELES. *Metafísica*. Livro I e II. Tradução Vincenzo Cocco e notas Joaquim de Carvalho. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 14.

Atrás de cada uma destas duas posições residem reminiscências filosóficas profundas. Ao lado de Santo Agostinho e Aristóteles, deve-se recordar que Platão, Grócio, Pufendorf, Locke, Leibniz, Voltaire, Rousseau, Kant, Fichte, Hegel, entre outros, também são defensores do livre-arbítrio. Entre os deterministas, além dos maniqueístas e estóicos, estão os luteranos, calvinistas, jansenistas, Hobbes, Spinoza, Diderot, Helvétius, La Mettrie, d'Holbach, Moleschott, Vogt e Büchner a Spencer, Lombroso, entre outras⁵³.

Orientado por tal perspectiva, o corte transversal e longitudinal do histórico cumpre a missão de situar a polêmica no tempo e espaço, cravando as vigas suficientes para o desenvolvimento do conceito da culpabilidade, não podendo, portanto, constituir um aprofundamento que encerre um estudo de si mesmo. Fincado nessas premissas, o deslocamento posterior apresenta a relação do Direito Penal com o livre-arbítrio e seu reconhecimento (ou não) na estrutura dogmática da culpabilidade.

2.3 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO PENAL E LIVRE-ARBÍTRIO

A assimilação do livre-arbítrio à categoria dogmática do Direito Penal coincide precisamente com outro momento histórico da humanidade: o iluminismo, que expressa o individualismo, a liberdade, a razão, o livre comércio, a fraternidade e inicia uma fase que decorre de setores populares, políticos, filosóficos e artísticos⁵⁴. Segundo José Afonso da Silva⁵⁵, nessa fase iluminista, é possível identificar três momentos do Estado, quais sejam: o Estado de Direito, o Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito.

O primeiro momento do iluminismo, denominado como Estado de Direito, começa com o fim do absolutismo, possuindo uma visão tipicamente liberal, e, no campo do Direito Penal, em especial da culpabilidade, as ideias iluministas elegem a imputação subjetiva como pedra angular de um Direito Penal baseado na razão (um Direito Penal Liberal). Nas palavras de Sebastián Mello:

⁵³ Essa relação, de deterministas e defensores do livre-arbítrio, é apresentada por: FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 458.

⁵⁴ DIMOULIS, Dimitri; ECONOMAKIS, George; MILIOS, John. *Karl Marx and the classics: na essay on value, crises and the capitalist mode of production*. Aldershot: Burlington (EUA): Ashgate, 2002, p. 158.

⁵⁵ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

A imputação subjetiva trouxe para o centro da discussão do Direito Penal um dilema até hoje controvertido: o livre-arbítrio. Assim como a imputação subjetiva, a ideia de livre-arbítrio não é criação iluminista; no entanto, foi eleita como dogma de um direito natural racional, um pressuposto axiomático em torno do qual se constroem os princípios fundamentais da ordem jurídica, e constitui núcleo ideológico do Direito Penal Liberal⁵⁶.

Assim como o estado moderno teve suas fases, o posicionamento do livre-arbítrio também oscilou no pensamento do pós-iluminismo. Primeiro, quando a própria ideia de liberdade encontrava tutela quase absoluta, houve um afastamento da ideia de punição pela simples ocorrência de um dano ou violação de alguma obrigação (dever). É a decisão livre do homem o critério para impor a punição através do poder punitivo estatal⁵⁷.

O livre-arbítrio, nesse início de século XIX, assume uma feição clássica perante a responsabilidade penal, já que consegue pautar a imputação em características subjetivas, puramente da escolha humana em agir desse ou daquele modo. É uma fase “puritana”, da associação do Direito Penal ao extremo do que prega as ideias indeterministas. Segundo Jaime Couso Salas:

Visto en perspectiva histórica, el concepto (normativo) de culpabilidad que resulta de esos dos hitos, puede entenderse como la asignación a la categoría *culpabilidad* de una misión de individualización de la imputación, frente al tipo de imputación que representa la antijuridicidad, individualización que se convierte en garantía de la autonomía individual y en requisito de legitimidad de la pena: ésta, para ser impuesta a un individuo determinado, deberá respetar su autonomía ética frente a la utilidad social, es decir, la pena no podrá ser sólo una respuesta adecuada a la necesidad social, sino que habrá de ser también una respuesta justa a un acto derivable de la autonomía del individuo⁵⁸.

Durante os primeiros anos do iluminismo é que se definem as bases de apoio da culpabilidade penal, dos fundamentos que permitirão dialogar no nível da dogmática. Há nitidamente a construção de uma teoria do homem, da razão e da liberdade,

⁵⁶ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O conceito material de Culpabilidade, o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 106.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ SALAS, Jaime Couso. *Fundamentos del Derecho Penal de Culpabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 36-37.

características centrais da filosofia iluminista⁵⁹. Esse reconhecimento dos direitos do homem como direitos naturais⁶⁰, notadamente a liberdade (o poder de se autodeterminar pela razão, pela lei moral)⁶¹, causam uma revolução no direito e provocam um impacto significativo na ciência do direito e nas instituições penais. Para contrapor a ideia de poder absoluto, a liberdade e a tolerância representam uma manifestação racionalista. O livre-arbítrio não se resume a um princípio metafísico, mas ao embasamento que dá legitimidade para as ações políticas⁶².

A liberdade é erguida sob os pilares do exercício da vontade própria e da opinião que cada pessoa tem de si. Esse princípio fundante é extraído diretamente do idealismo de Kant, da dignidade da pessoa humana, e se desenvolve no interior do Direito Penal de forma racional, vinculado ao direito natural, mas interligado à prática punitiva⁶³. Como consequência, ao seu tempo, a proporcionalidade das sanções criminais, a humanização penitenciária e diversas inquietudes político-criminais (como a função preventiva da pena e o enfrentamento das teorias absolutas) formam o conjunto ideológico da Escola Clássica do Direito Penal⁶⁴.

Em se tratando de culpabilidade, portanto, a Escola Clássica se preocupa em afirmar um conceito de imputabilidade moral, baseado no livre-arbítrio, com diversos níveis na imputação subjetiva. Sebastián Mello, movido pela lição de Basileu Garcia, defende que “o livre-arbítrio era um dogma de tal forma que não seria possível construir-se uma ciência criminal sem aceitá-lo como ponto inconcusso, insuscetível de discussões”⁶⁵.

Desse modo, a culpabilidade tem como ponto de partida a moralidade das ações e da intenção, direta e indiretamente, de exigir responsabilidade pela violação da lei com base na autodeterminação e na liberdade, categorizando claramente a diferença entre ações dolosas e ações culposas. Carrara, principal nome da Escola

⁵⁹ ROMERO, Francisco. *Historia de la Filosofía Moderna*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1978.

⁶⁰ LUÑO, Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1995.

⁶¹ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

⁶² SOTOMAYOR PÉREZ, José. *Determinismo y Libertad en el derecho penal*. Lima: Concytec, 1990.

⁶³ KANT, Immanuel. *Op. cit.*, 2003.

⁶⁴ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Culpabilidad y Teoría del delito*. Buenos Aires: Editorial B de F, 1995, p. 146-147.

⁶⁵ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Op. cit.*, 2010, p. 108.

Clássica, equipara a moralidade da ação à força moral subjetiva, construindo o conceito de intenção a partir da junção de inteligência e vontade, realizando a dicotomia precisa de dolo e de culpa⁶⁶.

Prevalece à exigência de uma causalidade moral, decorrente da atividade humana, nos atos contrários ao direito, representados no espírito liberal de seu tempo e na regra *nullum crimen sine culpa*, assentados na responsabilidade criminal e estabelecida a partir do livre-arbítrio (como pressuposto da imputabilidade moral do homem)⁶⁷.

A importância da Escola Clássica, além de distinguir dolo e culpa, foi superar a mera causalidade como premissa da imputação pessoal. Sem dúvidas, a partir do desenvolvimento da teoria das forças do delito, o livre-arbítrio ganha destacada importância no princípio da culpabilidade. A teoria das forças do delito, desenvolvida por Carrara, esclarece que sua composição tem o conhecimento da lei, a previsões dos efeitos, a liberdade de eleição e a vontade de agir⁶⁸.

Por isso, nota-se que a culpabilidade no início do século XIX está extremamente atrelada aos ideais do iluminismo. É a vontade livre do homem em escolher entre realizar o delito ou não que determinará o seu nível de culpa e, via de consequência, a responsabilidade criminal pessoal e individual. A pessoa que comete um crime é penalmente responsabilizada porque optou moralmente pela prática do delito: essa é a lógica que deve prevalecer.

Em pouco tempo, a Escola Clássica encontra a oposição do positivismo, que entende ser obrigatório, na construção do conceito de culpabilidade, o início da investigação jurídico-penal, apontando ser inviável que o livre-arbítrio seja um pressuposto inquestionável da conduta humana, já que tem como pilar a doutrina metafísica, atraindo a necessidade do reconhecimento pela legislação positiva⁶⁹.

⁶⁶ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, 1995, p. 148.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 149.

⁶⁸ CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal: Parte General*. Volume I. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1996, p. 70-71.

⁶⁹ NUÑEZ, Ricardo C. *Bosquejo de la culpabilidad*. In: GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Trad. Ricardo C. Nunez. 2ª Ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002, p. 67.

Em termos macrossistemáticos, a afetação da liberdade aflora quando a revolução industrial provoca um movimento de concentração de poder econômico e político. Quando surgem aglomerados econômicos que visam ao acúmulo e concentração do capital, os princípios da liberdade, igualdade e fraternidade são relativizados, não se verifica correspondência teórica na prática do dia-a-dia, aumenta as injustiças sociais e o Estado é chamado a intervir nas relações sociais de maneira ampla⁷⁰. Inaugura-se, assim, o segundo momento do Estado Moderno: o Estado Social de Direito⁷¹. No campo do Direito Penal, em especial da culpabilidade, os ideais da liberdade sofrem rupturas, inaugurando uma fase sólida do positivismo determinista.

A compreensão de liberdade humana, ligada ao livre-arbítrio, é superada por ideias deterministas, construídas com crença na ciência e no positivismo científico, fundados em razões de estrita defesa social e de pretensa diminuição dos delitos. No campo do Direito, as rupturas sociais provocam repensá-lo como ciência matemática, física, objetando o direito natural, em antagonismo ao racionalismo. O positivismo é arquitetado no preceito de que a lei pode dizer como se deve agir, praticamente imutável, uma espécie de direito universal⁷².

⁷⁰ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las Transformaciones Del Estado Contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1997.

⁷¹ NUNES, Antonio José Avelãs. *Os sistemas económicos (O capitalismo – génese e evolução)*. Coimbra: Serviço de Textos dos Serviços Sociais da Universidade de Coimbra, 2005. Nesse mesmo sentido, veja-se: NEVES, Luiz Gabriel Batista. *A Evolução do Processo Penal*. Direito UNIFACS, v. 1, p. 1-20, 2014, “A revolução industrial provoca um movimento de concentração de poder econômico. Investir na indústria, antes de ser lucrativo, é uma atividade muito custosa e exigia imissões financeiras de grandes portes, realidade distante dos pequenos produtores. Foi a partir daí que surgem os bancos, entidades capazes de reunir pequenos comerciantes; aparecem as sociedades por ações, há um enorme investimento em tecnologia, o progresso técnico se impõe como saída para evolução científica, ocorre uma unificação do mercado mundial, internacionalização do capital e, ao invés de existirem pequenos comerciantes, passa-se a contar com grandes potências econômicas, que através de acordos entre si, devendo determinar o preço do mercado. Essa fase é marcada por crises cíclicas, conhecida como fase do capitalismo monopolista. O Estado de Direito sente duras quedas, vez que o poder econômico volta a dominar o poder político, a liberdade e o individualismo são tidos como direitos estanques, havendo uma afetação no campo social. Os grandes detentores do poder econômico, influentes no poder político, não desejam abrir mão das suas enormes fatias do bolo. Investir no social significa majorar os tributos, enrijecer direitos trabalhistas, proporcionar um plano previdenciário com bases sólidas, medidas custosas para o capital monopolista. Logo, conter os movimentos sociais, revelados pela criminalidade, será mais vantajoso através de mecanismos processuais mais rígidos, distantes, por óbvio, dos preceitos democráticos. Ressurge a necessidade de o Estado intervir na economia, através do desenvolvimento de políticas e prestação de serviços públicos capazes de proporcionar redistribuição de riqueza e justiça social. Dá-se início à segunda grande fase da democracia moderna: o Estado Social de Direito”, p. 11-12.

⁷² BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 12.

No Direito Penal, e na culpabilidade como estrutura autônoma na categoria do delito, inaugura-se a segunda Escola Penal: a Escola Positivista, inspirados nas ideias de Mayer⁷³, Von Liszt⁷⁴, entre outros. No plano do pensamento antropológico o positivismo possui três premissas: a) o determinismo psicológico; b) a fisiopsicologia da vontade; c) a liberdade de agir e de querer⁷⁵.

A antropologia afirma que o livre-arbítrio possui conceitos equivocados, apresenta um determinismo psicológico e define o homem como mero efeito de conjunções causais, resultado de ações e fatores múltiplos (internos e externos) determinantes de sua vontade, tal qual um pêndulo, sobressaindo àquelas condutas que possuem maior força⁷⁶. Além disso, fica instituída a vontade circunscrita a um ato automático do cérebro, que recebe influxos do mundo exterior e decompõe o que se convencionou chamar de vontade. Assim, a vontade assume uma nova feição, e deixa de ser a “faculdade da alma”⁷⁷. Nessa perspectiva, Herzen aponta que existem duas liberdades: a de agir e a de querer. Como explica Aragão, invocando esta posição:

Liberdade física, exterior: ausência de obstáculos ao que se pretende fazer. Liberdade moral, interior: uma “faculdade” que permitiria ao homem escolher uma coisa a outra sem qualquer motivo determinante. Assim, o indivíduo é livre de fazer qualquer coisa que não esteja sendo impedida por outra, mas não é livre para querer, pois ele quer aquilo que é produto da sua “organização física ou psíquica”⁷⁸.

O império da ciência passa a ocupar as estruturas básicas de todo sistema normativo, na busca incessante por algo que nunca alcançou: a neutralidade axiológica. Certeza e segurança são esperados como se o direito pudesse instruir, pela simples criação de uma norma, as condutas dos indivíduos, apresentando, por incrível que pareça, um verdadeiro “retrocesso nas conquistas penais liberais”⁷⁹.

⁷³ MAYER, Max Ernst. *Normas jurídicas y normas de cultura*. Traducción del alemán de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

⁷⁴ LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal*. Trad. José Higino Duarte Pereira. Tomo I. Campinas: Russell, 2003, p. 259.

⁷⁵ ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. *As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1938, p. 70.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 74.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 79.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 80.

⁷⁹ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Op. cit.*, 2010, p. 114.

3 O PANORAMA DO LIVRE ARBÍTRIO E DA CULPABILIDADE NO SÉCULO XX

A oposição da Escola Positivista à Escola Clássica produziu resultados teóricos importantes para o Direito penal. Em se tratando da culpabilidade, o positivismo científico, da culpabilidade “como categoria lógico-jurídica diferenciada e autônoma”⁸⁰, como forma de distinguir ilicitude e culpabilidade, aliado a outros fatores, incentivam o nascimento da teoria psicológica da culpabilidade. Até a metade do século XIX, embora já fosse referido como culpabilidade, até o aparecimento da teoria psicológica, não apresentava um conceito autônomo e independente comparado à Teoria do Delito.

Com isso, percebe-se que no final do século XIX para início do século XX é que se tem uma construção científica do conceito de culpabilidade. Coube a Binding, em 1872, que sugeria a substituição do termo *imputatio juris* por culpabilidade, dar a culpabilidade o caráter autônomo dentro da estrutura do delito. Nas palavras de Sebástian Albuquerque, “(...) para Binding, o injusto é injusto culpável. Com nítido influxo hegeliano, Binding constrói seu conceito de culpabilidade como sendo uma característica do ilícito, tendo como elementos essenciais a vontade jurídica e a capacidade de ação”⁸¹.

Esta teoria possuía ampla aceitação até o começo do século XX, quando passa a ser inserido um sistema inovador na Teoria do Delito, que traz vários conceitos e uma neutralidade axiológica própria das ciências naturais (metafísicas). É influenciada pelo neokantianismo e pela derrocada do positivismo. Insere no conceito de culpabilidade um juízo de valor que representa uma censura ou uma reprovação sobre o autor do delito. A liberdade, para essa concepção histórica da culpabilidade, tem uma dimensão filosófica e psicológica, que permite ao sujeito assumir sua própria vida. É a fase que predomina a teoria normativa da culpabilidade⁸².

⁸⁰ *Ibidem*, p. 117.

⁸¹ *Ibidem*, p. 118.

⁸² SALAS, Jaime Couso. *Op. cit.*, 2006, p. 81 e segs.

O finalismo, movimento surgido após 1930, depois do desenvolvimento das doutrinas que separam dolo e culpa, até então assentados como espécie e gênero, constitui uma visão normativa pura da culpabilidade. O modelo finalista, ao abandonar o causalismo, defende a ideia de que toda ação tem como desígnio ser dirigida a uma finalidade, já que insere a vontade na culpabilidade e o dolo no tipo penal. O “poder atuar de outro modo” é um dos pontos principais do finalismo, o elemento que permite aferir o juízo de reprovação a partir do critério do “homem médio”.

As teorias pós-finalistas aparecem com intuito de apresentar alternativas ao “poder atuar de outro modo”, destacando-se: o conceito de Roxin, que propõe o diálogo da culpabilidade com a necessidade preventiva da pena; o funcionalismo sistêmico de Jakobs; a pessoa deliberativa de Klaus Günther; a ideia de liberdade em Figueiredo Dias. Com exceção a Figueiredo Dias, que se encontra presente no trabalho em razão da sua conceituação de liberdade à luz da filosofia moderna, ao propor conceituar a culpabilidade através de uma coexistência humana, do homem com capacidade de se autodeterminar, rechaçando a lógica dual de livre-arbítrio e determinismo, os demais modelos teóricos são iminentemente normativistas e buscam critérios que possam preencher as lacunas deixadas pela ideia do “homem médio”.

Todos os modelos teóricos apresentados, todavia, incorrem em um erro comum, que é o de definir a culpabilidade a partir do Direito penal material, de concepções abstratas e teóricas, de um *a priori* prático, desconectados com a facticidade e com o caso concreto, e, por isso, são insuficientes para dogmática jurídico-penal.

3.1 TEORIA PSICOLÓGICA DA CULPABILIDADE

As primeiras formulações teóricas acerca da culpabilidade, enquanto elemento imprescindível para a compreensão do delito e o conseqüente poder-punir, foram concebidas no final do século XIX, quando o positivismo ascendia como alternativa ao liberalismo clássico iluminista, especialmente a partir de 1870 com a substituição do Estado Liberal Clássico pelo Estado Social Intervencionista, no qual o Direito Penal de garantia – laboriosamente edificado pelo liberalismo como muralha de

contenção do poder absoluto do estado – cede terreno a um Direito Penal mais preocupado com a prevenção efetiva do delito⁸³.

Nesse cenário, a neutralidade característica da construção do conhecimento no âmbito das ciências naturais passa a funcionar como paradigma de toda a produção científica, impondo às demais ciências, inclusive as ciências sociais, um estudo avalorativo e objetivo dos fatos⁸⁴, sob as bases do evolucionismo darwinista, assim como as teorias de Spencer e Comte, que também resvalou sobre o Direito, que até então não era concebido como ciência.

O direito natural também não remanesceu ileso. Este e sua respectiva ideologia assentada em deveres impostos pela natureza humana, os quais seriam conhecidos apenas por intermédio da razão, são substituídos pelo direito positivo e pelo conjunto de obrigações ditadas pela vontade do legislador. O Estado eleva-se, neste contexto, como único detentor da capacidade de dizer e executar o direito, cabendo somente a este o poder de punir o indivíduo que se conduzir em desobediências às normas⁸⁵.

Nesse contexto, o único conceito de ciência válido parece ser aquele conceito positivista, fundado sob o método experimental. Surge então a escola sociológica, que timidamente abre as portas da dogmática penal para o saber criminológico e as inquietudes da política criminal. O Positivismo naturalista instala o primeiro grande sistema clássico da teoria do delito, elaborado por Franz Von Liszt e seguindo um modelo causalista estrito⁸⁶.

⁸³ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, 1995, p. 160. O autor afirma ainda, citando Kocka, Vervale, Hobsbawm e Arendt, que “Gonzalo Fernandez afirma que esta alteração decorreu de um franco processo de ajuste às novas pressões sociais e à reacomodação das forças sociais pós-iluministas. “Se trata de um giro ostensible en la articulaciós de objetivos penales. Por médio del modelo preventivista, el control social intentaba absorber las urticantes demandas de la época: lãs transformaciones aceleradas en el proceso capitalista de industrialización, los conflictos de clase, la demostrada capacidad de imposición del proletariado como agente histórico, plasmada em lãs revoluciones de 1789 y 1848”.

⁸⁴ BOBBIO, Noberto. *Op. cit.*, 2006, p. 21.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 22.

⁸⁶ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, 1995, p. 163.

No influxo dos aludidos preceitos, a culpabilidade moral dá espaço a uma culpabilidade secularizada, afastada dos dogmas religiosos e relacionada à ideia de ofensa a uma norma jurídica. Nas palavras de Paulo Busato:

O advento do positivismo e a virada epistemológica nele implicada, próprios do homem do século XIX e início do XX, traz a influência do paradigma empírico e, com ele, a necessidade de dotar de caráter “científico” os conceitos jurídicos, entre eles, o de culpabilidade. Assim, há um câmbio de referencial de uma moral metafísica própria do Direito natural para um fundamento filosófico baseado do método empírico. Enquanto a perspectiva *jus naturalista* representava a culpabilidade como livre-arbítrio, pela associação entre direito e moral, a afirmação do positivismo e do determinismo levou à concepção psicológica da culpabilidade. A pretensão era aqui de promover a secularização definitiva da culpabilidade, desvinculando-a da culpa moral⁸⁷.

Firmada nos citados parâmetros, a Teoria Psicológica fornece um conceito dogmático da culpabilidade, ensejado pela reformulação da Teoria do Delito, em que era concebido apenas como instrumento de refreamento da intervenção punitiva, o citado instituto passar a constituir categoria autônoma, inserida no bojo do próprio conceito de crime.

Adepto do causalismo e do determinismo, Franz Von Liszt, maior expoente da corrente psicológica e considerado o fundador do sistema moderno do delito⁸⁸, é o primeiro a distinguir culpabilidade de antijudicidade, tratando-os como elementos autônomos do delito, e concebe a culpabilidade como a ligação entre o ato de vontade do agente e o resultado⁸⁹.

A construção de Von Liszt se insere em um processo de mudanças das ciências em geral, que dá origem ao positivismo naturalista. O causalismo naturalista adota um método classificatório das ciências naturais para explicar o delito, tendo Von Liszt definido este como o ato culpável, contrário ao Direito, e sancionado com uma pena, definição que tenta reproduzir os elementos naturais do delito⁹⁰.

⁸⁷ BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, 2015, p. 528-529.

⁸⁸ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, 1995, p. 165.

⁸⁹ LISZT, Franz Von. *Op. cit.*, 2003, p. 259.

⁹⁰ SALAS, Jaime Couso, *Op. cit.*, 2006, p. 73-74.

Os elementos de caráter objetivo (ação, tipicidade e ilicitude) estão situados na parte externa do crime, onde reside tudo aquilo que o sujeito fez, ou seja, a conduta por este praticada e os seus respectivos reflexos do mundo. O único destes elementos que não é dotado do aludido traço objetivo e, por isso, é portador de determinada subjetividade, é o impulso da vontade contido na inervação muscular voluntária que caracteriza o movimento corporal⁹¹. É, portanto, um elemento subjetivo carregado de semântica objetiva-naturalista.

A culpabilidade, segundo Von Liszt, é o vínculo de natureza psicológica subsistente entre o sujeito e o fato, que promove a união de ambos e pressupõe a imputabilidade do agente e a imputação do resultado. Nas lições do próprio autor:

O injusto criminal, como o delito civil, é ação culposa. Não basta que o resultado possa ser objetivamente referido ao ato de vontade do agente; é também necessário que se encontre na culpa a ligação subjetiva. Culpa é a responsabilidade pelo resultado produzido. No Direito Penal, trata-se somente do fato de incorrer o agente em responsabilidade criminal; a desaprovação da ação ao mesmo tempo pronunciada, o juízo sobre o seu valor jurídico ou moral (acentuado por Merkel) é – em relação àquele fato e portanto à ideia de culpa – circunstância completamente acessória⁹².

Em relação à ação, distingue-a em duas partes: a manifestação de vontade, consistente na conduta voluntária livre de violência física ou psicológica, e o resultado, conformado pela aparição de uma alteração perceptível no mundo exterior⁹³.

A imputabilidade compreende o amadurecimento do indivíduo. Imputável criminalmente e, por via de consequência, responsável é “todo homem mentalmente desenvolvido e mentalmente são⁹⁴”, ou seja, todo aquele que possui capacidade intelectual devidamente constituída. Este estado, acrescente-se, deve se fazer presente no momento em que é realizado o ato delitivo (conduta), sendo irrelevante, para o juízo ao derredor do cabimento da pena, a incapacidade superveniente ou ao tempo do resultado⁹⁵.

⁹¹ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, 1995, p. 170.

⁹² LISZT, Franz Von. *Op. cit.*, 2003, p. 262.

⁹³ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, 1995, p. 174.

⁹⁴ LISZT, Franz Von. *Op. cit.*, 2003, p. 265.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 267.

A imputabilidade, portanto, segundo esta teoria, é anterior à culpabilidade – que a presume –, de modo que somente poderia ser culpável o agente que se apresente em seu estado normal no momento da ação. As hipóteses de não-imputabilidade, como a falta de desenvolvimento ou carência de saúde mental, dispensam, por não envolver sujeito psicologicamente são, a aplicação de penalidade, antes mesmo de se verificar a culpabilidade. Conforme sintetiza Sebastián Borges de Albuquerque Mello:

Outra questão de relevo é a posição em que a imputabilidade ocupa na Teoria do Delito. Para Von Liszt, a imputabilidade é vista como um pressuposto da culpabilidade. Entendida como estado psíquico do autor que lhe garante a possibilidade de conduzir-se socialmente, o centro da ideia de imputabilidade está na possibilidade de atuação normal. Diante dessa possibilidade de ação normal, o sujeito tem capacidade de culpabilidade, isto é, capacidade de agir dolosa ou culposamente. Dessa maneira, o ato culpável está conformado pela ação dolosa ou culposa de um indivíduo imputável⁹⁶.

Nessa ótica, a teoria psicológica se aproxima do determinismo, por afirmar que “la antijuridicidad del acto es ya fundamento suficiente de la participación punible”⁹⁷, afastando-se da ideia de livre-arbítrio, sendo o liame entre o injusto e a imputabilidade apenas, como dito, o impulso da vontade contido na inervação muscular voluntária que caracteriza o movimento corporal. Nesse sentido, explica Fernández⁹⁸:

La noción de delito implica una doble cadena causal: la conexión material (causalidad física) y la subjetiva (causalidad psicológica como contenido de la culpabilidad). Esta característica contribuye a explicar, em buena medida, la hipertrofia teórica que alcanza la cuestión causal y, em general, toda la problemática del resultado, bajo la dirección causalista de la teoría del delito; pues el enlace, arduamente buscado, pasa por um círculo de pura causalidad material, y no de imputación, como em realidad debería ser.

A imputação do resultado, por seu turno, deriva do dolo (resultado previsto) ou da culpa em sentido estrito (resultado não previsto). Tais elementos são espécies de

⁹⁶ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Op. cit.*, 2010, p. 122.

⁹⁷ LISZT, Franz Von. *Op. cit.*, 2003, p. 267.

⁹⁸ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, 1995, p. 174.

elos psicológicos entre autor e fato e esgotam todo o conteúdo da culpabilidade⁹⁹. Não há, assim, outros componentes hábeis a acentuar, excluir ou, de qualquer forma, modificar a responsabilidade do indivíduo cognoscente, concebida a imputabilidade como a capacidade de conduzir-se socialmente e observar uma conduta que responda às exigências da vida política comum dos homens¹⁰⁰.

A concepção psicológica da culpabilidade, embora tenha tido o mérito de conferir autonomia à citada categoria, foi alvo de intensas críticas. O fato de não explicar o funcionamento do suscitado vínculo psicológico na culpa inconsciente¹⁰¹, bem como de não considerar a existência de causas capazes de excluir a culpabilidade¹⁰², fez da teoria vertente inconciliável com a evolução social e jurídico-penal, sendo substituída por correntes mais comprometidas com a normatividade e metodologias mais afetas ao direito.

A liberdade para tal teoria assume uma condição secundária. Há uma nítida aproximação da teoria psicológica com o determinismo, embora não possa ser caracterizada como sendo determinista. Contudo, sua elaboração teórica pressupõe a mecanização da conduta humana, centrada no vínculo psicológico do sujeito com a conduta praticada, afastando a noção de liberdade no sentido pleno de pertencimento ao indivíduo.

3.2 TEORIA NORMATIVA DA CULPABILIDADE

A derrocada do positivismo influenciou, decisivamente, na mudança de paradigma do Direito Penal. A neutralidade axiológica, própria das ciências naturais, até então dominante, cedeu espaço à reinserção de valores e à interpretação dos institutos jurídicos sob o manto da normatividade¹⁰³, modificações conceituais que se erigiam compatíveis com as novas exigências e contornos sociais das primeiras décadas do século XX.

⁹⁹ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Op. cit.*, 2010, p. 122.

¹⁰⁰ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, 1995, p. 174.

¹⁰¹ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal. Uma introdução à doutrina finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 130.

¹⁰² JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares Editorial, 2002, p. 450.

¹⁰³ BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, 2015, p. 532.

A ascensão de uma nova conjuntura político-econômica, delineada, especialmente, pelo fim da Primeira Guerra Mundial, exigiu a supressão do individualismo liberal clássico e do seu corolário quadro de injustiça social. O abstencionismo governamental foi substituído por uma atuação mais incisiva e controladora do Estado, de modo a compatibilizar, no chamado *Welfare State*, o capitalismo, como forma de produção, e a consecução do bem-estar geral, através da afirmação de direitos fundamentais sociais¹⁰⁴.

As aludidas conformações, além de propiciarem a ampliação das garantias ao redor da dignidade da pessoa humana, significaram, para o ordenamento jurídico, a introdução da “valoração”, então rechaçada pelo naturalismo. Instaurou-se no direito, em oposição ao positivismo, uma análise valorativa, inspirada na filosofia de Kant, a qual situava o objeto como um problema de valor, apreciado pela sua universalidade e necessidade¹⁰⁵.

O neokantianismo, essencialmente a Escola alemã de Baden, de nomes como Wildelband, Lask, Radbruch, Rickert, dentre outros, sustentou o conceito de ciências culturais, como o Direito, em oposição às ciências naturais, as quais também mereceriam ser amparadas pela cientificidade e, por isso, não poderiam permanecer com parâmetros não valorados¹⁰⁶.

Na seara jurídico-penal, como não poderia deixar de ser, referidas concepções alteraram, gradativa e substancialmente, a teoria do delito e o estudo da culpabilidade.

Para o modelo neoclássico, são ressignificados os elementos configuradores do crime: a ação passa a ser compreendida como comportamento humano voluntário; a tipicidade perde a natureza puramente descritiva, admitindo elementos normativos e subjetivos; a antijuridicidade adquire significado de danosidade social; e, por fim, a

¹⁰⁴ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, 2008, p. 115.

¹⁰⁵ REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 174.

¹⁰⁶ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Op. cit.*, 2010, p. 122.

culpabilidade é concebida sob um viés normativo, “com a reprovação do autor pela vontade contrária ao dever”¹⁰⁷.

A teoria normativa da culpabilidade refuta a concepção sob a qual este instituto representaria mero vínculo psicológico entre o sujeito e o resultado. Para esta corrente, a culpabilidade é mais que o dolo e a culpa – tidos pela Teoria Psicológica como os únicos componentes formadores de tal conceito -, constituindo, em verdade, um juízo normativo a respeito de uma realidade psicológica¹⁰⁸, conforme explica Sebastián de Albuquerque Mello:

Deve-se observar que, nesse momento histórico, dolo e culpa deixam de esgotar toda a culpabilidade, tornando-se, a partir de então, elementos necessários, mas não suficientes da culpabilidade. O elemento decisivo para sua conceituação é o juízo de censura ou reprovação. Em outras palavras, a culpabilidade não mais se resume a dolo e à culpa, como elementos psicológicos; ela passa a conter também elementos normativos, valorativo [...]¹⁰⁹.

A concepção normativa, desse modo - embora seja heterogênea porque composta por autores com mudanças referenciais importantes - rompe com o esgotamento da culpabilidade apenas no dolo e na culpa, introduzindo um conteúdo normativo e valorativo. Por isso, a concepção normativa da culpabilidade representa uma das grandes transformações no sistema moderno do delito, com a capacidade de encerrar a explicação simplista que acaba por reduzir a culpabilidade como mero fenômeno psíquico, de relacionamento intelectual ou psicológico entre o autor e sua obra¹¹⁰.

O maior expoente da Teoria Normativa e reputado como seu fundador é Reinhard Frank, que coloca em cheque a insuficiência da doutrina até então dominante, apontando nela dois grandes equívocos: considerar unicamente relevantes para a culpabilidade o dolo e a culpa, sem considerar a imputabilidade e as circunstâncias concomitantes do fato; e elevar a culpabilidade à condição de superconceito, um gênero do qual são espécies o dolo e a culpa¹¹¹.

¹⁰⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*. 3ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008, p. 78.

¹⁰⁸ BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, 2015, p. 533.

¹⁰⁹ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Op. cit.*, 2010, p. 133.

¹¹⁰ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, 1995, p. 197.

¹¹¹ MANZANO, Mercedes Pérez. *Op. cit.*, 1990, p. 79.

Frank sustentou que em determinadas situações um mesmo fato pode ser mais culpável que em outras, a depender das circunstâncias em que ocorreu. É através da análise do estado de necessidade que o autor chega à conclusão de que a culpabilidade tem que ser um conceito mais amplo do que meramente o dolo ou culpa.

Nesta acepção, a culpabilidade é passível de graduação de forma subjetiva, sendo possível através das circunstâncias não apenas o seu aumento ou redução, mas também exclusão. São as denominadas “circunstâncias concomitantes”, as quais, por influírem no grau e na persistência de culpabilidade, também integram o conceito desta. Registre-se que a exclusão da culpabilidade não seria satisfatoriamente fundamentada no estado de necessidade exculpante, já que “*también el autor que actúa en estado de necesidad sabe lo que hace*”¹¹².

Para esta teoria, a imputabilidade também está contida na culpabilidade. Diversamente da Teoria Psicológica - na qual o referido instituto era tido como pressuposto para a ocorrência de responsabilidade do sujeito, ou, ainda, capacidade de pena - no normativismo de Frank, a imputabilidade enquanto atitude espiritual normal do autor forma o significado e conteúdo da culpabilidade. Nas palavras do próprio doutrinador:

*Logicamente, existe una relación entre imputabilidad y pena, pero esta relación no es otra que la que existe entre culpabilidad y pena: solamente el culpable es digno de pena y punible, y a la culpabilidad le pertenece la imputabilidad. [...] El resultado de las manifestaciones precedentes se deja resumir de la siguiente manera: la doctrina dominante determina el concepto de culpabilidad de una manera que abarca em ella los conceptos de dolo e imprudencia. Em contraposición a ello es necesario considerarla de um modo tal que tome em cuenta las circunstancias concomitantes y la imputabilidad*¹¹³.

As características constitutivas da culpabilidade, então, seriam o dolo/culpa, as circunstâncias concomitantes e a imputabilidade. Ao revés da classificação

¹¹² FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 30.

¹¹³ *Ibidem*, p. 35-37.

tradicional, estes elementos não formam uma relação de gênero e espécie, mas estão inseridos na própria categoria, tal qual a raiz estaria para a árvore.

Os elementos da culpabilidade – e aqui reside a maior contribuição de Frank – formam a noção de reprovabilidade (*Vorwerfbarkeit*), a qual consiste na valoração da conduta desaprovada. A possibilidade de imputar a culpabilidade pela realização de um ato vedado depende de que a causa desta também seja reprovável, de modo que o instituto vertente tem o mesmo significado, sob esta ótica, que reprovabilidade¹¹⁴.

Analisando a obra de Frank, Fernández¹¹⁵ refere que este ampliou o conceito de culpabilidade, inoculando nele aspectos normativos valorativos. Para além do vínculo psicológico entre sujeito e fato, representado pelo dolo e pela culpa, a culpabilidade passa a configurar um juízo de censura, eminentemente valorativo, composto também pelo comportamento normal do indivíduo (imputabilidade) e pelas circunstâncias ordinárias em que este atua (circunstâncias concomitantes). Somente se presentes simultaneamente tais elementos é possível se falar em culpabilidade.

Na interpretação de Fernández¹¹⁶ acerca desta teoria, as normas penais não descrevem nem atribuem em termos causalistas uma relação psíquica, mas ao contrário, imputam, ou seja, atribuem responsabilidade ao sujeito. É esta a verdadeira dimensão filosófica e psicológica da culpabilidade: o resultado de uma teoria do sujeito que responde por seus atos, sendo esta a interpretação de culpabilidade que permite ao sujeito assumir a sua própria vida.

Já para James Goldschmidt, outro importante nome da Teoria Normativa, a culpabilidade está centrada na ideia de violação da norma de dever. Goldschmidt é considerado como representante do mais puro normativismo, porque considera a culpabilidade como referência da norma de dever, apesar de serem a motivação normal, o dolo e a culpa elementos psicológicos¹¹⁷.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 38-39.

¹¹⁵ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, 1995, p. 208.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 198.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 208.

Inspirado na filosofia kantiana, especialmente na *Metafísica dos Costumes*¹¹⁸, entende o citado autor que “ao lado de cada norma jurídica (norma de direito), que exige do particular determinada conduta externa [...]” há uma “norma de dever (*Pflichtnorm*) não manifesta, que ordena o sujeito a conduzir sua conduta interna e motivar-se pelas representações de valor jurídico”¹¹⁹.

A raiz normativa da culpabilidade desmente ou transcende a mera relação psíquica do autor com a ação antijurídica. Pelo contrário, identifica a culpabilidade como uma valoração do suposto fato psíquico em si, coincidente com a motivação desaprovada¹²⁰.

A norma externa (de direito) se refere à causalidade, enquanto que a norma interna (de dever) é relativa à motivação interior do sujeito. Esta estabelece ao indivíduo a obrigação de se abster de praticar condutas vedadas pelo direito – as quais produzem um resultado lesivo –, adotando dado comportamento e vontade compatíveis com a prescrição legal e com os valores jurídicos. O descumprimento da norma de dever é que fundamenta o elemento normativo da culpabilidade¹²¹.

Sob esse entendimento, o dolo compreende uma dupla violação, uma vez que ofende a norma de direito, que prescreve a realização ou a abstenção da uma conduta - a qual, na prática, foi diversamente concretizada pelo autor -, e a de dever, que impõe, subjetivamente, a motivação conforme o direito. Nesse aspecto, é relevante acrescentar que o dolo permanece com um caráter psicológico, embora este, somado à culpa, não esgote o conceito de culpabilidade.

Ademais, diversamente de Reinhard Frank, Goldschmidt situa a imputabilidade na posição de pressuposto, e não como elemento formador da culpabilidade, não sendo o inimputável, segundo tal interpretação, destinatário da norma interna de dever¹²². Entende o normativista, ainda, que a culpabilidade seria passível de graduação de acordo com a medida de liberdade, de maneira que “*la gravedad de la culpabilidad*

¹¹⁸ KANT, Immanuel. *Op. cit.*, 2003.

¹¹⁹ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Op. cit.*, 2010, p. 139.

¹²⁰ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, 1995, p. 208.

¹²¹ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Op. cit.*, 2010, p. 140.

¹²² *Ibidem*, p. 141.

*se determina según el grado em que la motivación no corresponde a la exigibilidad*¹²³.

As formulações teóricas de Goldschmidt, consoante assevera Sebastian Mello, foram de extrema relevância para a teoria do delito, especialmente no que concerne à sua fundamentação normativa das causas de exculpação - as quais foram distinguidas das causas de justificação -, e à valorização do homem. Ao conferir destaque à norma interna de dever, e, em seguida, conceber a culpabilidade como violação desta, o autor reverenciou, de maneira contundente, a motivação interna do delito¹²⁴.

Além dos juristas apontados, a Teoria Normativa foi abastecida, ainda, pelas contribuições de Berthold Freudenthal, que constrói um conceito de culpabilidade mais afastado da Teoria Psicológica, e, apesar de não ter a mesma importância dos autênticos artífices da mudança de paradigma introduzido no âmbito da culpabilidade, tem um legado muito combativo em favor do normativismo, por seu turno, centrado no conceito de exigibilidade¹²⁵.

Inserido no panorama econômico caótico da Alemanha da década de 20, o referido autor formula sua concepção de culpabilidade partindo da premissa de que, em algumas situações, o sujeito é, indevidamente, penalizado por adotar comportamento que outras pessoas, em circunstâncias semelhantemente desfavoráveis, também realizariam¹²⁶. Nas hipóteses apontadas, defende o jurista, não é justo que haja imposição de pena, uma vez que seria impossível para aquele sujeito a prática de conduta diversa.

A principal importância deste teórico, portanto, foi pela primeira vez ter trazido para a culpabilidade e para a teoria do delito a ideia de relacionar a exigibilidade com o poder atuar de outro modo (*Anders Handeln können*). A culpabilidade, nesta ótica,

¹²³ GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Trad. Ricardo C. Nuñez. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002, p. 125.

¹²⁴ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Op. cit.*, 2010, p. 141-142.

¹²⁵ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, 1995, p. 210.

¹²⁶ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Op. cit.*, 2010, p. 144.

vem a ser a desvalorização da conduta considerando que aquele sujeito agiu daquela forma apesar de poder e dever atuar de maneira diversa¹²⁷.

Para Freudenthal, o indivíduo que comete um delito em virtude de não ter podido atuar de outro modo não deveria sofrer qualquer sanção, ainda que existente o dolo ou culpa. Estas situações, perceptíveis pela linguagem popular e pelo julgador, mas não pela legislação, demandam um juízo de absolvição, o qual não deve ser resolvido com base na aplicação extensiva do estado de necessidade, haja vista que este é incapaz de abarcar todos os casos em que o entendimento popular demanda absolvição.

A solução de tal imbróglio, para este autor, está na culpabilidade, especificamente na relação entre poder e (in)exigibilidade. Para o citado jurista, o comportamento conforme a norma só pode ser exigido quando passível de execução, de modo que, quando não o for, restar ausente a reprovabilidade da conduta e, conseqüentemente, a culpabilidade mesmo. É dizer, se inexistente a possibilidade de atuação consonante ao direito, não poderia o ordenamento impor sanção pelo descumprimento da norma de dever violada.

A não condenação, desse modo, dever estar fundamentada na “inexigibilidade”, a qual funcionar como uma causa de exculpação supralegal. Esta aceção refutou o direito positivo da época, que só concebia a exclusão da culpabilidade fincada no estado de necessidade, cujo conteúdo apresentava limitações que o impedia de abarcar maior número de situações não merecedoras de sanção. Juarez Cirino dos Santos, nesse sentido, verbera que:

[...] FREUDENTHAL concebe o conceito de *inexigibilidade* como fundamento geral supralegal de exculpação, sob um argumento poderoso: se evitar um fato punível pressupõe capacidade de resistência *inexigível* do homem do povo, então a *incapacidade de agir* conforme a *norma de dever* exclui a *exigibilidade de comportamento diverso* e, conseqüentemente, a *culpabilidade*¹²⁸.

A culpabilidade em Freudenthal, portanto, além de um conteúdo normativo, ostenta elementos de limitação do *jus puniendi*, uma vez que enuncia novo instrumento, à

¹²⁷ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, 1995, p. 208.

¹²⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2008, p. 285.

disposição do magistrado, de eliminação da culpa (a inexigibilidade)¹²⁹. Diferentemente dos demais doutrinadores normativistas, as acepções do referido jurista permitem a efetiva individualização do juízo da culpabilidade, bem como se colocam na vanguarda das ideologias reveladas pelos novos direitos fundamentais sociais.

Apesar de diferenças conceituais, as teorias de Frank, Goldschmidt e Freudenthal tratam da culpabilidade sob uma ótica individualizadora e voltada para a execução de um ideal de justiça, definindo diferentes elementos normativos como base da culpabilidade¹³⁰. Há autores desta mesma corrente normativa, contudo, que desenvolvem suas teses voltados à generalização do juízo de culpabilidade, sendo os mais relevantes Eberhard Schmidt e Edmund Mezger.

Schmidt desenvolve também uma teoria do elemento normativo da culpabilidade, mas em torno da ideia de exigibilidade, elaborando sua tese a partir de duas proposições jurídicas: nas de valoração e norma de determinação. A essência da culpabilidade reside no embate entre a norma jurídica dirigida ao autor e a norma de autopreservação própria deste, havendo culpabilidade “donde nuestra experiencia nos permite contar con la victoria de la norma jurídica sobre esta norma de autopreservación”¹³¹.

A diferença entre a tese de Schmidt e Goldschmidt é que neste caso a análise de culpabilidade é feita pelo julgador não em relação ao sujeito, mas em relação às experiências anteriores do cidadão-tipo-médio, a partir do que é possível ter o parâmetro de conduta ideal, formando-se assim o juízo de culpabilidade.

Por seu turno, Mezger desenvolveu a chamada teoria complexa da culpabilidade, que a define como sendo “um conjunto de pressupostos que fundamentam a reprovação pessoal ao autor pelo fato punível que tenha cometido”¹³². Nesse sentido, afirma que a culpabilidade não está na cabeça do autor (indivíduo), mas sim na cabeça de quem irá julgar aquele ato, de tal maneira que é possível conceber a

¹²⁹ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Op. cit.*, 2010, p. 145.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 148.

¹³¹ PÉREZ, Mercedes Manzano. *Op. cit.*, 1990, p. 79.

¹³² MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Op. cit.*, 2010, p. 148

discussão de culpabilidade independente da discussão do livre-arbítrio. A culpabilidade independe da filiação a determinismo ou indeterminismo, pois está vinculada ao juízo de censura¹³³.

Da mesma forma que Schmidt, este autor também contesta a possibilidade de empiricamente se definir se o agente podia ou não agir de outro modo, haja vista que não existe critério objetivo para esta aferição, sendo considerada por Couso Salas como um pensamento agnóstico sobre as possibilidades do agente atuar de outra maneira¹³⁴.

A despeito das multiplicidades conceituais, a Teoria Normativa (ou Psicológico-normativa), em sua essência, foi responsável por fixar preceitos de inegável importância para a ciência penal. A culpabilidade exige não apenas o vínculo interno, anímico, entre autor e conduta, mas pressupõe a capacidade de culpabilidade, uma relação concreta entre o indivíduo e sua ação, sob a forma de dolo ou de culpa, e, principalmente, a exigibilidade de comportamento diverso (reverenciador da norma jurídica), baseada na normalidade das circunstâncias do fato¹³⁵.

A liberdade na teoria normativa ganha especial relevância. Segundo as lições de Couso Salas, uma das principais contribuições do neokantismo foi rechaçar a ideia de pena como utilidade social, exigindo a punição somente a um indivíduo detentor de autonomia naquele caso concreto. De fato, ainda em caráter incipiente, o livre-arbítrio é visto de modo relativo e o “poder atuar de outro modo” acaba por encerrar um modo geral de imposição de pena, especialmente quando estabelece o homem médio, abstratamente considerado, como critério de aferição da liberdade¹³⁶.

3.3 TEORIA FINALISTA E O PODER ATUAR DE OUTRO MODO

A teoria normativa clássica permaneceu como corrente majoritária por, aproximadamente, duas décadas (1910-1930). Nos anos 30, começaram a emergir doutrinas que separavam culpabilidade e dolo, até então compreendidos como

¹³³ *Ibidem*, p. 149.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 150.

¹³⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2008, p. 285.

¹³⁶ COUSO SALAS, Jaime. *Op. cit.*, 2006, p. 119-121.

gênero e espécie, abrindo caminhos para a premente instauração do finalismo e de uma acepção normativa pura da culpabilidade¹³⁷.

Insero neste movimento, Graf Zu Dohna, em sua obra *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, apregoava que a distinção entre ilicitude e culpabilidade não poderia ocorrer conforme o método tradicional, pautado na cisão entre as esferas objetiva e subjetiva. Para o mencionado jurista, a valoração (reprovabilidade) deveria ser apartada do seu objeto (dolo), sendo, neste caso, o conceito de culpabilidade reduzido à valoração daquele¹³⁸. Em suma, defendia ele haver uma diferença entre “objeto de valoração”, que seria a vontade de ação, e “valoração do objeto”, consistente no juízo de motivação do autor, bem como a exigibilidade, tida como contrariedade ao dever, seria a essência da culpabilidade¹³⁹.

Também antecessor do sistema finalista, Hellmuth Von Weber, entendia que culpável seria quem agisse antijuridicamente, malgrado pudesse, na hipótese, atuar em conformidade com a norma - aquele que não pudesse se conduzir em consonância com o direito, todavia, estaria livre de reprimenda. A culpabilidade, para o autor, se referiria à noção de “poder” (no sentido de possibilidade), enquanto que a antijuricidade, outro elemento fundamental da conduta punível, se relacionaria com a ideia de “dever”.

Referidas concepções construíram o caminho para a inserção, no Direito Penal, do finalismo, cuja gênese reside nos Fundamentos da Psicologia do Pensamento de Richard Höningwald. Este novo sistema, especialmente pelas contribuições de Hans Welzel, alterou, radicalmente, a teoria do delito, revalorizando o caráter ético-social da intervenção punitiva, e rompendo com o modelo nazista então vigente, que vislumbrava na pena “o meio de purificar biologicamente o povo”¹⁴⁰.

Com efeito, o modelo finalista abandonou o causalismo para afirmar que toda ação seria dirigida a uma finalidade. O conteúdo da vontade, antes desconsiderado,

¹³⁷ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Op. cit.*, 2010, p. 155.

¹³⁸ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, 2014, p. 91.

¹³⁹ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Op. cit.*, 2010, p. 155.

¹⁴⁰ WELZEL, Hans. *La Posizione Dogmatica della Dottrina Finalista dell’Azione*. Rivista Italiana de Diritto Penale. Milano: Giuffrè, ano 4, n. 1-2, p. 6, jan.-abr. 1951 apud BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 281.

adquire notável relevância, de modo a ensejar a reestruturação dos componentes da teoria delitiva, passando o dolo a ser naturalístico, a compor o tipo (e não mais a culpabilidade), bem como a ser “a vontade de ação orientada à realização de um tipo de delito”¹⁴¹, dispensada a consciência da ilicitude (*dolo malus* do Direito Romano)¹⁴². Nas palavras do próprio Welzel:

A teoria do dolo não observa que o dolo não é uma *parte integrante*, mas *objeto* de reprovação da culpabilidade, e que, por isso, pertence à ação e ao tipo de injusto, enquanto a consciência de antijuridicidade é só um elemento de reprovabilidade¹⁴³.

A culpabilidade, assim, passa a ser puramente normativa – por isso ser denominada também de Normativa Pura, ao contrário da teoria normativa-psicológica, que conjuga ambos os elementos. Sem os aspectos psicológicos de outrora, os quais, como visto, foram inseridos no bojo da ação, a culpabilidade é engendrada como “a reprovabilidade da resolução de vontade”¹⁴⁴, sendo composta pela exigibilidade da conduta conforme a lei, pela possibilidade de ser reconhecido o caráter ilícito do fato e pela imputabilidade do autor¹⁴⁵.

Nos moldes desta Teoria Finalista, a categoria em comento permaneceria como reprovabilidade, mas, desta feita, incidente sobre a vontade do agente e o modo como este a conduziria. Somente o que dependesse do desiderato do homem poderia ser considerado culpável, de forma que aquilo que estivesse vinculado ao “ser” (qualidades e aptidões do sujeito) estaria isento de reprovação, exceto se tais características fossem empregadas para a consecução de finalidade contrária ao direito¹⁴⁶.

Segundo a doutrina de Welzel, a vontade determinaria, justamente, a preferência pela concretização de conduta lesiva, em detrimento do agir em conformidade com a

¹⁴¹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 77, apud BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 281.

¹⁴² MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Op. cit.*, 2010, p. 157.

¹⁴³ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, 2014, p. 117.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 88.

¹⁴⁵ MAURACH, Reinhart. *A teoria da culpabilidade no Direito Penal alemão*. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, Rio de Janeiro, ano IV, n. 15, p. 25, out-dez. 1966.

¹⁴⁶ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, 2014, p. 93.

norma. Reside neste preceito o cerne da teoria normativa pura, a qual entendia que a culpabilidade lançaria sobre o indivíduo um juízo pessoal de censura por não ter evitado o cometimento de ação antijurídica quando podia fazê-lo. Conforme suas lições:

Culpabilidade é a reprovabilidade da resolução de vontade. O autor teria podido adotar, em vez da resolução de vontade antijurídica – tanto se dirigida dolosamente à realização do tipo como se não correspondente à medida mínima de direção final exigida –, uma resolução de vontade conforme a norma. Toda culpabilidade é, portanto, culpabilidade de vontade. [...] A reprovabilidade da culpabilidade pressupõe, portanto, que o autor tenha podido adotar uma resolução de vontade antijurídica de modo mais correto, ou seja, conforme a norma¹⁴⁷.

O “poder agir de outro modo”, então, seria o elemento que atrairia o juízo de reprovação. Esta possibilidade de ação diversa deveria ser aferida *in concreto* – este homem, nestas circunstâncias, poderia ter se autodeterminado conforme o direito? – e não de maneira abstrata, sob um juízo hipotético¹⁴⁸. Desse modo, primeiro, seria necessário verificar, teoricamente, a possibilidade de adoção de uma resolução de vontade correta no lugar da equivocada, e, em seguida, se sobrevivendo uma resposta positiva, se o sujeito, concretamente, teria a aludida capacidade¹⁴⁹.

O exame teórico, conforme salientava Welzel, estaria relacionado com o problema do livre-arbítrio, o qual deveria ser compreendido sob os aspectos antropológico, caracteriológico e categorial. A visão antropológica, afirmava o finalista, seria marcada pela distinção entre homem e animal. Enquanto este teria recebido, biologicamente, a ordem de sua existência, o humano seria caracterizado, negativamente, por “uma grande liberdade de formas inatas e instintivas de conduta” e, positivamente, pela aptidão e “incumbência de descobrir e realizar, por si mesmo a conduta correta [...]”¹⁵⁰. Referidas especificidades desembocariam no fato de que apenas o homem, com sua vontade, lograria desvincular-se das ações orgânicas, previamente determinadas pela natureza.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 93.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 94.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 95.

A vertente caracteriológica, por sua vez, estaria assentada na pluralidade de estratos da estrutura anímica do homem, decorrentes do retrocesso às formas inatas de conduta e da aparição de um “Eu”. Na cobertura mais profunda, estariam situados os impulsos vitais da conservação da espécie e da autoconservação (paixões, desejos, interesses e as demais aspirações anímicas tidas como mais elevadas), as quais seriam reguladas pelo “Eu”, que não se permitiria ser arrebatado e, por isso, imporia a direção conforme a finalidade e o valor. Disto se extrairia que os impulsos seriam formados por dois aspectos, não necessariamente coincidentes entre si, consubstanciados em uma “determinada força” e em um “determinado conteúdo de finalidade”¹⁵¹.

O aspecto categorial, por fim, derivaria da resposta ao questionamento de como seria possível ao homem “o domínio da coação causal por meio de uma direção orientada finalisticamente, em virtude da qual, unicamente, pode se fazer responsável por ter adotado a decisão errada em lugar da correta”. A solução para tal perquirição residiria no reconhecimento da concorrência de várias formas de determinação, em face das quais, todavia, não poderia o sujeito cognoscente figurar como objeto do jogo de impulsos. O indivíduo deveria ter a capacidade de compreender o impulso do conhecimento, sendo responsável por este e pela correlativa liberdade de vontade¹⁵².

Já o exame concreto de apuração da capacidade do sujeito atuar de outro modo – subsequente à apuração teórica direcionada pelas discussões ao derredor do livre-arbítrio – tangenciaria o problema da imputabilidade. Esta, para Welzel, consistiria na capacidade de determinar-se conforme os fins e, pelo seu caráter subjetivo, não poderia ser alvo de conhecimento teórico ou científico. Assim, a capacidade de culpabilidade deveria envolver um ato puramente existencial, comunicativo e negativo, na medida em que o investigador não se colocaria no lugar do outro, mas reconheceria o outro como igual e suscetível de determinação plena de sentido¹⁵³.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 98.

¹⁵² *Ibidem*, p. 98-100.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 102-103.

Culpável, para o normativismo puro, então, seria o sujeito que podendo atuar de outro modo – teórica e concretamente -, se comporta em desconformidade com a norma. Trata-se de um conceito que atribui uma qualidade negativa à ação do autor e que pode ser graduado de acordo com a maior ou menor importância que tenha a exigência do direito e a facilidade ou dificuldade do autor em satisfazê-la¹⁵⁴.

No finalismo, a liberdade ganha uma dimensão de vontade. A culpabilidade deixa de ser construída no formato de substância, como ocorria na teoria causal, e é elevada à condição de vontade da conduta, isto é, observa-se a formação da vontade. Desse modo, o sujeito será responsável criminalmente quando poderia direcionar sua vontade em conformidade com a norma, não mais de acordo com antijuridicidade. A culpabilidade é constituída, assim, por elementos intelectuais e volitivos. Porém, além da dificuldade de adentrar no âmago do outro para aferir sua subjetividade e da ausência de rompimento das críticas impostas ao homem médio, a liberdade e a culpabilidade para o finalismo ainda tem sua estrutura assentada nos dogmas da metafísica, da reconstrução histórica do fato e da separação representacional sujeito-objeto.

3.4 TEORIAS PÓS-FINALISTAS

A teoria normativa pura ou finalista da culpabilidade teve ampla repercussão e aceitação. Todavia, embora prevalente no período pós-guerra - quando, em decorrência das experiências traumáticas do segundo grande conflito bélico vivido pelo mundo, a referida categoria se reaproximou dos ideais da dignidade da pessoa humana -, a culpabilidade normativa se viu alvo de contundentes críticas no final dos anos 60, as quais se relacionavam, majoritariamente com o seu afastamento das questões atinentes à política criminal¹⁵⁵.

A partir do período retromencionado, alternativas ao “poder atuar de outro modo” começaram a se apresentar. Doutrinadores como Mezger¹⁵⁶, por exemplo, conceberam que o foco do juízo de imputação não estaria situado no fato delituoso,

¹⁵⁴ *Ibidem*, 2014, p. 89.

¹⁵⁵ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Op. cit.*, 2010, p. 168-169.

¹⁵⁶ MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: Tomo I*. Bueno Aires: Valetta Ediciones, 2004.

mas no modo de vida e na personalidade do sujeito infrator. Defendia o jurista, em suma, uma “culpabilidade do autor”, na qual a compreensão do injusto e a censura recairiam na maneira em que o indivíduo conduziria sua vida e no seu próprio caráter¹⁵⁷. Nas palavras de Sebastian Mello:

Como alternativa inicial ao fundamento da culpabilidade como a “possibilidade de atuar de outro modo”, surgiram determinadas concepções de culpabilidade que deslocavam o juízo de imputação pessoal do fato para o modo de vida do autor, estas últimas fracassando no intento de obter um conceito de culpabilidade compatível com a proteção da dignidade da pessoa humana. Uma corrente de penalistas adotou uma concepção cujo juízo de culpabilidade era direcionado ao modo com o qual o infrator conduzia sua vida ou sua personalidade, contrapondo-se ao pensamento finalista, que centrava o juízo de censura e reprovação no fato, ou, mais precisamente, na ação¹⁵⁸.

O citado paradigma não logrou prosperar. A consideração do homem como culpável pelo seu caráter não foi capaz de explicar, satisfatoriamente, os casos de inimputabilidade - já que os atos destes também são reflexos da personalidade, ainda que psicótica ou esquizofrênica - bem como de justificar o porquê de se dispensar tratamento diferente aos portadores de deficiências psíquicas em relação aos fisicamente debilitados (se as incolumidades físicas, como a cegueira, não reprovam o agente, por que as mentais poderiam?)¹⁵⁹. Além disto, a responsabilização do sujeito pelas suas particularidades pessoais equivale à retomada da intervenção punitiva objetiva, a qual tem sido expurgada ao longo da história, uma vez que a culpabilidade deve incidir sobre o que o sujeito fez, e não pelo que ele “é”¹⁶⁰.

Outras formulações teóricas ao redor da culpabilidade, por sua vez, adotaram a noção de “homem médio”. Diante da dificuldade de se aferir, no caso concreto, se o autor do comportamento antijurídico teria tido a possibilidade de atuar diversamente, doutrinadores, como Jescheck¹⁶¹ e Wessels¹⁶², conceberam o perfil de um indivíduo

¹⁵⁷ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Op. cit.*, 2010, p. 206.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 205.

¹⁵⁹ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 142-143.

¹⁶⁰ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Op. cit.*, 2010, p. 207.

¹⁶¹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Op. cit.*, 2002.

¹⁶² WESSELS, Johan. *Direito Penal – Parte Geral: aspectos fundamentais*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.

ideal, dotados das características mais comuns dos cidadãos. Por esta acepção, culpável seria o homem com “uma deficiência na sua atitude interna perante o direito”, a qual se expressaria “por meio da prática de uma conduta típica e ilícita”¹⁶³. A reprovação ocorreria, pois, se esperava do aludido homem médio – e não do efetivo realizador do fato - uma conduta em conformidade com a norma.

O fundamento da culpabilidade como atividade jurídica desaprovada e a tese do homem médio também foram duramente criticados. Claus Roxin, por exemplo, assevera que a ausência de critérios para a aferição negativa da atitude interna do agente impede a aplicação da teoria na culpa inconsciente¹⁶⁴. Couso Salas, por outro lado, entende que a idealização de um sujeito padrão coloca em risco as bases de liberdade do ordenamento jurídico, haja vista que, ao determinar que este deveria ter agido de tal forma, se estaria anulando a capacidade de decisão do cidadão concreto¹⁶⁵.

Com efeito, em paralelo com as teorias fracassadas, outras tantas vozes, erguidas principalmente no direito alemão, alcançaram maior êxito em afirmar a necessidade de superação da dogmática penal tradicional. Antes arrimada na liberdade de vontade e compreendida como fundamento da reprimenda, a culpabilidade passa a ser descrita como limite do poder de punir, mediante a substituição da “função metafísica de legitimação da punição por uma função política de garantia da liberdade individual”, o que espargiu efeitos político-criminais de incontestável importância¹⁶⁶. Assim, como será visto adiante, a liberdade para os modelos do pós-finalismo também colocam, em regra, a liberdade em segundo plano, em busca de modelos normativistas e de prevenção.

3.4.1 A culpabilidade e os fins preventivos em Roxin

Claus Roxin concebeu um dos conceitos de culpabilidade mais debatidos pela doutrina penal mundial na atualidade, tendo construído a definição de que a

¹⁶³ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Op. cit.*, 2010, p. 208.

¹⁶⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal; Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomsom-Civitas, 2003, p. 800-801.

¹⁶⁵ SALAS, Jaime Couso. *Op. cit.*, 2006, p. 145-146.

¹⁶⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2008, p. 286-287.

responsabilidade penal apenas existe se presentes a culpabilidade e a necessidade preventiva da pena, como fatores que dialogam e limitam-se mutuamente, legitimando o próprio poder punitivo estatal.

A grande inovação de Claus Roxin reside na criação do conceito de “responsabilidade” intimamente relacionada com a teoria dos fins da pena. Percebeu o autor que a imputação subjetiva da ação injusta deve envolver não apenas a ideia de culpa por si só, mas também a necessidade preventiva da pena, evitando-se assim o estabelecimento de um sistema punitivo retributivo, incompatível com o Direito Penal cuja missão é a proteção de bens jurídicos.

Nesse sentido, a teoria de Roxin defende a relação de mútua limitação entre a culpabilidade e prevenção, considerando tanto a prevenção geral quanto especial. A conjugação entre estes dois elementos para a responsabilidade tem como objetivo limitar e legitimar o poder punitivo estatal, sendo impensável considerar-se apenas a prevenção geral, destituída de culpa, para a imposição ou agravamento de pena.

Na lição do próprio Roxin¹⁶⁷:

Segundo a teoria dos fins da pena por mim defendida, só se pode justificar a pena pela concorrência da culpabilidade e da necessidade preventiva da pena. Para a medição da pena isto significa, por um lado, que toda pena pressupõe culpabilidade, não podendo jamais ultrapassar-lhe a medida, mas que a pena também sempre tem de ser preventivamente indispensável. A pena pode, portanto, ficar aquém da medida da culpabilidade, se as exigências de prevenção fizerem desnecessária ou mesmo desaconselhável a pena no limite máximo da culpabilidade. Nesta sede, não posso fundamentar tal ponto de vista com maiores detalhes, mas é verdade que dificilmente será possível questionar a tese aqui defendida, se, com a opinião hoje praticamente unânime, admitirmos que a pena não deve servir à retribuição no sentido de uma compensação metafísica da culpabilidade.

Com este novo elemento, a responsabilidade só se justifica quando concorrem culpabilidade e necessidade preventiva simultaneamente, sendo possível, portanto, a ocorrência de culpa sem a imposição de reprimenda. É o caso, por exemplo, do

¹⁶⁷ ROXIN, Claus. *A culpabilidade e sua exclusão no Direito Penal*. Trad. Luiz Greco, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 12, n. 46, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 46-72.

estado de necessidade exculpante, em que está presente a liberdade e o agir com culpa, não sendo aplicada penalidade por inexistir finalidade preventiva.

A conjugação entre prevenção e culpa como elementos configuradores e justificadores da responsabilidade e, portanto, da pena é a própria materialização do princípio da intervenção mínima do Direito Penal. Se, por um lado, o conceito de culpabilidade deve estar fincado na justificação social da pena para que se garanta a preservação dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, a culpabilidade é também nesta equação o elemento dirigido contra o excesso punitivo do estado pautado na segurança social.

Nesse contexto, para o citado autor, culpabilidade pode ser definida como “a realização do injusto apesar da idoneidade para ser destinatário de normas e da capacidade de autodeterminação que daí deve decorrer”¹⁶⁸. Ressalva, contudo, que esta dirigibilidade (contra)normativa deve ser verificada empiricamente, e não por meio do livre-arbítrio abstratamente considerado, a partir do imperativo do “homem médio”, o qual, na sua visão, não seria passível de demonstração prática capaz de conduzir à possibilidade de apenação do sujeito.

Roxin afirma que esta presunção de liberdade que constitui o seu conceito e informa a culpabilidade pode ser aquele construído tanto pelos deterministas quanto pelos indeterministas. “El indeterminista, naturalmente, considerará correcta esa presunción de libertad. Y el determinista, la aceptará como una ‘regla del juego social’”¹⁶⁹.

Difere-se a teoria de Roxin daquela defendida por Welzel na medida em que este defende que a culpabilidade se configura quando o agente podia agir conforme o direito, enquanto aquele entende que está presente quando o sujeito viola a norma quando tinha idoneidade para ser destinatário dela, concretamente considerada.

Interessante, nesse aspecto, transcrever o magistério de Sebastian Mello, que assevera que a culpabilidade para Roxin é constituída por um elemento empírico

¹⁶⁸ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2003, p. 154.

¹⁶⁹ COUSO SALAS, Jaime. *Op. cit.*, 2006, p. 225.

(capacidade de autocontrole frente ao conhecimento da proibição normativa) e um elemento normativo (a proibição em si):

O fundamento (...) da culpabilidade em Roxin, portanto, é a ação injusta não obstante a existência de uma *dirigibilidade normativa*. Em outras palavras, o sujeito é culpável quando, no momento da prática do fato, estava disponível para atender ao chamado normativo em face de seu estado mental e anímico, sendo irrelevante se a vontade orienta-se por uma postura determinista ou indeterminista. O que é relevante é a possibilidade de decidir por uma conduta orientada de acordo com a norma¹⁷⁰.

A essência do binômio culpabilidade-prevenção proposto por Roxin é evitar uma “una extensión de la punibilidad, que no puede aparecer como deseable en un ordenamiento jurídico liberal”¹⁷¹, seja estreitando a permissibilidade de punição além da função preventiva da pena, seja limitando a supremacia da punição do injusto em detrimento dos direitos fundamentais do sujeito (instrumentalização do homem).

Apesar da importância teórica do modelo proposto por Roxin, há críticas estabelecidas por diversos autores. Couso Salas considera uma ilusão acreditar que a culpabilidade tradicional adquire um novo conteúdo a partir da necessidade da pena - capaz de lhe conferir uma maior capacidade de limitar a pena - haja vista que o legislador já confere esse juízo de necessidade preventiva no momento da elaboração das excludentes. E afirma que “como la necesidad de pena es un fenómeno científicamente incierto, entonces, en lo fundamental, desaparece como referencia material que enriquezca a las hipótesis legales de exculpación, y se convierte en nada más que eso: en las causas legales de exculpación”¹⁷². A liberdade, portanto, não tem uma dimensão de importância plena, já que há um fortalecimento dos modelos de prevenção e da normatividade da conduta.

3.4.2 O funcionalismo sistêmico de Jakobs

Acerca da culpabilidade jurídico-penal, Günther Jakobs entende que esta está orientada para a prevenção geral do delito. Nesse sentido, Jakobs rejeita em sua construção teórica uma determinação do sujeito da imputação. O autor entende que

¹⁷⁰ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Op. cit.*, 2010, p. 239.

¹⁷¹ COUSO SALAS, Jaime. *Op. cit.*, 2006, p. 223.

¹⁷² *Ibidem*, p. 228.

basta estar-se diante de um homem livre, assim entendido como aquele que tem capacidade de gerir sua própria vida, para que havendo violação à norma haja a imputação. Para ele, o contraponto da liberdade conferida ao homem é “la obligación de ejercitarse em la fidelidad al derecho”¹⁷³.

A culpabilidade, portanto, estaria fundamentada na prevenção geral positiva, entendida como uma prevenção decorrente do exercício de reconhecimento da norma¹⁷⁴, e através da estabilidade normativa¹⁷⁵. Diferentemente da classificação de Roxin, o citado jurista não engendrava uma relação de pertencimento entre a culpabilidade e a responsabilidade, de modo que esta, na sua visão, constituiria uma falta de motivação conforme a norma, enquanto que aquela seria, justamente, a responsabilidade por um déficit de motivação jurídica dominante.

Para a construção deste conceito que presume a liberdade do homem, Jakobs defende que as normas a serem obedecidas devem ser legítimas, criadas para estabelecer os recursos necessários para “el libre y igual desarrollo de todos”, de modo que assim a interpretação do sujeito de imputação não seja meramente formal. Com isso, a culpabilidade é a falta de fidelidade ao ordenamento jurídico considerando a violação a normas legítimas, entendidas pelo sentido tradicional de leis que estabelecendo liberdade de forma igual a todos¹⁷⁶.

Segundo Urs Kindhäuser, “la falta de determinación material del concepto de persona hace inmune a esta teoría frente a la objeción a la que está expuesta la última variante descrita del liberalismo racional. La culpabilidad material no requiere la autocorrupción moral”¹⁷⁷.

Para agir culpavelmente, o sujeito não tem que fundamentadamente decidir atuar contrariamente aos fundamentos que falam subjetivamente a favor do cumprimento da norma, porque em uma sociedade plural, a valoração individual feita por cada

¹⁷³ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General: fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 18.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 18.

¹⁷⁵ BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, 2015, p. 542.

¹⁷⁶ KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2011, p. 77.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 78

ciudadão acerca da importância de cada norma não é passível de comprovação científica. Partindo desta premissa, para a culpabilidade é suficiente “pretender el rol de um ciudadano libre sin ser leal al derecho respecto de aquellas normas que distribuyen igual libertad”¹⁷⁸.

Apesar dos acertos do pensamento construído por Jakobs, Kindhäuser critica a interpretação jakobsiana acerca da fidelidade ao direito, pois entende que por mais que se pareça moderna esta elucubração se adapta perfeitamente ao Estado paternalista do despotismo ilustrado. Isso porque, na opinião de Kindhäuser em uma sociedade construída democraticamente as normas são também manifestação da autonomia política dos sujeitos individuais de direito, concluindo que “Falta así una vinculación internamente conceptualizada entre la culpabilidad y la legitimidad de la norma; hasta cierto punto se debe a una feliz casualidad que la norma, cuyo quebrantamiento es imputado al autor, pertenezca también a um ordenamiento jurídico legítimo”.

Desse modo, a liberdade (o livre-arbítrio) para Jakobs é considerada irrelevante, uma vez que entende que na aferição da culpabilidade é preciso avaliar os fundamentos que levaram a cometer o ato antijurídico, como efeito da prevenção geral positiva. O que motiva a responsabilização, portanto, não é o livre-arbítrio do sujeito que praticou a ação, já que tem déficit social, mas a reafirmação da norma para coletividade.

3.4.3 A pessoa deliberativa de Klaus Günther

Outra relevante proposta de superação do conceito finalista de culpabilidade, embora não vinculada às ideias de finalidades preventivas da pena como as anteriores, foi apresentada por Klaus Günther. Inspirado no pensamento de Habermas¹⁷⁹, o referido autor formula sua tese partindo da premissa de que as

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ HABERMAS, Jünger. *Op. cit.*, 2012.

normas só podem ser consideradas válidas se for permitido a todos os membros da comunidade a participação, o debate e a crítica durante a formação destas¹⁸⁰.

Entende Günther que o indivíduo precisa participar, ou ser concedida a ele oportunidade de participar do processo democrático e, somente haverá tal participação se, no momento de construção abstrata das normas, o cidadão puder discordar do seu fazimento, criticando-a e deliberando sobre o seu aparecimento no mundo do direito.

É deste contexto que se extrai seu conceito de culpabilidade, representada na concepção de pessoa deliberativa. Na visão de Günther, estariam superadas as teorias da culpabilidade que a associam com a prevenção como também àquelas que se ligam a ideia de livre-arbítrio. Para ele, os indivíduos deixaram de ser meros destinatários da norma – e, assim, seu conceito de liberdade mitiga a idéia de livre-arbítrio, criando a figura do sujeito capaz de criticar a norma enquanto participante dela¹⁸¹.

Essa relação que a pessoa cria, na condição de participante, é que irá vinculá-lo à norma. Ou seja, a obediência ao tipo penal decorre do fato do cidadão ter participado da sua criação, formação, podendo inclusive se opor, em homenagem ao princípio democrático¹⁸². Sebastian de Albuquerque Mello, avaliando o pensamento de Günther, identifica uma dupla função da pessoa deliberativa:

Neste ponto, interessante a construção de Günther, em que a pessoa deliberativa desempenha uma dupla função: cidadão e pessoa capaz de direito. O cidadão, como pessoa deliberativa e autora da norma, tem todo o direito de rejeitá-la, mas deve fazê-lo nesta condição, tomando publicamente uma atitude crítica, em relação à norma; a pessoa capaz de direito, por sua vez, como pessoa deliberativa que se porta como destinatária da norma, não tem o Direito cominar sanções àqueles que estejam obrigados a evitar o injusto, ainda que não concordem com a norma¹⁸³.

¹⁸⁰ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

¹⁸¹ GÜNTHER, Klaus. *A culpabilidade no Direito Penal atual e no futuro*. Trad. Juarez Tavares. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 6, n. 24, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

¹⁸² GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, 1998, p. 23.

¹⁸³ MELLO, Sebastián Borges Albuquerque. *Op. cit.*, 2010, p. 263.

Nessa linha de intelecção, nota-se que Díaz Pita é adepta da teoria da culpabilidade de Günther, embora fale no conceito de pessoa reflexiva:

Uma pessoa reflexiva dispõe da capacidade de adotar uma posição ante a ações e expressões próprias ou de outra pessoa; esta posição pode estar arrimada em argumentos revisáveis desde o ponto de vista de uma pessoa que participa (pelo menos de forma virtual) em um discurso; e, a partir daí, a pessoa reflexiva pode atuar seguindo os argumentos que ela mesma tenha aceitado e, dessa maneira, se poderá afirmar que a pessoa é a autora de suas ações ou de suas expressões e que, portanto, lhe são imputáveis¹⁸⁴.

Apesar do esforço de Günther em vincular o sujeito à norma por outra via que não da prevenção e do livre-arbítrio, sabidamente ineficazes, Sebastian de Albuquerque Mello, a quem novamente se socorre, traz duas interessantes críticas à teoria da culpabilidade de Günther, a primeira do perigo de incorrer-se em uma generalizada desobediência civil e a outra do desequilíbrio participativo dos indivíduos no processo democrático. Pela pertinência, impõe-se a transcrição do posicionamento do professor¹⁸⁵:

A concepção de Günther, embora formalmente pregue e justifique o dever de obediência ao direito através de um procedimento democrático, por outro, é capaz de incitar o indivíduo à desobediência civil, pois esta igualdade de condições de participação crítica só existe em situações ideais, pois é de improvável verificação empírica um processo democrático tal qual imaginado por Habermas e por Günther. (...) Com efeito, resta evidente que, em praticamente todos os Estados, existe um déficit de participação democrática, de tal modo que cada cidadão, numa atitude crítica, poderia arguir serem ilegítimas as normas jurídicas, tendo em vista não terem sido asseguradas as condições de participação do debate democrático. Existem pessoas que possuem menor possibilidade de participar do processo político e, por essa razão, podem ser vítimas de uma perseguição institucional, mesmo numa sociedade formalmente democrática.

De fato, as inconsistências da teoria de Günther nascem contaminadas pelas contradições de Habermas, ao pensar na existência de dupla racionalidade. Assim, levando em consideração as questões por si tabuladas, o próprio autor assume que só é possível falar de culpabilidade jurídico-penal em um Estado Democrático de Direito, tendo em vista que tanto as comunidades integradas moralmente quanto os

¹⁸⁴ DÍAZ PITA, Maria Del Mar. *Actio Libera in causa, culpabilidad y Estado de Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. Tradução livre.

¹⁸⁵ MELLO, Sebastián Borges Albuquerque. *Op. cit.*, 2010, p. 272-273.

regimes autoritários possuem conceitos e fundamentos materiais de culpabilidades distintos de um Estado Democrático: aquelas se utilizam de uma censura moral, confundindo, assim, os limites entre o direito, a moral e a ética; estes, por sua vez, adotam um conceito de culpabilidade pautado na prevenção geral, de modo a garantir o máximo de ordem contra os “indivíduos perigosos”.

Nas lições ao próprio autor:

O conceito de culpabilidade gira sempre em torno do fato de como os cidadãos compreendem sua própria liberdade para uma atitude crítica em face de ações e manifestações próprias e alheias, em que de extensão e de que modo completam um ao outro reciprocamente esta liberdade. Dito em resumo: no conceito de culpabilidade está em jogo o próprio entendimento do cidadão como pessoa capaz de direito, livre e igual.

Infere-se, portanto, que a concepção de culpabilidade para Günther tem por fundamento a ideia do Estado Democrático de Direito, da qual ele retira os demais conceitos que alicerçam sua tese, a exemplo das noções de pessoa deliberativa e competência performativa. Todavia, também para Günther, a liberdade fica alçada a segundo escalão ou a uma dimensão de menor relevância, pois se destina à possibilidade dada a todos de participar da elaboração da norma, o assentimento, em relação ao tipo a ser criado (a fase legislativa).

Em sentido muito semelhante a Klaus Günther, encontra-se a posição de Kindhäuser, que também constrói seu conceito de culpabilidade inspirado no pensamento de Habermas. Em breve síntese, pode-se dizer que Kindhäuser define culpabilidade formal e culpabilidade material como coisas distintas, uma como censura da culpabilidade e a outra como mandado de neutralização do direito diante da necessidade de cumprimento. Assim, conceitua culpabilidade, para o Estado Democrático de Direito, como uma conduta que significa a falta de fidelidade à lei, ao direito, ou seja, ausência de lealdade comunicativa¹⁸⁶.

¹⁸⁶ KINDHÄUSER, Ürs. *Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Trad. Cláudia López Díaz. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 18 e segs.

3.4.4 A ideia de liberdade em Figueiredo Dias

Por fim, entre as teorias do pós-finalismo, destaca-se a ideia de liberdade em Figueiredo Dias. É importante destacar que diversos autores definem a culpabilidade após o finalismo, podendo-se citar Gallas, Jeschek, Wessels, Hassemer, Gimbernat Ordeig, Muñoz Conde, Mir Puig, Busto Ramirez Hormazábal, Cerezo Mir, Hans Joachim Hirsch, entre outros tantos, mas o destaque da posição de Figueiredo Dias, além de Roxin, Jakobs e Klaus Günther (principais expoentes do pós-finalismo) tem conexão muito próxima com a ideia de liberdade que será desenvolvida no capítulo 5. Sem dúvidas, embora ainda constitua uma teoria incompleta, porque não parte da dialogicidade entre Direito e processo penal, a posição de liberdade em Figueiredo Dias é trazida por uma perspectiva inovadora, se aproximando substancialmente com os fins pretendidos.

A posição de Figueiredo Dias constitui, por isso, um grande avanço para o movimento pós-finalista. Isto porque, o autor é um dos poucos que introduz no fundamento da culpabilidade os preceitos modernos da filosofia hermenêutica e da linguagem. De fato, percebe-se em sua obra, o rompimento da relação categorial sujeito-objeto, construindo a culpabilidade jurídico-penal na dignidade da pessoa humana e na liberdade.

Neste viés, a culpa jurídico-penal, categoria do delito, tem uma função inexorável “funcionalizada ao sistema”, “na medida em que quer cumprir uma função político-criminal primária de limitação do intervencionismo estatal em nome de uma defesa consistente da iminente dignidade da pessoa”¹⁸⁷, decorrendo deste pensamento a ideia de que a liberdade possui relevância direta para a culpabilidade, não apenas como peculiaridade da atuação no âmbito político, mas como autodeterminação da pessoa na sociedade.

Cria-se, assim, o axioma onto-antropológico, “que integra o quadro valorativo do estado democrático, e, sobretudo, do princípio da dignidade da pessoa humana”.

¹⁸⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Op. cit.*, 2007, p. 514.

Sua teoria é, como se pode perceber, bem distinta da concepção finalista que se baseia no poder atuar de outro modo. Nas suas palavras:

A submissão do conteúdo material da culpa jurídico-penal à liberdade do agente parece conduzir por força àquilo que bem se denominará de dogma da **culpa da vontade**. Quando se erige a liberdade em pressuposto do conceito material de culpa, aquela é em geral tomada como liberdade da vontade, como *liberum arbitrium* indiferentia, como possibilidade de actuar sem perturbações invencíveis, endógenas ou exógenas, do mecanismo psicológico da vontade. (...) O **poder agir de outra maneira na situação**, dir-se-á, é deste modo requisito irrenunciável do conceito de culpa: quer este se veja directamente na *decisão livre e consciente da vontade a favor do ilícito*, de que o poder de agir de outra maneira é pressuposto¹⁸⁸;

A liberdade pessoal e a tese da culpa da pessoa, sua concepção básica, trata de levantar a superação da liberdade indeterminista, isto é, baseada na oposição de liberdade ao determinismo, tão criticada no capítulo 1 do presente trabalho. Seu conceito de liberdade pressupõe a virada linguística ontológica, de um ser humano total, pleno de liberdade, que age.

Figueiredo Dias acredita na liberdade do homem concreto, participante dos jogos do mundo, da vida, constituído no real sentido da antropologia filosófica, da superação da filosofia da consciência e da compreensão do “eu” como agente que pode se autodeterminar.

O sujeito deve ser considerado culpado porque decidiu através de si mesmo, da sua própria essência, de sua decisão livre praticar a ação delituosa. A liberdade é assim efeito do ser como ele é, construída no concreto existir.

Figueiredo Dias, desse modo, refuta a ideia de que o conceito de liberdade é construído de forma abstrata e *a priori*, já que, em sua visão, a liberdade se revela no caso concreto, ou seja, não é dada, mas afirmada a partir das experiências da vida.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 515-516.

Seu fundamento, portanto, é ético-existencial, e não pode ser ligado à ideia do poder agir de outro modo. Contudo, apesar de ser um dos poucos autores que reconhece o rompimento da relação representacional da filosofia, seu conceito de culpabilidade, assim como os demais modelos teóricos já apresentados, surge unicamente do Direito Penal material. O reconhecimento da relação sujeito-sujeito na obra citada não foi capaz de proporcionar uma reestruturação em toda a dogmática penal. Em outras palavras, seu conceito de liberdade, construída de acordo com as modernas ferramentas filosóficas, se encontra em um mundo (processo) metafísico, é como tentar assistir a um filme em terceira dimensão, sem a utilização dos equipamentos adequados.

Por conta disso, os modelos teóricos de culpabilidade precisam nascer do diálogo entre direito e processo penal, disciplinas do sistema de punição estatal, obedecendo aos novos paradigmas de forma geral, em toda a sua integralidade. De nada adianta absorver as contribuições filosóficas da linguagem e da hermenêutica, se a base de sustentação da dogmática é erguida nos pilares da separação metafísica. É sutil, mas a distinção é muito relevante.

4 A INSUFICIÊNCIA DOS MODELOS TEÓRICOS DE CULPABILIDADE: A ERA DA INTERCONEXÃO

Os inquestionáveis esforços dos modelos teóricos do Direito Penal apresentam, ainda que implicitamente, uma eloquente dificuldade de romper certos obstáculos para justificar a responsabilidade de determinado sujeito. Após anos debatendo a opção entre livre-arbítrio e determinismo, teorias vinculadas à liberdade ou à normatividade, muitas dúvidas ainda persistem, especialmente aquela que aponta a dificuldade de provar os pressupostos da imputação subjetiva¹⁸⁹.

A construção da culpabilidade passa por uma (re)leitura de pressupostos em sua própria formação (que a precede), seja no paradigma no qual o universo está assentado¹⁹⁰ ou nas bases filosóficas¹⁹¹ e dogmáticas¹⁹² que estruturam o próprio Direito e processo penal (este último, elemento que permaneceu oculto por muitos anos para a culpabilidade).

Nas bases científicas, é preciso primeiro compreender que a metafísica foi surpreendida e superada pelas demonstrações da física quântica, desconstruindo conceitos básicos que permeiam (até hoje) as bases dogmáticas da culpabilidade em matéria penal. O pensamento de que dois corpos não ocupam o mesmo lugar no espaço e no tempo, as dualidades entre liberdade e determinismo, a dicotomia entre diversos institutos que pareciam pertencer a mundos e espaços distintos desmoronou depois dos estudos atômicos da física quântica, que estabelece a interconexão como mola propulsora das ciências¹⁹³.

Na filosofia, a separação – também equivocada – entre sujeito e objeto, entre avaliado e avaliador, própria da filosofia da consciência, encontra novas rompantes na filosofia da linguagem e na filosofia hermenêutica, especialmente em

¹⁸⁹ KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Op. cit.*, 2011, p. 27-28.

¹⁹⁰ CAPRA, Fritjof. *Op. cit.*, 1983.

¹⁹¹ HEIDEGGER, Martin. *Op. cit.*, 2006.

¹⁹² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Op. cit.*, 2003.

¹⁹³ CAPRA, Fritjof. *Op. cit.*, 1983.

Wittgenstein¹⁹⁴ e Heidegger¹⁹⁵, cuja virada linguístico-ontológica é o sinal mais claro da mudança em sua estrutura fundante¹⁹⁶.

Na dogmática, que tem seu auge no pensamento de Kelsen, acaba a ilusão de que é possível construir uma teoria pura do direito, como se fosse viável dissociar aplicar de compreender, construir de decidir, ou seja, isolar elementos que devem caminhar em harmonia¹⁹⁷; essa miragem, criada nas ciências naturais e na filosofia, acusa o golpe dos estudos da física quântica e da filosofia da linguagem, respectivamente. E, para a dogmática, uma guinada ainda não foi percebida: a da interconexão. Em outras palavras, enquanto o paradigma das ciências naturais e da filosofia, que fundam a dogmática do direito, mudam de perspectiva, ainda se constrói modelos teóricos que – de uma forma ou de outra – partem de pressupostos ultrapassados: da metafísica ou da filosofia da consciência¹⁹⁸.

Por isso, considerando a perspectiva da dogmática, não é possível imaginar um fundamento da culpabilidade que não seja construído a partir da interconexão do Direito e do processo penal. Em outras palavras, somente será possível conhecer certos limites do conhecimento humano e o horizonte possível para determinar a culpa de um indivíduo quando estiver compreendido que os modelos teóricos oferecidos pelo Direito Penal até então, por mais sofisticados que possam parecer, se tornaram meras construções linguísticas manipuláveis ao sabor de um observador¹⁹⁹.

Para o aprofundamento das questões e das complexidades que envolvem essas três vigas principais (mudança de perspectiva nas ciências naturais, na filosofia e por via de consequência na dogmática), existe um caminho difícil, permeado pela dificuldade de produzir teoria crítica²⁰⁰.

¹⁹⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, 2000.

¹⁹⁵ HEIDEGGER, Martin. *Op. cit.*, 2006.

¹⁹⁶ KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 198 e segs.

¹⁹⁷ BUNGE, Mario. *La Investigacion Científica*. Cidade do México: Siglo XXI, 2000.

¹⁹⁸ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso, Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 47.

¹⁹⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Op. cit.*, 2003, p. 232.

²⁰⁰ SANTOS, Boaventura Sousa. *A Crítica da Razão Indolente*. 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2007, p. 23.

A dificuldade em construir uma teoria crítica tem algumas possíveis causas. A primeira posição a propor uma teoria crítica concebe a sociedade como uma totalidade, formando o pensamento de que somente é possível pensar em uma alternativa total ao que já existe²⁰¹. A teoria totalizante está assentada em alguns pressupostos: compreender que a forma do conhecimento é capaz de entender, ele próprio, a totalidade social; a existência de um princípio único de modificação social; a existência de ambientes políticos bem definidos em diversas instituições e, por fim, a ideia de um único agente coletivo²⁰².

O conhecimento que propõe conceber a sociedade como uma totalidade é um conhecimento da ordem sobre o caos. Assim, surge uma primeira divisão: enquanto a sociologia funcionalista pensa como solução a ordem da regulação social, a sociologia crítica (aqueles capazes de produzir uma teoria crítica) busca superar a ordem pela emancipação social. O fato é que o sistema como um todo, no final do século XX, conjuga desordem na regulação e na emancipação social, são autoritárias e libertárias²⁰³.

É preciso, portanto, compreender que a realidade hoje é multicultural, não existe totalidades ou universalismos de um lado ou do outro. Para os fins pretendidos, é preciso dizer, não há como conceber a culpabilidade a partir de um Direito Penal abstrato e teórico se a culpa é revelada através do processo penal, que, por sua vez, não pode estar dissociado de uma premissa teórica sofisticada e profunda em termos de Direito Penal material, que tem na linguagem a sua forma de manifestação. Boaventura de Sousa Santos, fazendo referência à última tentativa de construir uma teoria crítica na modernidade, conclui que:

A última grande tentativa de produzir uma teoria crítica moderna coube a Foucault, tomando precisamente como alvo o conhecimento totalizante da modernidade, a ciência moderna. Ao contrário da opinião corrente, Foucault é para mim um crítico moderno e não um crítico pós-moderno. Ele representa o clímax e, paradoxalmente, a derrocada da teoria crítica moderna. Levando até às últimas consequências o poder disciplinar do panóptico construído pela

²⁰¹ HORKHEIMER, Max. *Crítica de la razón instrumental*. Buenos Aires, 1973, p. 20.

²⁰² SANTOS, Boaventura Sousa. *Op. cit.*, 2007, p. 26.

²⁰³ *Ibidem*.

ciência moderna, Foucault mostra que não há qualquer saída emancipatória dentro deste “regime de verdade”, já que a própria resistência se transforma ela própria num poder disciplinar e, portanto, numa opressão consentida porque interiorizada. O grande mérito de Foucault foi ter mostrado as opacidades e os silêncios produzidos pela ciência moderna, conferindo credibilidade à busca de “regimes da verdade” alternativos, outras formas de conhecer marginalizadas, suprimidas e desacreditadas pela ciência moderna. O nosso lugar é hoje um lugar multicultural, um lugar que exerce uma constante hermenêutica de suspeição contra supostos universalismos ou totalidades. Intrigantemente, a sociologia disciplinar tem ignorado quase completamente o multiculturalismo. Este tem florescido nos estudos culturais, configurações transdisciplinares onde convergem as diferentes ciências sociais e os estudos literários e onde se tem produzido conhecimento crítico (...)²⁰⁴.

Diante disso, em síntese, não há um único princípio de transformação, um único agente histórico ou um único futuro possível. Ou seja, não é possível ter uma única resposta do Direito e do processo penal para os crimes de modo geral, o caso concreto e as múltiplas situações da vida vão determinando, em cada momento, qual a resposta adequada.

São diversas as formas de opressão e de dominação que foram erigidas à condição de possibilitar a sobreposição sobre o conhecimento-regulação. E essas opções semânticas em criar universos totalizantes, sem categorizar cada um e mostrar que estão interconectados, fizeram com que os campos deixassem de ter nomes distintos, dificultando a percepção da mudança de paradigma. Em se tratando de culpabilidade, o Direito Penal foi calcado a partir de certos universalismos, tratado como um único agente totalizante. Essa revelação faz perceber que, apesar da mudança de paradigmas nestes respectivos campos do conhecimento, que deveriam impactar na forma de olhar e de se construir diversos conceitos, a culpabilidade permaneceu alheia à discussão na sua origem, assentando suas premissas na metafísica. Isto significa que, embora se perceba algum esforço e reconhecimento do rompimento da filosofia da consciência, se tem uma utilização persistente da relação sujeito-objeto; não há um rompimento verdadeiro do paradigma metafísico e pode se atribuir isto à dificuldade em se construir uma teoria crítica, em olhar o problema através do conhecimento totalizante e da dificuldade em

²⁰⁴ *Ibidem*.

se ouvir a sociologia das ausências (neste caso, o processo penal). A interconexão, portanto, chega tardia para a culpabilidade²⁰⁵.

É necessário conhecer as mudanças nas ciências naturais trazidas pela física quântica, que inova com a teoria da atomicidade e traz novos paradigmas para compreensão do universo; é indispensável adotar, em sua integralidade, a filosofia da linguagem e a filosofia hermenêutica, superando definitivamente, em todos os seus níveis, a filosofia da consciência e a relação sujeito-objeto, obsoleta e causadora da deficiência estrutural; é urgente implicar a dogmática jurídica neste debate desde o seu nascimento, fazendo-a surgir a partir dos pilares contemporâneos. Justamente por isso, pela inexistência da dialogicidade entre Direito e processo penal, os modelos teóricos apresentados até então são insuficientes na definição do fundamento da culpabilidade.

4.1 AS CONTRIBUIÇÕES DA FÍSICA QUÂNTICA

No início do século XX, uma série de físicos, entre eles Max Planck, Albert Einstein, Niels Bohr, Louis de Broglie, Erwin Schrödinger, Wolfgang Pauli, Werner Heisenberg e Paul Dirac, surpreendidos com os resultados paradoxais da investigação experimental dos átomos para os padrões da física clássica, formam um grupo internacional que vai formular a teoria quântica, ou mecânica quântica²⁰⁶. No dizer de Fritjof Capra, “essa exploração do mundo do atômico e subatômico colocou os cientistas em contato com uma estranha e inesperada realidade que pulverizou os alicerces da sua visão de mundo e os forçou a pensar de um modo inteiramente novo”²⁰⁷.

Inicialmente, além do deslocamento da visão mecanicista de Descartes e Newton para uma concepção holística e ecológica²⁰⁸, reconhece-se a importância do pensamento de Albert Einstein ao construir a teoria especial da relatividade e

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 28.

²⁰⁶ CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação, a ciência, a sociedade e a cultura emergente*. São Paulo: Cultrix, 1982, p. 71.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 71

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 13.

apresentar seu novo modo de considerar a radiação eletromagnética, que ajudam a formar os pontos centrais da teoria quântica (a teoria dos fenômenos atômicos).

Para Einstein, existe uma harmonia na natureza e um único fundamento para a física. Primeiro, o objetivo é construir um conceito comum para a eletrodinâmica e a mecânica, que até então possuíam duas teorias isoladas dentro do pensamento da física clássica (metafísica) – é a estrutura unificada que se desenvolve e passa a ser conhecida como teoria especial da relatividade. Depois, com as mudanças no conceito de espaço e tempo formulados por Newton, constrói a teoria geral da relatividade, na qual a estrutura da teoria especial é ampliada, inserindo a gravidade²⁰⁹.

A esse pensamento de Einstein, agregam-se os experimentos relacionados à estrutura dos átomos, como os raios X e a radioatividade, os quais também não conseguiam ser explicados pelos conceitos da física clássica. Foi nesse momento que se descobre “as chamadas partículas alfa que se desprendem de substâncias radiativas eram projéteis de alta velocidade, com dimensões subatômicas, passíveis de serem usados para explorar o interior do átomo (...)”²¹⁰ e que “era possível extrair conclusões acerca da estrutura do átomo”²¹¹.

Pela primeira vez, no início do século passado, os físicos são provocados a entender o universo. Os novos experimentos não eram difíceis de serem entendidos, mas não se encaixavam com o pensamento da metafísica, pulverizando, assim, as bases de sustentação do pensamento clássico e impondo uma nova visão do mundo diante da necessidade de se pensar inteiramente de forma diferente, deixando os cientistas angustiados com tais paradoxos. Nas palavras de Heisenberg, “(...) recordo as discussões com Bohr que se estendiam por horas a fio (...) e terminavam quase em desespero; e (...) repetia para mim, uma e outra vez, a pergunta: Será a natureza tão absurda quanto parece nesses experimentos atômicos?”²¹².

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 70.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 70-71.

²¹¹ *Ibidem*, p. 71

²¹² HEISENBERG, Werner. *Physics and philosophy*. Nova York: 1962, p. 50.

Percebe-se, então, que a consciência ressurgiu das cinzas depois de um materialismo que durou mais de 350 anos, revolucionando nossa forma de ver e lidar com o mundo, apesar das contradições de se viver (ainda) os valores de uma sociedade material. Este novo paradigma surge com a física quântica e, embora passe despercebido, tudo que se tem hoje ligado à informação foi fornecido pela tecnologia que decorre dela²¹³.

Mas, a interpretação desses experimentos, o significado da física quântica, o que ela quer dizer, ainda encontra controvérsias, porque quando surgiu (entre 1910 a 1930) mostrava para o cientista uma realidade no nível atômico completamente diferente daquilo que eles acreditavam (e queriam acreditar) do mundo, pois apresentava uma versão muito dissociada do paradigma newtoniano de seguir a vida. O positivismo foi à maneira que encontraram para lidar com os fenômenos da física: calculem, criem engenharia, avancem em tecnologia sem interpretar o que significa, sem visualizar o que essa física diz para todas as pessoas sobre a natureza da realidade²¹⁴.

O matemático John Von Neumann, em 1930, desenvolve um trabalho chamado “Os fundamentos matemáticos da física quântica”²¹⁵, no qual revela a possibilidade e a necessidade de interpretação da física quântica para que se possa caminhar de forma coerente. E foi Neumann que inseriu novamente nas ciências naturais a consciência, que estava completamente alijada, e era apenas um fenômeno da matéria, sem nenhum poder causal. Nesse mesmo sentido, Eugene Wigner²¹⁶, vencedor do prêmio Nobel de física de 1963, apresenta uma complementação ao pensamento de Neumann, que fica conhecida como a “interpretação ortodoxa da física quântica”.

Essa interpretação de Wigner nada mais é do que a interpretação original dos fundadores da física quântica, dando-lhe ontologia, significado e sentido. Existem outras interpretações da física quântica, como dos universos paralelos, que tem a preferência de grande parte dos cientistas, porque permite não considerar a

²¹³ CAPRA, Fritjof. *Op. cit.*, 1983, p. 103 e segs.

²¹⁴ DALDEGAN, Helió. *Diálogos com o criativo*. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005, p. 119 e segs.

²¹⁵ NEUMANN, John Von. *Mathematical Foundations of Quantum Mechanics*. Nova Jérsei: Princeton University, 1995.

²¹⁶ WIGNER, Eugene P. *The problem of measurement*. In: *Philosophical reflections and syntheses*. New York: Springer, 1995g. p. 163-180. Original de 1963.

consciência como algo importante, nem mesmo como existente; a consciência, para a teoria dos universos paralelos, não tem nenhum papel na física. Por trás disso está a necessidade de considerar (ou não) a consciência como algo fundamental²¹⁷.

A interpretação ortodoxa, em primeiro plano, demonstra que o paradigma materialista (de tudo que existe é feito de matéria e de que a matéria é feita de átomos) chega ao seu fim. Para a física quântica, não há matéria, não existe matéria. A segunda observação é de que a consciência assume um papel central na sociedade, voltando a adquirir um valor causal e possuindo efeito causal no universo, sobre o acontecimento das coisas. E mais do que isso, a consciência é a única realidade, a realidade fundamental, ou seja, a matéria é feita e surge devido à existência da consciência, da verificação do que os seres humanos fazem do que está à sua volta²¹⁸.

Do mesmo modo, a separação, outra característica relevante do paradigma metafísico, que define a divisão do universo material, onde os objetos e pessoas estão isolados uns dos outros, não se comunicando (a não ser através do contato físico etc), também se mostra inconsistente; a interpretação da física quântica ortodoxa demonstra que este é um universo interconectado: não há partes, não há separação de parte alguma, tudo está interconectado em maior ou menor grau²¹⁹.

O modelo do átomo que as pessoas comuns conhecem é algo como um núcleo, em torno do qual giram elétrons em órbitas, tal qual o sistema planetário. Assim se passa no imaginário dos seres humanos ao se referirem a um átomo, fruto do enraizamento do pensamento materialista na sociedade. Esse átomo (pensado como sistema planetário) também deixa de existir desde 1926, hoje na ciência nenhum cientista mais considera ver o átomo dessa maneira e é surpreendente que a maioria das pessoas de nossa sociedade, até as mais instruídas, com maior grau de formação, não consideram a hipótese de não ver o átomo à moda antiga, ainda ensinada nas escolas. A forma como os cientistas projetam o átomo na

²¹⁷ FREIRE JR, O., PESSOA JR, O., and BROMBERG, JL., orgs. *Teoria Quântica: estudos históricos e implicações culturais* [online]. Campina Grande: EDUEPB; São Paulo: Livraria da Física, 2011. 456 p. ISBN 978-85-7879-060-8.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ *Ibidem*.

contemporaneidade surge em 1926, capaz de explicar todos os fenômenos atômicos e responsáveis pelo desenvolvimento da tecnologia dos microprocessadores, do *laser*, entre outras²²⁰.

O elétron do átomo de hidrogênio é a representação mais próxima que os humanos podem fazer do átomo, assim como o núcleo, os prótons e os nêutrons, e todas as partículas elementares que constituem o que chamamos de “matéria” nada mais é do que uma nuvem de probabilidades, uma relação matemática, uma forma abstrata, feita apenas de conceitos matemáticos. Ou seja, o que se pode ver disto é a representação em determinado nível de energia, reproduzido em um computador; mas neste nível de energia (é possível mudar o nível de energia) ele é apenas uma nuvem de probabilidade, quer dizer, as cores que indicam as fases de uma determinada onda são construções abstratas, não tem nenhuma materialidade. E cada ponto dessa onda de probabilidade tem uma probabilidade do elétron aparecer no instante que está sendo observado pelo cientista. O elétron aparece em algum ponto da nuvem, como uma “materialização” de uma realidade que é transcendental, porque ela (realidade) é uma probabilidade. Cada ponto é uma relação entre números²²¹.

A partir dessas ideias, passa-se a compreender que a materialidade não existe, pois está em todos os lugares ao mesmo tempo, com probabilidade de aparecer em conformidade com a luminosidade de cada onda. Quanto mais luminosa, maior a probabilidade. Nos pontos negros não aparece nunca, já que não possui luminosidade. Agora – e este é um ponto fundamental na física quântica – essa aparição é uma criação da consciência. Uma rosa vermelha é igual a um átomo e ambos não existem enquanto não forem observados. Os cinco sentidos são apenas percepções da consciência: o branco da parede, e. g., existe apenas na consciência das pessoas²²², e essa constatação é cientificamente comprovável.

Uma melodia de Chico Buarque de Holanda, por exemplo, não existe no nosso universo. O que existe é a vibração do alto falante, provocando ondas de ar, que

²²⁰ CAPRA, Fritjof. *Op. cit.*, 1982, p. 86-87.

²²¹ DALDEGAN, Helio. *Op. cit.*, 2005, p. 63 e segs.

²²² CAPRA, Fritjof. *Op. cit.*, 1982, p. 121.

estão superpostas e alcança o tímpano, capaz de traduzir em sinais elétrons e, juntos com os sinais sonoros, enviar para o cérebro correlacionar com algo que costumamos chamar de som, de melodia etc. Isso parte diretamente da consciência do músico para a consciência das demais pessoas. Tudo, defende a física quântica, é percepção da consciência, inclusive o átomo e a vibração do som. Heisenberg, que também foi vencedor do prêmio Nobel da física (em 1932), considerado um dos fundadores da física quântica, diz exatamente isso: a posição do elétron, do átomo, no espaço é igual a da cor²²³.

Acaba, portanto, a matéria. Outra coisa que tem seu fim é o conceito de separação.

Em 1982 Alain Aspect realiza uma experiência, na França, em que ele demonstra que nosso universo é não-local, isto é, o que acontece em uma parte do universo influencia o que acontece em qualquer outra parte: tudo está interconectado. O emaranhamento, como é chamada essa propriedade, significa que nosso universo é interconectado, não há separação alguma. Segundo observação de Capra:

A concepção do universo como uma rede interligada de relações é um dos dois temas tratados com maior frequência na física moderna. O outro tema é a compreensão de que a rede cósmica é intrinsecamente dinâmica. O aspecto dinâmico da matéria manifesta-se na teoria quântica como consequência da natureza ondulatória das partículas subatômicas, e é ainda mais central na teoria da relatividade, a qual nos mostrou que o ser da matéria não pode ser superado de sua atividade²²⁴.

A ausência de separação, a interconexão do universo, é considerada por muitos cientistas a maior descoberta da ciência em todos os tempos, porque coloca a nossa consciência para o centro do universo. A informação passa por fora do universo físico. O que Kant chamou de realidade transcendente é mais real do que a realidade. Aquela nuvem de probabilidade que corresponde ao elétron (a nuvem de possibilidade) é mais real do que a realidade, porque é ela que forma a realidade física²²⁵.

²²³ HEISENBERG, Werner. *Op. cit.*, 1962, p. 38.

²²⁴ CAPRA, Fritjof. *Op. cit.*, 1982, p. 82.

²²⁵ DALDEGAN, Helio. *Op. cit.*, 2005, p. 37 e segs.

A realidade física emerge de uma realidade objetiva que dá estrutura e coerência no universo e na vida humana. A realidade física é uma ilusão e a realidade objetiva é a única realidade, sendo muito mais real, apesar de ser invisível, do que a que se pode ver, porque é ela que forma a realidade física. É a realidade objetiva que forma e que dá forma à realidade física. Em última análise, a realidade objetiva é uma realidade imaterial, interconectada, não há partes e remete ao pensar²²⁶.

Demais disso, a própria física quântica chama à atenção que se vive em uma crise de paradigmas, pois, se por um lado não mais se discute a nível científico que o universo é interconectado, que não há separação dos objetos, que são ligados pelos átomos, de outro modo ainda se percebe uma larga tradição na sociedade na aplicação da visão de mundo cartesiana, metafísica, mecanicista, e, portanto, obsoleta. Nesse aspecto, Capra, a quem novamente alerta que:

Estou convicto de que, hoje, nossa sociedade como um todo encontra-se numa crise análoga (...) tal como a crise da física na década de 20, ela deriva do fato de estarmos tentando aplicar os conceitos de uma visão de mundo obsoleta – a visão de mundo mecanicista da ciência cartesiana-newtoniana – a uma realidade que já não pode ser entendida em função desses conceitos. Precisamos, pois, de um novo “paradigma” – uma nova visão da realidade, uma mudança fundamental em nossos pensamentos, percepções e valores²²⁷.

E esse equívoco, denunciado pelas ciências naturais, é o maior obstáculo para a dogmática jurídico-penal-processual na construção do conceito de liberdade e culpabilidade. Enquanto não se discute essa interconexão do universo, a interligação entre as pessoas e o conhecimento, o fundamento da culpabilidade ainda é erguido somente nas bases do Direito Penal material. E, obviamente, se torna incompleto e inconsistente.

Não é possível pensar um conceito de culpabilidade partindo, ou sendo edificado, exclusivamente das normas classicamente classificadas como materiais se o sistema de punição penal impõe o processamento de uma acusação a partir de um rito estabelecido em uma lei processual. Direito e processo penal, como é defendido

²²⁶ *Ibidem*, p. 39.

²²⁷ CAPRA, Fritjof. *Op. cit.*, 1982, p. 13-14.

ainda neste capítulo, são partes do poder punitivo estatal e o conceito de culpabilidade precisa nascer da dialogicidade entre ambos.

Ademais, é preciso esclarecer que não se tem conhecimento de uma relação de causalidade entre física quântica e filosofia hermenêutica ou filosofia da linguagem. Contudo, as mudanças nos dois campos resultam de um movimento pós-metafísica, de ruptura com os paradigmas do século XIX: na física quântica, como se pode ver, de rompimento com o materialismo e de demonstração da interconexão no universo; na filosofia, adiante exposta, de rompimento da relação sujeito-objeto. Existe entre elas, portanto, equivalência funcional. Mas, mais do que isso, a física quântica, ferramenta imprescindível para alcançar os objetivos de construção da liberdade de atuação como fundamento da culpabilidade, traz a interconexão como elemento central para se perceber a necessidade de coligar, para os fins aqui pretendidos, Direito e processo penal, embora ela (física quântica), *de per sí*, não possa ser reconhecida como sendo o referencial teórico deste trabalho.

4.2 A PERSPECTIVA FILOSÓFICA

A mudança de perspectiva nas ciências naturais, da metafísica para física quântica é fruto de um movimento pós-metafísica, que conta com contribuições do pensamento filosófico, cuja alteração significativa, especialmente na segunda metade do século XIX, é marcada por contestar a garantia ideológica do alcance exclusivo da ciência à verdade²²⁸. Os filósofos contemporâneos, entre os quais se destacam Heidegger²²⁹, Adorno²³⁰ e Horkheimer²³¹ (membros da chamada Escola de Frankfurt), impulsionados pelos ataques de Nietzsche à filosofia da consciência, prenunciam que com a tecnologia vai haver submissão do homem à ciência, prejuízos que serão causados pela metafísica da subjetividade²³². Também os críticos, que tem como corifeu Paul Feyerabend²³³, questionam a superioridade do saber instrumental e

²²⁸ EAGLETON, Terry. *Las ilusiones del posmodernismo*. Buenos Aires: Paidós, 1997.

²²⁹ HEIDEGGER, Martin. *Op. cit.*, 1997.

²³⁰ ADORNO, Theodoro. *Dialéctica negativa*. Madri, 1992.

²³¹ HORKHEIMER, Max. *Op. cit.*, 1973.

²³² GHIRALDELLI JR., Paulo. *Neopragmatismo. Escola de Frankfurt e Marxismo*. Rio de Janeiro: DP&A, 2001, p. 25-26.

²³³ FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. São Paulo: Unesp, 2007, p. 14.

passam a investigar as razões políticas que impulsionam a racionalidade científica²³⁴.

Há uma busca da teoria jurídica pós-positivista acerca de como se interpretar, como se aplicar e se é possível oferecer uma resposta correta (adequada) frente à impossibilidade de se determinar, *a priori*, o Direito. Esse movimento pós-metafísica, visto nas ciências naturais, também ocorre na filosofia, e, neste ponto, o Direito fica à mercê da insuficiência “de uma dogmática jurídica refém de um positivismo exegético-normativista, produto de uma mixagem de vários modelos jusfilosóficos (...), as quais guardam um traço comum: o arraigamento ao esquema sujeito-objeto”²³⁵. Ou seja, é preciso perceber que a culpabilidade (e o seu fundamento) não pode ser construída a partir de pressupostos que estejam assentados na filosofia da consciência, cuja pilar de sustentação é o modelo representacional sujeito-objeto, como já dito repetidas vezes, já que este modelo foi superado cientificamente.

Dado à complexidade do mundo e dos fatos que podem surgir, é impensável que a norma jurídica preveja todos os acontecimentos que vão ser exteriorizados no mundo, seja em razão da dinamicidade da sociedade, das suas modificações, das adaptações ou da inversão daquilo que parecia *a priori* “lógico”²³⁶. Por esse motivo, o legislador não consegue fazer as mudanças normativas acompanharem, na mesma velocidade, as alterações nas relações humanas. O Direito, que assume um caráter hermenêutico, compreende que a construção da norma não pode ficar dissociada da sua aplicação, são partes integrantes de um todo, que se comunicam e produzem um resultado em forma de linguagem, de discurso e intimamente ligadas às pré-compreensões do observador. Logo, a facticidade é indispensável para uma resposta constitucionalmente adequada. Afinal, como sói dizer Lenio Streck, “o direito é uma ciência prática (...), estava obnubilado pelas

²³⁴ PRADO, Geraldo; Martins, Rui Cunha; Grandinetti, Luis Gustavo. *Decisão judicial, a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 24, “valores como <<verdade>>, <<certeza>> etc. têm muito pouco de objetivo e muito de instrumental aos interesses das elites políticas, econômicas e sociais”.

²³⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, 2007, p. 1.

²³⁶ Sobre lógica jurídica: PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação. A nova retórica*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

conceitualizações metafísicas-positivistas, sustentadas, por sua vez, por uma metodologia com evidentes matizes metafísico-dualístico-representacionais²³⁷.

A questão que se coloca é: como superar o positivismo jurídico e o neo-positivismo (que foi “reinventado” com positivação dos princípios) sem permitir que exista ausência de limites ao poder hermenêutico dos juízes?

A mudança de perspectiva não deve significar que o juiz possui a prerrogativa para decidir conforme seu livre arbítrio, baseando-se somente nas suas experiências de vida ou sentimentos pessoais. Esse espaço da interpretação do magistrado não pode justificar o ativismo judicial, ilimitado, fundado em decisões que surgem pelos mais diversos motivos. Em matéria penal e processual penal mais ainda, já que, diante do processo de adoção de inimigos estatais (usuários de drogas, terroristas, traficantes, etc.), a formação normativa do juízo de culpabilidade se mostra, cada vez mais, anterior e antecedente à dialética processual. Vale dizer, em muitos casos, a linguagem jurídica/processual pode revelar algo grave: que o juiz decide condenar para, somente depois, escolher os fundamentos judiciais da sua decisão.

4.2.1 A filosofia hermenêutica de Heidegger

No âmbito da filosofia, três obras se destacam no século 20, surgidas no auge da crise da cultura europeia. O fim do século XIX não ocorreu da forma tradicional-temporal, para os filósofos; o século 20, na filosofia, iniciou-se com a edição das obras: a) o *Tractatus logico-philosophicus*²³⁸, publicado em 1921, por Wittgenstein; b) a *História e consciência de classes*²³⁹, do ano de 1923, de Lukács e; c) a obra *Ser e Tempo*, obra publicada em 1927, da autoria de Heidegger.

Se a obra de Wittgenstein tem a pretensão de suprimir a teoria do conhecimento com seu respectivo caráter de filosofia da psicologia²⁴⁰, trazendo debates sobre os

²³⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, 2007, p. 2.

²³⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Frankfurt: Suhrkamp, 1990.

²³⁹ LUKÁCS, Georg. *História e consciência de classe*, estudos sobre a dialética marxista. Trad. Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²⁴⁰ Sobre a filosofia da psicologia de Wittgenstein, recomenda-se: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Últimos escritos sobre a filosofia da psicologia*. Trad. Antônio Marques, Nuno Venturinha e João Tiago Proença. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 8, “(...) as observações do último Wittgenstein

limites da linguagem; Se Lukács tem por objetivo desenvolver uma teoria da reificação; Heidegger, em *Ser e tempo*, faz uma revisão de toda a tradição metafísica, com um novo conceito de tempo que é conduzido por sua hermenêutica da facticidade²⁴¹. Na lição de Stein, “sua crítica à metafísica como um todo, a planejada destruição das ontologias tradicionais, usando como fio condutor a crítica de seu tempo, instalara uma profunda confrontação entre paradigmas filosóficos”²⁴². Apesar de Heidegger não constituir o referencial teórico do presente trabalho, já que o conceito de liberdade de atuação é forjado a partir da filosofia da linguagem de Wittgenstein, com apoio na interconexão da teoria quântica, sua obra tem contribuição fundamental no rompimento da relação sujeito-objeto, por um lado, e tem um aporte indispensável para a ideia central que é defendida neste trabalho, por outro, que é estabelecer a pré-compreensão humana como um dos pontos intrínsecos do *ser* e do *ente*.

Nessa obra, Heidegger propõe uma virada paradigmática na filosofia, com o estabelecimento de um novo dogma, aglutinando um conjunto de métodos, estilos e questões independentes do que já se tinha visto, com plano de atuação bem definido. Seu pensamento estabelece críticas centrais aos aspectos da metafísica, ao conceito de verdade (teoria do conhecimento) e ao conceito de realidade (ontologia). Fica claro o objetivo de expulsar definitivamente as verdades eternas, o sujeito absoluto idealizado e o mundo (estar-aí) perfeito, pré-concebido²⁴³. A intenção de Heidegger é fundar a hermenêutica da facticidade:

A intenção programática de Heidegger é a ontologia fundamental. Sua pretensão metodológica visa a validade transcendental. A realização de seu programa acontece fenomenológica e existencial-antropologicamente.

Como entre programa, objetivo e método aparece uma tentativa de conciliação entre elementos inconciliáveis como ontologia e fenomenologia, existencial e transcendental, *Ser e tempo* foi concebido como uma obra de profundas rupturas e críticas pelos seus contemporâneos. Ernst Tugendhat observa em Heidegger uma

sobre a filosofia da psicologia representam realmente algo novo, uma reconfiguração de temas e conceitos, ainda que nunca se ponha em causa a total continuidade da metodologia e do estilo de pensamento”.

²⁴¹ STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre “SER E TEMPO”*. 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 15.

²⁴² *Ibidem*, p. 14-15.

²⁴³ *Ibidem*, p. 10-11.

“inclinação a construir um fosse intransponível entre novas concepções e a tradição”²⁴⁴.

Com isso, em resumo, Ser e Tempo: a) visa ao rompimento definitivamente a ontologia puramente subsistente; b) recepciona a tradição no formato crítico, como se Heidegger fosse sucessor de Kant em formato mais radical; c) cria o método da fenomenologia; d) introduz a questão existencial em oposição à tradição antropológica de sua época²⁴⁵.

E tudo isso não significa dizer que Heidegger é um compulsivo à originalidade, sua crítica é fundamentada e desenvolvida. Verifica-se, ademais, uma distinção ontológica do ser e do *ente*; demonstra um protesto contra a metafísica da filosofia desde Platão, que propunha um ser atemporal, como algo que é constante e que permanece presente eternamente no mesmo fluxo de um tempo infinito das transformações em geral. Para Heidegger, o tempo tem caráter constitutivo, é uma sucessão de acontecimentos, do tempo em si, das atualizações do *ente*, na mudança de um ser para o outro na mudança do tempo²⁴⁶.

A sua obra se torna singular diante da tentativa de unir em um só corpo a historicidade com a transcendentalidade, um ponto especial para superação da relação sujeito-objeto, ainda mais considerando que parte do pensamento filosófico moderno considera que Heidegger é o único que consegue romper, definitivamente, com a filosofia da consciência e proporcionar o estabelecimento da relação sujeito-sujeito²⁴⁷, já que teria ele tido a capacidade de ir “além das teorias da alienação e da reificação e das teorias da representação e da consciência, para além da armadilha da relação sujeito-objeto na questão da ontologia e na questão do conhecimento”²⁴⁸.

Assim, também se mostra de fundamental importância para os estudos de culpabilidade, a ideia central de que o sentido do ser deve estar ligado à facticidade,

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 11

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 12.

²⁴⁶ HEIDEGGER, Martin. *Op. cit.*, 2006.

²⁴⁷ OLIVEIRA, Manfredo A. de. *A Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2006, p. 118.

²⁴⁸ STEIN, Ernildo. *Op. cit.*, 2008, p. 16.

ou seja, não sendo designada para resolver o problema final das coisas, mas entrelaçada (ela, facticidade) com o próprio sentido do ser. Nas palavras de Stein:

O sentido do ser acompanha o ser-no-mundo, não tanto como questão a ser resolvida, mas como forma (por que não a *priori*?), que é condição de possibilidade da compreensão que o estar-aí tem de si, dos utensílios que maneja e dos entes que simplesmente intramundanos. Os existenciais como modos do ser do estar-aí são co-originários com a compreensão que o *Dasen* tem de si em seu ter-que-ser: a compreensão de seu ser é já sempre tarefa. E antes que o *Dasen* teorize ou exponha no discurso com que lida. Esta estrutura que Heidegger chama de “como hermenêutico” que é mais originária que o “como apofântico” do dizer, compromete o *Dasein* com o mundo, numa relação anterior a teoria e práxis. O ser-no-mundo termina assim por constituir a chave da *Lebenswelt*, mundo da vida, que se apresenta como estrutura para trás da qual não há como avançar²⁴⁹.

Logo, Heidegger tem a preocupação de descrever o mundo fenomenologicamente, evitando o fundamentalismo de Kant e o holismo de Hegel, de forma a se preocupar, em primeiro lugar, com a condição humana. Por isso, tem a preocupação de contextualizar o significado do ser humano no processo de criação, enquanto ser histórico²⁵⁰.

O que se percebe, em Heidegger, é a interconexão que faz do *ser* com o *ente*, apesar de reconhecer que existe uma diferença entre eles, no plano ontológico, e de introduzir o *ser* na condição essencial do ser humano. Assim, busca-se quebrar o paradigma que defendia a *entificação* do ser, e, como se pode perceber em sua obra, o “ser encontrava o seu devido lugar, ou seja, uma vez retirado da condição de objeto, era alçado à condição de *linguagem*, que acontece fenomenologicamente no *Dasen*”²⁵¹. Neste exato ponto, diz-se que a filosofia atual é a filosofia da linguagem, que para Heidegger deve ser posto como um “sentido de um ente, o que faz dele linguagem”²⁵².

²⁴⁹ *Ibidem*, p.17.

²⁵⁰ PEIXOTO, Geovane. *Direitos fundamentais, hermenêutica e jurisdição constitucional*. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 119.

²⁵¹ CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: uma teoria dialógica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 69.

²⁵² *Ibidem*, p. 71.

André Berten, no entanto, defende que a teoria de Heidegger não deixa de ser ambígua e assentada em pressupostos da ciência metafísica. Com efeito, em suas palavras:

A destruição da metafísica pode, com efeito, ser interpretada como a possibilidade de um retorno à origem (uma redescoberta da questão do ser) e, portanto, um retorno ao mistério constitutivo da fé, aquém ou além de toda forma ontoteológica (é o que sugere Courtine quando analisa o papel da ideia de *Urchristentum* na formação do pensamento heideggeriano). Contudo, tal destruição pode ser igualmente interpretada como uma forma de “niilismo”; nihilismo que, em *Ser e tempo*, aparece no ser-para-a-morte e na angústia da autenticidade.

Segundo a primeira interpretação, o que Heidegger visa restaurar para além do nihilismo é uma forma de mundo “encantado”, isto é, uma forma “pré-protestante” de relação com o sagrado²⁵³.

Nesse mesmo sentido, Emmanuel Levinas aponta que:

Ao denunciar a soberania dos poderes técnicos do homem, Heidegger exalta os poderes pré-técnicos da posse. Suas análises certamente não partem da coisa-objeto, mas ela carrega a marca das grandes paisagens às quais as coisas se referem. A ontologia se torna ontologia da natureza, impessoal fecundidade, mãe generosa sem rosto, matiz dos seres particulares, matéria inesgotável das coisas. (...) A ontologia heideggeriana que subordina a relação com o outro a uma relação com o ser em geral, permanece na obediência do anonimato e conduz fatalmente a outra potência, à dominação imperialista, à tirania. Tirania (...) que remonta a estado de alma pagão, ao enraizamento no chão, à adoração que os homens submissos podem dedicar a seu mestre²⁵⁴.

Apesar das críticas à Heidegger, que ainda estaria preso à metafísica, compreende-se – assim como a física quântica –, que sua obra *Ser e Tempo* conseguiu superar a relação sujeito-objeto, proceder à inclusão do binômio sujeito-sujeito, demonstrar a impossibilidade de se ter um objeto dado; e, por fim, que o objeto, para ele, precisa ser construído, fundado na linguagem, e as pré-compreensões do avaliador vão se

²⁵³ BERTEN, André. *Modernidade e Desencantamento – Nietzsche, Weber e Foucault*. Trad. Marcio Anatole de Sousa Romeiro. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 36-37.

²⁵⁴ LEVINAS, Emmanuel. *Totalité et infini*. Dan Haag: Martins Nijhoff, 1968, p. 17. No original: “*Dénonçant la souveraineté des pouvoirs techniques de l’homme, Heidegger exalte les pouvoirs pré-technologiques de la propriété. Leur analyse n’a certainement pas laissé la chose objet, mais il porte la marque des grands paysages dont les choses sont visées. Ontologie devient ontologie de la nature, la fécondité impersonnelle, généreux mère teintes sans visage d’êtres particuliers, la matière inépuisable de choses. (...) L’ontologie de Heidegger qui rend la relation avec l’autre à une relation avec l’être en général, reste dans l’obéissance de l’anonymat et conduit à une autre puissance, la domination impérialiste, la tyrannie inévitablement. Tyrannie (...) qui remonte à l’état païen de l’âme, l’enracinement sur le terrain dans le culte que les hommes soumis peuvent consacrer à votre maître*”.

fundir com aquilo a ser avaliado. A interconexão da física quântica está presente no pensamento heideggeriano, embora, como já dito, não haja relação de causalidade entre ambas as teorias, e permite abstrações necessárias para repousar na dogmática jurídica, que, para os fins pretendidos, necessita conjugar Direito e processo penal.

Ainda em sua obra, percebe-se que o ser tem três significados: a) *Sein*, que é o ser em si; b) *Dasen*, que dá significado ao mundo, o ser-aí, o ser-presença; c) *Mitsen*, que é o sem-com, manifestação do *ente* e dá significação ao *Dasen*²⁵⁵.

Por tudo isso, pensar sobre a culpabilidade de determinado indivíduo mobiliza um gigantesco esforço pelo percurso de realizações históricas da realidade. O ato de pensar remete a indagações próprias como, até mesmo refletir sobre o “(...) que significa aqui pensar? Quando dizemos ou escutamos o verbo pensar e seus derivados, pensador, pensamento, pensativo, pensável ou pensado, evocamos toda a cadeia de significantes”²⁵⁶.

“Toda segurança, exatidão e certeza com que todos esses fios de relações se amarram e se tecem uns com os outros ficará sempre preso ao poder de representação e às pretensões de uma onipotência, a saber, às pretensões da representação de poder ser cada vez toda e somente representação”²⁵⁷. Daí a célebre frase de Heidegger: “ninguém pode pular sua própria sombra”²⁵⁸. Ou seja, a formação normativa do juízo de culpabilidade não é um pensamento originário, deve resultar das representações sobre o fato concreto, não pode o magistrado definir a culpabilidade a partir de algo “não pensado”, vale dizer, a partir de algo que não seja compreendido dentro da facticidade. A facticidade é o ponto de partida da construção da culpabilidade do indivíduo.

O estudo da culpabilidade, por representar toda a base da dogmática penal, o fundamento da pena, apresenta diversas concepções ao longo da história do

²⁵⁵ GREAVES, Tom. *Heidegger*. Trad. Edgar da Rocha Marques. Porto Alegre: Penso, 2012, p. 35-36.

²⁵⁶ HEIDEGGER, Martin. *Op. cit.*, 2006, p. 11.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 12.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 12.

delito²⁵⁹, conforme já foi visto no capítulo anterior. Aliás, essa historicidade possui importância e deve ser relacionada com o pensamento filosófico de sua época, a fim de identificar como se deu, em cada momento histórico, a formação normativa do juízo de culpabilidade, estabelecendo, na culpabilidade do pós-finalismo, quais os limites para as pré-compreensões do julgador.

A culpabilidade, assim, sempre é procurada para responder perguntas da sociedade, que pugna por uma definição direta e cabal acerca da culpa de determinado indivíduo, como se o julgador tivesse armazenado automaticamente decisões para cada tipo de caso penal que vai surgir, dispensando a facticidade do caso concreto. A culpabilidade só pode se determinar a partir do seu sentido, é algo derradeiro e último que subsiste por seu sentido. Pensar o sentido da culpabilidade é escutar a realidade nos vórtices das realizações, deixando-se dizer para si mesmo o que é digno de ser pensado como o outro.

E mais, “o pensamento do ser no tempo das realizações é inseparável das falas e das línguas da linguagem como o respectivo silêncio”²⁶⁰. Muitas são as falas. A fala da ciência, da fé, da arte, da técnica, da convivência, pois “a fala do pensamento é escutar. Escutando, o pensamento fala. A escuta é a dimensão mais profunda e o modo mais simples de falar. O barulho do silêncio constitui a forma originária de dizer”²⁶¹. É o tempo originário do sentido.

Portanto, a formação normativa do juízo de culpabilidade não pode ser construída de maneira prévia²⁶², antecipada, sem antes escutar as falas do processo, o barulho silencioso das circunstâncias do delito. As pré-compreensões dos magistrados não podem ser dispensadas, e tratadas como se nunca tivessem existido, afinal não existe esse lugar privilegiado onde se possa decidir hermeneuticamente afastado de sua subjetividade. A facticidade, os dados concretos, os elementos de crime, o

²⁵⁹ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Op. cit.*, 2010.

²⁶⁰ HEIDEGGER, Martin. *Op. cit.*, 2006, p. 15.

²⁶¹ *Ibidem*.

²⁶² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Neurociencia y determinismo reduccionista: una aproximación crítica*. In: CRESPO, Eduardo Demétrio (coord.). *Neurociencias y Derecho Penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Buenos Aires: BdeF, 2013.

conceito mais avançado de culpabilidade no pós-finalismo, entre outros, são indispensáveis na formação normativa do juízo de culpabilidade²⁶³.

A filosofia aponta que a culpabilidade²⁶⁴ encontra inserida no âmago da linguagem²⁶⁵. Formar um juízo acerca da culpabilidade de determinado indivíduo pressupõe escutar, ouvir atentamente, para somente depois falar (ou melhor, decidir). O que se percebe, e se pretende rechaçar, é a formação prévia da culpabilidade, seja em razão do clamor público do crime, seja em razão da natureza do delito ou das condições pessoais do acusado, já que a pré-compreensão não pode ser um truísmo que permita decidir para depois fundamentar, como se existisse uma tutela penal antecipada, abstrata e geral.

4.2.2 A teoria do discurso de Habermas

A teoria do discurso²⁶⁶ de Habermas se caracteriza pela proposta de retirar toda dimensão ética do discurso. No seu entender, a ética não estaria implícita no discurso, ela seria acrescentada posteriormente, servindo como um fator externo de argumentação, apresentando-se *ex post*.

O conceito de mundo vivido de Habermas, e a sua modificação, sinalizam que a teoria do discurso tem nítido caráter sociológico, cultural, porque “compreendeu mundo o vivido simplesmente como um fundamento, representado pelo horizonte da cultura, pela cultura como um fundo inesgotável”²⁶⁷. Essa escolha de mundo vivido é inspirada na fenomenologia transcendental de Husserl²⁶⁸, vinculado à filosofia da consciência, ou seja, a vontade de “ir ao encontro das coisas em si mesmas”²⁶⁹.

²⁶³ BUSATO, Paulo César. *Derecho penal y acción significativa*. Buenos Aires: Didot, 2013.

²⁶⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. *La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal*. Tradução de Mariana Sacher. Revista Brasileira de Ciências Criminas, a. 11, n. 45. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 e SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Tradução de Lourdes Baza. Madrid: Tecnos, 2002.

²⁶⁵ HEIDEGGER, Martin. *Filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

²⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, 2012.

²⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, 2007, p. 40.

²⁶⁸ HUSSERL, E. *A crise da humanidade europeia e a filosofia*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 17.

Aliás, mesmo com os acréscimos linguísticos ao conceito de mundo vivido, percebe-se que em Habermas persiste à busca do senso comum como espécie de seu fundamento, com explícitas razões contrafatuais, embora ele próprio tenha admitido que o conceito de ser-no-mundo de Heidegger²⁷⁰, que tem no homem o modo de acesso para a elaboração do sentido do ser²⁷¹ (teoria da representação), seria adequada para a estrutura sua teoria do discurso se não fosse pela ausência do elemento social, coletivo, da concepção heideggeriana.

Assim, após rejeitar a concepção de Heidegger, Habermas conceitua mundo vivido como aquele que “forma o horizonte para situações de fala e constitui, ao mesmo tempo, a fonte de interpretações, reproduzindo-se somente através de ações comunicativas”²⁷². Proporciona, desse modo, a virada linguística, deslocando o eixo da fundamentação das decisões: da aplicação para a elaboração das normas, a chamada fundamentação prévia.

Heidegger promove uma abertura paradigmática que introduz o mundo prático com o ser-no-mundo, enquanto Habermas, ao conceituar mundo vivido, introduz as ações comunicativas, ou seja, como ele próprio defende: “(...) resolvi encetar um caminho diferente, lançando mão da teoria do agir comunicativo: substituo a razão prática pela comunicativa”²⁷³. A razão prática, nesse sentido, foi abordada até então pela ótica normativa ou criptonormativa, para orientar o cidadão nas suas ações, ficando a cargo do Direito natural impor, pelas normas do direito positivo, o sistema político e social correto, a única forma de olhar no horizonte.

A substituição da razão prática pela razão comunicativa surge conectada com a ideia de fundamentação prévia dos atos do mundo prático, dissociada, portanto, da filosofia do sujeito, da verdade conteudística. É dizer, “a razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adscrita a nenhum ato singular nem a um macrossujeito sociopolítico (...)”²⁷⁴, uma vez que “o que torna a razão comunicativa

²⁷⁰ HEIDEGGER, Martin. *Op. cit.*, 2006.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 98.

²⁷² HABERMAS, Jünger. *Op. cit.*, 2012, p. 41.

²⁷³ *Ibidem*, p. 19.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 20.

possível é o *medium* linguístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam”²⁷⁵.

Com isso, a razão comunicativa se forma sem contexto pré-definido, transcendentalmente possibilitada por um consenso racional, fundada em um conteúdo normativo, na medida em que a visão clássica da razão prática é uma fonte de normas do agir. É preciso, pois, que sejam elaboradas em condições ideais de comunicação, na busca incessante pelo princípio da democracia – adiante melhor elucidado, já que se pretende a prescritividade *a posteriori*, abstrata e pós-metafísica.

Para Habermas²⁷⁶:

(...) o que age comunicativamente não se defronta com o “ter que” de uma coerção prescritivo de uma regra de ação e, sim, com o “ter que” de uma coerção transcendental fraca – derivado da validade deontológica de um mandamento moral, da validade axiológica de uma constelação de valores preferidos ou da eficácia empírica de uma regra técnica. Um leque de idealização inevitável forma a base contrafactual de uma prática de entendimento factual, a qual pode voltar-se criticamente contra seus próprios resultados, ou *transcender-se* a si própria. Deste modo, a tensão entre ideia e realidade irrompe na própria facticidade de formas de vida estruturadas linguisticamente. Os pressupostos idealizadores sobrecarregam, sem dúvida, a prática comunicativa cotidiana; porém, sem essa transcendência intramundana, não pode haver processos de aprendizagem.

Por tudo isso, pode-se concluir, com base no pensamento habermasiano, que a razão prática funda seus pressupostos na construção das normas no sujeito individual, solipsista, pressupondo os atos concretos do mundo na formulação do direito, ao passo que na razão comunicativa a fundamentação é prévia, o conceito de norma é abstrato, o agir comunicativo no mundo ideal de fala pressupõe a participação de todos na elaboração das normas válidas, coadunado com o espírito democrático.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 20.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 20-21.

Karl Apel é talvez o maior crítico de Habermas. A proposta de retirar a ética do discurso é vista por Apel como confusa e contraditória. Na visão dele, não é possível a ética ser deslocada para a posteridade, apresentada em um segundo instante, já que ou ela está implícita no discurso ou não existe viabilidade de trazê-la depois. Nas suas palavras, “(...) a maior dificuldade para a minha terceira tentativa de argumentar, com Habermas contra Habermas parece consistir em que, na última e principal obra de Habermas, *Direito e democracia: entre facticidade e validade* (Faktität und Geltung), o projeto de uma ética do discurso, que nos vincula, parece definitivamente dissolver-se”²⁷⁷.

Lênio Streck, ao se debruçar sobre tais críticas, aponta que “Apel, ao fazer essas críticas a Habermas, tem em vista, primeiro, a ausência da dimensão transcendental da paradigmática universal (habermasiana)”²⁷⁸, isto porque “o filósofo trabalha com uma espécie de duplo discurso, no qual a pragmática transcendental constitui a dimensão básica de qualquer discurso argumentativo, através do princípio da autocontradição performática”²⁷⁹.

Apel não enxerga viabilidade na dualidade do discurso, primeiro desprovido de qualquer aspecto axiológico, destinado para a elaboração da norma e o segundo com a função de trazer a ética posteriormente, em um segundo momento. Por isso, torna-se, na visão de Apel, obtusa a teoria de Habermas, com a qual, na estrutura analítica, ele não consegue sequer dialogar.

Habermas, em *Direito e democracia*, é bem claro ao dizer que “substitui” a razão prática pela razão comunicativa. Na visão de Lenio Streck, inspirado nas ideias de Arango²⁸⁰, a concepção abstrata dos direitos fundamentais não pode servir de base para os direitos sociais, vício que tem origem no mundo prático, não superado, mas substituído. Afinal, “o problema decorrente dos discursos de fundamentação prévia, circunstância que perseguirá a teoria do discurso habermasiana em toda a presente

²⁷⁷ APEL, Karl Otto. *Fundamentação normativa da Teoria Crítica: recorrendo à eticidade do mundo da vida e Dissolução da ética do Discurso?* In: Moreira, Luiz (org.). *Com Habermas contra Habermas*. São Paulo: Landy, 2004, p. 201.

²⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, 2007, p. 39.

²⁷⁹ *Ibidem*.

²⁸⁰ ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2005.

reflexão: a prévia fundamentação tem um “algo mais” que não pode ser omitido”²⁸¹, dito em outras palavras, “o modo como se dará a discussão acerca das condições de fundamentação das necessidades sociais (os direitos sociais prestacionais, para dizer o menos)”²⁸².

E mais, defende que “a fundamentação do conceito de direito social-fundamental não pode realizar-se com a ajuda de uma concepção abstrata e *a priori* das necessidades fundamentais (o que ocorre não somente em Habermas, mas em Rawls e Wiggins)”²⁸³. Exatamente por isso, não aceita que a razão prática seja somente substituída, ficando ali, na reserva, para entrar em campo “depois que as regras do jogo estiverem previamente fundamentadas”²⁸⁴. Nas palavras de Lenio Streck:

Em realidade, não se trata, em Habermas, de substituir a razão prática; o que ocorre agora é que a razão passa a se chamar de agir comunicativo (agora livre do sujeito solipsista, segundo o jusfilósofo alemão), simplesmente para acentuar o lado interativo, dialogal de todas as decisões que resultam da razão prática. Então, Habermas pretende superar a razão prática no sentido solipsista, representacional ou consciencialista, através de uma razão comunicativa, mas que, neste ponto, não deixa de ser prática, porque agora deslocada para outro lugar: a fundamentação prévia dos atos do mundo prático²⁸⁵.

O novo ponto seria, justamente, esse: a razão prática continua a existir, com o nome de razão comunicativa e fundada na linguagem (não mais na subjetividade). A diferença de Habermas para Apel, por exemplo, é que Apel não aceita o *a priori* prático, pois pretende construir uma espécie de “molde” das ações cotidianas – baseada na fundamentação racional das normas de ação²⁸⁶.

Além disso, o giro linguístico tem ascendência em Wittgenstein²⁸⁷ e Heidegger²⁸⁸, “que mostram a impossibilidade de fundamentar a razão”²⁸⁹. Portanto, esse câmbio

²⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, 2007, p. 44.

²⁸² *Ibidem.*

²⁸³ *Ibidem.*

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 44.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 44-45.

²⁸⁶ *Ibidem.*

²⁸⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, 2000.

²⁸⁸ HEIDEGGER, Martin. *Op. cit.*, 2006.

paradigmático já havia ocorrido, em Habermas a razão prática é deslocada para outra dimensão e nada mais. Vale dizer, “a aludida “substituição da razão prática solipsista” feita por Habermas chega tarde, não mais encontrando esse sujeito da subjetividade”²⁹⁰, ou seja, a virada linguístico-ontológica já havia superado a subjetividade da razão prática. Habermas deveria partir, defende Lenio Streck, do novo paradigma, qual seja, o modo prático de ser-no-mundo.

Para Habermas, os modelos teóricos formulados por Gadamer e Heidegger estariam afetados por um irracionalismo desmedido, afastados de qualquer fórmula que estabeleça um discurso ético, sobrepondo-se a todo racionalismo mínimo na argumentação. Sintetizando, Habermas compreende que a hermenêutica tem a função de evitar o mal entendido; cabe-lhe corrigir as imperfeições da comunicação distorcida²⁹¹.

Em contrapartida, Stein defende a filosofia hermenêutica de Heidegger ao dizer que “Habermas não percebe que Heidegger instaura um novo paradigma do mundo prático, operativo, como fundamento da proposição e da verdade (...)”²⁹², pois, além de tudo, “aqui se concentra todo o problema da tradição filosófica, à qual Heidegger dá uma interpretação demolidora, mas que, segundo percebo, permite justamente identificar o núcleo no qual se produz, em Heidegger, a mudança de paradigma”²⁹³.

Lenio Streck também refuta as críticas elaboradas por Habermas em face da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica. Para ele, “não é possível concordar com essa crítica. Pensar assim é desconhecer o nível em que a (filosofia) hermenêutica (filosófica) se move, que é, precisamente, uma dimensão transcendental (não clássica)”²⁹⁴. E mais, Heidegger foi o primeiro filósofo a combater o irracionalismo, sendo de toda incompreensível a crítica feita por Habermas²⁹⁵.

²⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, 2007, p. 47.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 49.

²⁹¹ HABERMAS, Jünger. *Op. cit.*, 2012.

²⁹² STEIN, Ernildo. *Sobre a verdade*. Lições preliminares ao parágrafo 44 de Ser e Tempo. Ijuí: Editora Unijui, 2006, p. 295.

²⁹³ *Ibidem*.

²⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, 2007, p. 52.

²⁹⁵ *Ibidem*.

Klaus Günther²⁹⁶, um dos maiores defensores do pensamento habermasiano, promove a cisão dos discursos de fundamentação dos discursos de aplicação. Apesar de não concordar com a substituição da razão prática pela razão comunicativa, sustenta que deve haver uma ruptura entre os discursos de fundamentação e os discursos de aplicação – inclusive este é o cerne da pessoa deliberativa de Günther, conforme já abordado no capítulo anterior. A razão prática, que não teria sido substituída, mas realocada, está ligada ao discurso de aplicação, ao passo que a razão comunicativa estaria ligada ao discurso de fundamentação.

Günther mantém a estrutura de Habermas em relação à fundamentação prévia, da construção das normas nas situações ideais de fala, na antecipação do discurso ideal, reafirmando que “é relevante exclusivamente a própria norma, independentemente de sua aplicação”²⁹⁷. Em outro ângulo, “o que é verdadeiro é o que pode ser aceito como racional sob a fala”²⁹⁸.

Ultrapassada a fundamentação, fica a cargo do juiz o discurso de aplicação, no caso concreto, desprovido de qualquer fundamentação, esta já moldada, estabelecida nas normas. Para Günther, a fundamentação representa a função do legislativo e a aplicação estaria destinada à decisão judicial, vale dizer, se a norma já foi considerada adequada, após superar toda fundamentação, não será mais necessário valorar a respeito da aplicação. Amolda-se, perfeitamente, à conclusão de Habermas, que entendeu a ética colada posteriormente e o discurso desprovido de qualquer valor axiológico, descontextualizado. Günther sistematiza a fundamentação prévia de um lado (o ato de legislar, agir comunicativo, mundo ideal de fala) e aplicação do outro (o ato de julgar, a ética *a posteriori*, desprovido da reflexão)²⁹⁹.

Velasco Arroyo³⁰⁰ explica, entretanto, que não é possível existir duas racionalidades, uma para fundamentação outra para aplicação. Compreender é aplicar. Por outras

²⁹⁶ GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, 2004.

²⁹⁷ *Ibidem*.

²⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, 2007, p. 57.

²⁹⁹ GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, 2004.

³⁰⁰ VELASCO ARROYO, Juan Carlos. *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia em Habermas*. Madrid: Boletín Oficial del Estado – CEPC, 2000.

palavras, assim como “não se pode cingir o incindível, também não há etapas distintas na compreensão”³⁰¹.

Nesse ambiente, Günther³⁰² aposta na formação prévia de discursos e procedimentos que venham a assegurar a validade numa perspectiva universal, para uma posterior aplicação, a partir do princípio da adequabilidade. Isto porque, esse princípio vem para adequar a razão prática à teoria do discurso, criando a distinção entre fundamentação e aplicação, alocando a razão prática no segundo momento (aplicação). O princípio da adequabilidade resolveria o problema da impossibilidade das normas não poderem prever todas as hipóteses de aplicação. Se nosso saber abrangesse todos os casos de aplicação, então a validade coincidiria com a adequação – seria a norma perfeita.

O discurso de aplicação deve ser realizado, portanto, em quatro etapas: a) definir a situação completa; b) relacionar a situação concreta com todas as normas aplicáveis; c) selecionar a norma adequada à situação concreta; d) analisar se houve coerência da norma selecionada com as outras preteridas³⁰³.

O pensamento habermasiano do agir comunicativo e da razão comunicativa, de conceito abstrato de normas, do deslocamento da fundamentação para a esfera legislativa, é compreendido e desenvolvido por Günther na sua teoria da argumentação³⁰⁴.

Por essa razão, Günther descarta a substituição da razão prática da teoria do discurso, sustentando que ela foi deslocada para os discursos de aplicação. E essa cisão dos discursos (de fundamentação e de aplicação) conecta-se, sob o ponto de vista analítico da teoria, com a distinção de princípio democrático e princípio moral³⁰⁵.

³⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, 2007, p. 64.

³⁰² GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, 2004, p. 214.

³⁰³ *Ibidem*.

³⁰⁴ GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, 2004.

³⁰⁵ HABERMAS, Jünger. *Op. cit.*, 2012, p. 139 e segs.

O conceito de autonomia é construído abstratamente, como o é na teoria do discurso, para que possa assumir a figura do princípio moral e do princípio da democracia. O direito não pode subordinar-se à moral. Direito e moral possuem relação de complementação recíproca. Habermas³⁰⁶, como faz ao longo da obra *Direito e democracia*, estabelece uma distinção sociológica entre a moral e o direito.

Sobre o princípio moral, nota-se, em Habermas, que a moral pós-tradicional representa apenas uma forma do saber cultural, de sistema de símbolos dos valores da sociedade, corolário de uma especificação do princípio geral do discurso para normas de ação. Nos discursos de fundamentação moral, o princípio do discurso assume a forma de um princípio de universalização. O princípio moral é uma regra de argumentação, fundamentado em pressupostos gerais da argumentação, na reflexão do agir comunicativo. O princípio moral é complementado através de um princípio da adequação (percebe-se os eixos conectivos), cumprindo as normas morais a função de orientar relações interpessoais concretas³⁰⁷.

A moral da razão dá ao indivíduo a missão emblemática da decisão de conflitos de ação, enquanto a razão comunicativa, a fundamentação prévia, retira esse ônus já que ao juiz resta apenas a subsunção. Além disso, a moral da razão tem obrigação de acomodar conjuntamente dever e obrigação, no campo de incertezas motivacionais - cada um tem a expectativa de que todos sigam as normas válidas, expectativa e mais nada. E por isso, cria, a moral da razão, a imputabilidade de obrigações, valores universais, na medida em que a razão comunicativa retira o valor da racionalidade – não há como fundamentar o abismo entre o primeiro e terceiro viés na moral da razão. A moral não consegue obediência geral ao direito, fica reduzida a um campo de ação estreito, contando com a socialização e a consciência dos indivíduos³⁰⁸.

No princípio da democracia, por sua vez, o direito adquire obrigatoriedade no nível institucional (além do nível cultural) e não é apenas um sistema de símbolos, mas também um sistema de ação. O princípio do discurso de fundamentação pós-

³⁰⁶ *Ibidem.*

³⁰⁷ *Ibidem.*

³⁰⁸ *Ibidem.*

convencional, sentido da imparcialidade de juízos práticos, encontra-se no nível de abstração neutro (tanto em relação ao direito e à moral), que prevêem normas de ação em geral (se ramificam em regras morais e jurídicas). Um exemplo interessante são os direitos fundamentais, que não são cópias morais e nem a autonomia política, são simples reprodução da moral³⁰⁹.

O princípio do discurso explica apenas o ponto de vista sob o qual é possível fundamentar imparcialmente normas de ação, fundado nas condições simétricas de reconhecimento de formas de vida estruturadas comunicativamente. O princípio da democracia está associado ao discurso de fundamentação, ao agir comunicativo, normatização legítima do direito, o assentimento de todos os seus parceiros, cuja normatização é discursiva, de membros livres e iguais, buscando uma decisão racional de questões práticas, em um sistema de direitos que garantem igual participação no processo de normatização jurídica, de pressupostos comunicativos (aplicáveis em si mesmo)³¹⁰.

Entende, por isso, que só é possível isto em uma associação voluntária de membros, pois as normas jurídicas regulam relações interpessoais abstratas. A liberdade comunicativa só existe entre sujeitos que queiram entender entre si, pois depende de um reconhecimento intersubjetivo – somente devem ser levados em consideração os argumentos aceitos pelos participantes.

O princípio jurídico, decorrência lógica disto, exige iguais liberdades subjetivas, ou seja, a liberdade de cada um deve poder conviver com a igual liberdade de todos. A autonomia dos sujeitos não pode ser reduzida a moral de pessoas singulares, deve-se entender de modo geral e neutro. A generalidade e a neutralidade faz surgir o princípio do discurso, completamente indiferente à moral e ao Direito. Esse princípio do discurso deve assumir pela via da institucionalização jurídica a figura de um princípio da democracia (que passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização)³¹¹.

³⁰⁹ *Ibidem.*

³¹⁰ *Ibidem.*

³¹¹ *Ibidem.*

A teoria da ação comunicativa de Habermas tem influência significativa para a construção pós-finalista da culpabilidade, seja no pensamento de Klaus Günther, que elege a pessoa deliberativa para representar seu conceito de culpabilidade³¹², seja em Ürs Kindhäuser, com seu conceito de infidelidade ao direito³¹³ ou, recentemente, em Vives Antón que, partindo do pensamento de Habermas e Wittgenstein, embasa a culpabilidade no que denomina de ação significativa³¹⁴.

Embora se reconheça avanços substanciais na ação significativa de Vives Antón ainda é tímida em cravar por completo as vigas da interconexão, constituindo, em verdade, uma defesa velada da construção da culpabilidade a partir da junção entre Direito material e processual penal, embora seu conceito de liberdade, apresentado mais adiante em sua obra, permite alcançar o ponto de dialogicidade entre estas duas disciplinas.

E, conquanto não constitua o marco teórico do trabalho, verifica-se que o pensamento de Vives Antón, além de Wittgenstein, se baseia nas construções da filosofia de Habermas. Por isso, é preciso agora avançar nas ideias de Wittgenstein, um importante marco na construção do fundamento da culpabilidade, um caminho necessário para chegar ao pensamento de Vives Antón: a mola propulsora do rompimento, em termos dogmáticos, da relação sujeito-objeto, e estabelecimento da liberdade de atuação como pressuposto da culpabilidade.

4.2.3 A filosofia da linguagem de Wittgenstein

O pensamento antropológico de Wittgenstein, referencial teórico do presente trabalho, tem como premissa a inexistência de um *a priori* no mundo, uma ordem das coisas. Para ele, a ordem no mundo é criada com amparo da linguagem lógica. Percebe-se uma descrição, em suas obras, da produção de ordens a partir das atividades cotidianas da vida, das quais está incluído falar uma certa língua, até porque “o pensamento de Wittgenstein é muito mais do que o projeto de uma lógica

³¹² GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, 1998.

³¹³ KINDHÄUSER, Ürs. *Op. cit.*, 1996.

³¹⁴ VIVÉS ANTÓN, Tomás Salvador. *Op. cit.*, 2011.

ou uma crítica da linguagem; é para ele uma forma de conduzir a vida corretamente³¹⁵ e pretende “despertar no leitor um movimento do pensamento”³¹⁶.

Em sua filosofia, o mundo não está limitado conceitualmente, mas está demonstrado e é construído a partir da linguagem, que se volta contra a tradição filosófica de seu tempo, contra a metafísica e o essencialismo³¹⁷. Trata-se de uma “crítica da linguagem, filosofia analítica, positivismo lógico, kantianismo ou fenomenologia, mas em nenhuma dessas orientações filosóficas”³¹⁸ ele se encaixa. E mais, sua filosofia “tem como objetivo fundamental o esclarecimento dos pensamentos, constituindo, assim, não uma teoria, mas uma atividade”³¹⁹.

O seu método, especialmente na obra “Investigações filosóficas”³²⁰, é apresentar um problema de difícil (ou com aparência de impossível) solução. Depois de várias discussões, o problema possui uma solução definitiva ou passa a ser visto por um ângulo distinto que faz desaparecer a dificuldade inicial³²¹.

Um ponto interessante de seu pensamento se revela no início de *Investigações filosóficas*, e que marca indelevelmente a forma como mudou a perspectiva da filosofia moderna, que é a passagem das *Confissões* de Santo Agostinho quando descreve seu aprendizado das palavras na infância. Da mesma forma que Santo Agostinho, Wittgenstein lê esse texto sentindo-se parte dele, como alguém que participou do processo, que também passou por situação similar. Sua grande distinção é que Santo Agostinho acredita que o mundo é dado e ordenado por Deus e Wittgenstein passa a defender algo novo: que o mundo é construído pelos homens e que a criança faz parte dessa criação, a partir do jogo de linguagem, demonstrando como isso funciona em um nível primitivo. Quer-se dizer, os seres humanos produzem linguagem dentro de um jogo de linguagem e as demais

³¹⁵ GEBAUER, Gunter. *O pensamento antropológico de Wittgenstein*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2013, p. 12.

³¹⁶ *Ibidem*.

³¹⁷ BUCHHOLZ, Kai. *Compreender Wittgenstein*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 31.

³¹⁸ *Ibidem*.

³¹⁹ MARQUES, Edgar. *Wittgenstein e o tractatus*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005, p. 52.

³²⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, 2000.

³²¹ *Ibidem*.

pessoas que se encontram inseridos nesse jogo compreendem o jogo de linguagem³²².

Decorre disto o novo modo de pensar introduzido por Wittgenstein: a ausência de uma ordem previamente definida no mundo. Sua descrição “consiste em colocar no lugar de uma apreensão *mental* de significados uma compreensão *prática*”³²³, ou seja, no lugar de atos mentais agora se tem ações práticas do mundo, que acontecem no jogo de linguagem formado na coletividade. Em síntese, ordem para Agostinho é dada por Deus e para Wittgenstein é construída pela comunidade linguística.

Ao lado de Heidegger, é reconhecido como um filósofo que se volta contra a história do pensamento³²⁴, cujo objetivo é se mover no vazio, no *atrído* com o mundo e se destina aos trabalhos da linguagem, de modo que seu foco será, por um lado, o homem enquanto participante do processo da vida, como cojogador, que tem existência corpórea e está interligado à coletividade (é o ser-no-mundo), e, por outro, buscará um distanciamento do mundo de forma que ocupe, também, a posição de observador. Linguagem, pensamento, seu tempo e sua biografia estarão presentes na sua filosofia, caracterizando o homem em três aspectos: como ser biológico, como agir humano e como possibilidade de falar³²⁵. Nas palavras de Gunther Gebauer:

³²² WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, 2000, p. 9-17.

³²³ GEBAUER, Gunter. *Op. cit.*, 2013, p. 13.

³²⁴ As comparações de Heidegger e Wittgenstein são constantes no pensamento filosófico, especialmente na busca de identificação de qual rompe originalmente e radicalmente com a filosofia da linguagem. Enquanto os defensores de Wittgenstein o definem por oferecer um trabalho mais completo e ter sido o primeiro a abandonar a relação sujeito-objeto, aqueles que comungam com o pensamento heideggeriano dizem que Wittgenstein II teria sido fruto da leitura da obra de Ser e tempo. Nos dizeres de GEBAUER, Gunter. *Op. cit.*, 2013, p. 14, defensor de Wittgenstein, “Enquanto Heidegger, outro grande pensador do século XX que se rebela contra a história do pensamento, eleva o papel da filosofia ao nível “sumo sacerdotal”, **Wittgenstein assume uma atitude decididamente modesta” (grifos nossos)**, ao passo que STEIN, Ernildo. *Op. cit.*, 2008, p. 18, adepto do pensamento de Heidegger, “Wittgenstein ao ler ST dissera: “Heidegger joga-se contra os limites da linguagem” com sua analítica existencial, anos antes da elaboração das *Investigações filosóficas*. E é nesta obra que se pode observar uma tradução paralela de categorias heideggerianas para terminologia wittgensteiniana: assim as formas de vida de Wittgenstein correspondem ao modos-de-ser do estar-aí de Heidegger. **O lingüisticismo fenomenalista do *Tractatus* foi superado graças à leitura de *Ser e tempo* e é esta obra que preparou a virada para *Investigações***. Trata-se, entretanto, também aqui, de dois universos paradigmáticos diferentes” (grifos nossos).

³²⁵ GEBAUER, Gunter. *Op. cit.*, 2013, p. 14-15.

(...) Wittgenstein reconstrói de modo tipicamente ideal o processo pelo qual a possibilidade da linguagem se torna a realidade da pessoa falante. Nesse evento ocorrem todos os três lados da vida, os aspectos biológicos, pragmáticos e simbólicos. Eles estão reunidos no corpo humano. Também nas formas complexas, mais altamente desenvolvidas de ação e linguagem esses três lados não são separados uns dos outros, mas permanecem unidos; Wittgenstein mostra isso na linguagem sobre as sensações, na “técnica” de seguir regras e na compreensão de imagens linguísticas. Com essas ideias, ele novamente une o que as ciências separam. Nos jogos de linguagem conservam suas determinações especiais: com mundos significativos, como sensações, atos intencionais e projetos voltados para o futuro³²⁶.

Infere-se, portanto, que sua filosofia não tem uma base vitalista, e transita os usos linguísticos através das técnicas de ações reguladas e da produção dinâmica dos jogos de linguagem. Tem uma contínua reflexão sobre a condição humana, sobre o ser que fala e a relação com o uso da linguagem, com a comunidade social, com outros seres falantes e consigo mesmo. A forma como funciona seus jogos de linguagem se aproxima de um jogo de futebol, onde as palavras tem uma face conhecida³²⁷ e, mesmo em momentos posteriores, “permanece fiel a essa ideia seminal de que a filosofia consiste em uma atividade de análise da linguagem”³²⁸.

Segundo a lição de David Pears, “Wittgenstein sabia que resultados desse alcance e com esse escopo nunca poderiam ser atingidos com recurso a métodos da ciência e apoiou a sua teoria inicial da linguagem numa intuição muito geral acerca da natureza das proposições”³²⁹.

Sobre a verdade, acredita que não é possível falar a verdade sobre nosso próprio interior, isto é, não se pode descrever nossas próprias intenções e motivos. O máximo que pode acontecer é assumir um ponto de vista, na condição de alguém que tenta compreender as ideias e ações de outra pessoa a partir de um sistema com critérios ou padrões³³⁰.

Em relação à linguagem, além de centralizar a *práxis* social, o jogo é considerado o paradigma para o uso da linguagem. É possível conectar de forma sistemática suas

³²⁶ *Ibidem*, p.15.

³²⁷ *Ibidem*, p. 16.

³²⁸ MARQUES, Edgar. *Op. cit.*, 2005, p. 52.

³²⁹ PEARS, David. *As idéias de Wittgenstein*. São Paulo: Cultrix, 1973, p. 39.

³³⁰ GEBAUER, Gunter. *Op. cit.*, 2013, p. 17.

reflexões da origem dos jogos de linguagem com o aprendizado, com a ideia de eventos mentais, com a observância das regras, entre outros fenômenos. Muitas características de Wittgenstein podem ser deduzidas da sua conceituação de jogo³³¹.

Apesar de por algum tempo ter sido relegado ao papel de segundo plano, o conceito de jogo de linguagem é central na obra de Wittgenstein, isto porque os conceitos de regras e de gramática possuíam atenção especial em um primeiro momento de sua vida. Todavia, o próprio autor reconhece que a regra tem um problema próprio: de só ser percebida quando ela é utilizada; e a gramática aparece para delimitar os usos linguísticos, reconhecendo que ambas (regra e gramática) possuem dois problemas provocados pelos seus próprios conceitos: simultaneidade e futuro. São essas dificuldades que fazem com que, a partir de 1930, Wittgenstein passe a ligar o conceito de regra ao de jogo³³².

Passa a entender, inicialmente, a linguagem como um cálculo, trazida junto com seu conceito de gramática, até porque “o que chamamos “entender uma linguagem” muitas vezes é como o entendimento que obtemos de um cálculo quando aprendemos sua história ou sua aplicação prática”³³³, permeando aos poucos o pensamento de jogo ao conceito de linguagem como ação. Os jogos de linguagem fazem parte, para Wittgenstein, dos processos da vida, dão estrutura, forma e direção ao mundo, fazendo surgir ilhas de manifestações diversas.

De igual modo, percebe-se que não existem relações estanques, imutáveis, tanto no mundo quanto no pensamento. Os jogos aparecem, são jogados, acabam, deixam de existir, caem no esquecimento e novos jogos surgem. Nisso se funda um princípio que está no pensamento de Wittgenstein: de continuidade na produção e de inovação nas estruturas do objeto e dos seres humanos³³⁴.

³³¹ *Ibidem*, p. 19.

³³² *Ibidem*, p. 93.

³³³ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Gramática filosófica*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Editora Loyola, 2013, p. 28.

³³⁴ *Ibidem*, p. 153-157.

Os jogos de linguagem formam um mundo inventado por pessoas que possuem um sistema intencional³³⁵. O objetivo que as pessoas pretendem chegar é notado através dos jogos que surge no processo de jogar. No jogo, considerado de maneira abstrata, *a priori*, não existe nenhuma forma de perceber a sua intenção em si. Com isso, quando se retrata a organização de um determinado jogo estudamos os horizontes que os jogadores individuais possuem diante do jogo em geral e a situação ofertada pelo jogo em particular, mesmo porque o que se busca “é esclarecer, assim, o que faz com que determinados conjuntos de objetos gráficos ou sonoros possam ser diferenciados de outros, formando o conjunto de coisas a que chamamos de linguagem”³³⁶.

Por essas razões, ao eleger um jogo de linguagem, há o englobamento de uma decisão sobre o que quer dizer uma ação e sua respectiva intenção. Na maior parte dos casos, não se sabe o porquê das decisões que são realizadas nos jogos de linguagem. Em outras palavras, é um processo de decisão que está posto no próprio jogo. É possível classificar essa fase do seu pensamento como jogos de linguagem primitivos³³⁷.

Com o passar dos anos, a forma primitiva passa a ter modelos desenvolvidos e de maior complexidade, que giram com ajuda de “dogmas”, como os jogos de linguagem das nomeações das cores. Assim, percebe-se como Wittgenstein coloca as regras como uma técnica, cuja aplicação é orientada por um saber prático. O ponto central, e que interessa à liberdade de atuação, “é a questão sobre como a facticidade da ação regulada pode produzir o conceito normativo das regras”³³⁸. A resposta a essa pergunta se encontra localizada na relação estabelecida entre jogo e jogador como compreensão normativa da regra, assim como, de maneira ainda sintética, o fundamento da culpabilidade (a liberdade de atuação) só pode surgir da dialogicidade entre Direito e processo penal.

³³⁵ PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Direito, linguagem e redefinição*. Revista da APG (PUCSP), São Paulo, v. 6, n.2, p. 33-50, 1997.

³³⁶ MARQUES, Edgar. *Op. cit.*, 2005, p. 16.

³³⁷ *Ibidem*, p. 262.

³³⁸ GEBAUER, Gunter. *Op. cit.*, 2013, p. 20.

O conceito de regra, portanto, se dá sempre pelo jogo de linguagem. As consequências das regras perante o jogo são de uma forma tal que os jogadores em seus movimentos obedecem às regras do jogo. De acordo com a hermenêutica mentalista os jogadores dispõem dessas regras e de acordo com elas estruturam suas atividades. Assim, a *práxis* tem por base o pensamento do jogador. As regras são responsáveis diretamente por permitir que o jogo ocorra corretamente³³⁹.

Contudo, é preciso esclarecer, a validade normativa das regras ou de uma regra não decorre do fato dos jogadores, em sua maioria, seguirem orientando suas ações de acordo com elas. Antes mesmo da percepção de obediência às regras, existe uma concordância nos juízos dos jogadores, que permite que haja esse comportamento majoritário dos jogadores de acordo com as regras nos jogos de linguagem. E mais, na comunidade linguística, nota-se que os jogadores também fazem parte da produção normativa das regras a partir de seu uso³⁴⁰.

Disso resulta outra conclusão de sua obra: o homem está contido no mundo e o mundo está contido no homem, que possui uma forma específica de vida³⁴¹. Esse modelo de vida dos seres humanos pressupõe pensar que as pessoas julgam, vivem, agem, falam e incorporam “uma rede de certezas às quais estão atadas de maneira mais profunda do que seria possível por meio do saber”³⁴² e, por conta disso, Wittgenstein “não se dirige tanto ao conhecimento do mundo quanto à relação do sujeito consigo mesmo”³⁴³.

Nesta fase, Wittgenstein vai além e defende que a própria vida adentra nos jogos de linguagem e faz parte dele, apesar da maioria das pessoas pensarem o mundo a partir de um sentimento óbvio (um quase senso comum). Para ele, aquele que fala no jogo de linguagem, e possui um corpo, está dentro das pessoas que podem jogar. O movimento físico necessário para falar e o pensamento conjugam o indispensável materialismo filosófico de Wittgenstein. A convicção do corpo é a

³³⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, 2000.

³⁴⁰ *Ibidem*.

³⁴¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, 2000.

³⁴² GEBAUER, Gunter. *Op. cit.*, 2013, p. 20.

³⁴³ *Ibidem*.

exigência de que é possível usá-lo no jogo de linguagem³⁴⁴. Isto é, “o corpo não é uma condição antropológica fundamental que se encontra fora dos jogos de linguagem; ao contrário, ele próprio é, como corpo relacional, parte de seu mundo simbólico”³⁴⁵.

O uso do corpo possui relação de causalidade com a hipótese de falar e conhecer. Tomando por base o uso, formamos os jogos de linguagem, seres humanos agentes e ações com significados, objetos e palavras. As mãos dão um tratamento especial ao mundo, pois fazem parte do corpo relacional (constituição física humana e uso)³⁴⁶.

E essa pessoa não fica na condição passiva, mas é alguém que participa e joga o jogo de linguagem. Suas sensações, sua forma de aplicar as regras, de colocar em prática alguma coisa no mundo tem duplo sentido, é o ser-contido, já que somos também coisas no mundo. Por um lado, o sujeito é contido no mundo, ou seja, o mundo considera sua existência como parte integrante e, de outro, o mundo é manipulado pelo ser humano³⁴⁷.

Questionar as regras da linguagem significa perder a si mesmo, uma vez que “(...) os jogos de linguagem, o corpo relacional, o pano de fundo, as regras e o eu são construídos no processo da vida; e os homens só existem como seres falantes, agentes, pensantes e sencientes somente pelo fato de os terem construído”³⁴⁸.

Ainda é possível encontrar nos escritos de Wittgenstein uma indagação sobre a possibilidade dos seres humanos falarem sobre o seu interior e o interior de outras pessoas. Em *Investigações filosóficas*, na parte I, ele defende que não existe essa possibilidade em relação a si mesmo, mas não recusa a hipótese de outras pessoas conhecerem o seu próprio interior. A visão do aspecto interior é um mecanismo fundamental no seu pensamento e se mostra conectado com a linguagem e a

³⁴⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, 2000.

³⁴⁵ GEBAUER, Gunter. *Op. cit.*, 2013, p. 134-135.

³⁴⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, 2000.

³⁴⁷ *Ibidem*.

³⁴⁸ GEBAUER, Gunter. *Op. cit.*, 2013, p. 149.

própria vida, constituindo o eixo de pensamentos sobre processos internos em si mesmo e em outras pessoas³⁴⁹.

Inspirado em Wittgenstein, Vives Antón, tratando da relação entre significado e norma jurídica, explica que em sua visão “las teorías científicas (las llamadas «leyes de la naturaleza») no dicen, por sí solas, nada del mundo. Toda proposición científica es un «modus ponens» representado por signos”³⁵⁰, trazendo para dogmática jurídico-penal a compreensão de que não há como produzir ciência de forma isolada, que existe uma circularidade, uma comunicação para produção de significados, através de símbolos (de linguagem), entre o objeto e o sujeito.

Posteriormente, o mesmo Vives Antón, quando da apresentação dos pressupostos metadogmáticos da sua ação significativa, construída a partir do paradigma linguístico-pragmático, defende como referencial teórico a recepção e superação do pensamento de Wittgenstein por Habermas³⁵¹.

José Carlos Porciúncula Neto, ao abordar aquilo que chama de a (anti)filosofia da mente de Wittgenstein, ponto essencial para construção de sua tese, adverte que Wittgenstein tem por objetivo explorar a gramática da exteriorização do interno, ou seja, “lo «interno» no se liga al «externo» del mismo modo que um fenómeno no observado se conecta a sus efectos causales. La relación es gramatical: lo «externo» es un *criterion* de lo «interno»”³⁵². Em sentido parecido, Manoel Filho defende “que um indivíduo pode predizer movimentos do seu corpo que um observador não poderia”³⁵³.

Schünemann, relacionando a linguagem com o tipo penal, defende que na condição de “(...) construção linguística, o tipo penal estaria submetido «fundamentadamente a todas as condições gerais de seu carácter linguístico e assim também a fatores

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 20-21.

³⁵⁰ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 465.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 503 e segs.

³⁵² PORCIÚNCULA, José Carlos. *La exteriorización de lo interno: sobre la relación entre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal*. Tese para optar al título de doctor en Derecho. Universitat de Barcelona. Director de la tesis: Prof.Dr.h.c.mult.d.Santiago Mir Puig. 2014, p. 86.

³⁵³ TEIXEIRA FILHO, Manoel Bonfim. *Op. cit.*, 2015, p. 81.

externos e estranhos a ele, ou seja, por tudo aquilo que é indicado no suporte fático da norma»³⁵⁴.

A filosofia da linguagem de Wittgenstein é de fundamental importância para a construção do fundamento da culpabilidade; primeiro, porque absorvido na filosofia de Habermas representa o pilar de sustentação da ação significativa de Vives Antón, que levando em consideração somente o Direito Penal material poderia servir plenamente de bússola para a culpabilidade; e antes mesmo disso, porque o jogo da linguagem, presente no seu pensamento, representa o abandono completo da relação sujeito-objeto³⁵⁵ e revela um movimento inovador na vida humana, antes despercebido: que os seres humanos manejam o mundo, que é construído a partir da fala, das ações e decisões das pessoas, não sendo dado abstratamente; e terceiro, que disto se pode concluir que a dogmática jurídico-penal vem cometendo um equívoco imenso ao tentar construir o conceito de culpabilidade somente a partir do Direito Penal material. A ação significativa é o fenômeno desvelado no processo penal, daí nascendo o conceito do que se pretende chamar de liberdade de atuação.

4.3 O IMPACTO NA DOGMÁTICA JURÍDICA: A DIALOGICIDADE ENTRE DIREITO E PROCESSO PENAL

A superação da metafísica pela física quântica, da filosofia da consciência e todo o modelo da representação pela filosofia da linguagem, o abandono da relação sujeito-objeto e tudo que foi dito nos tópicos anteriores tem um objetivo muito claro: a reconstrução de todas as bases que fundam o Direito, o Direito Penal e, conseqüentemente (e o que interessa mais de perto), a repercussão da liberdade para a culpabilidade. Isto é, o conceito de culpabilidade, ou melhor, a elaboração de um fundamento da culpabilidade, no campo da dogmática jurídica, precisa

³⁵⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 287.

³⁵⁵ OLIVEIRA, Manfredo A. *Op. cit.*, 2006, p. 13, defende que Wittgenstein II, ainda assim, não consegue romper a relação sujeito-objeto. Para STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996, p. 38, Heidegger teria conseguido romper primeiro com a relação sujeito-objeto e Wittgenstein só teria conseguido alcançar tal objetivo depois da leitura de Ser e Tempo. PORCIÚNCULA, José Carlos. *Op. cit.*, 2014, p. 83-101, por outro lado, defende que a filosofia da mente de Wittgenstein, visto em Wittgenstein II, não só rompeu com a relação sujeito-objeto como oferece caminhos mais completos para o Direito Penal e culpabilidade em si.

compreender que as bases históricas de sustentação do Direito Penal se encontram completamente ultrapassadas.

É preciso retomar à origem filosófica do próprio Direito e começar tudo novamente; em outras palavras, não é possível pensar o fundamento da culpabilidade a partir dos questionamentos dogmáticos apresentados moderna e contemporaneamente: se a teoria deve se inclinar ao livre-arbítrio ou ao determinismo; se deve aceitar os estudos de neurociência ou refutá-los (total ou parcialmente); se a normatividade e os sistemas fechados solucionam ou não o problema; se o poder atuar de outro modo serve ou não serve como paradigma da culpabilidade; ou até mesmo, se a liberdade dissociada da ideia de determinismo é o suficiente etc.

Apesar da crítica hermenêutica, no sentido de que sua obra dá ênfase à dimensão analítica³⁵⁶, sobre dogmática jurídica se pode fazer referência a Robert Alexy. Em sua visão, a dogmática jurídica está dividida em três dimensões: a empírica, a normativa e a analítica³⁵⁷.

O aspecto analítico aborda o arcabouço formal, sistemático-conceitual, considerações fundamentais, organismos procedimentais, feições fundantes do Direito. Aborda-se, nessa dimensão, o conceito de questões basilares, como liberdade, direito subjetivo, o que é norma, suporte fático, igualdade, sopesamento, conteúdo essencial etc³⁵⁸.

O aspecto empírico, visto de forma mais ampla insere a pormenorização do Direito nas leis, a validade das regras, a efetividade do direito e o exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Esta dimensão não se encerra com o conhecimento dos fatos observáveis e nem deve estar sintetizada dessa forma. De acordo com Robert Alexy³⁵⁹:

³⁵⁶ Nesse sentido, CARNEIRO, Wálber Araujo. *Op. cit.*, 2007, p. 204, diz que: Trata-se de uma teoria estrutural que dá ênfase à dimensão analítica, embora esteja preocupada com a dimensão empírica, na medida em que o principal material seja a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, e com a dimensão normativa, já que essa análise seria movida pela busca de uma decisão correta e racionalmente fundamentada.

³⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 33.

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 34.

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 35.

(...) A caracterização da segunda dimensão como “empírica” não significa que a cognição do direito positivo válido se esgote com a cognição de fatos observáveis ou que a estes possa ser reduzida. É um truísmo afirmar que não se pode concluir pela existência de direito válido – qualquer que seja o sentido que se dê a essa expressão – tão somente a partir de observações como a reunião de um número de pessoas em uma sala, que primeiro conversam e depois levantam a mão. Aquele que quiser formular enunciados sobre direito válido com base em fatos desse tipo deve fazê-lo à luz de suposições que os transformem em fatos jurídicos. Os pormenores desse processo interpretativo são controversos. Por enquanto, interessa apenas o fato de que seu ponto de partida são sempre fatos em sentido empírico estrito. Isso justifica falar em uma “dimensão empírica”.

O plano normativo prossegue, e não se resume à dimensão empírica, obedecendo à ordem de esclarecer dúvidas e assinalar críticas à prática jurídica, notadamente àquela estabelecida pela Corte Constitucional. A premissa da dimensão normativa é o direito positivo válido, dito de outra forma, “determinar qual a decisão correta em um caso concreto”³⁶⁰. Refere-se à perquirição por uma fundamentação racional dos juízos de valor, ou seja, os espaços axiológicos acolhidos pelo material normativo necessitam de valorações.

Para a dogmática jurídica, a ciência do direito também é um meio prático unificador. Quer se dizer, não é viável valorizar um ou outro aspecto da dogmática, seja por qual razão for, pois se devem harmonizar as três esferas, com condições iguais, integrando as “condição necessária da racionalidade da ciência jurídica como disciplina prática”³⁶¹.

Assim, com objetivo de dar a resposta correta ao caso concreto, um reparo deve ser realizado no âmbito da dogmática jurídica, qual seja: a interconexão de Direito e processo penal. Para a culpabilidade penal, como será abordada no capítulo seguinte, essa interface proporcionou um fenômeno dialógico em seu fundamento, justamente por compreender como ação significativa³⁶² (uma conduta realizada no mundo da vida) aquela a ser provada no processo penal (através da liberdade de atuação³⁶³).

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 36.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 37.

³⁶² VIVÉS ANTÓN, Tomás Salvador. *Op. cit.*, 2011.

³⁶³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Op. cit.*, 2003, p. 232.

Não se busca, com isso, defender que não há a necessidade de compreendê-los como objetos que possuem suas estruturas, mas perceber (e introduzir) o novo paradigma das ciências naturais e da filosofia na dogmática jurídica: a inter-relação sujeito-sujeito. Essa abordagem, de perceber que Direito e processo penal são um único objeto visto por diferentes perspectivas, encontra um óbice antigo e que nasce nos bancos das academias mais tradicionais: a Teoria Geral do Processo (TGP)³⁶⁴.

A Teoria Geral do Processo, apesar de ser amplamente estudada nas faculdades de direito de todo o país, sofre árduas críticas da doutrina, especialmente dos processualistas penais. Em termos gerais, diferente da Teoria Geral do Direito, até há pouco tempo parecia não haver um trabalho consistente que aprofundasse a questão sobre a Teoria Geral do Processo³⁶⁵, inclusive sendo referido por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo como uma aspiração, algo pretendido, mas nunca alcançado, como se fosse um sonho. Nesse sentido, o primeiro estudo que pretende refletir de forma mais aprofundada sobre a Teoria Geral do Processo é apresentado por Fredie Didier Jr. na obra “Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida”³⁶⁶.

Para Fredie Didier Jr., deve-se admitir a Teoria Geral do Processo como uma metalinguagem científica. Sua abordagem epistemológica apresenta uma teoria filosófica analítica, cujo referencial teórico tem por base a filosofia analítica de Wittgenstein, já abordada no tópico anterior. Assim, sua proposta também deve ser compreendida na dimensão pragmática, que é “(...) o modo como os operadores dessa linguagem (cientistas e filósofos do processo) a compreendem”³⁶⁷.

A Teoria Geral do Processo, nessa visão, “(...) é uma disciplina jurídica dedicada à elaboração, à organização e à articulação dos conceitos jurídicos fundamentais (*lógico-jurídicos*) processuais (...), indispensáveis à compreensão jurídica do

³⁶⁴ VIERA, Antonio; QUEIROZ, Paulo. *Sobre a relação entre Direito Penal e Processo Penal*. In Leituras Complementares de Processo Penal. Rômulo Moreira (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

³⁶⁵ MERKEL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. México: Editora Nacional, 1980.

³⁶⁶ DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 3ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 43.

fenômeno processual”³⁶⁸. Na sua visão, a Teoria Geral do Processo é uma das partes da Teoria Geral do Direito e deve ser abrangida como disciplina filosófica, de cunho epistemológico, isto é, como ramo da Filosofia do Processo³⁶⁹.

Partindo das categorizações de teoria geral, parte geral, regime jurídico único, teorias individuais, teorias particulares, entre outras, classifica a Teoria Geral do Processo enquanto teoria geral, por considerar que possui conceitos lógico-jurídicos de pretensão universal, de modo que “possa ser distinguida das *teorias individuais do processo*, que têm pretensão de servir à compreensão de *determinadas realidades normativas*”³⁷⁰. Ou seja, em sua visão, existe uma Teoria Geral do Processo, de característica geral/universal e de reduzida capacidade de explicação de fenômenos, e teorias individuais do processo: Teoria Geral do Processo Civil, Teoria Geral do Processo Penal etc.

Nesse diapasão, explica Fredie Didier Jr. que o fundamento primário da Teoria Geral do Processo é o conceito de processo, sem o qual “não seria possível compreender *norma processual, direito processual, parte, admissibilidade, capacidade postulatória, capacidade processual, decisão* etc.”³⁷¹. Processo, nessa lógica, é definido “como método de criação das normas jurídicas, ato jurídico complexo (procedimento) e relação jurídica”³⁷².

Em resumo, Fredie Didier Jr. incorpora o pensamento de Wittgenstein para definir que o Direito deve ser produzido por meio de uma linguagem, isto é, Direito é linguagem³⁷³. E nessa condição de linguagem, deve existir uma Teoria Geral do Processo que possua uma linguagem mínima que unifique todas as teorias processuais. Assim, para ele, todo processo tem decisão, prova, defesa, partes, admissibilidade etc. Reconhecer isso não significa dizer que inexistem teorias individuais do processo, que vão aprofundar os fenômenos particulares do que é prova penal e prova civil (por exemplo), sendo, no aspecto jurídico-positivo

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 74.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 74-75.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 75.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 76-77

³⁷² *Ibidem*, p. 78.

³⁷³ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, 2000.

(dogmático), completamente distintas³⁷⁴. Sua abordagem é, portanto, filosófica e pertence à filosofia analítica da linguagem.

Apesar do esforço filosófico, a teoria de Fredie Didier Jr. busca as condições ideais de fala (*prima facie*), formando um discurso que desconsidera as situações concretas (mundo prático), que constroem a sua fundamentação a partir de condições quase ideais, em que o caso concreto não tem singularidade. O caso concreto, ao que parece, voltará para ser resgatado através da adequabilidade (contrafaticamente)³⁷⁵.

Aproxima-se, assim, da ideia de eliminar o pré-conceito, a pré-compreensão e “esquece, entretanto, que sempre chegamos ao procedimento com elementos anteriores ao procedimento, que são inelimináveis, que é o nosso modo de compreender (prático)”³⁷⁶. Resta, portanto, a indagação: o que fazer com a pré-compreensão (que, na hermenêutica, é condição de possibilidade)? Em outras palavras, é possível suspendê-la a ponto de ingressar na discussão sem aquilo que é condição de possibilidade da própria discussão? Ao que parece, a Teoria Geral de Fredie Didier Jr. encontra seus limites na própria filosofia analítica, os limites inerentes à teoria discursiva-procedimental. Isto é algo inevitável, pois é uma espécie de aferição de paradigma para aferição contrafática³⁷⁷.

Mas não é só: em qual local fica esse lugar privilegiado que será construída a Teoria Geral do Processo? Ou seja, onde se situa esse espaço privilegiado do purismo das condições ideais de fala, que é a pedra angular na tese de Fredie Didier Jr.? Arrematando, quem é esse sujeito privilegiado, sem pré-compreensões de nenhuma das teorias individuais do processo que vai construir a Teoria Geral do Processo? Como conceber o conteúdo mínimo de decisão, prova, admissibilidade, defesa, partes etc., como propõe Fredie Didier Jr.?³⁷⁸

³⁷⁴ DIDIER JR., *Op. cit.*, 2016, p. 91.

³⁷⁵ GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, 2004.

³⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, 2007, p. 82.

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 82.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 83.

No plano da dogmática jurídica, Rômulo de Andrade Moreira também defende que não é possível existir uma Teoria Geral do Processo. Em sua visão, processo penal e processo civil tratam de coisas completamente distintas, cujos objetos não possuem um mínimo de interseção. Entre um dos obstáculos para existência da Teoria Geral do Direito estaria o princípio do *favor libertatis*, já que “esse postulado deve ser obrigatoriamente observado em toda e qualquer interpretação das normas processuais penais”³⁷⁹.

De igual modo, Elmir Duclerc, em sua obra “Por uma Teoria do Processo Penal”, cujo referencial teórico é a teoria do garantismo penal de Ferrajoli e a teoria agnóstica da pena de Zaffaroni, apresenta distinções fundamentais entre o fenômeno processual penal e o fenômeno processual civil, esclarecendo que é inviável a existência de uma Teoria Geral do Processo. Na sua visão, “uma concepção agnóstica da pena põe em evidência o quanto são distintos, enquanto fenômenos, o processo penal e o não penal, assim como são distintas as formas de intervenção (punição x reparação) que os caracterizam”³⁸⁰. Assim, refuta que o critério da natureza da norma para definir se o processo é penal ou não penal, se deve existir Teoria Geral do Processo ou não, já que “parece mais seguro eleger como critério a própria natureza da *pretensão* do autor, isto é, daquilo que ele concretamente deseja, de forma que o processo será penal se a pretensão do autor (o que ele quer) for uma pretensão punitiva”³⁸¹.

O resultado da (sofisticada) tese de Fredie Didier Jr. pode ser desastroso para o processo penal, o que acaba afetando (como afeta e afetou ao longo de todos esses anos) a construção teórica da culpabilidade.

Primeiro, se antes, com Teorias Gerais do Processo incipientes, reconhecida sua fragilidade teórica até por processualistas cíveis, já se via uma indevida inserção das categorias do processo civil no processo penal, relativizando garantias do acusado, suprimindo direitos individuais e trazendo para o processo penal uma função que

³⁷⁹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Uma crítica à Teoria Geral do Processo*. Porto Alegre: Magister, 2013, p. 19.

³⁸⁰ DUCLERC, Elmir. *Por uma teoria do processo penal*. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 22.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 22-23.

não é sua, de luta e tutela de interesses patrimoniais, agora a preocupação é ainda maior: seja pela fragilidade teórica de parte significativa da doutrina quando se exige um aprofundamento filosófico ou pela dificuldade em si de perceber a inviabilidade epistemológica desta tese, que exige mergulho profundo na filosofia da linguagem e na filosofia hermenêutica para notar os seus limites e desacertos.

Processo penal é instrumento de garantia de quem está sendo acusado de um crime e a Teoria Geral do Processo, ainda que no aspecto filosófico, funciona, em termos práticos, para justificar as transposições dos diversos institutos do processo civil para o processo penal (e isso acontece com a culpabilidade, que, adstrita ao Direito Penal enquanto fenômeno, não se vê representada por um marco teórico construído em conexão com o processo penal), embora o próprio Fredie Didier Jr. rechace tal anomalia. E, por outro viés, a existência de uma Teoria Geral do Processo afasta, ainda mais, o caráter dialógico que devem ter o Direito e o processo penal³⁸².

³⁸² Nesse sentido, tem a seguinte contribuição: NEVES, Luiz Gabriel Batista. *A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal à luz da teoria dos direitos fundamentais: a necessária distinção entre regras e princípios*. Direito UNIFACS, v. 1, p. 1-26, 2013, p. 19 e segs, “Historicamente isso fez com que o processo civil assumisse um papel de protagonista, até porque a maioria dos professores de Teoria Geral do Processo leciona, também, processo civil, deixando o processo penal como se fosse um ramo acessório. E o pior, instalou-se a ideia de que o processo penal é um ramo mais próximo do processo civil, por ser processo, do que do Direito Penal, por ser penal. Há algum tempo atrás, não havia essa distinção entre Direito Penal e processo penal, a ponto de alguns ordenamentos conterem a norma incriminadora e a forma como deveria ser processado o curso da acusação, como, por exemplo, as ordenações filipinas (VIERA, Antonio; QUEIROZ, Paulo. *Sobre a relação entre Direito Penal e Processo Penal*. In Leituras Complementares de Processo Penal. Rômulo Moreira (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2008). O distanciamento provocado entre Direito Penal e processo penal resultou em um maior nível de proteção da norma material, não que seja suficiente, do que da norma processual penal. Há mais evolução, portanto, do Direito Penal do que do processo penal (VIERA, Antonio; QUEIROZ, Paulo. *Op. cit.*, 2008). A política criminal do Estado, ao perceber a maior fragilidade evolutiva do processo penal, direciona-se em um caminho nebuloso. Tudo que poderia representar recrudescimento da carga punitiva, em termos de violência estatal contra o indivíduo, passou a ser feito pelo processo penal. O Direito Penal é intervenção em termos mediata, distante, indireta, enquanto que processo em cinco minutos, entre aspas, “se resolve o problema”. Enquanto se leva anos e anos a fio esperando o trânsito em julgado para colocar uma pessoa na cadeia por meio de uma norma classicamente penal, no processo penal, em menos de cinco minutos, às vezes em menos de dois parágrafos, você coloca um indivíduo numa jaula, como diz Binder (BINDER, Alberto. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. XXI.), através desses instrumentos como a prisão preventiva ou a prisão temporária. O processo penal que deveria ser instrumento de garantia, imposição de limites ao poder punitivo estatal passou a ser objeto de si mesmo, passou a assumir – da forma destacada como vem sendo aplicado – funções que deveriam ser, em tese, do Direito Penal. (BINDER, Alberto. *Op. cit.*, p. XXI) (e também para culpabilidade penal). Exatamente por isso, após a edição da Constituição Federal de 1988, parte significativa das normas alteradas em matéria penal está associada ao processo. Modifica-se o regime da liberdade provisória, aumenta-se prazo de prisão, elimina recurso, tudo como tentativa de aumentar a carga repressiva, sem a necessidade de aguardar o trânsito em julgado. Obviamente, a falta de uma teoria que verse sobre a interconexão de Direito e processo penal é o principal fator para permitir (e até facilitar) esse movimento. Daí porque se pensar Direito e processo penal como algo único. Não se pode tratar Direito Penal de uma forma e processo penal de outra. E é

Por essas razões, para a dogmática do Direito Penal é indispensável que se tenha como pressuposto a liberdade de vontade. E essa liberdade de ação se revela no processo penal, isto é, diferente dos modelos teóricos até então apresentados, que desconsideram a existência do sujeito ligado ao caso concreto forjado a partir da dialogicidade entre Direito e processo penal, onde a vontade não tem nenhum significado e não é possível estabelecer nenhum paradigma. As bases filosóficas (e das ciências naturais) modernas revelam justamente isto: que a dogmática jurídica precisa assentar suas bases na perspectiva da facticidade, trazendo a carga do Direito Penal para o local de sua manifestação, o processo penal. E é baseado neste norte que se defende que o fundamento da culpabilidade é a liberdade de atuação.

claro, o processo não deixará de ser instrumento e o Direito não abdicará sua natureza material, porém a função do processo penal passa pela necessidade de compreender esses dois fenômenos, como diz Maier (MAIER, Julio. *Op. cit.*, 2004, p. 148), como instrumentos de controle social a serviço da carga punitiva do Estado, pois um não existe sem o outro. Há entre eles, como já disse Sanguiné (SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, 362-363), uma relação de interdependência, ou seja, objetos vistos de perspectivas distintas. Segundo Figueiredo Dias (FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Op. cit.*, 2007, p. 28), possuem uma relação de complementariedade. Se o processo é uma condição objetiva de punibilidade, se está englobado pelo Direito Penal (PASTOR, Daniel. *Op. cit.*, 2004). Ferrajoli (FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, 2002), em seus dez axiomas, ao considerar que não há pena sem crime, não há crime sem lei, não há lei sem necessidade, não há necessidade sem ofensa, não há ofensa sem ação ou omissão penalmente relevante, não há ação sem juízo, sem processo, não há processo sem acusação, não há acusação sem provas e não há prova sem defesa, disse, implicitamente, não há Direito sem processo penal, ou seja, não há culpabilidade sem um juízo no qual se possa deduzi-la. Esta interligação entre Direito e processo penal não pode se confundir com o sistema integral desenvolvido por Freund e Wolter (WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg. *El sistema integral de derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons: 2004), que serve somente como instrumento de restabilização normativa.

5 A LIBERDADE DE ATUAÇÃO COMO FUNDAMENTO DA CULPABILIDADE

A definição de um fundamento da culpabilidade exige: verificar a viabilidade de vincular o conteúdo da culpabilidade à autonomia individual (o poder atuar de outro modo) com o respectivo critério geral de julgamento (o homem médio); observar as mudanças produzidas pelo método da dogmática do Direito Penal; inserir a crítica da criminologia e a fundamentação sociológica do Direito Penal; incorporar os questionamentos filosóficos na base normativa da culpabilidade assentada no poder atuar de outro modo e a referência à liberdade de vontade; repensar os fins da pena³⁸³.

Em outras palavras, deve-se, ao mesmo tempo, avaliar a manifestação da liberdade na culpabilidade; inserir o pensamento crítico e as modernas concepções filosóficas; e estruturar as bases da dogmática jurídico-penal. Em síntese, é necessário estar em harmonia com o pensamento científico, filosófico e jurídico atual.

Fixado nessas premissas, pode-se observar que a liberdade é o ponto central de todo o trabalho, desde a sua relação histórica no pensamento filosófico clássico de Santo Agostinho até a manifestação moderna de Figueiredo Dias, produto de um pensamento que não é oposição ao determinismo.

Do mesmo modo, as concepções filosóficas contemporâneas, que rompem com a relação sujeito-objeto, introduzindo o novo paradigma da linguagem, foram abordadas e são um ponto de apoio indispensável na definição do conteúdo da culpabilidade. Nessa perspectiva, ainda, a física quântica, vista no capítulo anterior, que anuncia uma nova forma de concepção do universo, da vida, do mundo, do conhecimento, é apresentado como o novo plano cosmológico no qual deve ser estruturada qualquer ciência, inclusive a ciência jurídica. E estes axiomas produzem a refundação da dogmática penal, antes tratada somente como “jurídico-penal” agora ampliada para “jurídico-penal-processual”.

³⁸³ *Ibidem.*

O que se percebe é que a aparente e “insuperável” disputa entre liberdade e determinismo, a chamada crise da culpabilidade, se confunde com a própria crise do determinismo. Aproximando-se dos eixos estruturais da polêmica e realizando o distanciamento necessário do objeto em estudo, percebe-se que as antinomias em si não estão adstritas aos conflitos jurídicos, mas, para este propósito, afetam diretamente o próprio determinismo (e com ele se confundem), na qualidade de balança de equilíbrio que serviu à própria ordem jurídica³⁸⁴.

Originalmente, não deve passar despercebido que há uma dificuldade imensa em afirmar o que é determinismo³⁸⁵, inclusive no campo filosófico, não só em razão da sua incerteza causal³⁸⁶, quando se relaciona com as ciências naturais, mas, especialmente, pela confusão e fragilidade em afirmar um núcleo central acerca de qual é seu ponto teórico inicial.

Paulo Busato, a partir do pensamento de Vives Antón, afirma que a análise crítica do determinismo revela duas inconsistências: uma de ordem física e outra de cunho lógico³⁸⁷.

Em últimas consequências, aceitar o determinismo significa dizer que, do aspecto físico, o mundo é pré-concebido, com várias condicionantes absolutas e sem possibilidade de modificação, como se tudo já viesse pronto e pré-estabelecido, um sistema fechado tanto nas energias do cosmo como na matéria que se comunica com o mundo exterior, podendo ser controlada se um dia todos os conhecimentos da física forem descobertos³⁸⁸.

Assim, para o Direito Penal e para a culpabilidade, não é possível atribuir a um sujeito a responsabilidade criminal por fato praticado, já que a predeterminação do universo teria apenas cumprido uma fase imposta à matéria e ao mundo externo na

³⁸⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *El principio de culpabilidad*. In: Díez Ripollés, José Luiz; Casabona, Carlos María Romeo; Gracia Martín, Luis; Higuera Guimerá, Juan Felipe. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2003, p. 212.

³⁸⁵ STRAWSON, Peter Frederick. *Liberdade e ressentimento*. Trad. de Juan José Acero. Barcelona: Paidós, 1995, p. 37.

³⁸⁶ PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas*. Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 1996.

³⁸⁷ BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, 2015, p. 191.

³⁸⁸ *Ibidem*.

realização daquela ação passível de ser questionada, em tese, pela ordem jurídica. É paradoxal culpar qualquer pessoa por um fato que não conseguiu controlar, que é resultado de combinações pré-estabelecidas que ninguém sequer poderia modificar o seu curso natural e o desfecho final³⁸⁹.

Dito de modo mais específico, a posição mais extrema do determinismo encerra um debate em si, cuja contradição em suas bases teóricas de formação não deu conta de construir um referencial epistemológico capaz de explicar fenômenos básicos da própria vida, e pior: cuida de indicar situações que contrariam a própria existência humana e afrontam condições que o empirismo acaba revelando a sua inviabilidade, como simples método maiêutico de discussão. Vives Antón, sensível às rupturas do “enigma” determinista, esclarece que “la acción intencional no puede caracterizarse, al modo en que ha venido haciéndose tradicionalmente, como un movimiento corporal al que precede un determinado contenido psicológico”³⁹⁰.

Vives Antón, partindo da ideia de que “podemos definir el determinismo, en tanto se refiere a la conducta humana, como la tesis que sostiene que las acciones humanas no dependen de la elección sino que se hallan regidas por la necesidad”³⁹¹, defende que é preciso trazer os fundamentos da concepção determinista³⁹². Sobre os fundamentos do determinismo, ganha importância o pensamento de David Hume³⁹³.

Hume diz que um observador externo, presentes determinadas condições mínimas de convivência do sujeito, pode antever – com alta precisão – a conduta/ação que será praticada por uma pessoa. Ou seja, as ações humanas devem passar pelo mesmo crivo científico que era/é empregado aos objetos, mesmo porque para que “a pretensa *liberdade* do homem possa derivar de um querer, este querer também estaria sujeito a causas, portanto, mesmo que pensemos que nosso agir está sujeito à nossa vontade, e nossa vontade não está sujeita a nada”³⁹⁴.

³⁸⁹ *Ibidem*.

³⁹⁰ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Op. cit.*, 2011, p. 219.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 837.

³⁹² BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, p. 191.

³⁹³ HUME, David. *An Enquiry Concerning Human Understanding en Essays and Treatises on Several Subjects*, London, 1758.

³⁹⁴ BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, p. 192.

O universalismo que circunda a teoria determinista, que espalhou uma pérfida segurança e prometeu garantir controle de todos os fenômenos da vida em sociedade, demonstra sua inviabilidade justamente quando se depara com situações inesperadas, que não foram vivenciadas e comprovadas empiricamente; embora haja um esforço do determinismo lógico em explicar tais eventos, apelando para a falta de conhecimento e a inexistência de experiência prévia, suas raízes sofrem com a contínua mutação das relações humanas em sociedade. A indagação que se apresenta é: quando conheceremos tudo? Qual o limite do imponderável para o determinismo? A brecha de luz, não tão estreita como se faz crer, não cuida de criar exceções justificáveis, mas de desintegrar a sua ideia absoluta, núcleo fundante desta teoria, atingindo frontalmente a ubiquidade, que pertence ao próprio sentido das ciências naturais, produzidas no plano metafísico e que se alastrara no direito e na culpabilidade por todos esses anos³⁹⁵.

Assim, o determinismo, tanto na esfera do físico como do lógico, não tem condição de manter bases mínimas de sustentação e provoca uma eclosão avassaladora para a responsabilidade penal. Os contrapontos apresentados por Vives Antón revelam que o próprio determinismo, em sentido inverso ao que propõe, é em si mesmo ilógico e inviável de ser aplicado ao direito e à culpabilidade³⁹⁶.

Não é possível estabelecer a mesma relação causal dos objetos para as relações humanas. Enquanto entre os objetos existe tão somente uma conjunção constante, entre as ações das pessoas existe uma dimensão de sentido³⁹⁷, permeando a causa e efeito (o motivo, o desejo e a ação). Diferente da relação dos objetos, a ação humana não possui uma forma retilínea, de fácil controle, mas o contrário, para as ações das pessoas causa e efeito se misturam e, muitas vezes, não se pode determinar o que é causa e o que é efeito, variando de acordo com as circunstâncias fáticas presentes neste ou naquele episódio, impossibilitando de atestar uma lógica nos acontecimentos da vida³⁹⁸.

³⁹⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Op. cit.*, 2003, p. 215.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 215-223.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 217.

³⁹⁸ BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, p. 193.

A relação de causa e efeito das ações humanas, até por sua característica circular, no mesmo espaço dos objetos e das causas naturais, que tendem a possuir característica linear. Em outras palavras, não é possível afirmar com o mesmo grau de confiabilidade que uma pessoa agirá de determinado modo amanhã ou depois de amanhã como se pode fazer com a previsão do tempo, por exemplo³⁹⁹.

Além do mais, no mundo do direito, um ingrediente deve ser considerado: a presença de um observador (avaliador, julgador etc.) para atribuição da responsabilidade. Será uma terceira pessoa que irá avaliar as ações praticadas, produzindo, assim, uma relação de interdependência do avaliador com o avaliado, do observador com o observado, do julgador com quem vai ser julgado, já que “a verdade é uma criação humana e as observações não produzem meras representações da realidade, mas efetivamente alteram sua essência”⁴⁰⁰, tal qual ocorre nos jogos de linguagem de Wittgenstein⁴⁰¹.

A verdade objetiva é superada por uma verdade subjetiva, humana. No paradigma da física quântica, “é a postura do observador e sua opção entre múltiplas racionalidades que vão definir o que conhecemos por verdade”⁴⁰². O princípio da incerteza, forjado por Heisenberg, rompe com estruturas seculares da metafísica para definir o contrassenso de conhecer, a um só tempo, a posição e a velocidade de uma partícula. Assim, “é a posição do observador por uma das duas racionalidades que irá definir os resultados da experiência”⁴⁰³.

Baseado nessas razões, que servirão de base ao direito, o tal “cientista não é mais um mero observador da realidade, mas um participante desse processo de observação que, inevitavelmente, interfere nos resultados da pesquisa”⁴⁰⁴. Ou seja,

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 193.

⁴⁰⁰ VIANNA, Túlio Lima. *Teoria quântica do direito: o direito como instrumento de dominação e resistência*. Prisma Jurídico [en linea] 2008, 7 (Enero-Junio): [consulta em: 10 de maio de 2016], Disponível no link: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93412617008>> ISSN 1677-4760, p. 115.

⁴⁰¹ SCHMITZ, François. *Wittgenstein/François Schmitz*. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Estação Liberdade, 2004, p. 165, “(...) assim como não podemos nos apoiar em uma essência qualquer das coisas para justificar tal ou tal regra “gramatical”, não podemos tampouco supor que haja qualquer coisa na regra que seja capaz de justificar a necessidade que pensamos sentir de segui-la de tal maneira de preferencia a tal outra”.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 117.

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 117-118.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 118.

não existe uma verdade guardada em determinado lugar à espera de ser descoberta pelo cientista, mas uma verdade construída a partir da relação do observador com o observado, “a ser criada a partir do seu olhar”⁴⁰⁵.

No campo filosófico, a separação entre sujeito-objeto, própria da filosofia da consciência, é superada pela relação sujeito-sujeito, trazida pela filosofia da linguagem⁴⁰⁶. A impossibilidade de fundamentar a razão, revelada tanto pela filosofia analítica de Wittgenstein⁴⁰⁷ como pela filosofia hermenêutica de Heidegger⁴⁰⁸, derroga a ideia do sujeito solipsista, individual e isolado dos demais, provocando o que ficou conhecido como giro-linguístico e linguístico-ontológico⁴⁰⁹.

A compreensão dessa relação sujeito-sujeito, e, logo da interação do observador com o observado, passa por entender que o mundo “deriva de uma linguagem expressada por uma ação”⁴¹⁰. Com isso, o pressuposto para chegar a uma conclusão possível sobre a culpabilidade é combinar a linguagem expressada por meio de ações a partir do ponto de partida da liberdade de ação (liberdade de atuação). Paulo Busato, fazendo menção à teoria de Vives Antón, define que “a liberdade de ação é um pressuposto de organização da definição da própria ação como algo que pode ser atribuído a um autor”⁴¹¹. Vale dizer, “(...) he de presuponer la libertad (el poder actuar de otro modo) para interpretar los acontecimientos como omisiones, también necesitareé presuponerla para entenderlos como acciones; y, de otra, del decho de que precise presuponer la libertad para interpretar el mundo en términos de acción (...)”⁴¹².

Em sentido parecido, Bernd Schünemann explica que o objeto e o sujeito são dependentes de uma ação (atuação), cuja linguagem “muestran una visión del mundo conformada por el sujeto activo, y, en última instancia, por su libertad de

⁴⁰⁵ *Ibidem*.

⁴⁰⁶ HABERMAS, Jünger. *Op. cit.*, 2012.

⁴⁰⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, 2000.

⁴⁰⁸ HEIDEGGER, Martin. *Op. cit.* 2006.

⁴⁰⁹ No capítulo 4, especificamente no tópico 4.1, será abordado com maior profundidade as implicações da filosofia e suas consequências para a culpabilidade penal.

⁴¹⁰ BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, p. 193.

⁴¹¹ *Ibidem*.

⁴¹² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Op. cit.*, 2011, p. 332-333.

acción, que constituye un punto de partida del que no se puede prescindir en tanto como tales estructuras lingüísticas dominen nuestra sociedad”⁴¹³.

Feitas essas considerações, é possível concordar que o primeiro ponto para definição do fundamento da culpabilidade é perceber que muitos modelos teóricos, formados nos ideais metafísicos, em um Direito Penal às suas voltas, não alcançaram a real dimensão do problema. A bússola da compreensão é precisamente a liberdade de atuação, formada necessariamente a partir da relação do sujeito observado com as impressões de um avaliador⁴¹⁴.

Tudo isso fica mais evidente quando a discussão é posta à luz da dogmática do Direito Penal (e acrescente-se: do processo penal), uma vez que a liberdade que interessa para a dogmática é a liberdade da vontade, não podendo remanescer as dúvidas deterministas, que questionar todo saber sem nenhum sentido lógico, ainda mais quando referido no aspecto jurídico⁴¹⁵.

O sistema jurídico, nesse marco teórico, desperta uma relação há muito adormecida, e até ofuscada, pela dualidade, de um lado, entre liberdade e determinismo, e pelo fortalecimento de uma Teoria Geral do Processo, de outro, que trataram de colocar em segundo plano a ideia de que “a liberdade de atuação que importa para o direito e que está nas bases de nossa organização normativa do mundo da vida é aquela a ser provada no processo penal”⁴¹⁶.

Nesse sentir, Vives Antón lembra que “há podido afirmarse, a mi juicio com razón, que el principio de culpabilidad y el derecho a la presunción de inocência se implican mutuamente: pues si la culpabilidad resulta afirmada en un processo (...)”⁴¹⁷.

Por isso, se deve ter em mente que qualquer resultado final para o Direito Penal é fruto de uma conjunção de observador e observado, considerando, ainda, que o

⁴¹³ SCHÜNEMANN, Bernd. *La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo* en Schünemann (edt.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Trad. de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Ed. Tecnos, 1991, p. 155.

⁴¹⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Op. cit.*, 2003, p. 232.

⁴¹⁵ *Ibidem*.

⁴¹⁶ BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, p. 201.

⁴¹⁷ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Op. cit.*, 2011, p. 868.

próprio avaliador possui suas pré-compreensões humanas e é informado, ao longo de sua história de vida, do direito, das normas jurídicas, do cumprimento aos tipos penais (processo penal) etc. Nisso, inclusive, reside a importância da obra de Heidegger⁴¹⁸, que destaca a pré-compreensão como um elemento formador ser e do ente.

Nesse diapasão, Alexandre Morais da Rosa, conectando o processo penal com a teoria dos jogos, aponta que “compreender o caráter artificial do Direito e os mapas mentais dos jogadores mostra-se como condição de possibilidade para o entendimento dos jogos processuais”⁴¹⁹, mesmo porque o Direito é “artificial por navegar pela linguagem”⁴²⁰.

Reforça, assim, a ideia de que não existe nada dado nos significantes do conjunto processual⁴²¹, da “babel jurídica”, da multiplicidade de caminhos que se pode chegar pelo sentido. “São falas técnicas, com teorias diversas, sentidos diferenciados, que dialogam com os sujeitos (jogadores, acusados, vítimas, testemunhas, informantes, etc.) providos de mapas mentais singulares”. Assim, esperar neutralidade⁴²² de quem decidirá sobre a culpabilidade de um sujeito, igualmente imbricado com compreensões prévias, beira à inocência. Por essa e outras razões, não é possível conectar, nem minimamente, o significante processual penal se não estiver presente o sentido da linguagem. A modificação, por menor que seja, nos significantes do passado compromete todos os outros (do presente e do futuro)⁴²³.

Essa conclusão não deixa de observar as circunstâncias sociológicas e antropológicas do delito e a própria visão da dogmática jurídica penal enquanto obstáculo ao poder punitivo estatal⁴²⁴. Na verdade, são questões distintas e que

⁴¹⁸ HEIDEGGER, Martin. *Op. cit.*, 2006, p. 13.

⁴¹⁹ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 3ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 77.

⁴²⁰ *Ibidem*.

⁴²¹ WARAT, Luis Alberto. *A Rua Grita Dionísio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

⁴²² JAPIASSÚ, Hilton. *O mito da neutralidade científica*. Rio de Janeiro: Imago, 1981, p. 63, ao dizer que “Epistemologicamente falando, toda ciência constrói o seu objeto, elabora seus dados e seus fatos. O fato puro não existe. Todo fato é construído. E a objetividade sempre se perde em pressupostos que estão longe de ser objetivos”.

⁴²³ HABERMAS, Jürgen. *Acción comunicativa y razón sin transcendencia*. Trad. Beatriz Vianna Boeira. Barcelona: Paidós, 2002.

⁴²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.*

podem ser preservadas na conjugação do interesse de opor freios e contrapesos ao arbítrio que o poder punitivo causa por sua simples existência. Contudo, no âmbito da culpabilidade, é possível concluir que o ser humano é dotado da pré-compreensão⁴²⁵, na relação avaliado e avaliador, resultado do barulho silencioso do escutar, do ouvir. A construção de uma ordem jurídica, de proteger bens jurídicos, em maior ou menor grau de sofisticação, é informada diariamente, e o sujeito que viola a lei penal é considerado culpado justamente por uma escolha de alguém que compreendeu que houve descumprimento às normas jurídicas.

A liberdade de atuação (ou liberdade de ação) pode ser então definida como o resultado da interação entre sujeito e objeto, avaliado por um terceiro, que com eles se comunica e interage, por um fio de interconexão inexorável à construção do conhecimento e da verdade, qual seja: a linguagem. E mais, é uma “verdade” humana e referida ao sujeito e a cada caso concreto, impensável de modo abstrato e genérico, como um *a priori* universal⁴²⁶.

Por conta disso, a liberdade de atuação é construída em um universo interconectado revelado pela física quântica, o novo plano do mundo na vida humana, percebido através dos estudos da atomicidade, uma forma moderna de interpretar as coisas e as pessoas, trazendo a consciência (e a liberdade de modo geral⁴²⁷) para as ciências naturais e, por via de consequência, para as ciências jurídicas. Tem como referencial teórico a filosofia da linguagem de Wittgenstein, que a compreende como fruto da ação de um sujeito em comunicação com um terceiro que vai avaliar sua conduta, a partir dos símbolos da linguagem, no jogo do processo, e sem desconsiderar a pré-compreensão humana.

⁴²⁵ Sobre pré-compreensão, novamente: HEIDEGGER, Martin. *Op. cit.*, 2006, p. 13.

⁴²⁶ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Op. cit.*, 2003, p. 232.

⁴²⁷ Sobre liberdade, importante a contribuição de FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDES, Marly. *Neuroética, Direito e Neurociência, conduta humana, liberdade e racionalidade jurídica*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 86, ao dizer que “(...) para ser plenamente indivíduo, para gozar de plena existência individual, separada e autônoma, é necessária a liberdade plena. Não obstante, a liberdade (plena), a exemplo do que ocorre com a individualidade, também não pressupõe a (plena) existência *ab initium et ante saecula* de indivíduos (plenamente) separados e autônomos, senão que a (plena) existência separada e autônoma desses indivíduos pressupõe a (plena) institucionalização histórico-secular da liberdade e da igualdade”.

Frankfurt, entretanto, sustenta que é possível compatibilizar a liberdade de vontade com o determinismo, notadamente se houver uma renúncia ao que chama de “princípio de possibilidades alternativas”. Insiste em defender que o determinismo é verdadeiro⁴²⁸ e que sua consideração não impede considerar a liberdade como pressuposto da culpabilidade⁴²⁹.

Pelas razões já expostas, especialmente da própria ilogicidade do determinismo, conclui-se que é impossível compatibilizar o determinismo com a liberdade, pois não é possível acreditar nas suas afirmações teóricas e pensar a possibilidade de existir mais de uma opção possível no futuro das escolhas. Nas palavras de Dennet, apesar de compatibilista declarado, “(...) si el determinismo es verdadero, creer que hay más de un futuro posible será una inferencia aparentemente falsa; sólo lo real es posible y todo lo que nos ocurra será la única posibilidad que el futuro nos tenía reservada”⁴³⁰. Contudo, como a liberdade pressupõe a existência de múltiplas possibilidades (como toda escolha impõe), só é possível chegar à conclusão, obviamente, que o determinismo e a liberdade de vontade são incompatíveis.

Ademais, as novas perspectivas filosóficas e científicas indicam que há uma inter-relação do sujeito que praticou a ação com aquele que vai aferir sua responsabilidade; o modo pelo qual se constrói a culpabilidade, a forma de se interpretar a conduta, sua adequação à norma penal ou depende do ângulo pelo qual é visto e do observador que a observa. Acreditar que é possível compatibilizar a liberdade com o determinismo é acreditar que a ação e as consequências jurídicas estão previamente estabelecidas, sem chances de se ter múltiplas escolhas, na conduta e na própria avaliação decorre dela. É uma teia causal com variáveis de todas as espécies para alcançar referida determinação.

⁴²⁸ DENNETT, Daniel C. *La libertad de acción, un análisis de la exigencia de libre albedrío*. 2ª ed. Barcelona: BEG, 2000, p. 121, é preciso ao dizer que “(...) se dice con frecuencia que si determinismo es verdadero, toda deliberación será imposible. Pero esto tiene que ser falso, pues las personas deliberan a diario y, además, lo que es real es posible. Sin embargo, la realidad de las deliberaciones cotidianas no nos demuestra que el determinismo sea falso (de otro modo, la física sería una ciencia mucho más simple)”.

⁴²⁹ KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Op. cit.*, 2011, p. 190-196.

⁴³⁰ DENNETT, Daniel C. *Op. cit.*, 2000, p. 121.

Confiar que são compatíveis é esperar que a liberdade humana pode ser “estudada e concebida sob um ponto de vista sério, objetivo e científico”⁴³¹, tal qual se pode inferir das bases da metafísica e do positivismo, em busca de segurança, certeza e controle das situações, embora, como já visto, somos seres pré-compreensivos, subjetivistas e, diretamente, a liberdade não pode ser alocada em uma dimensão que não seja humana (concreta).

A liberdade de atuação não se compatibiliza com o determinismo. Aliás, o determinismo não é compatível com a dimensão deste mundo, quântico e interconectado. As experiências da atomicidade trataram de por um fim ao materialismo, à metafísica e todos os seus desdobramentos, inclusive o determinismo (apesar dos esforços de trazê-lo modulado em novas estruturas). A filosofia da linguagem, o jogo de linguagem, a relação dos jogadores, para a culpabilidade, apontam diversas e múltiplas inter-relações humanas, das condutas, da avaliação destas ações e das regras que regulam a atividade dos indivíduos⁴³². A liberdade deve ser plena, do ser-livre, em uma visão antropológicamente considerada, que compreende existir a possibilidade de milhares de conclusões de uma mesma situação. É nesse pressuposto que está à liberdade de atuação.

⁴³¹ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDES, Marly. *Op. cit.*, 2008, p. 129.

⁴³² PENHA, João da. *Como ler Wittgenstein*. São Paulo: Paulus, 2013, p. 57.

6 CONCLUSÕES

Diante de todas as ideias desenvolvidas ao longo do presente trabalho, pode-se concluir que:

1. A discussão acerca do âmbito de liberdade do indivíduo é pedra angular na construção teórica do fundamento da culpabilidade, na condição de função, de limite ou como legitimadora do poder punitivo estatal, permitindo, em lados distintos, posições extremas sobre culpabilidade.

2. A dualidade entre liberdade e determinismo foi (e ainda é por parte da doutrina) considerado o ponto decisivo na revelação do fundamento da culpabilidade. Assistir razão ao livre-arbítrio ou as posições que pregoam a ausência de controle dos impulsos internos na prática das ações humanas gerou, em um plano, aprofundamentos desmedidos, estudado pela psicanálise, filosofia, ciência, e, recentemente, até pela neurociência (especificamente, pela neuroimagem), esta última elevada à condição de quarta fratura egoica.

3. A física quântica, a partir da teoria da atomicidade, revela que a contenda entre disposições deterministas e da liberdade é em vão, já que as experiências científicas mais recentes indicam que a consciência deve ocupar posição de destaque na construção do universo e da vida humana, balizando as ações e condutas individuais.

4. A crise da culpabilidade, por conta disso, reside em um falso problema, colocado pelo próprio determinismo, que fez surgir, como seu contra ponto uma liberdade que sempre pretendeu ser indeterminista. O trabalho, portanto, concentra seus esforços em destacar que o desenvolvimento da culpabilidade não deve ter como ponto de partida a dualidade entre liberdade e determinismo, uma dualidade equivocada e forjada no pensamento metafísico.

5. A nova dimensão do pensamento deve reconhecer que o universo subatômico da interconexão (física quântica) rompe com a relação sujeito-objeto (filosofia

hermenêutica e da linguagem), referindo a liberdade como fundamento da linguagem jurídica da ação ligada ao caso concreto.

6. A origem histórica da polêmica, liberdade *versus* determinismo, remonta o contraponto de Santo Agostinho aos maniqueus, quando defende em seu pensamento filosófico e religioso que Deus concedeu ao ser humano o livre-arbítrio, cabendo-lhe escolher o seu destino: da salvação ou do pecado. Essa disputa também é vista, ao longo dos anos, entre os estóicos e Aristóteles, luteranos *versus* Pufendorf, entre outros.

7. A relação entre Direito Penal e livre-arbítrio dentro da categoria dogmática do Direito Penal coincide com outro momento da história: o iluminismo e a derrocada do absolutismo, que tem na liberdade, igualdade e fraternidade suas principais bandeiras. Didaticamente, esse momento do Estado, iniciado no século XIX, pode ser classificado como Estado de Direito, que foi seguido pelo Estado Social de Direito e pelo Estado Democrático de Direito.

8. A “primeira fase”, o Estado de Direito, também conhecida por sua visão tipicamente liberal, clássica, tem a defesa da liberdade, da autonomia individual, da mínima intervenção estatal como seu principal pressuposto teórico e prático, e a construção de uma teoria do ser humano, fundado na razão. No Direito Penal essa fase corresponde à Escola Clássica do livre-arbítrio, responsável pela superação da causalidade como premissa da imputação pessoal, além de distinguir dolo e culpa.

9. Os problemas na economia, a concentração do poder industrial, impacta nas ciências criminais, inaugurando a fase do Estado Social do Direito; a Escola Clássica encontra oposição da Escola Positivista, estabelecida na doutrina da metafísica, de reconhecimento da legislação positiva e da inviabilidade do livre-arbítrio como pressuposto inquestionável da conduta humana.

10. Os modelos teóricos de culpabilidade são construídos observando a posição do sujeito que praticou determinada ação e estabelecendo, em termos dogmáticos, o critério de aferição de vontade na conduta a ser avaliada. Entre os principais modelos, uma característica é peculiar na maioria: a opção entre o pensamento

determinista ou a liberdade indeterminista; a antiga dualidade de livre-arbítrio e impulsos mecânicos automáticos permeiam os modelos teóricos que definem qual o fundamento da culpabilidade. E isso tem uma explicação clara: a teoria da culpabilidade até então decorre dos eixos metafísicos.

11. O primeiro modelo teórico que se pode referir é o da teoria psicológica, que tem em Franz Von Liszt o seu apogeu, assentado na existência de uma relação psicológica do autor com o fato criminoso, em sua representação objetiva, uma espécie de reflexo anímico da realidade. A liberdade tem espaço diminuto e este modelo se aproxima muito de uma posição determinista, embora não seja considerado como determinista.

12. Frank, Goldschmidt, Freudhenthal, Mezger são, sem dúvidas, o caminho para construção de uma teoria normativa de culpabilidade, pela defesa da reprovabilidade da conduta, da violação da norma de dever, pela causa geral de exculpação supralegal, pelo recorte do homem médio e pelo conceito complexo de culpabilidade, que, em suma, faziam mais referência aos valores e à justiça do que à tutela da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

13. O finalismo, a partir da herança do modelo normativo (inicial), conclui que culpabilidade é culpabilidade de vontade. Apenas aquilo que estiver sujeito à vontade do homem pode ser considerado culpável. Ou seja, somente o que o tem o condão de ser feito de modo diverso, em contradição com o que efetivamente realizou, pode ser alvo de responsabilização criminal.

14. Roxin faz um recorte jurídico para formulação da culpabilidade, apesar de reconhecer que esta possui dimensões teológicas, filosóficas e sociológicas, defendendo que o “poder atuar de outro modo” é insustentável perante o barema do homem médio, especialmente pela impossível demonstrabilidade científica do livre-arbítrio.

15. Jakobs, inspirado na teoria dos sistemas, leva ao extremo o modelo preventivo de culpabilidade, aproxima o Direito Penal da necessidade de estabilização social, de reafirmação da segurança normativa. A culpabilidade tem, nesse formato, a

função de punir alguém para demonstrar a validade da norma e reestabilizar o sistema. A culpabilidade, e a liberdade, tem, para este modelo, déficit de motivação da conduta.

16. Klaus Günther, por sua vez, a partir da teoria do discurso de Habermas, defende que a culpabilidade pode ser aplicada na moldura de um ser humano deliberativo, a pessoa deliberativa, que é responsável por uma ação delituosa porque tem o assentimento das normas jurídicas, ou seja, lhe é oportunizado refutar a criação da norma, conforme a ideia da democracia habermasiana. Percebe-se, assim, que a liberdade também assume uma condição coadjuvante para seu modelo de culpabilidade.

17. Figueiredo Dias traz importantes contribuições para a liberdade e, respectivamente, para a culpabilidade. No pós-finalismo é o autor que aloca a filosofia hermenêutica e da linguagem na estrutura da liberdade, defendendo a relação categorial sujeito-sujeito, de plena autodeterminação, construída no caso concreto, ligado ao ético-existencial, distante da ideia do “poder atuar de outro modo”. Contudo, mesmo Figueiredo Dias, atento ao movimento de rompimento da metafísica, não trata de perceber que a mudança de pensamento filosófico, nas ciências naturais, deveria provocar uma dialogicidade entre direito e processo penal onde o fundamento da culpabilidade deve ser construído, dentro desse escopo teórico.

18. Os modelos teóricos apresentados no trabalho, e dos quais se tem notícia na doutrina, apresentam uma dificuldade de romper o obstáculo, por completo, da relação sujeito-objeto. Até o pensamento de Figueiredo Dias, que defende uma liberdade assentada nos pressupostos da filosofia hermenêutica e da linguagem, de respeito à dignidade humana, da autodeterminação, e do rompimento do modelo representacional, deixa de inserir os novos paradigmas por inteiro. Isto porque, não se pode defender, de um lado, o rompimento visto na física quântica e na filosofia e, por outro, continuar sustentando a separação entre Direito Penal material e processo penal, espécies do qual é gênero o “sistema punitivo”.

19. É preciso que os novos conceitos de mundo, de vida, de universo, a nova forma de perceber os fenômenos naturais e sociais sejam incorporados à dogmática jurídico-penal (ou melhor, à dogmática jurídico-penal-processual). Contudo, a percepção dos novos axiomas, e a introdução na culpabilidade, encontra outro grande óbice, que é a dificuldade em construir uma teoria crítica.

20. A dificuldade de construir uma teoria crítica tem várias causas, mas a principal é conceber a sociedade como uma totalidade, formando o pensamento de que, neste cenário, só é viável ter uma solução ao que já existe. O rompimento da metafísica pela física quântica concentra seu problema nessa máxima: de não construir a dogmática jurídica ao que já existe, a partir do mesmo ponto de partida.

21. Diversos físicos, no início do século passado, se reuniram em um grupo internacional para estudar as experiências dos átomos. Destas investigações científicas, surgiu a teoria quântica, que apresenta uma visão de mundo e uma forma de pensar completamente distinta da ciência clássica e mecanicista.

22. A teoria especial da relatividade de Einstein, e depois a teoria geral da relatividade (que inclui a gravidade), ao considerar o modelo da radiação eletromagnética, afirma que existe um único fundamento para a física. Assim, de maneira inédita, os físicos são instigados a entender o universo; as experiências realizadas com os átomos surpreendem por não possuir correlação com o pensamento da metafísica e por exigir uma nova forma de ver o mundo, a vida, as coisas e as pessoas.

23. A consciência, com isso, depois de trezentos e cinquenta anos, ressurge para as ciências naturais, revolucionando a forma de enxergar o cosmo e lidar com a vida, apesar da perpetuação dos valores de uma sociedade material. Da física quântica, duas principais contribuições importam para o trabalho: a desconstrução do materialismo e a separação (da qual decorre a interconexão, de que não há partes, dicotomia entre sujeito e objeto, de que são interligados pela consciência).

24. Há equivalência funcional da física quântica com a filosofia moderna, mas não há entre elas uma relação de causalidade, uma não existe em decorrência da outra.

Na perspectiva filosófica também é realizada a superação do modelo representacional metafísico e, do mesmo modo, rompe-se com a relação sujeito-objeto, especialmente a partir das contribuições de Wittgenstein e Heidegger.

25. Heidegger, em *Ser e Tempo*, propõe uma nova dimensão do tempo e do ser. A ideia de que “ninguém pode pular sua própria sombra”, destacando, filosoficamente, que somos seres pré-compreensivos; para efeito da culpabilidade, não se pode imaginar que, na relação sujeito-sujeito, haja uma separação do sujeito que praticou determinada ação daquele que vai avaliar a sua conduta. A pré-compreensão faz parte da formação do juízo de culpabilidade, mas é preciso que limites sejam impostos no intuito de evitar decisões arbitrárias.

26. Habermas apresenta uma teoria filosófica importante, caracterizada pela proposta de retirar toda dimensão ética do discurso. Em sua visão, a ética não estaria implícita no discurso, devendo ser adicionada posteriormente, como um fator externo de argumentação. Constrói um conceito de mundo vivido com nítido caráter sociológico, cultural, inspirado na fenomenologia transcendental de Husserl, substituindo a razão prática pela razão comunicativa. Vives Antón incorpora a visão de Habermas do pensamento de Wittgenstein para formar seu conceito de ação significativa e de culpabilidade, respectivamente.

27. Wittgenstein, referencial teórico do trabalho, tem como premissa a inexistência de um *a priori* do mundo, de uma ordem pré-estabelecida das coisas, defendendo que o mundo não é dado pronto, que é criado a partir da linguagem. Inaugura um rompimento importante da filosofia da consciência. O mundo é feito pelos homens, desde criança, a partir dos jogos da linguagem, de significados de uma compreensão prática, participante dos jogos da vida, na condição de jogador. Os jogos de linguagem formam um mundo inventado por pessoas que possuem um sistema intencional, assim como o processo penal.

28. O pensamento de Wittgenstein inspira a elaboração de Vives Antón, que aborda a relação entre significado e norma jurídica, trazendo, para dogmática jurídico-penal, a compreensão de que não é possível produzir ciência de forma isolada, em um ambiente hoje nitidamente de circularidade. Esse pensamento é base do

metadogmático conceito de ação significativa, que é o material a ser revelado no processo penal.

29. Esse movimento pós-metafísica produz uma mudança fundamental para a dogmática jurídico-penal (ou melhor, agora, para a dogmática jurídica-processual-penal), justamente porque estabelece a impossibilidade de separar – diante do rompimento da relação sujeito-objeto, visto na filosofia, e da interconexão do universo, apresentado pela física quântica – Direito e processo penal. O fundamento da culpabilidade deve ser construído, portanto, da dialogicidade entre ambas as disciplinas e com fundamento na filosofia da linguagem (dos símbolos, dos jogos).

30. A Teoria Geral do Processo é um grande óbice para a construção dialógica do Direito e processo penal, mesmo depois de ganhar uma dimensão filosófica em seu sentido, da autoria de Fredie Didier Jr., que introduz a filosofia de Wittgenstein para dizer que o Direito só pode se manifestar através da linguagem, que tem um conteúdo mínimo linguístico que une todos os processos. Assim, insiste que todo processo possui decisão, prova, defesa, partes, admissibilidade, apto a justificar a existência da teoria geral, embora não seja possível eliminar o pré-conceito, a pré-compreensão para construção de uma teoria que se propõe a ser pura. Não existe um lugar privilegiado que possa produzir o conteúdo mínimo.

31. A compreensão da relação sujeito-sujeito, da interação entre avaliado e avaliador, do mundo que deriva de uma linguagem expressada por uma ação significativa, é pressuposto para a organização da própria ação que pode ser atribuída a um autor. A liberdade de atuação pode ser conceituada como produto da relação dialógica entre observador e observado, forjado no universo interconectado de direito e processo penal.

REFERÊNCIAS

- ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundfragen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: Schweitzer Verlag, 1974, p. 9 apud MELENDO PARDOS, Mariano. *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad: sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*. Granada: Comares, 2002.
- ADORNO, Theodoro. *Dialéctica negativa*. Madri, 1992.
- AGOSTINHO, Santo. *O livre-arbítrio*. Trad. Nair de Assis Oliveira; Rev. Honório Dalbosco. São Paulo: Paulus, 1995.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2012.
- APEL, Karl Otto. *Fundamentação normativa da teoria crítica: recorrendo à eticidade do mundo da vida e Dissolução da ética do Discurso?* In: Moreira, Luiz (org.). *Com Habermas contra Habermas*. São Paulo: Landy, 2004.
- ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. *As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1938.
- ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2005.
- ARISTÓTELES. *Metafísica*. Livro I e II. Tradução Vincenzo Cocco e notas Joaquim de Carvalho. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- AUBENQUE, Pierre. *Desconstruir a metafísica?* São Paulo: Edições Loyola, 2012.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica do Direito Penal brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BERTEN, André. *Modernidade e Desencantamento – Nietzsche, Weber e Foucault*. Trad. Marcio Anatole de Sousa Romeiro. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BINDER, Alberto. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.
- BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010; MUNOZ CONDE, Francisco. *Presente y futuro de la dogmática juridico-penal*. Revista penal, n. 5, p. 47, 2000.
- BUCHHOLZ, Kai. *Compreender Wittgenstein*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

BUNGE, Mario. *La Investigacion Científica*. Cidade do México: Siglo XXI, 2000.

BUSATO, Paulo César. *Derecho penal y acción significativa*. Buenos Aires: Didot, 2013.

_____. *Fundamentos para um Direito Penal Democrático*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação, a ciência, a sociedade e a cultura emergente*. São Paulo: Cultrix, 1982.

_____. *O Tao da física: um paralelo entre a física moderna e o misticismo oriental*. 19ª ed. São Paulo: Cultrix, 1983.

CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: uma teoria dialógica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal: Parte General*. Volume I. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1996.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español – Parte General*. v. III. Madrid: Tecnos, 2005.

DALDEGAN, Helio. *Diálogos com o criativo*. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005.

DENNETT, Daniel C. *La libertad de acción, un análisis de la exigência de libre albedrío*. 2ª ed. Barcelona: BEG, 2000.

DÍAZ PITA, Maria Del Mar. *Actio Libera in causa, culpabilidad y Estado de Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 3ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; ECONOMAKIS, George; MILIOS, John. *Karl Marx and the classics: na essay on value, crises and the capitalist mode of production*. Aldershot: Burlington (EUA): Ashgate, 2002.

DUCLERC, Elmir. *Por uma teoria do processo penal*. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

EAGLETON, Terry. *Las ilusiones del posmodernismo*. Bueno Aires: Paidós, 1997.

FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDES, Marly. *Neuroética, Direito e Neurociência, conduta humana, liberdade e racionalidade jurídica*. Curitiba: Juruá, 2008.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Culpabilidad y Teoría del delito*. Buenos Aires: Editorial B de F, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. São Paulo: Unesp, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal, Parte Geral Tomo I, questões fundamentais – a doutrina geral do crime*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

FREIRE JR, O., PESSOA JR, O., and BROMBERG, JL., orgs. *Teoria Quântica: estudos históricos e implicações culturais* [online]. Campina Grande: EDUEPB; São Paulo: Livraria da Física, 2011. 456 p. ISBN 978-85-7879-060-8.

FREUD, Sigmund. *Alguns Comentários sobre o Conceito de Inconsciente na Psicanálise (1912)*. IN: _____. *Obras Psicológicas de Sigmund Freud: Escritos sobre a Psicologia do Inconsciente*. Coordenador Geral da Tradução Luiz Alberto Hanns. Rio de Janeiro: Imago Ed., 2004.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal: introducción*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las Transformaciones Del Estado Contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1997.

GEBAUER, Gunter. *O pensamento antropológico de Wittgenstein*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Trad. Ricardo C. Nuñez. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002.

GOURINAT, J. B. e BARNES J. (orgs.). *Ler os estóicos*. Trad. Paula Silva. Coleção Leituras Filosóficas. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

GHIRALDELLI JR., Paulo. *Neopragmatismo. Escola de Frankfurt e Marxismo*. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

GREAVES, Tom. *Heidegger*. Trad. Edgar da Rocha Marques. Porto Alegre: Penso, 2012.

GÜNTHER, Klaus. *A culpabilidade no Direito Penal atual e no futuro*. Trad. Juarez Tavares. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 6, n. 24, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Acción comunicativa y razón sin trascendencia*. Trad. Beatriz Vianna Boeira. Barcelona: Paidós, 2002.

_____. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

_____. *Fé e saber*. Trad. Fernando Costa Mattos. São Paulo: Editora Unesp, 2013.

HASSEMER, Winfried. *Culpabilidade*. Tradução: Pablo Alflen da Silva. *Revista de Estudos Criminais*, n.3, p.22, 2001.

HEIDEGGER, Martin. *Filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

_____. *Introducción a la metafísica*. Barcelona: 1997.

_____. *Ser e Tempo*. Parte 1. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2006.

HEISENBERG, Werner. *Physics and philosophy*. Nova York: 1962.

HORKHEIMER, Max. *Crítica de la razón instrumental*. Buenos Aires, 1973.

HUME, David. *An Enquiry Concerning Human Understanding en Essays and Treatises on Several Subjects*, London, 1758.

HUSSERL, E. *A crise da humanidade europeia e a filosofia*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General: fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed. Madri: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares Editorial, 2002.

JAPIASSÚ, Hilton. *O mito da neutralidade científica*. Rio de Janeiro: Imago, 1981.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KINDHÄUSER, Ürs. *Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Trad. Cláudia López Díaz. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, 1996.

KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2011.

LEVINAS, Emmanuel. *Totalité et infini*. Dan Haag: Martins Nijhoff, 1968.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal*. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Tomo I. Campinas: Russell, 2003.

LONG & SEDLEY. *The Hellenistic Philosophers* Cambridge University Press: Cambridge, 1987.

LUISI, Luiz. *Princípios constitucionais penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003.

LUKÁCS, Georg. *História e consciência de classe*, estudos sobre a dialética marxista. Trad. Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LUÑO, Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5ª ed. Madri: Tecnos, 1995.

MACHADO, Fábio Guedes de. *Culpabilidade do Direito Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I: Fundamentos. 3ª ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004.

MARQUES, Edgar. *Wittgenstein e o tractatus*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

MAURACH, Reinhart. *A teoria da culpabilidade no Direito Penal alemão*. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, Rio de Janeiro, ano IV, n. 15, p. 25, out-dez. 1966.

MAYER, Max Ernst. *Normas jurídicas y normas de cultura*. Traducción del alemán de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

MANZANO, Mercedes Pérez. *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva em la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Madri: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1990.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade, o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: Tomo I*. Bueno Aires: Valetta Ediciones, 2004.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal – Parte General*. 7ª ed. Buenos Aires: Editorial B de F., 2004.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Uma crítica à Teoria Geral do Processo*. Porto Alegre: Magister, 2013.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEVES, Luiz Gabriel Batista. *A Evolução do Processo Penal*. Direito UNIFACS, v. 1, p. 1-20, 2014.

_____. *A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal à luz da teoria dos direitos fundamentais: a necessária distinção entre regras e princípios*. Direito UNIFACS, v. 1, p. 1-26, 2013

NEUMANN, John Von. *Mathematical Foundations of Quantum Mechanics*. Nova Jérsei: Princeton University, 1995.

NUNES, Antonio José Avelãs. *Os sistemas económicos (O capitalismo – génese e evolução)*. Coimbra: Serviço de Textos dos Serviços Sociais da Universidade de Coimbra, 2005.

NUÑEZ, Ricardo C. *Bosquejo de la culpabilidad*. In: GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Trad. Ricardo C. Nunez. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. *A Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2006.

PEARS, David. *As idéias de Wittgenstein*. São Paulo: Cultrix, 1973.

PEIXOTO, Geovane. *Direitos fundamentais, hermenêutica e jurisdição constitucional*. Salvador: JusPODIVM, 2013.

PENHA, João da. *Como ler Wittgenstein*. São Paulo: Paulus, 2013.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação. A nova retórica*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PINHEIRO, Marcus Reis. *Determinismo, Liberdade e Astrologia nos Estóicos. História, imagem e narrativas*. N 1º 10. Abril de 2010.

PORCIÚNCULA, José Carlos. *La exteriorización de lo interno: sobre la relación entre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal*. Tese para optar al título de doctor en Derecho. Universitat de Barcelona. Director de la tesis: Prof.Dr.h.c.mult.d.Santiago Mir Puig. 2014.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Direito, linguagem e redefinição*. Revista da APG (PUCSP), São Paulo, v. 6, n.2, p. 33-50, 1997.

PRADO, Geraldo; Martins, Rui Cunha; Grandinetti, Luis Gustavo. *Decisão judicial, a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas*. Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 1996.

REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ROMERO, Francisco. *Historia de la Filosofia Moderna*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1978.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 3ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ROXIN, Claus. *A culpabilidade e sua exclusão no Direito Penal*. Trad. Luiz Greco, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 12, n. 46, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Derecho Penal; Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Penâ, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomsom-Civitas, 2003.

_____. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SALAS, Jaime Couso. *Fundamentos del Derecho Penal de Culpabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

SANTOS, Boaventura Sousa. *A Crítica da Razão Indolente*. 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*. 3ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SCHMITZ, François. *Wittgenstein/François Schmitz*. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Estação Liberdade, 2004.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. *La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo en Schünemann (edt.), El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Trad. de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Ed. Tecnos, 1991.

_____. *La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. Tradução de Mariana Sacher*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, a. 11, n. 45. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Tradução de Lourdes Baza. Madrid: Tecnos, 2002.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOTOMAYOR PÉREZ, José. *Determinismo y Libertad en el derecho penal*. Lima: Concytec, 1990.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.

_____. *Seis estudos sobre “SER E TEMPO”*. 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

_____. *Sobre a verdade*. Lições preliminares ao parágrafo 44 de Ser e Tempo. Ijuí: Editora Unijui, 2006.

STRAWSON, Peter Frederick. *Libertad y resentimiento*. Trad. de Juan José Acero. Barcelona: Paidós, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso, Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TEIXEIRA, João de Fernandes. *Filosofia do cérebro*. São Paulo: Paulus, 2013, Saraiva Reader (edição digital).

TEIXEIRA FILHO, Manoel do Bonfim. *Neurociências, Filosofia da Mente e o Subjetivo no Direito Penal: desvelando novas regras no jogo de linguagem mentalista*. Dissertação de Mestrado em Direito Público. Universidade Federal do Estado da Bahia. Orientador: Prof. Dr. Nelson Cerqueira, 2015.

VELASCO ARROYO, Juan Carlos. *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia em Habermas*. Madrid: Boletín Oficial del Estado – CEPC, 2000.

VIANNA, Túlio Lima. *Teoria quântica do direito: o direito como instrumento de dominação e resistência*. Prisma Jurídico [en línea] 2008, 7 (Enero-Junio): [consulta em: 10 de maio de 2016], Disponível no link: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93412617008>> ISSN 1677-4760.

VIERA, Antonio; QUEIROZ, Paulo. *Sobre a relação entre Direito Penal e Processo Penal*. In Leituras Complementares de Processo Penal. Rômulo Moreira (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *El principio de culpabilidad*. IN: RIPOLLÉS, José Luiz Díez; CASABONA, Carlos María Romeo; MARTÍN, Luis Gracia; GUIMERÁ, Juan Felipe Higuera (Ed.). *La ciência del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor doctor Don José Cerezo Mir*. Madri: Tecnos, 2003.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *El principio de culpabilidad*. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz; CASABONA, Carlos María Romeo; GRACIA MARTÍN, Luis; HIGUERA

GUIMERÁ, Juan Felipe. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2003.

_____. *Fundamentos del Sistema Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

_____. *Neurociencia y determinismo reduccionista: una aproximación crítica*. In: CRESPO, Eduardo Demétrio (coord.). *Neurociencias y Derecho Penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Buenos Aires: BdeF, 2013.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 77, apud BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

_____. *La Posizione Dogmatica della Dottrina Finalista dell’Azione*. Rivista Italiana de Diritto Penale. Milano: Giuffrè, ano 4, n. 1-2, p. 6, jan.-abr. 1951 apud BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *O novo sistema jurídico-penal. Uma introdução à doutrina finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WESSELS, Johaness. *Direito Penal – Parte Geral: aspectos fundamentais*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.

WIGNER, Eugene P. *The problem of measurement*. In: *Philosophical reflections and syntheses*. New York: Springer.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*. Trad. Alfonso García Suárez e Ulises Moulines. Barcelona: Gedisa, 2000.

_____. *Gramática filosófica*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Editora Loyola, 2013.

_____. *Tractatus logico-philosophicus*. Frankfurt: Suhrkamp, 1990.

_____. *Últimos escritos sobre a filosofia da psicologia*. Trad. António Marques, Nuno Venturinha e João Tiago Proença. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg. *El sistema integral de derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons: 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Direito Penal Brasileiro I – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.