



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

CULPABILIDADE, LIVRE-ARBÍTRIO E
NEURODETERMINISMO:
os reflexos jurídico-penais da revolução neurocientífica

SALVADOR
2014

FÁBIO ROQUE DA SILVA ARAÚJO

**CULPABILIDADE, LIVRE-ARBÍTRIO E
NEURODETERMINISMO:
os reflexos jurídico-penais da revolução neurocientífica**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia para avaliação final para obtenção do título de Doutor em Direito Público, sob a orientação da Prof^a. Dr^a. Maria Auxiliadora Minahim.

**SALVADOR
2014**

Araújo, Fábio Roque da Silva.

Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico penais da revolução neurocientífica / por Fábio Roque da Silva Araújo. - 2014.
198 f.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Maria Auxiliadora Minahim.

Tese (Doutorado) - Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós-graduação em Direito, BA, 2014.

1. Culpabilidade 2. Livre-arbítrio 3. Capacidade de autodeterminação
4. Neurociência 5. Neurodeterminismo I. Universidade Federal da Bahia

TERMO DE APROVAÇÃO

FÁBIO ROQUE DA SILVA ARAÚJO

CULPABILIDADE, LIVRE-ARBÍTRIO E NEURODETERMINISMO: os reflexos jurídico-penais da revolução neurocientífica

Tese aprovada como requisito final para a obtenção do título de Doutor em Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Maria Auxiliadora Minahim _____

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR

Sebastião Borges de Albuquerque Mello _____

Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA.

Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado _____

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP.

Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão _____

Pós-Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa.

Yuri Carneiro Coelho _____

Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA.

Salvador, 17 de março de 2014.

*Para Ethan, Gabriel e Raphael: meus filhos,
minha vida.*

AGRADECIMENTOS

Enfim, a tese ficou pronta.

Sempre tive em mente que a completude e perfeição são atributos da divindade, ao passo que nós, na fase hominal, estamos marcados, inexoravelmente, pela falibilidade. E é por isto que não possuo, sequer, a pretensão de não errar; apenas a pretensão de errar um pouco menos, a cada dia. Este trabalho, como não poderia deixar de ser, possui a indelével marca desta incompletude e imperfeição que faz de nós este plexo de grandezas e misérias, vícios e virtudes. Mas possuí, também, a pretensão de errar menos do que ontem, e mais do que amanhã.

A tese está pronta. E como não há construção humana realizada sem ajuda, e a ingratidão é um vício que não se pode alimentar, é hora de agradecer. Por estranho que pareça, penso que o momento de redigir os agradecimentos afigura-se tormentoso. Em primeiro lugar, porque sei que não conseguiria exprimir em palavras a imensa gratidão que sinto por todos aqueles que contribuíram, de alguma forma, para o término desta tese; ademais, sempre estamos sujeitos a cometer o imperdoável pecado da omissão. De toda sorte, aceito a hercúlea empreitada, e manifesto meu preito de gratidão.

Inicialmente, agradeço a meus pais – e, mui particularmente, a minha mãe, partícipe de toda essa trajetória – por todo o empenho em minha educação. Bem sei que não foi fácil. Em casa, aprendi que se educa pelo exemplo; e, principalmente, compreendi o preceito evangélico de que de nada vale ganhar o mundo e perder a alma.

Rebeca Roque, minha esposa, esteve presente em todos os momentos de minha vida, desde que nos conhecemos, há alguns anos. Ela é, também, partícipe deste trabalho e de todas as demais lutas e conquistas, vitórias e derrotas, aspirações e desesperanças, sonhos e caminhadas.

Meus irmãos completaram o alicerce de minha estrutura familiar, e, sem eles, seria tudo muito mais difícil. Flávia, que sempre está presente em todos os momentos e com quem tenho a alegria de dividir as atribulações da jornada, foi peça fundamental na realização deste e de tantos outros trabalhos. Nelson sempre me socorre na minha

infindável ignorância informática. Roni e Elane sempre estão torcendo por mim, o que me traz muito júbilo.

Agradeço imensamente a minha orientadora, professora Maria Auxiliadora Minahim, pelo admirável empenho no trabalho de orientação. Ela participou de todos os passos na confecção deste trabalho, desde o nascedouro. Com ela, dividi minhas ideias, dúvidas, apreensões e pretensões. Dela, ouvi aconselhamentos, sugestões e ideias que foram fundamentais para a conclusão do trabalho.

De igual sorte, o professor Sebástian Mello, grande autoridade no tema em que me aventurei (Culpabilidade) contribuiu muito para o desenvolvimento desta tese. O professor Yuri Coelho, por ocasião do exame de qualificação apontou sugestões de extremo valor. Agradeço, ainda, à professora Alessandra Prado, minha orientadora no Mestrado, e cuja participação na banca muito me honra. E, ainda, ao professor Cláudio Brandão – grande expoente do Direito Penal brasileiro, cujo trabalho acadêmico reputo admirável – pela aceitação em participar da banca.

Algumas pessoas contribuíram, no desenvolvimento do trabalho, sobretudo (mas não exclusivamente, vale frisar) com o auxílio na busca por bibliografia. Faço especial menção, então, a Bernardo Montalvão, Daniela Portugal, Davi Silva, Flávio Gaudêncio Santos, Tagore Trajano, Thaís Bandeira, Thaís Mendonça, Alexandre Aleluia, Urbano Bomfim, Marília de Mello e à equipe da biblioteca do TRF-1.

Os mestrandos Vinícius Assumpção, Marina Cerqueira e Isabela Santos, no desempenho das atividades de tirocínio e monitoria, respectivamente, auxiliaram muito na compatibilização de minhas atividades docentes com a pesquisa acadêmica.

Sou muito grato, ainda, à Faculdade de Direito da UFBA, minha casa. Mas não pretendo me estender neste agradecimento, pois não conseguiria ser conciso.

Um muito obrigado a todos os meus alunos que – como eu já disse, alhures – alimentam, cotidianamente, a paixão e o amor imorredouros pela docência.

Por fim (e mais importante!) é sempre tempo – sobretudo quando a vida material nos toma de roldão – de olhar para o alto e agradecer. Obrigado, Senhor! O Cristo, guia e modelo da humanidade, legou o mais sublime código de conduta para nós, e, se não sucumbirmos nas agruras da caminhada, jamais perderemos de vista a pequenez das nossas conquistas, e da condição de depositários que nos cabe. Assim seja!

“Liberdade é uma palavra que o sonho humano alimenta, não há ninguém que explique e ninguém que não entenda.”

Cecília Meireles.

*“Naquele tempo, respondendo Jesus, disse:
Graças te dou, ó Pai, Senhor do céu e da terra,
que ocultaste estas coisas aos sábios e entendidos,
e as revelaste aos pequeninos”.*

(Mateus, XI: 25)

RESUMO

A culpabilidade, elemento constitutivo da estrutura analítica do crime, desempenha papel de fundamental importância, na imposição e delimitação da sanção penal. Fruto da construção histórica de um Direito Penal racionalizado e tributário dos direitos fundamentais, a culpabilidade assentou-se sobre o primado do livre-arbítrio, compreendido como capacidade de autodeterminação individual. As recentes descobertas da neurociência cognitiva, acabam por propugnar a existência de um neurodeterminismo, que teria o condão de rechaçar a importância da culpabilidade, consagrando uma intervenção punitiva em descompasso com a dinâmica das relações sociais. A tese neurodeterminista e a consequente abolição da culpabilidade, porém, não possui procedência à luz do atual estágio de desenvolvimento da ciência, e da necessidade de um juízo de reprovação que fundamente a imposição da pena.

Palavras-chave: Culpabilidade – capacidade de autodeterminação – neurodeterminismo.

ABSTRACT

The culpability, element of the crime, plays fundamental role in the imposition and limitation of criminal sanctions. Fruit of the historical construction of a rational Criminal Law, culpability sat upon the primacy of free will, understood as the ability of individual self-determination. Recent findings from cognitive neuroscience, eventually advocate the existence of a neurodeterminism, which would have the power to reject the importance of culpability, doing a punitive intervention of step with the dynamics of social relations . The neurodeterminist thesis and the consequent abolition of culpability, however, has no merits in the light of the current stage of development of science , and the need for a judgment of disapproval justifying the imposition of the penalty.

Keywords : Culpability - ability to self-determination - neurodeterminism .

RÉSUMÉ

Culpabilité, élément constitutif du cadre d'analyse de la criminalité, joue un rôle fondamental dans l'imposition e délimitation de sanctions pénales. Fruit de la construction historique d'une Droit Pénal rationalisé et de respect à les droits fondamentaux, la culpabilité était assis sur la primauté de la volonté libre, comprise comme la capacité de l'autodétermination individuelle. Les résultats récents de la neuroscience cognitive, éventuellement défend l'existence d'un neurodéterminisme, qui aurait le pouvoir de rejeter l'importance de la culpabilité, consacrant une intervention punitive de l'étape de la dynamique des las relations sociales. La thèse de neurodéterministe et la suppression conséquente de culpabilité, cependant, n'a pas de fond à la lumière de l' état actuel du développement de la science , et la nécessité d'un jugement de désapprobation justifier l'imposition de la peine .

Mots-clés: Culpabilité - capacité à l'autodétermination - neurodéterminisme.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
-----------------	----

CAPÍTULO II - CONSTRUÇÃO E EVOLUÇÃO DOGMÁTICA DO CONCEITO DE CULPABILIDADE FUNDADA NO LIVRE-ARBÍTRIO

2.1. Considerações iniciais	20
2.2. Evolução histórica da culpabilidade	21
2.2.1. Antecedentes históricos	21
2.2.2. Direito Penal laicizado e a culpabilidade embrionária	24
2.2.3. A culpabilidade no medievo: avanços e retrocessos	28
2.2.4. O advento do pensamento Iluminista e a culpabilidade	29
2.3. A culpabilidade, o livre-arbítrio e o positivismo criminológico	32
2.3.1. Antecedentes: o desenvolvimento do Direito Penal	32
2.3.2. O desenvolvimento da ciência como pilar do positivismo científico	36
2.3.3. O positivismo criminológico	37
2.4. Evolução dogmática da culpabilidade e sua relação com o livre-arbítrio	41
2.4.1. Teoria psicológica da culpabilidade	41
2.4.2. Teoria psicológico-normativa da culpabilidade	46
2.4.2.1. O neokantismo e sua influência no Direito	46
2.4.2.2. Reflexos do neokantismo na culpabilidade	50
2.4.3. Teoria normativa da culpabilidade	55
2.4.3.1. O advento do finalismo	55
2.4.3.2. A concepção normativa de Welzel	62
2.4.3.3. O livre-arbítrio na concepção de Welzel	65

CAPÍTULO III - CONCEPÇÕES CONTEMPORÂNEAS DE CULPABILIDADE

3.1. Considerações iniciais	70
3.2. A culpabilidade no finalismo pós-welzeniano	71

3.2.1.	Noções gerais	71
3.2.2.	A culpabilidade como atribubilidade: Maurach	75
3.2.3.	Culpabilidade como atitude interna juridicamente desaprovada	77
3.2.4.	A culpabilidade no finalismo atual	80
3.3.	O funcionalismo e a culpabilidade	82
3.3.1.	Considerações gerais	82
3.3.2.	Funcionalismo orientado para fins de Política Criminal e a culpabilidade	83
3.3.3.	Funcionalismo sistêmico e a culpabilidade	91
3.3.4.	O funcionalismo de controle social e a culpabilidade como limite da pena	96
3.3.5.	O funcionalismo reducionista: co-culpabilidade e culpabilidade do vulnerável	98
3.4.	Culpabilidade referida à pessoa	102
3.4.1.	Culpabilidade pelo caráter	102
3.4.2.	A culpabilidade da pessoa (ou da personalidade)	103
3.5.	A pessoa deliberativa e o déficit de lealdade ao Direito: a influência de Habermas na culpabilidade	105
3.5.1.	Considerações iniciais	105
3.5.2.	A pessoa deliberativa e a culpabilidade	106
3.5.3.	A culpabilidade e o déficit de lealdade ao Direito	107
3.6.	A culpabilidade referida à motivabilidade	109
3.6.1.	Considerações iniciais	109
3.6.2.	A motivabilidade e a culpabilidade na obra de Muñoz Conde	109
3.6.3.	A imputação pessoal e a motivabilidade normativa	112
3.7.	A negação da culpabilidade	114
3.8.	Considerações em torno da culpabilidade e o livre-arbítrio	117

CAPÍTULO IV - NEUROCIÊNCIA E CULPABILIDADE

4.1.	Origem e desenvolvimento da neurociência	121
------	--	-----

4.2.	As recentes descobertas neurocientíficas	125
4.3.	A repercussão das descobertas neurocientíficas no Direito: um Neurodireito?	130
4.4.	As repercussões das descobertas neurocientíficas no Direito Penal: o fim da culpabilidade?	134
4.5.	Revolução neurocientífica e concepção normativa da culpabilidade	139
4.6.	Outras ressalvas ao livre-arbítrio e a (in)existência de repercussão na culpabilidade	141
4.7.	A culpabilidade fundada na capacidade de autodeterminação como fundamento da imposição da pena frente à neurociência	146
4.7.1.	Noções gerais	146
4.7.2.	A ciência e as indesejáveis consequências da pretensão de detenção monopolista da verdade	147
4.7.3.	As controvérsias científicas em torno do tema	150
4.7.4.	O neurodeterminismo e suas prováveis consequências jurídico-penais: direito de medidas de segurança, exclusivo caráter preventivo e direito penal do autor	152
4.7.5.	A dualidade neurocientífica	156
4.7.6.	A aplicação do Direito e a necessidade da culpabilidade fundada na capacidade de autodeterminação	162
	CONCLUSÕES	167
	REFERÊNCIAS	173

INTRODUÇÃO

Sob a ótica de um Direito Penal assentado na observância de garantias fundamentais e de uma intervenção punitiva racionalizada, em que a imposição da pena há de encontrar limites muito bem delineados, a culpabilidade desempenha um papel de singular importância. No atual panorama do Direito Penal, existe uma forte tendência a erigir a culpabilidade a categoria jurídica de fundamental relevo para a legitimidade do poder de punir estatal.

A despeito desta importância, e por paradoxal que pareça, não se pode deixar de observar que se disseminou como um truísmo a referência a uma crise da culpabilidade. A raiz desta tão propalada crise residiria, em essência, na dificuldade em se encontrar consenso em torno de um fundamento material para este elemento do crime. Poucos são, porém, os autores que rechaçam a própria culpabilidade como fundamento e limite de imposição de uma sanção penal.

Existem, é verdade, autores de escol pretendendo substituir a culpabilidade por outros conceitos ou, mesmo, sufragando a sua inutilidade, à luz dos conhecimentos trazidos por determinados ramos da psicologia ou da psiquiatria. São, porém, vozes isoladas, imersas em um contexto em que a culpabilidade sobressai em importância, há muitos anos.

E na esteira da construção de um Direito Penal liberal, a culpabilidade restou construída e desenvolvida sobre os pilares do livre-arbítrio. Com efeito, após o ocaso do positivismo criminológico do século XIX – de vertente determinista, e que de tanto prestígio desfrutou entre criminólogos e juristas –, a liberdade de vontade foi alçada a fundamento de existência da culpabilidade – entendida como juízo de censurabilidade que recai sobre o autor do injusto penal.

De forma mais clara, para que se possa falar em reprovabilidade da conduta, é imprescindível que o seu autor possua a liberdade para adotá-la. Se alguém não é livre para agir, sua conduta não pode ser censurada, e o juízo de reprovabilidade já não se sustenta. Esta é a ideia central da concepção de culpabilidade, que ainda se encontra em voga, malgrado as muitas críticas que tem recebido.

A construção da ideia de “poder de agir de outro modo”, tão empregada pelo finalismo, consegue traduzir com precisão a culpabilidade assentada no livre-arbítrio. Sem

embargo, consoante a ideia referida, é possível asseverar, em linhas gerais, que a culpabilidade existe na medida em que o agente, sendo livre para escolher, optou pelo ilícito, muito embora pudesse ter feito a opção pelo lícito. O agente, então, poderia ter agido de outro modo, mas não o fez.

Os inúmeros críticos desta concepção se fundamentam, decisivamente, na “indemonstrabilidade” do “poder de agir de outro modo”. Não se poderia, então, afirmar que o agente poderia ter agido de outro modo, porquanto não seria possível reconstruir a situação fática em que a conduta foi realizada. Não haveria como saber, assim, se o agente poderia, ou não, ter adotado alguma outra conduta.

Quanto a este ponto, é possível – e necessário – endossar as críticas endereçadas ao “poder de agir de outro modo”. Realmente, a constatação empírica de que era facultado ao agente ter adotado conduta diversa não pode ser viabilizada, porquanto não há como reconstruir a situação fática. Pode-se questionar a (im) prescindibilidade de uma constatação empírica, mas se ela for adotada como pressuposto para a comprovação da teoria welzeniana, há de ser ratificada a “indemonstrabilidade”.

O que não se pode, todavia, é aderir à ideia de identificação absoluta entre o poder de agir de outro modo e o livre-arbítrio. O cerne do livre-arbítrio reside na capacidade de autodeterminação, e a “indemonstrabilidade” do “poder de agir de outro modo” em nada contribui para negá-la. Ao revés, a maior parte dos críticos do “poder de agir de outro modo” reafirmam o livre-arbítrio – entendido como capacidade de autodeterminação – quando recorrem a concepções como a “dirigibilidade normativa” ou a “motivabilidade normativa”.

Em suma, o “poder de agir de outro modo” pressupõe o livre-arbítrio, mas com ele não se confunde. À vista disto, muito embora grasse certa confusão entre os conceitos, nas teorias jurídicas contemporâneas, não há construção doutrinária, atualmente, que negue com veemência e com algum fundamento mais plausível, a existência do livre-arbítrio, aqui entendido, como dito, como capacidade de autodeterminação.

Após a crise do determinismo criminológico do século XIX, a mais contundente crítica ao livre-arbítrio advém da chamada “revolução neurocientífica”, que culminou na defesa do “neurodeterminismo”. Consoante esta linha de pensamento, a neurociência – por

intermédio de algumas pesquisas consistentes no mapeamento de células neuronais – seria capaz de comprovar a inexistência da liberdade de vontade do ser humano.

As possíveis repercussões para o Direito – e, particularmente, para a culpabilidade penal – é um tema que vem despertando avivado interesse da comunidade jurídica, sobretudo em países como Espanha e Alemanha. E muito embora a doutrina pátria ainda não se tenha debruçado sobre o tema com a mesma ênfase, as repercussões da revolução neurocientífica devem ser apreciadas com a importância que lhe é peculiar.

Não há dúvida de que a mais relevante consequência do neurodeterminismo seria a abolição do conceito de culpabilidade. Esta bandeira é hasteada sem maiores pudores não apenas por neurocientistas, mas, também, por alguns juristas que se têm deslumbrado com as pesquisas da neurociência cognitiva.

Na esteira desta linha de raciocínio, se o ser humano não é livre para agir – pois a conduta humana seria, tão-somente, fruto de condicionamentos neuronais sobre os quais pouco ou nenhum controle se tem – não se poderia falar em reprovabilidade da conduta; em conclusão, não se pode falar em culpabilidade – pelo menos não como se a entende, na dogmática penal atualmente – como categoria jurídica de relevo para a fundamentação da intervenção punitiva. Seria, então, na visão desta doutrina, o ocaso da culpabilidade.

A despeito da relevância do tema, a doutrina pátria ainda não se tem ocupado das discussões que se encontram em efervescência em alguns países europeus. As repercussões para o Direito Penal são cruciais, na medida em que a eventual procedência das pesquisas que consagram o neurodeterminismo poderia possuir o condão de conduzir à reconstrução de todo o sistema de imputação de responsabilidade penal.

Mais que isto, o neurodeterminismo poderia acabar conduzindo à reconstrução – ou, ao menos, a uma revisão – de toda a dinâmica social, porquanto a vida em sociedade se desenvolve sobre a concepção de liberdade individual. Apenas para ficar na seara jurídica, para além da culpabilidade penal, é na ideia de livre-arbítrio que se assentam as concepções de liberdade (religiosa, de expressão, de imprensa, dentre outras), de livre-comércio, de autonomia da vontade e de liberdade contratual, apenas para enumerar algumas.

No decorrer do presente trabalho, serão analisadas as mais variadas perspectivas doutrinárias que contribuíram decisivamente para a formatação do atual estágio de desenvolvimento científico do conceito de culpabilidade. Conhecer este desenvolvimento

histórico é fundamental para que se compreenda não apenas a importância da culpabilidade como elemento constitutivo da estrutura analítica do crime, mas também como fundamento de imposição e limitação da reprimenda penal, sob o crivo de balizas democráticas.

Já no segundo capítulo, são trazidas as informações atinentes à construção histórica do instituto, desde os primórdios do Direito Penal até o advento da doutrina finalista, no final da primeira metade do século XX. Neste diapasão, são estudados os pilares que conduziram ao ostracismo do determinismo positivista e consagraram as concepções de culpabilidade calcadas no livre-arbítrio.

No terceiro capítulo, procede-se ao estudo das concepções contemporâneas de culpabilidade, sobretudo aquelas que se encontram imersas na crítica ao “poder de agir de outro modo”. Contudo, é importante observar que o estudo do tema culpabilidade não pode prescindir da análise de autores de escol, de grande importância para o Direito Penal, ainda que não se tenham debruçado, especificamente, sobre a temática da adoção ou crítica ao critério do livre-arbítrio. O ponto nevrálgico da abordagem é, sem dúvida, a compreensão da importância do instituto da culpabilidade e os avanços e retrocessos na sua consolidação dogmática.

Os estudos e as considerações levadas a cabo na pesquisa que culminou na elaboração dos dois capítulos mencionados se encontram na perspectiva da compreensão da importância da culpabilidade como elemento fundamental para a subsistência do Direito Penal liberal. E esta construção liberal não pode prescindir da ideia de capacidade de autodeterminação como fundamento de reprovabilidade da conduta.

O quarto capítulo é dedicado ao estudo das “descobertas neurocientíficas”, que acabam por conduzir ao “neurodeterminismo”, e as possíveis repercussões jurídico-penais. O avanço tecnológico que permitiu a eclosão da revolução neurocientífica elucida inúmeras questões em torno do tema, e pode conduzir ao temerário deslumbramento, na seara jurídico-penal. De toda sorte, há uma propensão de determinados neurocientistas à assimilação do neurodeterminismo pelo Direito Penal.

No capítulo em questão, a compreensão do fenômeno científico intitulado como “revolução neurocientífica” é aferida com cautela, no que concerne às consequências jurídico-penais. E esta base de compreensão está assentada em algumas razões, tais como: a) a existência de contestações às pesquisas neurodeterministas, levadas a cabo por

neurocientistas renomados; b) a compreensão do fenômeno jurídico à luz de uma vertente de contrafaticidade; c) o desacerto da dualidade neurocientífica (corpo-mente), premissa em que se funda o neurodeterminismo; d) a comprovação da existência da capacidade de autodeterminação como atributo afeto ao espírito, ao “ser-real”.

CAPÍTULO II

CONSTRUÇÃO E EVOLUÇÃO DOGMÁTICA DO CONCEITO DE CULPABILIDADE FUNDADA NO LIVRE-ARBÍTRIO

2.1. Considerações iniciais

Sem pretensões de incorrer em despidiendas digressões acerca do tema, não se pode deixar de anotar que o estudo da culpabilidade pressupõe uma precisa delimitação de sua abordagem, na medida em que se trata de expressão com múltiplas acepções.

Com efeito, é possível referir-se à culpabilidade como elemento integrante da estrutura analítica do crime¹, como limite e medida de pena² ou como princípio informador do Direito Penal³. Não se pode olvidar, ainda, que, muito embora a doutrina já tenha, há

¹ Como consabido, há uma forte corrente doutrinária, no Brasil, reputando o crime como constituído por apenas dois elementos, a saber: tipicidade e antijuridicidade. Seguindo esta linha de pensamento, a culpabilidade não seria elemento constitutivo do conceito de crime, mas, apenas “condição de imposição da pena” (JESUS, Damásio E. *Direito penal: parte geral*, São Paulo: Saraiva, 30.ed, 2009, p.154). Há, ainda, quem, no Brasil, apresente o conceito analítico de crime como “fato formal e materialmente típico e contrário ao Direito (tipicidade + antijuridicidade)”, complementado com a “exigência de ameaça de pena (punibilidade)” (GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. *Direito penal: parte geral. v.2.* São Paulo: RT, 2007, p.189). Prevalece, contudo, como corrente majoritária, a concepção do crime como tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade (é o entendimento, v.g. de BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.11). No exterior, esta concepção é largamente majoritária, não desfrutando a perspectiva bipartida de maior prestígio. Há, é verdade, quem, como Claus Roxin, empregue a “responsabilidade”, como elemento constitutivo do crime. Não se pode olvidar, porém, que: “*El presupuesto más importante da responsabilidade es la culpabilidad del sujeto*” (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Tomo I.* Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal Madrid: Civitas, 1997, p.222).

² O art. 59 do Código Penal brasileiro, ao apontar a culpabilidade como circunstância a ser valorada por ocasião da dosimetria da pena, indica a expressão empregada como limite e medida da pena, e não mais como elemento constitutivo do crime (fundamento de pena). Nesse sentido, por todos, NUCCI, Guilherme de Souza, em sua tese de livre-docência, publicada sob o título: *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p.172.

³ A importância do estudo dos princípios na área jurídica vem crescendo progressivamente. Inúmeros autores se debruçaram sobre a análise do tema, mormente no que tange à distinção que procuraram levar a cabo entre princípios e regras. Para mencionar apenas as doutrinas mais prestigiadas, cumpre destacar que Ronald Dworkin diferencia regras e princípios ao afirmar que as primeiras são aplicadas sob o critério “tudo ou nada”, ao passo que os princípios devem obediência ao critério “mais ou menos” (*Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1978, p.24). Por sua vez, Robert Alexy defende que as regras podem ser cumpridas ou não, ao passo que os princípios são normas jurídicas por meio das quais se

muito, rechaçado a similitude entre as ideias de culpabilidade e culpa "stricto sensu", outros ramos do ordenamento jurídico ainda contribuem para a confusão terminológica⁴.

A despeito da importância do tema em todas as suas possíveis acepções e vertentes, como acima mencionado, é imperioso consignar, desde já, que o objeto de investigação do presente trabalho adstringe-se às particularidades da culpabilidade, entendida como elemento constitutivo da concepção analítica de crime, e, portanto, como fundamento de imposição da reprimenda penal. Para tanto, imprescindível traçar, ainda que em linha gerais, um breve retrospecto histórico da evolução do pensamento dogmático que conduziu a "culpabilidade" ao estágio em que se encontra.

Com efeito, para que se possa compreender a importância da culpabilidade e as consequências de sua eventual abolição – como propugando pelo neurodeterminismo, oriundo de alguns setores da neurociência cognitiva – é preciso investigar a importância de tal instituto para o Direito Penal. E uma análise histórica e comparada da culpabilidade há de cumprir este mister.

2.2. Evolução histórica da culpabilidade

2.2.1. Antecedentes históricos

Muito embora a intervenção punitiva encontre suas raízes históricas em uma fase muito primitiva da humanidade, a responsabilização subjetiva pelos atos praticados é

estabelecem deveres de otimização, aplicáveis em diversos graus (*Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.89). No Brasil, Humberto Ávila acresce às ideias de regras e princípios a noção de postulados normativos, que se encontram no campo das metanormas (*Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.36; no mesmo sentido, ainda na doutrina pátria, GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.183). Para uma análise mais minuciosa das teorias acerca dos princípios jurídicos, ARAÚJO, Fábio Roque. *O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal*. Salvador: JusPodivm, 2011, p.127 e ss.

⁴ Na doutrina de língua portuguesa, é comum o emprego da expressão “negligência”, como forma de designar a culpa em sentido estrito (por todos, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito penal: parte geral, Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p.277). No Brasil, medida similar foi empregada por Juarez Tavares, até a segunda edição do seu “Direito penal da negligência”, que, a partir da terceira edição, passa a ostentar o nome de “Teoria do crime culposo”. Sobre essa alteração terminológica, o próprio autor é enfático: “Depois de algumas indagações que me foram feitas, pude perceber que a denominação ‘negligência’ induzia um entendimento equivocado do livro, pensando alguns que aqui se tratava apenas de uma das particularidades do crime culposo” (TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.xvii).

construção relativamente recente. Inconcebível, portanto, falar-se em responsabilização subjetiva no momento histórico identificado como “período das vinganças”, uma fase muito embrionária do que mais tarde será o Direito Penal.

Em que pese não haver delimitação histórica precisa para diferenciar os mais variados estágios e as mais diversas manifestações de modalidades de vingança, convencionou-se seccionar este período em três fases: a) vingança divina; b) vingança privada; c) vingança pública.

No primeiro estágio, ocorreu a hegemonia da *infração totêmica*⁵, marcada por forte cunho religioso. Os comportamentos desviantes eram considerados agressões à própria divindade, que, como forma de retaliação, promoviam as catástrofes naturais que assolavam a população⁶. Como forma de aplinar a ira dos deuses, as civilizações primitivas promoviam holocaustos e sacrifícios de toda sorte, inclusive com humanos.

As pessoas sacrificadas não eram, regra geral, as autoras das infrações (supostamente) cometidas. Não havia, portanto, a noção de responsabilização penal subjetiva. De igual sorte, a medida da sanção não correspondia à intenção do agente, mas sim ao agravo, que se considerava haver sido produzido em relação a alguma das divindades.

O advento das chamadas “vinganças privadas” também não é tributário da observância da responsabilização subjetiva. Com relativa frequência, a pena ultrapassava a pessoa do infrator, espargindo suas consequências às pessoas do seu círculo familiar. Demais disto, trata-se de período histórico que não conheceu as distinções entre infrações intencionais e não intencionais, admitindo-se a incidência da reprimenda penal,

⁵ “Neste período, acreditava-se que os fenômenos naturais que traziam algum revés à população decorriam da insatisfação dos deuses, ofendidos com algum comportamento de membros do grupo. Estes fenômenos naturais que acarretavam algum prejuízo à comunidade, eram conhecidos como *totem*, razão pela qual se fala em *infração totêmica*” (ARAÚJO, Fábio Roque. *O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal*. Salvador: JusPodivm, 2011, p.32-3). “O termo totem foi extraído do idioma dos índios norte-americanos e depois passou a indicar o fenômeno (presente em todos os povos primitivos) de transformar uma coisa (natural ou artificial) em emblema do grupo social em sua inteireza (...)” (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução da 1ª. edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução novos textos de Ivone Castilho Benedeti, 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.1147).

⁶ A tradição judaico-cristã, muitos anos após o apogeu das vinganças divinas, ainda apresentava resquício deste pensamento. Com efeito, o texto bíblico narra a história das cidades de Sodoma e Gomorra, que, nos tempos do patriarca Abraão, teriam sido destruídas pelo próprio Deus, com uma chuva de enxofre e fogo (Gênesis, 19:24-29).

independentemente da presença do elemento subjetivo⁷.

A fase conhecida como reveladora das “vinganças públicas” decorre do advento de um poder político (e teocrático, em regra), que passa a monopolizar o exercício da violência, com arroubos de legitimidade⁸. Trata-se de um estágio mais avançado da humanidade, na medida em que as sociedades primitivas não conheceram a existência desse poder político central que monopolizasse o exercício da violência⁹. Apesar da pretensa legitimidade “estatal”, a Antiguidade é um período da humanidade marcado por penas excessivamente violentas e cruéis¹⁰.

Outro ponto de aproximação entre as mais variadas legislações da Antiguidade foi a adoção da lei de talião. Materializada na célebre máxima “olho por olho, dente por dente”, a lei de talião foi consagrada, por primeiro, pelo Código de Hamurabi, mas, logo, espalhou-se por outras legislações do período, como a Lei das XII Tábuas, em Roma, o Pentateuco¹¹ hebreu e o Código de Manu¹², na Índia.

⁷ “Na fase arcaica e jusprivatista do direito penal, quando a pena era considerada ‘vingança de sangue’ encomendada como direito-dever à parte ofendida e ao seu grupo familiar, a responsabilidade penal equiparava, solidariamente, o ofensor e seus parentes, como consequência quase exclusiva do elemento objetivo da lesão, e não da imputação direta a seu autor, nem sequer das suas intenções” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2.ed. São Paulo: RT, 2006, p.447).

⁸ Max Weber, na conferência realizada na Universidade de Munique em Janeiro de 1919, publicada em outubro do mesmo ano (sob o título “Política como vocação”), aduz que: “Hoje, porém, temos de dizer que o Estado é uma comunidade humana que pretende, com êxito, o monopólio do uso legítimo da força física, dentro de um determinado território”. (WEBER, Max. *Política como vocação*. Disponível em: <http://edspraca.files.wordpress.com/2012/06/weber-polc3adtica-como-vocac3a7c3a3o.pdf>). Naturalmente, na Antiguidade, a organização política era muito mais primitiva, mas deriva, indubitavelmente, dessa pretensão de legitimidade do exercício do poder. Naturalmente, a ideia de legitimação do poder não se encontra presente em todas as vertentes do pensamento político. O Estado também já foi visto, na concepção marxista, mero instrumento legitimador de privilégios de classe (ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 2.ed. Tradução: Ciro Mioranza. São Paulo: Escala).

⁹ Destoando do entendimento majoritário, no sentido de que essa ausência de um poder político derivaria do precário desenvolvimento das sociedades primitivas, Pierre Clastres sustenta a ideia de que se tratava de uma recusa consciente e ativa de um poder punitivo distanciado da sociedade (CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política*. Tradução: Theo Santiago. São Paulo: Cosac Naify, 2003, p.228).

¹⁰ O momento histórico continua a ser orientado pela ideia de extensão das sanções penais a outras pessoas, em especial à família do infrator. Ao exemplificar as modalidades de punição existentes àquela época, destacam Zaffaroni e Pierangeli: “abraçar uma coluna de ferro incandescente, esquartejamento, tortura, açoitamento, espancamento, distintas formas de pena de morte, furar os olhos com ferro candente, especialmente, a extensão do castigo à família do autor” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. 5.ed. São Paulo: RT, 2004. p.176).

¹¹ O pentateuco foi assimilado pelo Cristianismo, e se constitui dos cinco primeiros livros bíblicos do Antigo Testamento (Gênesis, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio). No Novo Testamento, Jesus-Cristo, por ocasião do Sermão da Montanha, repudiou a utilização da lei de talião (Mt: 05:38-40).

¹² Teria sido escrito, em versos, por Manu, filho do deus Brahma e promove a rigorosa divisão da sociedade em castas intransponíveis: brâmanes (sacerdotes), ksatriya (nobreza militar), vaisya (comerciantes,

Se é verdade que a lei de talião representou significativo avanço, ao consagrar a embrionária ideia de proporcionalidade entre o delito e a sanção¹³, não se pode olvidar que referidas legislações, em sua larga maioria, não contemplavam mínima referência à ideia de culpabilidade. Mais preocupadas com a retribuição revanchista do mal, perpetrado pela infração, as legislações da Antiguidade, consagradoras de verdadeiras vinganças públicas¹⁴, mantinham o sistema de imputação destituído de valoração quanto à intenção do agente. Ademais, vulgarizava-se, ainda mais, a extensão da reprimenda a terceiros¹⁵.

De igual sorte, as legislações em comento primavam pelas responsabilizações coletivas, impostas às tribos, clãs, cidades, vilas e famílias¹⁶. Nem mesmo o caráter humano do infrator era levado em consideração, na medida em que, por vezes, admitia-se a incriminação de animais, defuntos, e, até mesmo, de objetos inanimados¹⁷.

Para logo se vê que o germe do que mais tarde se tornará a “culpabilidade” ainda não havia sido lançado.

2.2.2. Direito Penal laicizado e a culpabilidade embrionária

As legislações da Antiguidade foram marcadas por forte influência religiosa, e Grécia e Roma não fugiram a esta regra¹⁸. É possível afirmar, porém, que as antigas civilizações gregas e romanas contribuíram decisivamente para o avanço do processo de

agricultores e artesãos) e sudras (plebe). As sanções penais eram diferenciadas, de acordo com a casta a que pertencesse o infrator (FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *História do direito penal: crime natural e crimes de plástico*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.33).

¹³ Não há maiores divergência quanto à identificação desse marco. No Brasil, por todos, GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003, p.41. Na doutrina estrangeira, AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999.

¹⁴ Para Liszt, todavia, o advento da pena de talião põe fim às fases de vingança, consagrando o último grau de desenvolvimento da pena, como pena pública (LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. Florida: Valletta Ediciones, 2007, p.14).

¹⁵ Para se utilizar um dentre inúmeros exemplos possíveis, o Código de Hamurabi estabelecia, em seu art. 210, que se alguém agredisse uma mulher e ela morresse, a sanção seria a morte do filho do agressor. Como dito, além de não se perquirir o elemento subjetivo (pois não há menção à distinção entre dolo e preterdolo), a sanção era estendida a familiar do criminoso. Do pentateuco, pode-se extrair a seguinte passagem: “eu sou o Senhor, teu Deus, um Deus zeloso que vingo a iniquidade dos pais nos filhos, nos netos e nos bisnetos daqueles que me odeiam” (Êxodo, 20:5).

¹⁶ SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p.1.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2.ed. São Paulo: RT, 2006, p.448.

¹⁸ COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. 2. ed. Tradução: João Melville, São Paulo: Martin Claret, p.206.

laicização da intervenção punitiva¹⁹. Apesar da inegável influência religiosa na elaboração das leis penais²⁰, o Direito, nessas civilizações, não estava marcado pela influência teocrática dos sacerdotes²¹.

A evolução política dos gregos é parte desse processo, máxime no que se refere à concepção de sociedade política²². Muitos avanços podem ser reconhecidos, também, na legislação grega, e, em especial, em Atenas, em que Dracon e, posteriormente, Sólon, promoveram substancial alteração no arcabouço normativo. Particularmente na seara do Direito Penal, os gregos estabelecem as distinções entre “crimes públicos” e “crimes privados”²³, limitam o poder sacerdotal²⁴, restringem os excessos das reações privadas e começam a afirmar o conceito de justiça penal como função soberana do Estado²⁵.

Houve avanços em relação ao tema que, mais tarde, seria desenvolvido a título de culpabilidade. Os gregos, ainda que de forma incipiente, debruçaram-se sobre o estudo do elemento de vontade, o delito se consumava com fundamento na lesão objetivamente produzida, mas a intenção do agente deveria ser submetida a gradação, por ocasião da punição²⁶.

¹⁹ “*Con Grecia y Roma hacen su entrada la racionalidad de la reacción penal, es decir, que se mundaniza, se seculariza marcadamente la legislación penal*” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Tratado de derecho penal: parte general*, v. I. Buenos Aires: EDIAR, 1998, p.333).

²⁰ Ao se referir ao crime contra o Estado, na Grécia, salienta Arno Dal Ri Júnior: “Tratava-se, acima de tudo, de um delito de caráter religioso contra a autoridade dos monarcas que se encontravam sob as graças e proteção de entidades divinas” (DAL RI JÚNIOR. Arno. *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p.31).

²¹ ARAÚJO, Fábio Roque. *O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal*. Salvador: JusPodivm, 2011, p.43.

²² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.63.

²³ A divisão entre crimes públicos e crimes privados apresentava distinções, não apenas no que se refere à natureza da ação penal, mas, também, nas características e montante da pena. Em sentido similar, Thonissen, para quem: “*Mais c’est ne pas seulement dans l’exercice de la poursuite que la division des délits en publics et privés produit des conséquences importantes; elle se manifeste aussi dans le caractère et dans le but de la peine*” (THONISSEN. *Le droit pénal de la république athénienne*. Bruxelas, 1875, p.87).

²⁴ Importa reiterar que, em que pese o acentuado processo de laicização da intervenção punitiva, ainda havia forte influência religiosa. Não se pode olvidar que a mais conhecida condenação penal da era pré-cristã conduziu à morte de Sócrates e uma das acusações que pesavam contra si (além de “impiedade” e “corrupção de jovens”) dizia respeito à negativa das divindades gregas. Em uma das suas obras relativas aos diálogos socráticos, Platão descreve a fala de Sócrates, aos seus julgadores, sobre seus detratores, nos seguintes termos: “E quando alguém os pergunta o que é que ele faz e ensina, não tem nada o que dizer, pois ignoram. Para não parecerem embaraçados, dizem aquela acusação comum, a qual é movida a todos os filósofos: que ensina as coisas celestes e terrenas, a não acreditar nos deuses, e a tornar mais forte a razão mais débil” (PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. Tradução: Maria Lacerda de Moura. São Paulo: Editora Escala, p.54).

²⁵ FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução: Luiz de Lemos D’Oliveira. Campinas: Russell editores, 2003, p.24.

²⁶ Em sentido contrário: “Embora a evolução política do povo grego seja de reconhecimento explícito, os mesmos conceberam unicamente a responsabilidade objetiva. O delito firmava-se unicamente com base na

Sob a égide das Leis de Sólon, o crime de homicídio se distinguia em voluntário (punido com a morte e julgado pelo Areópago), involuntário (punido com a pena de exílio temporário, ressalvada a possibilidade de transação indenizatória entre o homicida e os familiares próximos da vítima) e o justificado (julgado pelo Delfino, era o homicídio praticado em legítima defesa)²⁷.

A despeito da distinção levada a efeito pelos gregos, o embrião da teoria da culpabilidade remonta ao Direito Romano²⁸.

De acordo com Francesco Carrara, os romanos foram gigantes no Direito Civil, mas pigmeus no Direito Penal. Nada obstante a envergadura intelectual do autor da frase, a categórica afirmação há de ser analisada com temperamento. Se por um lado é verdade que as legislações atuais hauriram muito mais do Direito Romano na seara cível, não se pode afirmar que os romanos não promoveram significativos avanços no âmbito do Direito Penal²⁹.

O Direito Penal romano³⁰ acolheu a distinção entre ilícitos públicos (*crimina*) e privados (*delicta*)³¹. Por ocasião do Império, surge uma terceira modalidade de infração penal, denominada de extraordinária (crime *majestatis*), como forma de punição às condutas atentatórias ao poder público, mormente à figura do Imperador³².

O Direito Penal romano permitia o reconhecimento de excludentes de ilicitude,

violação da norma objetivamente apontada, sem levar em consideração a intenção do agente que a quebrava". (MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.35).

²⁷ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p.33.

²⁸ CAMARGO, Chaves, A. L. *Culpabilidade e reprovação pessoal*. São Paulo: Sugestões literárias, 1994, p.117.

²⁹ "É inegável, então, que, apesar de não haverem os romanos atingido, no direito penal, as alturas a que se elevaram no civil, se avantajaram a outros povos" (MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito penal*, v. I. Atualizado por Adalberto J.Q.T. de Camargo Aranha. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.22).

³⁰ A Lei das XII Tábuas constitui marco na história do Direito Romano, sobretudo na esfera penal. Àquela época, houve a eclosão de uma revolta social em Roma, tendo, como uma das principais bandeiras, a edição de uma legislação penal que limitasse o poder dos magistrados, membros do patriciado (ARAÚJO, Fábio Roque. *Ob. cit.*, p.42). Com receio da separação dos plebeus, os membros do patriciado acolhem a proposta de Terentílio Arsa, elaborando um código, não apenas para a plebe, mas para todos os romanos. Este Código, conhecido como a Lei das XII Tábuas, adotou como paradigma a legislação ateniense do período de Sólon (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano. v.1: parte geral*. 5.ed São Paulo: RT, 2005, p.24).

³¹ Sobre as terminologias empregadas no Direito Penal, em Roma, destaca Teodoro Mommsen: "Resulta, pues, que, en el derecho penal romano no existieron desde un principio voces adecuadas que sirviesen para designar el delito y la pena en general. Sin embargo, para esta última se introdujo ya en época temprana La palabra poena, y para el primero se introdujeron en tiempos posteriores las palabras crimen y delictum" (MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*. Bogotá: Temis, 1999, p.10).

como a legítima defesa e o estado de necessidade. Os romanos desenvolveram parcialmente a ideia de tentativa e de erro de fato, Consagraram o desenvolvimento de institutos como a culpabilidade³³ e a imputabilidade³⁴, e dominavam institutos jurídico-penais, como a *culpa*, o *dolus* (diferenciando o *dolus bonus* e o *dolus malus*), o *casus* (nexo causal), penas e medição³⁵.

Sem embargo, já na *Lex Numa*, em vigor por ocasião do reinado de Numa Pompílio (século IX a.C.) se previa a existência de dois homicídios. Para o intencional, a pena era de morte, ao passo que, para o homicídio não intencional a sanção seria de natureza pecuniária à família da vítima³⁶. Na Lei das XII Tábuas, “aparece em várias espécies delituosas a exigência do dolo. Assim nos crimes de magia, infidelidade do patrono, infidelidade do tutor, injúria e outros”³⁷.

De igual sorte, os romanos desenvolveram a ideia de inimputabilidade, na medida em que conferiam tratamento diferenciado aos menores e àqueles que eram considerados loucos. Os romanos também repudiaram a possibilidade de se incriminar os mortos ou objetos inanimados³⁸, como fizeram outros povos da Antiguidade.

Depreende-se, portanto, que os romanos contribuíram significativamente para o desenvolvimento de concepções ligadas à responsabilidade subjetiva do agente, distinções entre dolo e culpa, bem como desenvolvimento da concepção de inimputabilidade penal. Em sua incipiente noção de culpabilidade, contribuiu o Direito Romano para o posterior

³² Sobre o surgimento e a consolidação do *crimen laesae maiestatis*, no Direito Penal romano, DAL RI JÚNIOR, Arno. *Ob. cit.* p.65-82.

³³ Releva notar, porém, que a ideia que se tinha de culpabilidade era bastante incipiente, pois, consoante assinala Cláudio Brandão: “Os romanos não criaram uma teoria geral da culpabilidade, um conceito científico que pudesse abarcar as espécies de dolo e culpa” (BRANDÃO, Claudio. *Inconsciência de antijuridicidade - sua visão na dogmática penal e nos Tribunais brasileiros. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa: Coimbra Editora, 2000, p.280).

³⁴ Mesmo com todos estes avanços, os romanos não desenvolveram o princípio da legalidade. Esta postura refratária à lei se deveu, em muito, à importância que o Digesto – reunião da opinião dos doutrinadores, como Ulpiano, Gaio, Modestino, dentre outros – desfrutava em Roma. Neste sentido, BRANDÃO, Claudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.19.

³⁵ PACHECO, Vilmar. *A crise da culpabilidade*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p.70.

³⁶ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p.33.

³⁷ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p.33.

³⁸ “*Carecían de la capacidad para cometer delitos los seres sin vida*” (MOMMSEN, Teodoro. *Ob. cit.*, p.46).

sepultamento da responsabilidade penal objetiva³⁹.

2.2.3. A culpabilidade no medievo: avanços e retrocessos

Como consabido, a Idade Média é marcada, no Ocidente, por forte influência do pensamento religioso. Por essa razão, o Direito Penal canônico possui posição de destaque no período.

O Direito canônico mantém a exigência do elemento subjetivo como caracterizador do desvio de conduta – pecado. Mantém, assim, a distinção entre dolo e a culpa, entendendo a última como imprudência ou negligência. A culpa que se pretende demonstrar está mais alicerçada na ideia de moral do que em critérios científicos; esta é uma das razões pelas quais o Direito Penal canônico está mais preocupado com o arrependimento e a expiação do que com a reparação do dano causado.

É verdade que os Tribunais do Santo Ofício⁴⁰ não primaram pela observância criteriosa da responsabilidade subjetiva, na medida em que, no mais das vezes, as penas eram impostas a membros do núcleo familiar do condenado. Ademais, no que tange aos julgamentos⁴¹ realizados, por vezes, houve condenações arbitrárias, fundadas em ilações que não perscrutavam o elemento subjetivo das condutas.

Merece destaque, ainda, o fato de que o Direito canônico contribui decisivamente para o advento do princípio da *versari in re illicita*, fato que afrontaria o princípio da culpabilidade, pois conduz à possibilidade de responsabilização penal objetiva⁴².

Ainda por ocasião da Idade Média, merece destaque o Direito Penal germânico, que

³⁹ Analisando um posterior estágio de desenvolvimento da culpabilidade, afirma Claudio Brandão: “Por isso diz-se que a culpabilidade é o elemento mais importante do crime, porque o Direito penal há muito abandonou a responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva, para debruçar-se sobre a responsabilidade pessoal. (...). A culpabilidade, pois, veio romper definitivamente com a responsabilidade objetiva (BRANDÃO. Claudio. Inconsciência de antijuridicidade - sua visão na dogmática penal e nos Tribunais brasileiros. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa: Coimbra Editora, 2000, p.260).

⁴⁰ Sobre o surgimento e ocaso da Inquisição, ZAFFARONI, Eugênio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alessandro. *Derecho penal: parte general*. 2.ed. Buenos Aires: EDIAR, 2002, p.236.

⁴¹ O Manual dos Inquisidores, escrito em 1376 por Nicolau Eymerich, e revisado e ampliado em 1578 por Francisco de la Pena é muito emblemático na adoção de medidas arbitrárias de produção de provas. Neste sentido, LOPES, Jr. Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.141. Sobre o emprego das ordálias, no período: KEMMERICH, Clóvis Juarez. *O Direito processual na Idade Média*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p.63.

conferia muita relevância à composição dos danos causados. Sob o pálio do regime feudal, foi permitida, por muito tempo, a extensão da responsabilização penal do ato praticado pelo servo ao senhor feudal. No fim do século XV, já é possível notar a influência de dispositivos que acentuam o caráter subjetivista da conduta, dando azo ao desaparecimento da responsabilidade impessoal⁴³.

É durante o fim da Idade Média, por força da obra dos pós-glosadores e práticos italianos, que surge um conceito genérico, abrangendo as ideias de dolo e culpa. Baldo de Perúgia trouxe a ideia de que a culpa (*lato sensu*) consistiria em tudo que é repreensível, seria, destarte, um conceito geral, que abrangeria o dolo e a culpa (*stricto sensu*). Em sentido similar, Tibério Deciani sufraga a tese de que culpa é expressão abrangente, que abarcaria o dolo e a negligência⁴⁴. Por sua vez, Diego Covarrubias traz contribuição decisiva no desenvolvimento do estudo do dolo eventual.

2.2.4. O advento do pensamento Iluminista e a culpabilidade

Com o advento do pensamento iluminista, cujo apogeu se deu no século XVIII, o Direito Penal experimentará uma significativa ruptura de paradigmas. Contrapondo-se ao poder absoluto do Estado, característica marcante do Absolutismo que imperava no Antigo Regime, os iluministas não poderiam deixar de se posicionar sobre a limitação ao poder de punir, porquanto a intervenção punitiva é a mais violenta forma de ingerência estatal na esfera de direitos do cidadão.

Sob a égide do Absolutismo, não há, nem mesmo, que se falar em cidadãos, senão em súditos, na medida em que as pessoas não titularizam direitos que possam ser opostos ao Estado⁴⁵. Esta é a conjuntura fática em que vem a lume a pretensão de se limitar o poder do Estado, mediante o reconhecimento de determinados direitos que seriam inerentes à condição humana, ainda que não reconhecidos pelo poder político.

⁴² BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999, p.528.

⁴³ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, p.39.

⁴⁴ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p.35.

Esta perspectiva jusnaturalista⁴⁶ contribui, sobremaneira, para o desenvolvimento do Direito Penal em sua feição moderna, humanitária⁴⁷, garantista. O período anterior à Ilustração é marcado por uma acentuada crueldade nas penas que eram impostas. Já na iminência da Idade Contemporânea, a Europa ainda convivia com sanções consistentes em suplícios corporais de extrema violência, penas capitais executadas em macabros espetáculos públicos, processos judiciais destituídos de contraditório e sistema de produção de provas calcado em arbitrariedades na distribuição das cargas probatórias.

É neste cenário que vem a lume o pensamento iluminista, que, posteriormente, haverá de influenciar na mudança das legislações, consagrando garantias como o princípio da legalidade, a racionalização das penas e a abolição das torturas como método de coleta de provas. Até mesmo o recrudescimento da reprimenda penal, como forma de se combater a criminalidade, passa a ser questionada com o advento do pensamento iluminista⁴⁸.

No que toca, particularmente, à intervenção punitiva, a Ilustração vai abrir espaço para que se discutam os fundamentos de legitimidade da pena. A humanização concreta instituída pelos reformadores no período posterior à Revolução também é tributária do ideal iluminista. Avanços teóricos e práticos implementados por pensadores como John Howard e Jeremy Bentham⁴⁹ se tornam referência de humanização da intervenção estatal consubstanciada no poder de punir.

A despeito de todos os significativos avanços trazidos pelo Iluminismo ao Direito Penal, na seara da culpabilidade, as repercussões não foram tão expressivas. Em sede doutrinária, Luiz Luisi chega a asseverar que o Iluminismo “não deu nenhuma contribuição especial com relação à culpabilidade”⁵⁰. Referido raciocínio decorreria, sobretudo, do

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.113.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p.64.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.54.

⁴⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.50.

⁴⁹ Pensador utilitarista e defensor de concepções preventivas, Bentham sufragava a ideia de que a severidade da pena deve adstringir-se à sua finalidade, que é a segurança, evitando-se, assim, a possibilidade de fuga. Qualquer severidade que extrapole essa finalidade deve ser tida como abuso, e, portanto, deve ser abolida (BENTHAM, Jeremy. *As recompensas em matéria penal*. Tradução: Thais Miremis Sanfellppo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2007, p.77).

⁵⁰ LUISI, Luiz. *Ob. cit.*, p.35. O autor reconhece, todavia, que “iluministas do porte de Gaetano Filangieri e Pascoal de Melo Freire, enfatizam a importância da vontade do agente na configuração do crime”.

pensamento de Beccaria, para quem o dano produzido pela conduta tem mais importância do que as intenções do agente⁵¹.

Contudo, e com as vênias devidas a esse entendimento, muito embora o Iluminismo não tenha, como mencionado, produzido, no campo da culpabilidade, os mesmos avanços trazidos em outras searas da limitação do poder punitivo, é possível reconhecer algumas contribuições ao Direito Penal. Sem embargo, se é verdade que o pensamento penal do século XVIII não logrou êxito em desenvolver com maior densidade os desdobramentos em torno do elemento subjetivo, não se pode olvidar que, sob a perspectiva da culpabilidade enquanto responsabilidade subjetiva, os avanços foram de maior relevância.

No momento histórico que antecede a Revolução de 1789, ainda persistia a difusão indiscriminada das responsabilizações coletivas. A cidade de Toulousse, em 1331, bem como as de Bordeaux (1558) e Montpellier (1739) receberam sanções penais, por força de supostas insurgências contra a Monarquia⁵². Demais disso, a intranscendência das penas não estava consolidada.

O pensamento iluminista, pautado na concepção individualista⁵³, consagra a responsabilização subjetiva e pessoal, rechaçando a possibilidade de incriminações genéricas e coletivas. A partir daí, cai por terra a possibilidade de se incriminar os entes morais, ganhando relevo o dogma de acordo com o qual as coletividades não poderiam delinquir (*societas delinquere non potest*)⁵⁴. E como consequência mais relevante desta responsabilização individualizada, sobressai em importância o princípio da intranscendência da pena, consagrado nas mais variadas legislações atuais⁵⁵.

⁵¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.52-53.

⁵² SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p.13.

⁵³ “É preciso desconfiar de quem defende uma concepção anti-individualista da sociedade. Através do anti-individualismo passaram mais ou menos todas as doutrinas reacionárias. Burke dizia: ‘os indivíduos desaparecem como sombras; só a comunidade é fixa e estável’. De Maistre dizia: ‘Submeter o governo à discussão individual significa destruí-lo’. Lamenaire dizia: ‘O individualismo, destruindo a ideia de obediência e de dever destrói o poder e a lei’” (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.116).

⁵⁴ PUIG, Mir. *Responsabilidade penal de las personas jurídicas*. In: Revista Eletrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004. num. 06-01.

⁵⁵ Na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, XLV: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Na esteira da concepção jusnaturalista que vai marcar o pensamento iluminista pré-revolucionário, Samuel Pufendorff já defendia, no século XVII, uma análise da culpabilidade que influirá na construção deste conceito. O autor se vale da ideia de imputação (*imputatio*). A capacidade de imputação corresponderia a uma ação livre pertencente a seu autor e, por isso, seria a base moral da sua reponsabilidade⁵⁶.

Por estas razões, é possível afirmar que, muito embora a culpabilidade – mormente quando se fala em culpabilidade nos moldes em que se encontra seu atual estágio de desenvolvimento – não estivesse no centro das preocupações do iluminismo penal, desenvolveu-se de forma assaz considerável neste momento histórico.

Com efeito, ao rechaçar a possibilidade de responsabilização penal objetiva e afirmar a intranscendência das penas, o pensamento iluminista contribuiu decisivamente para que se pudesse sepultar a violência penal arbitrária. A consolidação do Direito Penal liberal deste momento histórico está no contexto da afirmação da culpabilidade como limite e fundamento da intervenção punitiva.

2.3. A culpabilidade, o livre-arbítrio e o positivismo criminológico

2.3.1. Antecedentes: o desenvolvimento do Direito Penal liberal

Na esteira do entendimento majoritário, na doutrina nacional e estrangeira, é possível identificar o advento dos direitos fundamentais⁵⁷ no movimento iluminista, cuja importância na formação do Direito Penal moderno, como mencionado no tópico anterior, é ímpar. Com efeito, adotando o paradigma, ainda em voga, que diferencia o surgimento dos

⁵⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Tradução: José Luis Manzanares Samaniego. 4.ed. Granada: Comares, 1993, p.378.

⁵⁷ A despeito das controvérsias em torno da questão terminológica, optou-se pelo emprego da expressão “direitos fundamentais”, na medida em que, consoante as lições de Manoel Jorge e Silva Neto: “Com efeito, não se poderá encontrar absoluta identidade entre as expressões ‘direitos fundamentais’, ‘direitos do homem’ ou ‘direitos humanos’, porquanto a designação de ‘fundamentais’ é dedicada àquele conjunto de direitos assim considerados por específico sistema normativo-constitucional, ao passo que ‘direitos do homem’ ou ‘direitos humanos’ são terminologias recorrentemente empregadas nos tratados e convenções internacionais” (SILVA NETO, Manoel Jorge e. *curso de direito constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.587).

direitos fundamentais a partir de gerações⁵⁸, não se pode deixar de anotar que os direitos de primeira geração – civis e políticos – surgem no contexto do movimento político-filosófico que, posteriormente, dará ensejo à Revolução Francesa de 1789.

Como afirmado, os iluministas pretendiam – dentre outras coisas – limitar o poder absoluto do monarca, e, para tanto, sufragaram o entendimento de que existiriam direitos inerentes à natureza humana⁵⁹. Como consectário lógico desta pretensão de se conter o poder político do Estado, fazia-se necessário limitar o *jus puniendi*, na medida em que o poder de punir constitui a forma mais violenta de intervenção do Estado na esfera de direitos do cidadão. É neste contexto que surge o embrião dos novos princípios penais que, mais tarde, estariam consagrados irrestritamente pelas legislações de base romana.

Por esta razão, é possível asseverar que o Direito Penal moderno é gestado em bases iluministas, fruto do ideário liberal que culminou na Revolução. A concepção liberal que se desenvolve sob a égide da luta contra o arbítrio punitivo do Estado consagrou a limitação da punibilidade estatal por meio de princípios que deveriam nortear a persecução criminal.

Não se pode deixar de anotar que a intervenção punitiva, até o momento que antecede a eclosão do ideário liberal, foi marcada por uma acentuada crueldade⁶⁰ e pela falta de critérios rígidos de delimitação objetiva de incidência. Esta falta de critérios, por sua vez, conduzia a duas consequências: emprego da força punitiva como instrumento de dominação política⁶¹ e intervenção punitiva pautada em critérios de classe, segregacionistas e excludentes⁶².

A Ilustração, ao pugnar pela observância de limites punitivos ao Estado, objetivou conter abusos e desmandos do poderio absoluto dos monarcas. Como se sabe, a despeito do discurso que orientava o movimento, a Revolução também conviveu com abusos e

⁵⁸ Não se desconhece as acerbas críticas à utilização da expressão gerações para identificar os direitos fundamentais. Neste passo, cabe trazer a lume a doutrina de Ingo Sarlet, para quem: “Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.53).

⁵⁹ Para uma análise mais detida acerca das acepções em que pode ser empregada a expressão jusnaturalismo, DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.40 ss.

⁶⁰ Para uma breve descrição do grau de crueldade das penas, cf. ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p.110.

⁶¹ DAL RI Jr. Arno. *O Estado e seus inimigos*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.106.

desmandos, mormente no decorrer da fase do terror. A intervenção punitiva continuou sendo empregada como instrumento de domínio político⁶³ e as penitenciárias pós-revolucionárias mantinham estruturas similares aos calabouços medievais⁶⁴.

Em que pese a existência de todas estas intempéries, não há dúvidas de que a Revolução consagrou uma série de avanços que consubstanciavam o primado do pensamento iluminista⁶⁵. No contexto destes avanços, emblemática a abolição da escravidão e da pena de morte nos territórios franceses. E, se é verdade que a Revolução não logrou êxito em implementar, em sua integralidade, as bandeiras empunhadas pelos pensadores do “Século das Luzes”, é verdade, também, que a Ilustração lançou as sementes que mais tarde vicejariam, formando o Direito Penal Humanitário – quiçá não menos longe de ser alcançado em sua integralidade.

Os ideais que pautaram a construção deste Direito Penal liberal, no século XVIII foram desenvolvidos pela dogmática penal do século seguinte. Se é verdade que a obra de Beccaria constituiu um passo decisivo na consolidação e sistematização da intervenção punitiva racionalizada, é verdade também que seu festejado opúsculo “Dos delitos e das penas” constitui mais um estandarte, quase panfletário, de defesa das liberdades individuais do que uma obra de doutrina penal; diz respeito a questões mais afetas à Política Criminal do que ao Direito Penal propriamente dito.

O século XIX, contudo, marca o desenvolvimento da dogmática penal de cunho liberal, fruto das concepções iluministas. Neste diapasão, merecem destaque as obras de dois grandes penalistas, representantes deste movimento: Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, com a publicação do seu “Tratado de Direito Penal alemão”, em 1801, e Francesco Carrara, na Itália, cujo “Programa de Direito Criminal”, em 10 volumes, constitui uma extraordinária obra que, em muitos aspectos, constitui referência até os dias atuais.

⁶² RUSCHE Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p.68.

⁶³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.34.

⁶⁴ ANITUA, Gabriel Ignácio. *Ob. cit.*, p.165.

⁶⁵ Uma breve análise do clássico opúsculo de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria (*Dos delitos e das penas*), erigido a estandarte do garantismo penal nascente, àquela época, é um bom indicativo do avanço, na esfera dos direitos fundamentais, que foi produzido com a limitação do poder punitivo do Estado.

A Feuerbach podem ser atribuídas contribuições de relevo para o Direito Penal, como, por exemplo: a) o desenvolvimento dogmático do princípio da legalidade⁶⁶, tão defendido pelos pensadores iluministas do século XVIII; b) a ideia da função de prevenção geral negativa da pena, que deveria servir como instrumento de coação psicológica coletiva⁶⁷; e c) a tutela dos direitos subjetivos, em um momento anterior ao advento da teoria do bem jurídico, pois Birnbaum desenvolve sua tese em 1834.

Na Itália, o grande nome do Direito Penal no século XIX foi, conforme assinalado, Francesco Carrara. Além de jurista, Carrara foi político de convicções liberais, tendo atuado efusivamente na defesa da abolição da pena de morte, na Europa, e participado, na condição de parlamentar, dos debates que culminaram na aprovação do Código italiano de 1889, o Código Zanardelli. Sucessor de Carmignani na cátedra da Universidade de Pisa, Carrara publica o primeiro volume do seu Programa em 1859.

De arraigadas convicções racionalistas e jusnaturalistas – que remontam, como consabido, ao pensamento iluminista que tanto o influenciara – Carrara entendia o crime como um ente jurídico – e não um ente de fato –, pois consistiria na violação de um direito⁶⁸. O crime seria constituído por duas forças: a) a força física, consistente no movimento corpóreo e no resultado produzido pelo crime; b) força moral, que diria respeito à vontade livre e consciente do delinquente⁶⁹.

Conforme se pode constatar, ainda não se havia desenvolvido a estrutura analítica do crime, tampouco ganhado a culpabilidade arroubos de autonomia. Mas já se percebe, de

⁶⁶ Muito embora se atribua a Feuerbach a autoria da expressão latina “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, o autor alemão não a cunhou. A rigor, referida expressão deriva da construção de outras três expressões empregadas por Feuerbach: a) *nulla poena sine lege*; b) *nulla poena sine crimen*. c) *nullum crimen sine poena legali*. Neste sentido, BRANDÃO, Claudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.36-37.

⁶⁷ A rigor, no pensamento de Feuerbach, o princípio da legalidade deriva dessa sua pretensão em analisar a função da pena como instrumento de coação psicológica coletiva. Para cumprir essa missão, a pena precisa da mais ampla divulgação, o que se dá por intermédio da lei. A pena serviria como forma de refrear os instintos sensualistas do ser humano (FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Traducción al castellano de la 14.ª edición alemana: Eugenio R. Zaffaroni y Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hamurabi SRI, 1989, p.60).

⁶⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. Traducción: Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2004, p.29.

⁶⁹ “A força moral do delito, pesquisada em sua *causa* (ou seja, a sua força moral *subjetiva*), é o que constitui o *elemento moral da ação*. Este não se caracteriza senão pelo concurso de quatro requisitos que tenham acompanhado a operação interna, em decorrência da qual o homem procedeu à operação externa. Tais condições são: 1 – o *conhecimento da lei*; 2 – a *previsão dos efeitos*; 3 – a *liberdade de escolha*; 4 – a *vontade de agir*” (CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal. v.1*. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002, p.85).

forma patente, a irrestrita defesa da vontade livre do agente. E é a defesa do livre-arbítrio que irá marcar a principal distinção entre o pensamento de Carrara e os autores italianos identificados com a Escola do positivismo criminológico.

2.3.2. O desenvolvimento da ciência como pilar do positivismo científico.

A ciência surge com a modernidade, e a revolução produzida pelas descobertas de Copérnico e Galileu. Até o século XVI, vigia a ideia de um universo finito, cujo epicentro se encontrava em Deus. Na Grécia Antiga, este centro que fornecia a orientação para o agir humano era a *polis*, mas na Idade Média era a Igreja, que “monopolizava a produção do conhecimento e defenestrava todo e qualquer saber que colidisse com dogmas sacralizados, erigidos a verdades absolutas, universais e atemporais”⁷⁰.

Esta concepção teológica do mundo passar a ser superada com a revolução científica desencadeada a partir do fim da Idade Média, e que encontrará sua mais augusta expressão com as descobertas realizadas por Copérnico, concernentes à visão heliocêntrica – em oposição à visão geocêntrica, que remonta a Ptolomeu. Além da referida revolução científica, outros movimentos contribuíram, naturalmente, para sedimentar a modernidade, tal como a Reforma religiosa, o desenvolvimento das artes, com a Renascença, a redescoberta do humanismo, as grandes Navegações e a invenção da imprensa⁷¹.

E é no século XIX que o desenvolvimento científico alcança seu apogeu. É o século das grandes descobertas e invenções: luz elétrica, embarcações a vapor, aeroplanos, telefone, telégrafo dentre tantas outras criações humanas tornaram o mundo muito menor, e deslumbraram cada vez mais os homens. Revoluções no pensamento, capitaneadas por autores como Charles Darwin, Sigmund Freud e Karl Marx contribuíram sobremodo para conduzir à decadência o pensamento religioso, que, então, passou a ser visto como retrógrado. É neste panorama que Friedrich Nietzsche vai afirmar que Deus está morto⁷².

⁷⁰ ARAÚJO, Fábio Roque. *A ruptura do paradigma cartesiano e alguns dos seus reflexos jurídicos*. Revista Jurídica da Seção Judiciária do Estado da Bahia, v. 09, p. 37, 2009.

⁷¹ ARAÚJO, Fábio Roque. *A ruptura do paradigma cartesiano e alguns dos seus reflexos jurídicos*. Ob. cit., p.37.

⁷² Nietzsche, Friedrich. *Assim falava Zaratustra*. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/zara.pdf>.

O positivismo científico, que encontrará em Augusto Comte seu precursor e mais destacado representante, é fruto deste movimento de exaltação do pensamento científico⁷³ em contraposição ao pensamento religioso, associado à época às razões do obscurantismo em que viviam as pessoas. Curiosamente, o próprio Comte propunha a criação de uma nova religião, a “religião da Humanidade”, que estaria pautada na ciência, e não renderia culto aos santos, mas sim aos grandes expoentes do pensamento científico.

Se é verdade que a religião proposta nunca vingou, não se pode deixar de reconhecer, por outro lado, que o pensamento filosófico de Comte exerceu uma grande influência, sobretudo no campo das ciências sociais do século XIX.

Para Comte, existiriam três Estados pelos quais as pessoas passariam: a) teológico, com crenças de cunho religioso que impediriam ou dificultariam o desenvolvimento; b) metafísico, uma espécie de meio-termo entre o primeiro e o terceiro estágio, em que, se já não se reportam à divindade, as pessoas ainda se socorrem de entes abstratos; c) positivo, em que prepondera o conhecimento científico e sua aplicação prática, como forma de solucionar os problemas.

Os positivistas invocavam o método experimental das ciências naturais como (único) método científico, conferindo-lhe, portanto, aplicação ao campo das ciências sociais. Daí a tão empregada expressão “física social”, para designar a sociologia nascente. Daí, de igual sorte, reiterar-se que a doutrina causal da ação sofreu grande influência do pensamento positivista, em voga na Europa de então.

2.3.3. O positivismo criminológico

A influência do positivismo científico na seara penal acabou dando ensejo à Escola positiva italiana, que encontrou seus grandes representantes nas figuras de Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo.

A Escola Positiva se contrapunha ao que chamavam de Escola Clássica, que encontraria em Carrara um dos seus grandes representantes. A rigor, jamais existiu a

⁷³ Como bem salienta Anitua, o apogeu da cientificidade entra em crise no começo do século XX, quando as descobertas de Einstein e Max Planck vêm a lume. A partir daí, conceitos tidos como verdade imutáveis como tempo e espaço passam a ser questionados e a certeza científica cai por terra (ANITUA, Gabriel Ignácio. *Ob. cit.*, p.301).

chamada Escola Clássica, na medida em que os autores que supostamente a integrariam não alimentavam, em suas doutrinas, semelhanças de relevo sobre qualquer grande temática; demais disso, jamais se identificaram como membros de uma Escola ou de uma mesma linha de pensamento. Em verdade, “Escola Clássica” foi a expressão empregada pelos positivistas – com uma certa conotação pejorativa, vale frisar – a todos os grandes autores que os precederam.

A Escola positiva adotava o paradigma determinista, negava o livre-arbítrio, e propunha a doção do método indutivo, defendendo a observância controlada dos fatos. Os partidários da Escola positiva pretendem uma compreensão do delito que se assente em teses indemonstráveis, ancorados em uma causalidade que derive de um ato de vontade livre e consciente, mas que objetive encontrar todas as causas, na totalidade biológica e psicológica do agente, e na totalidade social em que se encontra inserido⁷⁴.

A primeira obra de expressão que segue essa corrente de pensamento é “*L'uomo delinquente*”, do médico italiano Cesare Lombroso, publicada em 1876. A obra clássica de Enrico Ferri é “*Sociologia criminale*”, publicada em 1900. Em 1905, é a vez de Garofalo publicar seu “*Criminología*”.

A concepção bioantropológica de Lombroso é fruto da eclosão das ideias frenológicas e psicofísicas de sua época, que são transplantadas para a seara penal, por força da crise que começava a se espalhar pelo Direito Penal⁷⁵. Lombroso via o crime como um ente natural, razão pela qual inicia sua obra analisando o delito no mundo zoológico⁷⁶. Este ente natural seria determinado por causas biológicas. Muito embora não abdicasse da observância de fatores psicológicos e sociais⁷⁷, é o determinismo biológico que vai caracterizar a obra de Lombroso.

A tese lombrosiana do criminoso nato desfrutou de muito prestígio, no fim do século XIX, servindo, inclusive, como fundamento para muitas condenações criminais⁷⁸. Ademais, influenciou uma série de autores, não apenas na Europa, mas também na

⁷⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. Traducción: Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2004, p.32.

⁷⁵ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p.298.

⁷⁶ LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Tradução: Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007, p.23.

⁷⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. Traducción: Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2004, p.32.

América. Sobretudo em países latino-americanos, como o Brasil⁷⁹, as teorias lombrosianas estiveram carregadas de fortes impressões racistas⁸⁰.

No Brasil, não há dúvida de que o mais representativo propagador das teses lombrosianas foi o médico maranhense Raimundo Nina Rodrigues, professor da Faculdade de Medicina da Bahia. Grande nome da medicina legal, Nina Rodrigues foi também o precursor da antropologia criminal no Brasil, e sua vasta obra traz temas ligados, direta ou indiretamente, ao Direito Penal. Podem ser destacadas as obras “*As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*” (1894), “*Manual de autópsia médico-legal*” (1901), “*Os africanos no Brasil*” (1932) e “*As coletividades anormais*” (1939).

Muito embora rechaçasse a escravidão – que, ademais, já se havia abolido –, Nina Rodrigues conferia ares de cientificidade aos preconceitos incrustados no senso comum de então, afirmando a inferioridade intelectual e moral do negro⁸¹. Além de Nina Rodrigues, pode ser mencionado, como representantes da antropologia criminal racista latinoamericana, José Ingenieros, fundador da criminologia argentina e autor, nas palavras de Zaffaroni, das mais racistas páginas já escritas na América Latina⁸².

No que se refere, particularmente ao livre-arbítrio, Lombroso dedicou o último trecho de “*O homem delinquente*” a analisá-lo. A conclui asseverando que, nas pessoas sãs, a vontade é livre, mas “os atos são determinados por motivos que contrastam com o bem-

⁷⁸ GOLD, Stephen Jay. *A falsa medida do homem*. Tradução: Valter Siqueira. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p.48.

⁷⁹ Para uma análise desta influência no Brasil, FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

⁸⁰ Muito embora a conotação racista seja mais acentuada nos seus discípulos latino-americanos, a obra de Lombroso não fugiu a esta característica. Nas palavras de Anitua: “Mas Lombroso não era um racista convicto, apesar de haver escrito em 1871, uma obra que indubitavelmente o era – *o homem branco e o homem de cor* –, na qual afirmaria a inferioridade do negro e também dos habitantes do sul da Itália” (ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p.304).

⁸¹ “O critério científico da inferioridade da Raça Negra nada tem de comum com a revoltante exploração que dele fizeram os interesses escravistas dos Norte-americanos. Para a ciência não é esta inferioridade mais do que um fenômeno de ordem perfeitamente natural, produto da marcha desigual do desenvolvimento filogenético da humanidade nas suas diversas divisões ou seções. “Os negros Africanos, ensina Hovelacque são o que são; nem melhores, nem piores do que os brancos; pertencem apenas a uma outra fase de desenvolvimento intelectual e moral.” (NINA RODRIGUES, Raimundo. *Os africanos no Brasil*. Disponível em: http://www.do.ufgd.edu.br/mariojunior/arquivos/RODRIGUES_Os_africanos_no_Brasil.pdf, p.12).

⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. v.I. Bogotá: Temis, 1988, p.150.

estar social”. Tal não se daria naqueles que padecem de demência ou alguma outra patologia, ou, ainda, nos delinquentes natos⁸³.

A obra de Lombroso está, como se percebe, carregada de forte influência do determinismo biológico. Já Enrico Ferri – aluno de Cesare Lombroso e, posteriormente, professor de Direito Penal – procura enaltecer questões relacionadas a fatores econômicos e sociais, e, por isso, é tido como precursor da sociológica criminal.

Para Ferri, a sociologia criminal seria uma “ciência geral sobre a criminalidade”⁸⁴, e teria dois ramos, o biossociológico e o jurídico. Em seu ramo biossociológico, a sociologia criminal estudaria – em conjunto com a antropologia criminal – as causas físicas e sociais do ambiente⁸⁵. No ramo jurídico, a sociologia criminal se dedicaria ao estudo da “defesa social à organização jurídica de prevenção direta (polícia de segurança) e sobretudo a organização jurídica repressiva (crime, pena, juízo, execução) como conjunto de normas legislativas e das suas aplicações interpretativas”⁸⁶.

No que se refere ao livre-arbítrio, Ferri não o nega de todo, mas ressalta que estaria muito limitado, pelas condições físicas ou psíquicas do indivíduo⁸⁷. Sobressai em importância, neste ponto, o fato de que Ferri não rejeita a antropologia criminal lombrosiana; ao revés, Ferri agasalha a classificação dos delinquentes de Lombroso⁸⁸. A nota distintiva do seu pensamento reside, porém, no fato de que, a par das características biológicas do indivíduo, as questões sociais do ambiente em que se insere podem influir sobre o modo na prática criminosa.

Por seu turno, Raffaele Garofalo, professor da Universidade de Nápoles e, posteriormente, senador da Itália, procurou, com seu “*Criminologia*”, estudar o crime – e não o criminoso, como faziam Lombroso e seus seguidores. Garofalo objetivou encontrar

⁸³ LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Tradução: Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007, p.223.

⁸⁴ FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução: Luiz de Lemos D’Oliveira. Campinas: Russell Editores, 2003, p.94.

⁸⁵ FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução: Luiz de Lemos D’Oliveira. Campinas: Russell Editores, 2003, p.94.

⁸⁶ FERRI, Enrico. *Ob. cit.*, p.95.

⁸⁷ “Ou se admite o livre arbítrio, Segundo o qual o ato individual não é senão um *fiat* de uma vontade incondicionada, e então é-se lógico em dizer que o delinqüente pode ser um normal, mas se se nega o livre arbítrio (determinismo) ou mesmo se somente se admite, como atualmente, por todos, que este seja limitado e restrito e influenciado pelas condições fisiopsíquicas do indivíduo e pelas circunstâncias do ambiente, não se pode desconhecer que o fato de reagir com um crime indica uma anormalidade psíquica no indivíduo” (FERRI, Enrico. *Ob. cit.*, p.188).

um conceito material de crime, definindo-o como conduta que viola os mais comezinhos sentimentos de solidariedade social, tais como a probidade e a piedade.

Ao adotarem uma postura determinista, negativa do livre-arbítrio, o pensamento dos partidários da Escola Positiva não poderia se compatibilizar com a retribuição, na imposição da pena. Por isso, a Escola é marcada por uma forte perspectiva prevencionista. Muitos dos simpáticos ao positivismo criminológico, por força disso, sufragaram, de igual sorte, a indeterminabilidade no cumprimento da pena⁸⁹.

A negativa do livre-arbítrio como grande bandeira de contraposição ao que chamavam de Escola Clássica foi a tônica dos discursos positivistas italianos, como se percebe.

2.4. Evolução dogmática da culpabilidade e sua relação com o livre-arbítrio

2.4.1. Teoria psicológica da culpabilidade

O pensamento iluminista lança as bases do que mais tarde se desenvolverá, formando o Direito Penal moderno. O desenvolvimento dogmático do Direito Penal, porém, remonta ao século XIX, e é a partir do final desse século que a culpabilidade começa a ser estudada com mais afinco pela doutrina e, por influência do positivismo científico, firma-se como “categoria lógico-jurídica diferenciada e autônoma, desvinculando-se da ideia de ilicitude”⁹⁰.

Não se deve, porém, imaginar que o desenvolvimento da culpabilidade como categoria autônoma iniciou-se juntamente com este crescimento da dogmática penal. Com efeito, autores que trouxeram valorosas contribuições para a dogmática penal do século

⁸⁸ FERRI, Enrico. *Ob. cit.*, p.231 e ss.

⁸⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. Traducción: Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2004, p.34.

⁹⁰ 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*. Salvador: JusPodivm, 2010, p.117.

XIX e início do século XX, como Feuerbach⁹¹, Merkel⁹² e Binding⁹³ ainda não trabalhavam com esta perspectiva autônoma da culpabilidade.

É no contexto do advento da teoria causal da ação – cujos maiores corifeus foram Franz von Liszt e Ernst von Beling – que a culpabilidade ganha autonomia, passando a figurar como elemento do crime distinto da ilicitude. Fortemente influenciado pelo positivismo científico⁹⁴, o causalismo valia-se de métodos⁹⁵ de investigação próprios das ciências naturais, e encarava a ação sob o ponto de vista de um puro conceito causal-naturalístico⁹⁶. Para essa teoria causal-naturalista, a ação e a antijuridicidade seriam

⁹¹ Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach é apontado por Figueiredo Dias como “um dos fundadores do direito penal moderno” (DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito penal: parte geral, Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p.51).

⁹² “Para Merkel, causalidade e culpabilidade não são coisas distintas, mas sim a culpabilidade é a própria conduta causal digna de imputação, pois a causalidade envolve a produção do fato externo, bem como a atividade das energias espirituais. Assim, embora mantido um sistema de imputação subjetiva, a culpabilidade não constitui uma categoria autônoma e distinta no conceito de delito, que é concebido através de uma estrutura unitária” (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*. Salvador: JusPodivm, 2010, p.117).

⁹³ Conforme Mercedes Pérez Manzano: “A culpabilidade como categoria sistemática da estrutura do delito é obra da dogmática penal – podendo dizer-se que sua elaboração se inicia com Binding e sua obra *Die Normen und ihre Ubertretung*”. No original: “*la culpabilidade como categoria sistemática de la estructura del delito es obra de la Dogmatica penal – pudiendo decirse que comienza su elaboración con Binding y su obra Die Normen und ihre Ubertretung*” (MANZANO, Mercedes Pérez. *Culpabilidade y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1990, p.73). Sobre a obra de Binding, porém, adverte Sebastián Mello: “Com nítido influxo hegeliano, Binding constrói seu conceito de culpabilidade como sendo uma característica do ilícito, tendo como elementos essenciais a vontade e a capacidade de ação” (MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Ob. cit.*, p.118).

⁹⁴ “O positivismo, que tem sido revigorado sob muitas roupagens, pode ser bem identificado na obra clássica de Augusto Comte, que buscava fundamentar seu sistema de organização social (a chamada sociocracia) na revelação de leis identificadas pela sociologia ou física social, e pelo qual o dever ser (norma) resultaria, enfim, da descoberta do ser (natural). O método positivista, denominado de método científico, como bem ressalta Zaffaroni, conduz à consideração do ser humano como objeto causal-biológico, onde o relevante não serão os juízos de valor, senão os movimentos, que podem ser controlados por leis impostas por meio da coerção, que vem a constituir-se na primeira e principal característica do direito. Essa visão positivista, que se reflete nas diversas formulações e variantes, sociais (Bentham), evolucionista (Lombroso, Feri, Garofalo, von Liszt) ou jurídico-formais (Binding, Beling, Manzini, Rocco) é a mesma que informa a categoria psicológica de culpabilidade, para a qual o agente só vale na medida em que se veja envolto no processo de imputação” (TAVARES, Juarez. *Culpabilidade: a incongruência dos métodos*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 6, n.24. São Paulo: RT, 1998, p.146).

⁹⁵ “Por método se entende o caminho para a investigação de um objeto. É, pois, o método, o instrumental que se traduz nos cânones para possibilitar as investigações das evidências apreendidas sobre algum objeto e a consequente formulação de enunciados que tornem o referido objeto conhecido” (BRANDÃO, Claudio. *Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito Penal brasileiro*. *Revista da associação brasileira de professores de ciências penais*. Ano 1. jul-dez. 2004. São Paulo: RT, 2004, p.174).

⁹⁶ “Perante esta multiplicidade de funções que importa cumprir simultaneamente, um puro conceito causal-naturalístico de acção está desde logo fora de questão e dele se pode afirmar já não ser hoje defendido por

elementos externos, objetivos, ao passo que os elementos internos, subjetivos (dolo/culpa) iriam compor a culpabilidade, elemento autônomo na estrutura analítica do crime.

De acordo com Beling, por meio do juízo de valor segundo o qual uma ação é antijurídica, caracteriza-se, com efeito, apenas a fase externa (o comportamento corporal) como contraditória com a ordem jurídica. Ao contrário, o juízo de que alguém agiu “culpavelmente” expressa um juízo valorativo sobre a fase interna (espiritual ou subjetiva) da ação⁹⁷.

Com a teoria psicológica da culpabilidade, portanto, fica muito clara a divisão entre elementos objetivos (exteriores) e subjetivos (internos). O único resquício de elemento subjetivo, presente no tipo, é a voluntariedade do movimento corpóreo que se realiza ou que se deixa de realizar⁹⁸.

Neste diapasão, a contribuição de Beling, com a teoria do tipo, em 1906, é crucial para o desenvolvimento da concepção estratificada do delito. Beling concebe um tipo avalorado, puramente descritivo, incompatível com a atual forma com a qual é apreciado este elemento do crime⁹⁹. Mas com a sua análise em torno desta categoria do delito, consegue desmembrar o crime em seus elementos estruturais, abrindo caminho para as posteriores teorias em derredor do tema.

A expressão *Tatbestand* não foi cunhada por Beling. Em verdade, a expressão era corrente na doutrina alemã do século XIX, tendo sido empregada por autores como Berner, Luden, Kasper, Scharper e Merkel¹⁰⁰. A expressão, porém, era utilizada em sentido diverso, pois abrangia todos os elementos, objetivos e subjetivos, do crime. É a autonomia conferida por Beling ao termo, adstringindo-o a elementos de caráter objetivo, que permite desmembrar a culpabilidade, psicológica, na estrutura analítica do crime.

ninguém”. (DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito penal: parte geral, Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p.253).

⁹⁷ “Por medio del juicio de valor según el cual una acción es “antijurídica”, se caracteriza, en efecto, solamente la fase externa (el comportamiento corporal) como contradictoria con el orden jurídico. Por el contrario, el juicio de que alguien ha actuado “culpablemente” expresa un juicio valorativo sobre la fase interna (espiritual, o “subjetiva”) de la acción” (BELING Ernst von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo*. Tradução: Sebastian Sóler. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002, p.63).

⁹⁸ LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão. v.1*. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e C. Editores, 1899, p.207-208.

⁹⁹ Para uma análise detida sobre o tema, LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris,

¹⁰⁰ LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1987, p.14.

Ainda na esteira das lições de Liszt, a culpabilidade pressupõe a imputabilidade do autor e a imputação do resultado¹⁰¹. A imputabilidade, então, não era considerada elemento da culpabilidade, mas sim um pressuposto para sua existência. A culpabilidade, em si, adstringia-se a elementos puramente psicológicos, a saber, o dolo e a culpa. Assim, uma vez constatada a imputabilidade do agente, partia-se para a análise da presença de um dos elementos anímicos.

Dentre os dois maiores defensores da teoria psicológica há divergências em torno da autonomia da consciência da ilicitude. Franz von Liszt rejeita a referida autonomia, ao passo que Ernst von Beling a acolhe, conferindo-lhe importância¹⁰².

Liszt, influenciado pelos conhecimentos científicos de seu tempo, rechaçava o livre-arbítrio. O autor alemão sempre procurou deixar claro que a voluntariedade a que se referia, quando aludia a ao movimento corpóreo, não se confundiria com a ideia de livre-arbítrio – vinculada de acordo com ele, a ideias metafísicas –, mas sim à ausência de coação mecânica ou psicofísica¹⁰³.

José Hygino Duarte Pereira, tradutor da obra de Liszt, em fins do século XIX, e entusiasta do positivismo penal, ao prefaciá-la, é muito mais enfático ao defenestrar o livre-arbítrio. Para o ex-professor da Faculdade de Direito do Recife, a influência das ciências naturais trouxe uma nova concepção de homem e do universo; após discorrer sobre a obra de positivistas como Ferri, o autor resume seu pensamento a uma máxima trazida por Hobbes: “Não temos a liberdade de querer, mas temos a liberdade de fazer o que queremos”¹⁰⁴.

A teoria causal da ação desfrutou de imenso prestígio, a seu tempo. No Brasil, por exemplo, todos os autores da época aderiram a esta concepção, podendo-se salientar que a literatura jurídico-penal daquele momento histórico não envidou esforços em superar a perspectiva psicológica da culpabilidade. Autores como Nelson Hungria¹⁰⁵, Aníbal

¹⁰¹ LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão. v.1*. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e C. Editores, 1899, p.249-250.

¹⁰² GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. *Direito penal: parte geral. v.2*. São Paulo: RT, 2007, p.547.

¹⁰³ LISZT, Franz von. *Ob. cit.* p.197.

¹⁰⁴ PEREIRA, José Hygino Duarte. *Prefácio do tradutor*. In: LISZT, Franz von. *Ob. cit.* p. LXVIII-LXIX.

¹⁰⁵ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal. v. I, tomo II*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.9.

Bruno¹⁰⁶, Basileu Garcia¹⁰⁷ e Magalhães Noronha¹⁰⁸, dentre outros, foram adeptos da teoria causal da ação.

Como consabido, a teoria psicológica da culpabilidade está no contexto da teoria causal da ação, mas nem todo causalista a ela adere. Isto porque a teoria psicológico-normativa não rompe o modelo causal da ação. De toda sorte, é possível destacar que muitas vozes autorizadas na doutrina nacional aderiram à teoria psicológica da culpabilidade, como Basileu Garcia, Roberto Lyra Filho, Costa e Silva e Galdino Siqueira¹⁰⁹.

Não há como negar a importância da teoria psicológica para a evolução dogmática da culpabilidade. Trata-se do marco inicial para a análise da culpabilidade como elemento autônomo do crime; demais disso, significa relevante passo na abolição dos resquícios de responsabilização objetiva no âmbito penal, pois a culpabilidade, agora elemento do crime, “assinala o limite do que pode ser imputado ao sujeito como obra sua”¹¹⁰.

A despeito da importância da teoria psicológica, suas bases soçobraram, a partir das críticas, cada vez mais acerbadas, que passam a ser assacadas a partir do começo do século XX. Já em 1907, Reinhart Frank publica seu emblemático opúsculo “*Sobre la estructura del concepto de la culpabilidad*”¹¹¹, apresentando reservas à concepção, então dominante, de que a culpabilidade seria constituída por elementos puramente psicológicos.

Com efeito, Frank assevera que além dos referidos elementos psicológicos, existiriam circunstâncias concomitantes¹¹², que se encontram fora do elemento subjetivo, mas poderiam ser utilizadas para atenuar ou excluir a culpabilidade. Conclui Frank que, se estas circunstâncias concomitantes excluem a culpabilidade, devem integrá-la, razão pela qual não se poderia afirmar que a culpabilidade seria exclusivamente psicológica. Esta é a

¹⁰⁶ BRUNO, Anibal. *Direito penal: parte geral, Tomo I*. Atualizado por Raphael Cirigliano Filho. 5.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.183-190.

¹⁰⁷ GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal. v.1, t.2*. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹⁰⁸ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral. v.1*. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.99.

¹⁰⁹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. *Direito penal: parte geral. v.2*. São Paulo: RT, 2007, p.547.

¹¹⁰ No original: “*La culpabilidad, que señala el límite de lo que puede ser imputado al sujeto como su obra (...)*” (SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Atualizador: Guillermo Fierro. Buenos Aires: Tea, 1992, p.277).

¹¹¹ *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, no título original.

¹¹² FRANK, Reinhart. *Sobre la estructura del concepto de la culpabilidad*. 2. Reimp. Buenos Aires: B de F, 2002, p.27.

primeira dentre uma série de ponderações que conduzirá à superação da teoria psicológica da culpabilidade, produzindo a inserção de elementos normativos em seu conteúdo.

Atualmente, dentre as inúmeras críticas apontadas à teoria psicológica, sobressaem em importância: a) não apresentou respostas adequadas à questão da culpa inconsciente e ao estado de necessidade exculpante¹¹³; b) não há como se compatibilizar a teoria com a atual dogmática penal, em que a coação moral irresistível e a obediência hierárquica constituem modalidade de hipóteses de exclusão da culpabilidade; c) o advento da ideia de elementos subjetivos do injusto – inicialmente com Fischer, (1911), posteriormente desenvolvida por Hegler (1914), Mayer (1915) e Mezger¹¹⁴ – demonstra que há elementos subjetivos que não compõem a culpabilidade; d) os inimputáveis podem atuar com um vínculo psicológico em relação ao fato e, ainda assim, não serem culpáveis.

2.4.2. Teoria psicológico-normativa da culpabilidade

2.4.2.1. O neokantismo e sua influência no Direito

Ainda no final do século XIX, o positivismo – que, até então, dominava o pensamento científico – passa a ser criticado com mais veemência. A concepção positivista de que só detinham caráter científico os ramos do conhecimento que adotavam os métodos próprios das ciências da natureza, já não se sustentava, na medida em que crescia, vertiginosamente, a pretensão de se estudar as chamadas “ciências do espírito”. De igual

¹¹³ “Quanto à culpa inconsciente, há a impossibilidade de reconhecimento de um resultado delitivo, a partir do momento em que, por falta de precaução, não há a previsão que se possa delinquir. No estado de necessidade exculpante, embora ausente a culpabilidade, ocorrerá a relação entre o autor e o fato, fundamento da teoria” (CAMARGO, Chaves, A. L. *Culpabilidade e reprovação pessoal*. São Paulo: Sugestões literárias, 1994, p.119).

¹¹⁴ “La teoría de los elementos subjetivos del injusto es, desde el punto de vista histórico-dogmático, reciente (*Lehrb.*, 168-169). H. A. FISCHER ha proporcionado las primeras sugerencias a este respecto (1911). HEGLER, en 1914 (*ZStrW.* 36, p. 19 y sigts.), y M. E. MAYER en su *Lehrbuch* de 1915, han desarrollado el concepto. MEZGER le ha dedicado, en *GerS.*, vol. 89, p. 207 y sigts., y en el *Traeger-Festschrift*, p. 187 y sigts., respectivamente en 1923 y en 1926, una detallada exposición histórico-dogmática y dogmática (MEZGER, Edmund. *Derecho penal: libro de estudio parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p.136).

sorte, neste momento histórico, começa a entrar em declínio o próprio positivismo jurídico, que rechaçava a adoção, pelo Direito, de conceitos que demandassem um juízo de valor¹¹⁵.

É neste contexto que surgem correntes de pensamento que, rechaçando os fundamentos do positivismo, propugnam um retorno às concepções metafísicas. Os dois principais movimentos filosóficos surgidos neste período, e com esta conotação, são o historicismo e o neokantismo. O historicismo, corrente filosófica relativista, concebida por Wilhelm Dilthey, tem por objeto a realidade histórico-social¹¹⁶.

O historicismo objetivou diferenciar as ciências naturais das chamadas ciências do espírito, de acordo com o seu objeto, ao passo que o neokantismo pretendeu diferenciá-las de acordo com o seu método. O neokantismo deu ensejo a duas tendências: a) Escola de Marburgo, capitaneada por Stammler, e constituída, ainda, por autores como Cohen e Notarp; e b) Escola de Baden ou Subocidental alemã, integrada por autores como Windelband, Rickert, Lask, Mayer e Radbruch e Sauer¹¹⁷. Estas duas correntes doutrinárias – e, sobretudo, a segunda – tiveram grande influência e repercussão no âmbito jurídico-penal.

A Escola de Baden promoveu, sobretudo no começo do século XX, a ruptura com o modelo do monismo científico do positivismo naturalista, fundamentando sua linha de

¹¹⁵ “Tal teoria não durou muito tempo no direito penal, aliás o próprio positivismo jurídico, donde decorre a metodologia aplicada por essa corrente (a observação controlada dos fatos), entrou numa crise progressiva, a partir do século XIX. Posto isto, foi por conta da crise do positivismo que a metodologia já referida, que expurgava do direito os conceitos que dependiam de um juízo de valor, por não possuírem as características de generalidade e universalidade, foi rechaçada” (BRANDÃO, Claudio. Posição da culpabilidade na dogmática penal. *Revista de Estudos Criminais. Ano IV – 2004 – n° 16*, p.114).

¹¹⁶ PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 10.ed. São Paulo: RT, 2011, p.100.

¹¹⁷ PRADO, Luiz Régis. *Ob. cit.*, p.100. Sobre a Escola de Marburgo, e, em especial, a doutrina de Stammler, salienta Régis Prado: “Mais extensa e importante para o Direito foi contudo a obra de Stammler, considerado por muitos como o fundador da moderna Filosofia do Direito. A esta última, segundo esse autor, cabe estudar o sistema de formas puras que envolvem as noções jurídicas. Para encontrá-las é indispensável o emprego do método crítico, de origem kantiana, que estabelece uma separação entre forma pura de pensamento (constituída *a priori*) e matéria (substância contingente). Há entre elas uma relação lógica de condicionante e condicionado. A forma pura é a diretriz que condiciona o pensamento jurídico. Só o método formal ordenador tem um valor absoluto e incondicionado. (...). Baseia-se, como se vê, no ideário kantiano do *apriorismo* (Crítica da Razão Pura), desenvolvendo uma espécie de kantismo jurídico (formas absolutas e gerais do ideal político)” (PRADO, Luiz Régis. *Ob. cit.*, p. 101). Ainda sobre a doutrina de Stammler, Menezes Cordeiro, no texto de introdução à edição portuguesa da obra de Cannaris, salienta que seu formalismo tem sido objeto de críticas, tanto por parte da linha de pensamento neo-hegeliana (a que aderem, por exemplo, Binder, Kauffmann e Larenz), quanto por parte do neokantismo da Escola de Baden (CORDEIRO, Menezes A. Introdução. In: CANNARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p.XVII).

pensamento na filosofia dos valores de origem neokantiana¹¹⁸. Na seara jurídico-penal, os conceitos foram preenchidos com as novas referências valorativas, e a culpabilidade passa a ser encarada sob a perspectiva da censurabilidade, reprovabilidade, que é juízo normativo de valoração¹¹⁹.

Para Rickert, não se pode trabalhar à luz da ideia de que o conhecimento consiste na fiel reprodução da realidade, pois o objeto do conhecimento é fruto de um “método do conhecimento no qual estão inseridas as estruturas do pensamento humano”¹²⁰. Com isto, o autor dá ênfase à figura do sujeito cognoscente – e não apenas ao objeto cognoscível – e, em consequência, aos seus valores.

Ainda conforme Rickert, ao lado das chamadas ciências naturais ou exatas existiriam as ciências espirituais ou culturais. Estas ciências distintas teriam, também, métodos distintos, porquanto as primeiras se valeriam do método causal-explicativo, ao passo que as demais se utilizariam do método compreensivo, cuja origem remontaria à obra de Dilthey¹²¹.

Sob a égide deste viés neokantiano, Emil Lask concebe o método da Ciência do Direito referida a valores e fins, de modo que, o que quer que caia no campo do Direito perde seu caráter puramente naturalístico, passando a fazer referência a valores. Esta concepção de Lask, que, obviamente, enquadrava a ciência jurídica no rol das ciências culturais, é ratificada e continuada por Gustav Radbruch. Para Radbruch, o reino dos valores e o mundo dos fatos coexistem paralelamente, e a esta relação entre o ser e o dever-ser, ele chama de dualismo metodológico¹²².

¹¹⁸ A Escola de Baden “pretende retirar o direito do mundo naturalista do ‘ser’, para, como ‘ciência do espírito’, o situar numa *zona intermediária* entre aquele mundo e o do puro ‘dever-ser’, mais rigorosamente, num campo referencial, no mundo das referências da realidade aos valores, do ser ao dever-ser e, logo por aí, no mundo da *axiologia* e dos *sentidos*” (DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito penal: parte geral, Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p.242).

¹¹⁹ CAMARGO, Chaves, A. L. *Culpabilidade e reprovação pessoal*. São Paulo: Sugestões literárias, 1994, p.119.

¹²⁰ 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*. Salvador: JusPodivm, 2010, p.131.

¹²¹ “*Junto a las ciencias naturales o exactas existían, según Rickert también unas ciencias espirituales o culturales. A ambos tipos de ciencias correspondían, además, diversidad de métodos: el método de las ciencias naturales era el causal-explicativo, el de las ciencias culturales, el método comprensivo. El origen de este método comprensivo está en Dilthey con su famosa frase ‘la naturaliza la explicamos, la vida anímica la comprendemos’*” (CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al derecho penal*. 2.ed. Buenos Aires: B de F, 2001, p.177).

¹²² CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al derecho penal*. 2.ed. Buenos Aires: B de F, 2001, p.178.

Sob o influxo deste viés neokantiano, Max Ernst Mayer desenvolve um estudo da culpabilidade à luz de concepções valorativas. De acordo com Mayer, a dignidade do Direito Penal tem como fundamento o reconhecimento da culpabilidade e isto implica que o reconhecimento da culpabilidade tem como fundamento o reconhecimento da dignidade e personalidade individualizadoras do sujeito, frente ao sistema penal, que há de julgá-lo por um ato seu¹²³.

Em resumo, é possível concluir que o modelo neokantiano acabou ensejando uma ruptura significativa com o modelo positivista que o antecederam. Esta mudança de paradigma vai influir na teoria do delito, e, sobretudo, na aferição dos elementos constitutivos da culpabilidade, que abandona sua feição exclusivamente psicológica (dolo/culpa).

Imperioso recordar que o modelo neokantiano não constitui inovação no pensamento jurídico-penal, ao contemplar elementos valorativos. A rigor, antes do apogeu do positivismo científico, mormente em fins do século XIX, autores hegelianos estudavam o Direito Penal à luz de concepções valorativas. É o caso de Christian Reinhold Köstlin, com sua obra “*Neue Revisión der Grundbegriffe des Criminalrechts*”, de 1845. Na mesma esteira, Carmignani, Binding e Merkel¹²⁴.

Conforme salienta Esteban Righi, o modelo de teoria do delito formulado pelos neokantianos diz respeito a uma etapa transitória que, muito embora não tenha ensejado uma mudança radical, gerou inovações ao sistema do positivismo que podem se sintetizar em: “a) a substituição de um método que utilizava a observação e a descrição, por outro baseado na compreensão e valoração, isto é, mais consoante com as ciências do espírito”, e;

¹²³ LOEBENFELDER, Carlos Künsemüller. *Culpabilidad y pena*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001, p.203.

¹²⁴ Neste sentido, afirmou Zaffaroni em seu discurso de aceitação ao Doutorado Honoris Causa, outorgado pela Universidade de Macerata (Itália), em 2002: “*No puede negarse que la llamada teoría normativa fue una reinstalación, porque claros acentos valorativos había en los hegelianos (p. ej. KÖSTLIN, Christian Reinhold, Neue Revisión der Grundbegriffe des Criminalrechts, Tübingen, 1845, p. 131), en CARMIGNANI (cf. SCARANO, Luigi, La non esigibilità nel diritto penale, Napoli, 1948, p. 11), en BINDING (sobre ello, OTTO, Harro, Grundkurz Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, Berlin, 1996, p. 186), en Adolf MERKEL (Derecho Penal, trad. de P. DORADO MONTERO, Madrid, s/d)*” (ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Culpabilidad por la vulnerabilidad*. Disponível em: <http://www.abogadosrosario.com/noticias/leer/306-culpabilidad-por-vulnerabilidad-por-eugenio-zaffaroni.html>. Acesso em: 23/10/2013).

“b) a adoção de um esquema teleológico orientado a obter que o direito penal alcance determinados fins”¹²⁵.

2.4.2.2. Reflexos do neokantismo na culpabilidade

A ruptura com o modelo naturalista do positivismo traz consequências reais à análise da culpabilidade, que deixa de ser analisada sob a perspectiva estritamente psicológica. A inserção de uma concepção valorativa na culpabilidade foi, porém, um processo gradual, analisado por mais de um autor, que, a seu modo, trouxe significativas contribuições para que a teoria psicológica fosse ultrapassada.

Conforme salienta Sebastián Mello, é possível identificar três tipos de normativismo na primeira metade do século: a) tendências etizantes; b) concepções segundo as quais a culpabilidade possui um elemento normativo; c) concepções nas quais a culpabilidade é, em si, normativa¹²⁶. Ainda conforme o autor, as concepções etizantes seriam pioneiras e teriam como principais representantes Max Ernst Mayer e Dohna. Para estes, a culpabilidade seria a contrariedade ao dever eticamente determinado¹²⁷.

Por sua vez, as teorias que atribuem à culpabilidade um caráter normativo em si mesma como culpabilidade jurídica encontram na essência da culpabilidade uma valoração, mas não situam o juízo de valor no suposto de fato da culpabilidade como suposto de fato do juízo de valor. Por fim, a terceira concepção considera que a culpabilidade é constituída – além do elemento psicológico – por dois elementos valorativos, consistentes na exigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência da ilicitude.

Naturalmente, importa, no momento, concentrar as atenções nesta terceira corrente de pensamento, para quem a culpabilidade já não seria constituída, apenas, por elementos psicológicos, mas, também, por elementos valorativos. Neste particular, de fundamental

¹²⁵ No original: “El modelo de teoría del delito formulado por los neokantianos corresponde a una etapa de transición, por lo que si bien no supuso un cambio radical, generó innovaciones al sistema del positivismo que pueden sintetizarse en: 1º) la sustitución de un método que utilizaba la observación y la descripción, por otro basado en la comprensión y la valoración, es decir más acorde con las ciencias del espíritu, y 2º) la adopción de un esquema teleológico orientado a lograr que el derecho penal logre determinados fines” (RIGHI, Esteban. *La culpabilidad en materia penal*. Buenos Aires: AdHoc, 2003, p.80).

¹²⁶ 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*. Salvador: JusPodivm, 2010, p.133.

¹²⁷ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Ob. cit.*, p.133.

importância a obra de Reinhart Frank, “*Sobre a estrutura do conceito de culpabilidade*” (“*Über den Aufbau des Schuldbegriffs*”), de 1907¹²⁸.

Frank procura se debruçar, de forma crítica, sobre a teoria, então majoritária, que via na culpabilidade a relação psíquica com algo determinado ou na possibilidade de uma relação como esta¹²⁹. O autor traz a ideia de “circunstancias concomitantes”, que poderiam diminuir ou, até mesmo, excluir a culpabilidade¹³⁰. Ademais, para Frank, a imputabilidade não pode ser um pressuposto da culpabilidade – entendida como elemento psicológico –, porquanto um doente mental pode agir dolosamente¹³¹.

Por essa incoerência entre a imputabilidade como pressuposto da culpabilidade e a existência de culpabilidade (psicológica) sem ela, Frank concluirá que a imputabilidade não é mero pressuposto, mas elemento constitutivo do conceito de culpabilidade. Com isto, a culpabilidade deixa de ser constituída apenas de elementos psicológicos (dolo/culpa), passando a ser constituída, também, por elementos valorativos, que seriam a imputabilidade e as circunstâncias concomitantes¹³² (circunstâncias normais sob as quais o agente atua¹³³).

Outra grande contribuição para a culpabilidade (psicológico-) normativa pode ser encontrada na obra de James Goldschmidt, mormente em sua obra ‘*La concepcion normativa de la culpabilidad*’ (“*Normativer Schuldbeifrif*”), de 1930. Goldschmidt estabelece a distinção entre norma de dever – que, uma vez lesionada, faz surgir a culpabilidade do autor – e norma de direito, que o ato em si viola. A última é dirigida a uma conduta externa, e pressuposto da antijuridicidade¹³⁴.

Tradutor e prefaciador da obra de Goldschmidt, Ricardo Nuñez salienta que o autor alemão retira da culpabilidade os elementos fáticos, considerando como seus pressupostos a imputabilidade, o dolo ou a culpa e a motivação normal. Assim, a culpabilidade, para a teoria de Goldschmidt, é apenas um juízo de reprovação composto pela exigibilidade

¹²⁸ Sobre a importância da obra de Frank para o desenvolvimento do conceito de culpabilidade, ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Tomo I*. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal Madrid: Civitas, 1997, p.196.

¹²⁹ FRANK, Reinhart. *Sobre la estructura del concepto de la culpabilidad*. 2. Reimp. Buenos Aires: B de F, 2002, p.25.

¹³⁰ Frank menciona alguns exemplos, como a situação econômica desfavorável (FRANK. Reinhart. *Ob. cit.*, p.30).

¹³¹ FRANK. Reinhart. *Ob. cit.*, p.34.

¹³² FRANK. Reinhart. *Ob. cit.*, p.34-35.

¹³³ GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Buenos Aires: B de F, 2002, p.84.

¹³⁴ CAMARGO, Chaves, A. L. *Culpabilidade e reprovação pessoal*. São Paulo: Sugestões literárias, 1994, p.120.

(“dever de motivar-se pela representação do dever indicado na norma de direito”) e da “não motivação pela representação do dever jurídico apesar da exigibilidade”¹³⁵.

Outro trabalho emblemático na construção da concepção psicológico-normativa da culpabilidade é “*Culpabilidad y reproche en el derecho penal*” (“Schuld und Vorwurf im geltend Strafrecht”), publicada em 1922 por Berthold Freudenthal. Este é o único trabalho em que Freudenthal se ocupou da matéria, na medida em que centrou sua produção na seara do Direito Penal juvenil e do Direito penitenciário¹³⁶. Porém, a obra mencionada consolida em definitivo a concepção (psicológico-) normativa da culpabilidade, introduzindo a ideia de exigibilidade como elemento central de uma apreciação valorativa da culpabilidade¹³⁷.

O maior mérito do trabalho de Freudenthal consiste em ter trazido a ideia de uma causa geral de exculpação, vale dizer, uma exculpação supralegal: a inexigibilidade de conduta diversa¹³⁸. De acordo com o próprio Freudenthal, sua teoria não é mais do que a realização do princípio *impossibilium nulla est obligatio* no âmbito da doutrina jurídico-penal do dolo¹³⁹.

Com Freudenthal, a exigibilidade se vincula à ideia de “poder agir de outro modo”, e se torna o verdadeiro fundamento da culpabilidade. Assim, se torna elemento da culpabilidade a exigibilidade de conduta adequada à norma. Mas é possível reiterar que este se torna o verdadeiro fundamento da culpabilidade, na medida em que a inexigibilidade se converte não apenas em causa geral de exculpação, como salientado, mas também em fundamento para as causas legais de exculpação¹⁴⁰.

¹³⁵ “*Goldschmidt descarga a la culpabilidad de sus elementos de hecho, colocando a la imputabilidad, al dolo o a la culpa y a la motivación normal, como presupuestos de la culpabilidad. En su teoría, la culpabilidad es sólo un juicio de reproche que se compone de la ‘exigibilidad’ (deber de motivarse por la representación del deber indicado en la norma de derecho) y de la ‘no motivación por la representación del deber jurídico a pesar de la exigibilidad’*”. NUÑEZ, Ricardo C. Bosquejo de la culpabilidad. In: GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Buenos Aires: B de F, 2002, p.78.

¹³⁶ FERNANDEZ, Gonzalo D. Culpabilidad normativa y exigibilidad. In: FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*. Tradução: José Luiz Guzman Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2003, p.23.

¹³⁷ FERNANDEZ, Gonzalo D. *Ob. cit.*, p.23.

¹³⁸ FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*. Tradução: José Luiz Guzman Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2003, p.88.

¹³⁹ No original: “*Nuestra teoría no es más que la realización del principio impossibilium nulla est obligatio en el ámbito de la doctrina juridicopenal del dolo*”. FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*. Tradução: José Luiz Guzman Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2003, p.98.

¹⁴⁰ MANZANO, Mercedes Pérez. *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1990, p.80.

Subjacente à teoria de Freudenthal, estava a grave situação econômica e social a que estavam submetidas as massas trabalhadoras naquele momento histórico. Tendo em vista esta periclitante situação social, Freudenthal permite, com sua teoria, por exemplo, a absolvição da pessoa que inscrevia as crianças nascidas em dias festivos como nascidas em dias de trabalho, para que seus pais tivessem pago o dia¹⁴¹.

Edmund Mezger já chamava a atenção para o fato de que uma formulação genérica do conceito de não exigibilidade poderia encerrar o perigo de uma justificação excessivamente ampla da ação típica e, justamente por isso, deveria ser evitada. Nessa esteira, o Tribunal do Reich limitava o conceito de não exigibilidade à impunidade do crime de favorecimento pessoal doloso¹⁴².

Com esta crítica à concepção de uma inexigibilidade de conduta diversa como causa geral de exclusão da culpabilidade, Mezger salienta não devem interessar as valorações pessoais do agente, mas sim as valorações objetivas do ordenamento jurídico e da lei. Em consequência, não se poderia falar em uma solução “individualística” do ordenamento jurídico¹⁴³. Seguindo esta linha de pensamento, Sebastián Mello, ao comentar a obra de Mezger destaca que o “pode agir de outro modo” se observa juridicamente, “pois a vida prática e o direito estabelecem determinadas exigências normativas às pessoas que pertencem à comunidade social”¹⁴⁴¹⁴⁵.

¹⁴¹ No original: “*Tras esta teoría estaba la grave situación económica y social que tenían que soportar las masas trabajadoras en aquella época. El mismo Freudenthal no se recata al decir que con su teoría se podía absolver a gente como la comadrona que inscribía los niños nacidos en días de fiesta como nacidos en días laborables, para que sus padres, mineros de la Cuenca del Ruhr, tuvieran un día de asueto pagado*”. (CONDE, Muñoz Francisco. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tempo: estudios sobre el derecho penal en el nacional-socialismo*. 4.ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2003, p.56).

¹⁴² MEZGER, Edmund. *Derecho penal: libro de estudio parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p.73.

¹⁴³ MEZGER, Edmund. *Derecho penal: libro de estudio parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p.72-73.

¹⁴⁴ 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*. Salvador: JusPodivm, 2010, p.149.

¹⁴⁵ A ideia de inexigibilidade de conduta diversa como causa geral da exclusão da culpabilidade vem recebendo variadas críticas da doutrina. Comentando o tema, pondera Figueiredo Dias: “Esta tese, porém, a ser aceite nas suas consequências – independentemente da concepção inaceitável da sua fundamentação numa culpa jurídico-penal como ‘poder agir de outra maneira’ –, poria em causa a eficácia de um direito penal da culpa e seria político-criminalmente insustentável. À sua luz importaria, na verdade, reconhecer que a exigibilidade teria de aferir-se face à valoração individual dos motivos pelo agente e não à sua valoração pela ordem jurídica; como, por outro lado, deveria conduzir à exclusão da culpa (e à consequente absolvição) sempre que a acusação não conseguisse provar que, no momento do facto e perante a *pressão do circunstancialismo exógeno* exercida sobre a psique do agente – porventura dotado de uma fraca capacidade

Em resumo, é possível afirmar que a teoria psicológico-normativa objetivou demonstrar que a culpabilidade não se esgota nos elementos subjetivos (dolo/culpa). Ao revés, o dolo ou a culpa seriam apenas elementos constitutivos da ideia de culpabilidade. Trabalhando à luz de concepções valorativas, os adeptos da teoria psicológico-normativa reconhecem que a imputabilidade pode (e deve) ser encarada como um dos elementos do conceito de culpabilidade¹⁴⁶, e não apenas como um pressuposto, como pretendia a teoria psicológica.

Dos postulados fundamentais do conceito de culpabilidade trabalhado sob a concepção psicológico-normativa, é possível extrair as seguintes conclusões: a) a culpabilidade fundante, frente ao autor, a reprovabilidade da conduta antijurídica; b) são objeto de estudo, dentro da culpabilidade, todos os elementos que a excluem; c) o dolo e a culpa não são formas de culpabilidade, mas elementos que a constituem, que, junto com os demais pressupostos da pena, servem de base ao juízo de reprovação¹⁴⁷.

É necessário que se frise, ainda, que não é correto afirmar-se univocidade nas então nascentes concepções normativistas da culpabilidade. É possível, como se percebe, destacar a existência das discrepâncias conceituais entre os autores e a evolução das construções dogmáticas. Além disso, é importante destacar que, a par das concepções individualizadoras da culpabilidade (Frank, Goldschmidt e Freudenthal), voltadas à concepção de justiça no caso concreto, houve posições generalizantes (particularmente, Eberhard Schmidt), centrada na figura do homem médio¹⁴⁸⁻¹⁴⁹.

de resistência –, este podia ter-lhe resistido e ter-se comportado de acordo com a norma. De um direito penal baseado no princípio de uma culpa assim concebida não poderia mais esperar-se o cumprimento da sua função de proteção subsidiária de bens jurídicos no contexto social” (DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito penal: parte geral, Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra Editora, 2007).

¹⁴⁶ FALCIONI, Maria Beatriz. *Imputabilidade*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1987. p.31

¹⁴⁷ BALESTRA, Carlos Fontán. *Derecho penal: introducción y parte general*. Actualizado por Guillermo A. C. Ledesma. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p.314-315.

¹⁴⁸ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Ob. cit.*, p.147-149.

¹⁴⁹ “Freudenthal representa a corrente individualizadora da exigibilidade, assim como Goldschmidt e seu aluno Tarnowski, mas esta corrente não tem influência posterior, sendo a fórmula mista geral-individual a que ganharia mais adeptos no futuro. Será Wegner que em suas considerações sobre o Projeto Governamental de 1925 falará pela primeira vez do homem médio como medida da inexigibilidade, mas é Ed. Schmidt que desenvolve o conceito que tanta importância terá na teoria normativa”. No original: “*Freudenthal representa la corriente individualizadora de la exigibilidad, así como Goldschmidt (al principio) y su alumno Tarnowski, pero esta corriente no tiene influencia posterior, siendo la fórmula mixta general-individual la que ganaría más adeptos en el futuro. Será Wegner el que en su recensión al Proyecto Gubernamental de 1925 hablará por primera vez del hombre médio como medida de la exigibilidad, aunque será Ed. Schmidt el que desarrolle el concepto que tanta importancia tendrá en la teoría normativa* (MANZANO, Mercedes

2.4.3. Teoria normativa da culpabilidade

2.4.3.1. O advento do finalismo

A teoria finalista da ação é concebida por Hans Welzel como uma resposta ao Direito Penal da vontade, que marca de forma indelével o ideário nazista¹⁵⁰. Trata-se de uma tentativa de retomada dos valores éticos que devem nortear o Direito Penal, que promoverá uma ruptura de paradigma¹⁵¹ na teoria do delito. Não há dúvida, portanto, de que o advento do finalismo – cujas bases são lançadas já na década de 30 do século passado – é fortemente influenciado pelo contexto histórico em que vem a lume o nacional-socialismo na Alemanha.

É verdade que a concepção finalista encontra precursores, nos trabalhos de Hellmuth von Weber (*Grunddriss des tschechoslowakischen Strafrechts*, de 1920 e, sobretudo, *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, de 1935) e de Alexander Graf Zu Dohna (*Der Aufbau der Verbrechenlehre*, de 1936), muito embora deva sua formulação definitiva a Welzel e seus seguidores, como Reinhart Maurach, Werner Niese e Richard Busch¹⁵².

Para Hellmuth Weber, alguns tipos penais são construídos a partir da alteração do mundo exterior, com a realização de todos os elementos que o constituem. Em contrapartida, alguns tipos penais são consumados com a mera verificação do querer do

Pérez. *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1990, p.80-81).

¹⁵⁰ “Ainda que esteja totalmente excluído que a teoria finalista da ação tenha estimulado o nazismo ou engrossado o coro das escolas antiliberais da era nazista, resta incontroverso que a antijuridicidade, como cerne do pensamento penal finalístico, encontrava um correspondente contemporâneo, se bem que distorcido, no ‘Direito penal da vontade’, elaborado pelo pensamento penal nazista” (HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. Tradução: Carlos Eduardo Vasconcelos. In: *Revista brasileira de ciências criminais*. n.6, 1994, p.44).

¹⁵¹ O que enseja, conforme esclarece Khun, “alterações significativas nos critérios que determinam a legitimidade tanto dos problemas como das soluções propostas” (KHUN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução: Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. 9.ed. São Paulo: Perspectiva, 2006, p.144). Ainda conforme o autor, a apreensão de uma de um paradigma pelo cientista enseja a aquisição, ao mesmo tempo, de uma teoria, métodos e padrões científicos distintos. (KHUN, Thomas. *Ob. cit.*, p.144).

¹⁵² LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1987, p.28. Destacando, ainda, a considerável contribuição de Stratenweth, ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Tomo I*. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal Madrid: Civitas, 1997, p.28.

agente, mormente no que se refere à pretensão de almejar uma finalidade específica¹⁵³. Se o dolo (geral ou específico) é indispensável para a caracterização do tipo penal, como quer Weber, já não se pode concebê-lo como integrante do conceito de culpabilidade, como se fazia, até então¹⁵⁴.

No que se refere, especificamente, à culpabilidade, Weber salienta que age de forma culpável aquele que pode se orientar conforme o Direito, mas opta, livremente, por não fazê-lo. Como consectário dessa linha de pensamento, quem não teve a capacidade de agir livremente está isento de qualquer juízo de censura¹⁵⁵. Percebe-se, então, que a ideia de culpabilidade enquanto juízo de censurabilidade, que já se faz presente desde o advento do neokantismo, prossegue, na concepção de Weber.

Por seu turno, Graf zu Dohna define o delito como ação antijurídica e culpável, subsumível a um tipo penal. O tipo penal apresentaria um aspecto objetivo e outro subjetivo. Ao aspecto objetivo, pertenceriam as características do delito que se manifestariam no mundo exterior, ao passo que os aspectos subjetivos estariam presentes no “interior do agente”¹⁵⁶.

A obra de Graf Zu Dohna é marco significativo na ruptura da concepção psicológica – e, portanto, para a compreensão da futura obra de Welzel – com a consequente exclusão do elemento subjetivo da culpabilidade¹⁵⁷. Para tanto, o maior mérito da obra de Dohna reside na distinção levada a cabo entre objeto da valoração e valoração do objeto. Assim, o dolo – destituído da ideia de consciência da ilicitude, já entendida como elemento normativo – integra a conduta típica e ilícita, ou seja, integra o objeto valorado, e não a culpabilidade^{158, 159}.

¹⁵³ LUISI, Luiz. *Ob. cit.* p.28.

¹⁵⁴ “Luego de los trabajos de Wellmuth von Weber y de Hans Welzel en los años treinta el dolo y la culpa ya no forman parte de la culpabilidad sino de la conducta humana adquiriendo la teoría del delito una nueva estructura ubicando al dolo y la imprudencia ya en el tipo del ilícito: la tipicidad subjetiva” (HUAPAYA, Sandro Montes. *El principio de la culpabilidad desde una perspectiva político criminal dentro de un estado de derecho, social y democrático*. In: www.derechopenalonline.com. Acesso em: 17/10/2013).

¹⁵⁵ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Ob. cit.*, p.153-154.

¹⁵⁶ LUISI, Luiz. *Ob. cit.* p.29.

¹⁵⁷ DOHNA, Graf zu Alexander. *La estructura de la teoría del delito*. Traducción de La cuarta edición alemana por Carlos Fontán Balestra co La colaboración de Eduardo Friker. Buenos Aires: Librería El Foro, p.183.

¹⁵⁸ DOHNA, Graf zu Alexander. *Ob. cit.*, p.183. Sobre o tema, e a importância de tal distinção, na doutrina nacional, FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.196.

O que parece estar fora de controvérsia é que o finalismo traz ruptura paradigmática nos alicerces da teoria do delito. Com efeito, já superada a concepção clássica, do naturalismo positivista, que marca o século XIX e espraia significativo influxo no causalismo nascente, o sistema neoclássico, de feição valorativa neokantiana mal chega a conhecer seu apogeu, para, logo depois, soçobrar, ante a exitosa argumentação finalista de então.

A teoria finalista vai haurir seu fundamento filosófico nas teorias ontológico-fenomenológicas, que pretendiam dar ênfase a determinadas concepções estruturais do ser humano e, com isso, convertê-las nos fundamento das ciências humanas (ciências que estariam apartadas, portanto, das chamadas ciências naturais). De acordo com esta concepção, a ação humana deve ser entendida como conceito antropológico, pré-jurídico e transplantada para o centro da teoria geral do delito; com isso, é possível “construir a partir da constituição ontológica da ação um sistema, que é dado previamente ao legislador – de estruturas (denominadas por Welzel) de lógico-reais (ou lógico-objetivas)”¹⁶⁰.

Hans Welzel esboça suas concepções sobre a teoria da ação final, pela primeira vez, em 1930, com o artigo intitulado “Causalidade e ação” (*Kausalität und Handlung*). Muitos autores, sobretudo os críticos de Welzel, reportam-se à filosofia de Nicolai Hartmann como berço das ideias que irão engendrar a teoria finalista da ação, na posterior formulação welzeniana.

¹⁵⁹ “Destaca-se, no finalismo, a distinção sustentada inicialmente por Graf zu Dohna, entre objeto da valoração e valoração do objeto. A culpabilidade entendida como esse juízo de reprovação, pressupõe uma certa vontade ou uma certa conduta, como seu suporte específico. Somente uma vontade (antijurídica) ou uma ação (típica, antijurídica) pode ser culpável, num sentido relevante para o Direito Penal. Assim, uma vontade pode ter uma culpabilidade maior ou menor, mas ela não é, em si mesma, culpabilidade. por isso se estabelece uma clara distinção entre a teoria normativa pura, em que a culpabilidade é uma qualidade valorativa negativa da vontade, das teorias normativas que a precederam, pois a culpa, e, notadamente, o dolo, integravam, em maior ou menor medida, o conceito da culpabilidade” (MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Ob. cit.*, p.159).

¹⁶⁰ ROXIN, Claus. *Ob. cit.*, p.201. No original: “la teoría final de la acción se basa filosóficamente en teorías ontológico-fenomenológicas, que intentaban poner de relieve determinadas leyes estructurales del ser humano y convertirlas en el fundamento de las ciencias que se ocupan del hombre. Para dicha concepción es lógico colocar un concepto básico antropológico y prejurídico como el de la acción humana en el centro de la teoría general del delito y construir a partir de la constitución ontológica de la acción un sistema, que le viene previamente dado al legislador,— de estructuras (denominadas por Welzel) lógico-reales (o lógico-objetivas) (...)”

Em 1944, Engisch chega a afirmar ser Hartmann o “garante” das ideias de Welzel¹⁶¹. Hall se reporta a Hartmann como “maestro filosófico dos finalistas”; Würtenberger assevera que Welzel faz uma recepção acrítica da teoria de Hartmann; Klug considera ser uma “tese clássica do finalismo” que a inclusão do dolo no tipo se origina da ontologia de Hartmann; Oehler vê, na separação entre dolo e culpabilidade, uma aceitação das teorias dos valores de Hartmann¹⁶².

Welzel, todavia, contrapondo-se a estas observações, assevera que desenvolveu a teoria finalista a partir da psicologia do pensamento e, em especial, na obra do filósofo Richard Höningwald. Ademais, Welzel recebeu influência das obras de Karl Bühler, Theodor Erismann, Erich Jaensch, Wilhelm Peters e dos fenomenólogos P. F. Linke e Alexander Pfänder¹⁶³. Além da psicologia do pensamento e da fenomenologia, é possível identificar as origens do finalismo no pensamento aristotélico e na teoria sociológica de Max Weber, em que o objeto que se quer analisar condiciona os resultados do raciocínio científico¹⁶⁴.

A metodologia neokantiana, empregada até então, considera a realidade como um produto de transformação, cujas condições fundamentais estão inseridas na estrutura do pensamento humano¹⁶⁵. Para a perspectiva fenomenológica, porém, o método não pode determinar o objeto do conhecimento, tendo, ao revés, necessariamente, de se regular por ele, “enquanto fragmento ôntico do ser que é proposto à investigação”¹⁶⁶.

¹⁶¹ Sobre as ponderações de Engisch ao finalismo, e, mais particularmente a Stratenweth, destaca Hassemer: “Coube a Engisch, em 1961, no curso de uma polêmica metodológica principalmente com o finalismo, mas também com Stratenwerth, formular a única e decisiva questão: ‘Onde termina a estrutura do Ser e onde se insere o foco da valoração? Quais são os critérios, com base nos quais, nós possamos decidir se e o que, na constatação da ‘natureza pessoal’ do ser humano, deva ser creditado na conta da realidade pré-existente ou na conta da valoração jurídica?’. No entanto, ele acusou Stratenwerth de hesitação no acolhimento de dados ontológicos” (HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. Tradução: Carlos Eduardo Vasconcelos. In: *Revista brasileira de ciências criminais*. n.6, 1994, p.46).

¹⁶² WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducción y notas: José Cerezo Mir. 4.ed. 2º. Reimp. Buenos Aires: B de F, 2004, p.27.

¹⁶³ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducción y notas: José Cerezo Mir. 4.ed. 2º. Reimp. Buenos Aires: B de F, 2004, p.28.

¹⁶⁴ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.72.

¹⁶⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.54.

¹⁶⁶ LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1987, p.39.

A doutrina welzeniana, então, possui um duplo aspecto¹⁶⁷: a) já são fornecidas previamente, ao conhecimento humano e à valoração jurídica, uma realidade que existe de certa maneira, cujos objetos podem ser o conteúdo e o ponto de conexão da regulação jurídica; b) os objetos previamente fornecidos não existem por si mesmos em um âmbito livre de valor e de significação¹⁶⁸.

É a partir destas formulações que Welzel desenvolve sua teoria, apreciando a ação humana como realidade, em um contexto ôntico definido, e que irá ordená-la. Ao analisar a essência da vontade e do comportamento humano – realidades objetivas, na posição de objeto do conhecimento – Welzel e seus seguidores constataam que o querer e o conhecer humano sempre almejam um objetivo, uma meta, uma finalidade¹⁶⁹.

Conforme salientado pelo próprio Welzel, sua pretensão é retomar uma concepção oriunda do pensamento aristotélico, porquanto, desde que escrevera “Ética a Nicômaco”, Aristóteles mostrara a estrutura da ação por meio da finalidade¹⁷⁰. Este pensamento permaneceu incontestado e foi impulsionado no decorrer da Idade Média, mormente com o advento da obra de Tomás de Aquino, tendo sido reconhecido até a obra de Hegel. Apenas no final do século XIX, com o apogeu das ciências naturais e sua forte influência na seara do Direito, passou-se a considerar a ação como processo causal exterior¹⁷¹.

Com esta linha de raciocínio, Hans Welzel desloca o elemento psicológico para dentro da ação humana penalmente relevante, elemento constitutivo do fato típico. Com efeito, a ação humana seria destinada a uma finalidade e esta finalidade seria ilícita (dolo) ou lícita, mas perpetrada mediante a ausência de observância de um dever objetivo de cuidado (culpa).

¹⁶⁷ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Ob. cit.*, p.56.

¹⁶⁸ Vale trazer à baila a ponderação realizada por Andrei Schmidt: “O método fenomenológico de Welzel pretendia estabelecer uma ordem ôntica sobre o qual deveria recair o ordenamento jurídico, de tal forma que o seu próprio conteúdo imanente não poderia ser recusado e afastado pelo direito. Disso não decorre, contudo, que os objetos, aos quais o homem se dirige, existiriam por si mesmos. O *ser* de Welzel, entendido como uma realidade internamente impregnada de valor, existe como objeto da vida humana e do âmbito da atividade em comunidade, possuindo, dessarte, uma significação social como ‘unidade de sentido’ acessível somente ao homem, e não a eventos da natureza abordados como meros processos causais” (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Ob. cit.*, p.56-57).

¹⁶⁹ LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. *Ob. cit.*, p.39.

¹⁷⁰ “Se, pois, para as coisas que fazemos existe um fim que desejamos por ele mesmo e tudo o mais é desejado no interesse desse fim” (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonell Vallandro e Gerd Bornheim, da versão inglesa de W. D. Ross. *Metafísica. Ética a Nicômaco. Poética*. São Paulo: Editor Victor Civita, 1984, p.49).

¹⁷¹ WELZEL, Hans. *Teoría de la acción finalista*. Buenos Aires: Astrea, 1951, p.18-19.

Na formulação finalista, o elemento subjetivo deixa, portanto, de integrar a culpabilidade, passando a ser elemento constitutivo da ação humana penalmente relevante. Não havendo dolo nem culpa, haverá fato atípico, na medida em que não se pode falar em ação típica que não seja dolosa ou culposa. Além disto, a (potencial) consciência da ilicitude deixa de fazer parte do dolo, como se concebia até então, passando a constituir elemento autônomo, no conceito de culpabilidade.

Para que se possa compreender a concepção finalista, é imprescindível que se diga que Welzel confere ênfase à realidade objetiva, isto é, a dados extraídos da realidade, para esmiuçar seu conceito de ação¹⁷². Esta perspectiva de análise afrontava o ideário prevalente, que conferia relevo à representação. Para Welzel, as categorias não são apenas do ser cognoscente, mas da realidade objetiva, como mencionado¹⁷³.

A doutrina finalista da ação também foi, como não poderia deixar de ser, submetida a inúmeras críticas. Nesse sentido, já se disse que o ontologismo welzeniano equivalia ao apriorismo neokantiano. Partidários do finalismo, porém, refutam a crítica formulada, com o argumento de que o apriorismo neokantiano é presumido a partir do conhecimento dos valores de forma absoluta, ao passo que o finalismo recepciona o conhecimento relativo ou possível para o agente¹⁷⁴⁻¹⁷⁵.

A despeito de todas as resistências enfrentadas pela teoria finalista da ação, quando do seu advento, é possível afirmar que foi uma das teorias mais prestigiadas da teoria do

¹⁷² ZAFFARONI, Eugênio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alessandro. *Derecho penal: parte general*. 2.ed. Buenos Aires: EDIAR, 2002, p.404.

¹⁷³ Sobre o tema, dissertando sobre a obra de Welzel, assevera Luisi: “(...) a ordenação da realidade objetiva não é feita pelas formas estruturais da sensibilidade e da inteligência, porque a própria realidade se encontra organizada e regida pelas mesmas categorias. Coincidem, destarte, em sendo iguais, as formas do sujeito cognoscente e as do ser. Intelecto e realidade, no entanto, no ato do conhecimento, se põem frente a frente, por serem distintos o sujeito cognoscente e o objeto. Este é apreendido na sua essência ontológica como algo que existe antes do ato cognitivo. E, como consequência, independentemente do seu conhecimento. Os conceitos, portanto, não criam nem constroem, por via de transformações metodológicas, um objeto, mas constituem uma descrição de estruturas ônticas de um ser preexistente ao conhecimento” (LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Ob. cit., p.38-39). A doutrina finalista é uma “dogmática de orientação preponderantemente ontológica”, mas não significa que não tenha, também, um viés axiológico (PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*. 2.ed. São Paulo: RT, 2006, p.16).

¹⁷⁴ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.73-74.

¹⁷⁵ Para uma análise detalhada das críticas formuladas ao finalismo, ao tempo do seu surgimento, WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução: Luiz Régis Prado. 2.ed., São Paulo: RT, 2009, p.43-50. Atualmente, há inúmeras críticas à concepção finalista, mormente no que concerne à construção de conceitos indemonstráveis. O tema será tratado, com mais vagar, no capítulo atinente às modernas teorias da culpabilidade.

delito, em todo o mundo, no decorrer das últimas décadas. O próprio Welzel procurou reformular alguns aspectos secundários de sua doutrina, como forma de rechaçar alguns argumentos dos seus críticos¹⁷⁶. E mesmo hoje, quando se fala em pós-finalismo, e se questiona até mesmo o futuro das teorias da ação¹⁷⁷, o finalismo ainda é muito prestigiado por grandes estudiosos e autores do Direito Penal, no Brasil¹⁷⁸ e no mundo¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Até mesmo a terminologia da doutrina poderia ser reformulada, na medida em que, conforme salienta Nilo Batista: “Como todos os colegas latino-americanos de minha geração, li a conferência que Welzel pronunciou em 1971, na Universidade de Córdoba. Não quero referir-me a qualquer outra passagem desta conferência (já nos anos setenta eu não acreditava muito numa espécie de “teoria pura do delito”, ideologicamente neutra, e o tempo só fez agravar tal descrença) senão a um pormenor, constante de suas últimas linhas, que me maravilhou. Welzel afirmava que teria sido melhor falar em ação *cibernética* do que em ação *finalista*, argumentando que não o fizera porque Wiener publicou seu trabalho mais de uma década após a formulação do primeiro finalismo: era tarde (BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.7). A obra a que se referiu Welzel na mencionada conferência é “*Cybernetics, ar Control and Communication in the Animal and the Machine*”, de Norbert Wiener, publicada em 1948.

¹⁷⁷ Sobre o tema, afirma Luiz Greco há um crescente desinteresse sobre o conceito de ação. Destaca, ainda, que: “Mesmo fora da Alemanha começa a difundir-se uma atitude similar. É verdade que, na América Latina, o finalismo é uma experiência relativamente recente, o que talvez explique o porquê de ainda ser o conceito de ação um tema um tanto importante entre nós. Isso sem mencionar que renomados penalistas, tanto brasileiros como da língua espanhola, se dizem finalistas. Mas, por outro lado, também aqui o tema começa a dar lugar a outros. Assim é que atores anteriormente finalistas hoje negam ao conceito de ação a importância que outrora lhe atribuíam. Os três mais proeminentes exemplos de ex-finalistas seguramente são, na Espanha, Bacigalupo, que hoje segue um normativismo bem no estilo de Jakobs; na Argentina Zaffaroni, que depois de escrever um útil manual e um tratado de cinco volumes abandonou a centralidade do conceito de ação em favor da recepção de teses de um setor da criminologia; e entre nós, Juarez Tavares, que tentou, em sua refundamentação do conceito de injusto, não fazer uso do conceito de ação” (GRECO, Luis. *Tem futuro o conceito de ação?* In: GRECO, Luis; LOBATO, Danilo (coord.). *Temas de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.150-151).

¹⁷⁸ “Na doutrina brasileira, acatam, em maior ou menor grau, postulados finalistas, entre outros, Carlos Adalmyr Condeixa da Costa; João Mestieri; Heleno Claudio Fragoso; Luiz Luisi; Alberto Silva Franco; Heitor Costa Júnior; Juarez Tavares; Francisco de Assis Toledo; Damásio de Jesus; Júlio Mirabete; Nilo Batista; Juarez Cirino dos Santos; Luiz Régis Prado; José Henrique Pierangeli; César Bitencourt; Luiz Flávio Gomes; Rodrigo Sanchez Rios; Sheila J. Selim de Sales, etc” (PRADO, Luiz Régis. Prefácio. In: WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução: Luiz Régis Prado. 2.ed., São Paulo: RT, 2009, p.19).

¹⁷⁹ Sobre o finalismo, no mundo, destaca Luiz Régis Prado: “Entre seus integrantes europeus, merecem ser destacados, pela contribuição científica e pela influência exercida, entre outros, Reinhart Maurach, Werner Niese, Armin Kaufmann, Günther Stratenwerth, Hans J. Hirsch e José Cerezo Mir. Teve a concepção welzeniana grande ressonância internacional, especialmente na América Latina. Assim, por exemplo, no México (Moisés Moreno Hernández); na Argentina (Eugenio R. Zaffaroni, E. Bacigalupo, Edgardo Alberto Donna); no Peru (Julio Armaza Galdos, José Urquiza Olaechea); e no Chile (Sergio Yañez Pérez, Juan Bustos Ramírez, Enrique Cury; Luiz Cousiño)” (PRADO, Luiz Régis. Prefácio. In: WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução: Luiz Régis Prado. 2.ed., São Paulo: RT, 2009, p.18). Particularmente sobre o centro de estudos de moderna orientação finalista, dirigida por Cerezo Mir, em Zaragoza, destaca o autor: “Filiam-se direta ou indiretamente à referida Escola ilustres penalistas espanhóis, tais como Luís Gracia Martín; José Luis Díez Ripollés; Carlos Maria Romeo Casabona; Juan-Felipe Higuera Guimerá; Miguel Angel Boldova y Pasamar; Maria Cármen Alastuey Dobón; Alicia Gil Gil; Octavio García Pérez; Juan Muñoz Sanchez; Esteban Sola Reche; Juan Manoel Lacruz Lopes Mariano Melendo; Hernandez Plasencia e Alfonso Serrano Maíllo. No Brasil, Luiz Régis Prado” (PRADO, Luiz

É importante que se destaque que, mesmo as teorias normativistas que pretendem a superação da doutrina da ação finalista mantêm muitas das suas construções, tais como a estrutura da teoria jurídica do delito, o conceito pessoal de injusto e o conceito finalista de autor¹⁸⁰. No que se refere, ainda, à influência, no Brasil, do finalismo, é importante destacar que, para além da imensa adesão doutrinária já referida, a legislação nacional agasalhou esta concepção, expressamente, por ocasião da reforma penal, promovida em 1984, na parte geral do Código Penal.

2.4.3.2. A concepção normativa de Welzel

Ao asseverar que a ação humana penalmente relevante é dolosa ou culposa, Welzel desloca o elemento psicológico da culpabilidade para a estrutura do fato típico. Com isto, já não se pode falar em uma teoria da culpabilidade com fundamento no viés psicológico, razão pela qual se emprega, usualmente, a expressão “normativa pura”¹⁸¹, para identificar a culpabilidade sob a égide da teoria finalista.

À vista disso, a teoria finalista foi acusada de promover o esvaziamento da culpabilidade, ou a subjetivação do injusto. A esta crítica, Welzel opunha o argumento no sentido de que o fato de haver transplantado o dolo para a estrutura do injusto não subtraía caráter objetivo do tipo. Ao revés, a doutrina finalista haveria demonstrado a verdadeira feição da culpabilidade, destituída de elementos psíquicos¹⁸².

Para a doutrina finalista, a culpabilidade deve ser identificada com a ideia de reprovabilidade. Trata-se de uma qualidade da ação antijurídica que permite exercer juízo de reprovabilidade sobre seu autor. Welzel trabalha à luz da distinção entre valoração e objeto da valoração ou entre reprovabilidade e ação reprovável. Assim, culpabilidade é a

Régis. Prefácio. In: WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução: Luiz Régis Prado. 2.ed., São Paulo: RT, 2009, p.19).

¹⁸⁰ PRADO, Luiz Régis. Prefácio. In: WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução: Luiz Régis Prado. 2.ed., São Paulo: RT, 2009, p.18.

¹⁸¹ “Muitos autores negam o caráter puramente normativo da culpabilidade finalista (v.g. Cerezo Mir, Hirsch, Stratenwerth). Na verdade, há apenas uma acentuação do aspecto normativo” (PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 10.ed. São Paulo: RT, 2011, p.389).

¹⁸² WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Traducción: Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p.152.

valoración da vontade de acción, enquanto objeto dessa valoración é a vontade antijurídica de acción (e, por ela, toda acción antijurídica)¹⁸³.

Conforme Welzel, esta vontade de acción valorada como culpável é o que se deve comprender por “culpabilidade”. Com isto, se contribui para uma ambigüidade equivocada no conceito da culpabilidade. Culpabilidade, em sentido estrito, conforme Hans Welzel, deve ser “apenas a reprovabilidade, ou seja a qualidade específica do desvalor na vontade de acción. Em sentido mais amplo, culpabilidade significa também a vontade de acción mesma, junto com sua qualidade de desvalor, como totalidade: a vontade culpável (ou seja a acción culpável)”¹⁸⁴.

Como já salientado, foi Alexander Graf zu Dohna quem, por primeiro, destacou a distinción entre valoración (reprovabilidade) e objeto da valoración (dolo), limitando a culpabilidade à valoración do objeto. O mérito da doutrina finalista concebida por Welzel, então, conforme ele próprio, não reside nessa distinción, mas sim em conferir ao dolo seu local adequado na acción típica, o que não havia sido feito por Dohna¹⁸⁵.

Em resumo, culpabilidade é a reprovabilidade da resolución de vontade. Culpabilidade é, portanto, culpabilidade de vontade, e, por isso, apenas aquilo que depende da vontade do homem pode ser-lhe reprovado como culpável. Por isso, suas qualidades e aptidões – ou seja, tudo aquilo que ele “é” – podem ser valiosas ou de escasso valor (conseqüentemente, podem ser também valoradas), mas apenas o que tenha feito delas ou como as tenha empregado – em comparación ao que podia e deveria ter feito delas ou como as tivesse podido e devido empregar – apenas isso pode ser levado em conta como “mérito” ou reprovado como culpabilidade¹⁸⁶.

¹⁸³ WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Traducción: Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p.148-149.

¹⁸⁴ No original: “*Esta voluntad de acción valorada como culpable, es denominada ahora también como ‘culpabilidad’. Con ello se da paso a una ambigüedad equívoca en el concepto de la culpabilidad. Culpabilidad, en sentido estricto, es solamente la reprobabilidad, o sea la calidad específica de desvalor en la voluntad de acción. En el sentido más amplio, ‘culpabilidad’ significa también la voluntad de acción misma, junto con su calidad de desvalor, como totalidad: la voluntad culpable (o sea la acción culpable)*” (WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Traducción: Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p.149).

¹⁸⁵ WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Traducción: Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p.152.

¹⁸⁶ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducción y notas: José Cerezo Mir. 4.ed. 2º. Reimp. Buenos Aires: B de F, 2004, p.126.

Com o advento da doutrina finalista, a culpabilidade passa a se tornar exclusivamente normativa, destituída de elementos volitivos, transplantados para a estrutura da ação típica. A (potencial) consciência da antijuridicidade, outrora considerada elemento subjetivo – integrante do dolo –, é destacada do dolo, permanecendo na estrutura da culpabilidade, como elemento normativo. Assim, a culpabilidade passaria a ser constituída da imputabilidade, potencial consciência da antijuridicidade e exigibilidade de conduta diversa (exigibilidade de conduta adequada à norma).

A imputabilidade¹⁸⁷ seria a capacidade de culpabilidade, umbilicalmente associada à ideia de capacidade de autodeterminação. Esta capacidade de culpabilidade seria constituída de um elemento de conhecimento (intelectual) – a capacidade de compreensão do injusto – e um elemento de vontade (volitivo) – a capacidade de se determinar de acordo com esta compreensão. A ausência de qualquer dos dois elementos deve conduzir ao reconhecimento da inimputabilidade. É o que pode ocorrer nas hipóteses de menoridade ou de agente portador de patologia psíquica¹⁸⁸.

Imputabilidade, assim, seria uma aptidão genérica para a sujeição à pena. Imputável é aquele a quem se pode atribuir a responsabilidade penal. No caso dos portadores de enfermidade mental ou de menores, esta aptidão para o recebimento da reprimenda penal não existiria. Não há, na conduta deles, a reprovabilidade que marca a ação típica e antijurídica dos demais agentes. Não podendo ser submetidos à pena, deveriam se submeter a medidas de outra natureza¹⁸⁹.

No que concerne à consciência potencial da antijuridicidade, o finalismo diferencia este elemento do dolo, como já asseverado. Nestes termos, em sede de culpabilidade seria

¹⁸⁷ Em referência à expressão, na obra de Aristóteles, destacam Luiz Régis Prado e Érika Mendes de Carvalho: “O termo imputabilidade significa em grego *deon tina poiein*, ou seja, fazer recair sobre alguém. O verbo fazer (*poiein*) mantém, portanto, a identidade daquele que age com sentido e imputabilidade (*poietes*). Assim sendo, a imputabilidade tem significação tanto no campo jurídico quanto no político” (In: *Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*. 2.ed. São Paulo: RT, 2006, p.23-24). TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.312.

¹⁸⁸ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción y notas: José Cerezo Mir*. 4.ed. 2º. Reimp. Buenos Aires: B de F, 2004, p.146.

¹⁸⁹ No Brasil, os inimputáveis por doença mental são submetidos às medidas de segurança e os menores às medidas sócio-educativas. No que se refere às medidas de segurança, é necessário destacar que houve muita controvérsia em torno de sua natureza – punitiva ou terapêutica. O STF, por ocasião do julgamento do HC 84.219/SP, rel. Min. Marco Aurélio, entendeu que a medida de segurança é espécie do gênero sanção penal. Com efeito, extrai-se do voto do Min. Sepúlveda Pertence a seguinte afirmação: “ao vedar as penas de

aferida a reprovabilidade pessoal do dolo e dos demais elementos subjetivos do tipo (tais como o elemento subjetivo específico, a especial finalidade no agir). Na culpabilidade, é analisada a reprovabilidade de “todas as circunstâncias externas e internas que tenham influído na decisão concreta no momento concreto”¹⁹⁰.

Quanto à exigibilidade de conduta diversa – que já havia sido desenvolvida pelos adeptos da teoria psicológico-normativa, mormente com a entusiasta defesa de Freudenthal, que viu neste elemento normativo uma possibilidade de se falar em causa geral de exculpação – é aferida como elemento negativo, sobretudo na hipótese em que o agente está submetido a excepcionais situações. Nestas hipóteses, sua conduta não seria dotada da reprovabilidade.

De toda sorte, é imperioso destacar que, na concepção finalista, o livre-arbítrio é fundamental como elemento de legitimação da reprovabilidade. Assim, a conduta do inimputável não é reprovável por lhe faltar a possibilidade de autodeterminação. De igual sorte, não há esta capacidade nas hipóteses em que não há a consciência da antijuridicidade; nas situações de inexigibilidade de conduta diversa, a vontade manifestada pelo agente é viciada, razão pela qual não há como se falar em censurabilidade.

2.4.3.3. O livre-arbítrio na concepção de

Welzel

Franz von Liszt, autor do seu tempo, fora fortemente influenciado pelo naturalismo positivista, e, conseqüentemente, pelo determinismo que marcou o pensamento jurídico-penal, a partir do final do século XIX. Na percepção de Liszt, a culpabilidade não tem relação com a capacidade de poder atuar de outro modo, sendo, isto sim, equivalente à responsabilidade que se tem pelo resultado¹⁹¹. Esta uma das razões pelas quais a teoria psicológica da culpabilidade não conseguia ver a culpabilidade como juízo de

caráter perpétuo, quis a Constituição de 1988 (art. 5º., XLVII, b) se referir às sanções penais e, dentre elas, situam-se as medidas de segurança”.

¹⁹⁰ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción y notas: José Cerezo Mir.* 4.ed. 2º. Reimp. Buenos Aires: B de F, 2004, p.156.

¹⁹¹ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal.* Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz et. al. 3.ed. Lisboa: Veja, 1998, p.67.

reprovabilidade. Ora, se não havia a capacidade de autodeterminação, não se poderia falar na reprovabilidade.

Se é verdade que a perspectiva determinista já perdia espaço desde o advento do neokantismo, é possível afirmar que, com o advento da doutrina finalista da ação, o “poder de agir de outro modo” – pressupondo a liberdade de vontade do autor – é erigido, ao mesmo tempo, a pressuposto e conteúdo material da culpabilidade¹⁹².

É importante referir, consoante as lições de Zaffaroni, que a autodeterminação, a liberdade de vontade, ou o arbítrio não é a liberdade em si, mas um pressuposto da existência, em que se pode alcançar a liberdade. A partir deste ponto de vista, resta claro que a culpabilidade não pressupõe a liberdade do homem – o que seria absurdo – mas apenas sua autodeterminação. A liberdade é um problema é um problema moral e não jurídico em si mesmo, pois o Direito não pode se referir à liberdade, mas a sua possibilidade¹⁹³.

Assim, a autodeterminação, entendida como livre arbítrio ilimitado eliminaria a culpabilidade, na medida em que, em primeiro lugar, a ação humana, assim entendida, careceria de qualquer motivo ou razão; ademais, em segundo lugar se perderia toda a capacidade de imputação, por força da perda de identidade do agente, que iria sendo construída a cada momento¹⁹⁴.

A doutrina final adota a noção de “poder agir de outro modo” de forma ampla. Welzel contrapõe-se, assim, à concepção de Engisch, por exemplo, porquanto ele adstringia

¹⁹² Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito penal: parte geral, Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p.516.

¹⁹³ No original: “*La autodeterminación, la libertad de la voluntad o el arbitrio, no es la libertad misma, sino un presupuesto de la existencia, en la que puede alcanzarse la libertad. Desde este punto de vista resulta claro que la culpabilidad no presupone la libertad del hombre -lo que sería absurd-, sino sólo su autodeterminación. La libertad es un problema moral y no jurídico en sí mismo, puesto que el derecho no puede referirse a la libertad más que como su posibilidad*” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Tratado de derecho penal: parte general*, v. IV. Buenos Aires: EDIAR, 1998, p.41).

¹⁹⁴ A conclusão também é de Zaffaroni. No original: “*La autodeterminación entendida como libre arbitrio o albedrío, ilimitado, eliminaría la culpabilidad, en primer lugar, porque la acción humana así entendida carecería de cualquier motivo o razón, sería un simple "porque sí"; y, además, en segundo lugar, se perdería toda posibilidad de imputación, dada la pérdida de identidad del agente, que se iría "haciendo" a cada momento*”. E complementa o professor argentino: “O indeterminismo, pois, no pode ser entendido antropologicamente senão no sentido de autodeterminação, e jamais como um indeterminismo absoluto, que não é humanamente concebível. A autodeterminação é o que possibilita a motivação na norma”. No original: “*El indetenninismo, pues, no puede ser entendido antropologicamente sino en este sentido de autodeterminación, y jamás como un indeterminismo absoluto, que no es humanamente concebible. La autodeterminación es lo que posibilita la motivación en la norma*” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Tratado de derecho penal: parte general*, v. IV. Buenos Aires: EDIAR, 1998, p.41).

a liberdade de agir de outra maneira ao momento posterior à imposição da pena. Tratava-se, portanto, do “poder agir de outro modo” como capacidade de ser influenciado pela pena¹⁹⁵.

Conforme Welzel, os problemas do livre-arbítrio podem se apresentar sob três aspectos distintos: antropológico, caracteriológico e categorial.

Sob a perspectiva do aspecto antropológico, Welzel inicia por repudiar as concepções normativistas, fortemente influenciadas pelo evolucionismo de Darwin¹⁹⁶, que enraizou o homem no mundo biológico, analisando-o, unicamente, como último elo da espécie dos primatas, e sua inteligência como mera especialização dos instintos animais. Deste modo, entre os instintos animais e a inteligência humana haveria uma linha evolutiva direta¹⁹⁷.

Assim, afastando-se da sociologia naturalista, de matiz darwinista, Welzel recorrer a postulados da zoologia e da psicologia animal para identificar o homem como “ser responsável”, ou, de forma mais precisa, um ser com disposição à responsabilidade. Este seria o critério decisivo apto a conduzir a separação do homem, existencialmente (*homo phänomenon*) – e não apenas normativamente (*homo noumenon*) de todo o mundo animal.

No que tange ao aspecto caracteriológico, Welzel destaca a pluralidade de estratos na estrutura anímica do homem. Desta forma, haveria um estrato profundo, compreendendo os impulsos vitais da conservação da espécie e da autoconservação, as paixões, os desejos, as aspirações anímicas mais elevadas, as inclinações, os interesses procedentes dos instintos

¹⁹⁵ Na versão espanhola: “Para *Engisch*, la ‘libertad’ de poder obrar de outro modo significa sólo la posibilidad de obrar de outro modo después de haber sufrido la penao – con otras palabras – la capacidad de ser influenciado por la pena. Esta posibilidad o capacidad no es puesta aquí en modo alguno en tela de juicio” (WELZEL, Hans. Reflexiones sobre el ‘libre albedrío’. In: *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2004, p.45).

¹⁹⁶ Como consabido, Charles Darwin, médico naturalista britânico, do século XIX, revolucionou o pensamento científico da época ao trazer a ideia de evolução das espécies, por meio da seleção natural. Sua obra mais conhecida é *On the Origin of Species by Means of Natural Selection, or The Preservation of Favoured Races in the Struggle for Life*.

¹⁹⁷ Conforme Welzel, estas concepções têm se mostrado insustentáveis, porquanto filósofos, zoólogos e psicólogos de animais (Storch, Lorenz) salientaram que não há uma maior especialização dos instintos animais, mas, precisamente pelo contrário, uma grande involução das formas inatas de conduta, o pressuposto dos atos livres da inteligência. Na versão em espanhol: “Estas concepciones se han revelado como insostenible. No sólo filósofos sino también zoólogos y psicólogos de animales (Storch, Lorenz) an puesto de manifiesto que no es una mayor diferenciación de los instintos animales, sino ‘precisamente, al contrario, una gran involución de las formas innatas de conducta, el supuesto de los actos libres de la inteligencia’” (WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducción y notas: José Cerezo Mir. 4.ed. 2º. Reimp. Buenos Aires: B de F, 2004, p.135).

que afetam o “Eu”. Sobre esses impulsos do estrato profundo, eleva-se o “Eu mesmo”, como centro regulador que dirige o ser humano conforme a finalidade e o valor¹⁹⁸.

Nesta toada, a função de direção da vontade finalisticamente orientada consistiria na possibilidade de uma nova configuração da vida humana conforme a verdade, na finalidade e no valor, permitindo ao homem a regulação de seus impulsos, “que lhe está confiada de modo responsável após o desaparecimento dos instintos biológicos”¹⁹⁹.

Por fim, sob o aspecto categorial, Welzel observa que a questão não reside no “se”, mas no “como” é possível ao homem libertar-se da pressão causal para a autodeterminação. Em suas considerações acerca do tema, Welzel conclui destacando que o Direito Penal não trabalha à luz de um indeterminismo absoluto, como se apenas a vontade do agente fosse levada em consideração, mas de uma análise antropológica, no sentido de que o homem, como ser “determinado à responsabilidade, está existencialmente em condições de conduzir (conforme os fins) a dependência causal dos impulsos”²⁰⁰.

Para logo se vê que, além das incontáveis contribuições de Welzel e, em particular, da doutrina final da ação, para o estudo do injusto penal, no que concerne particularmente ao estudo da culpabilidade, o finalismo promove uma ruptura paradigmática na doutrina de seu tempo. A estrutura da culpabilidade como terceiro elemento constitutivo da formação analítica do delito permanecerá incólume por muitos anos, alcançando os dias de hoje. O deslocamento do elemento subjetivo para a conduta humana penalmente relevante é considerado um grande avanço, que, atualmente, já não encontra opositores. O desmembramento da potencial consciência da ilicitude do conteúdo do dolo parece indene de dúvidas.

Mas, como mencionado, para além de todas estas notáveis contribuições da doutrina welzeniana, é possível conferir menção especial à questão do livre-arbítrio como fundamento material da culpabilidade. Como se pretende abordar no capítulo subsequente, o “poder de agir de outro modo”, como fundamento material da culpabilidade será

¹⁹⁸ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução: Luiz Régis Prado. 2.ed., São Paulo: RT, 2009, p.104.

¹⁹⁹ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução: Luiz Régis Prado. 2.ed., São Paulo: RT, 2009, p.104, p.106.

²⁰⁰ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução: Luiz Régis Prado. 2.ed., São Paulo: RT, 2009, p.111. Assim, conclui Welzel: “A culpabilidade não é um ato de livre autodeterminação, mas precisamente a falta de uma decisão conforme a finalidade em um sujeito responsável” (WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal. ob. cit.*, p.111).

submetido a uma série de contundentes críticas, sobretudo por força da suposta indemonstrabilidade.

Mas não se pode negar que, após o advento do finalismo, são raras as vozes que passaram a propugnar o retorno ao determinismo, tal como sufragado pelas concepções positivistas que vicejaram no final do século XIX e início do século XX, e que de forma tão flagrante influenciaram a doutrina causal. A afirmação do livre-arbítrio como epicentro da culpabilidade encontra-se inserida no contexto da pretensão welzeniana de retomar o caráter ético do Direito, além de constituir compromisso com um Direito Penal liberal, apartado de uma visão meramente prevencionista de uma intervenção punitiva calcado exclusivamente em medidas de segurança.

CAPÍTULO III

CONCEPÇÕES CONTEMPORÂNEAS DE CULPABILIDADE

3.1. Considerações gerais

A doutrina finalista – que começara a ser esboçada em meados da década de 30 do século passado e alcança sua maturidade após o fim da Segunda Grande Guerra – angariou uma quantidade bastante expressiva de adeptos no mundo inteiro, relegando ao ostracismo a, até então dominante, teoria causal. O ocaso do referencial causal-explicativo do positivismo contribuiu sobremodo para a superação do causalismo.

Aliado a isso, havia, naquele momento histórico, uma premente necessidade de tutela de novos direitos; os horrores vivenciados, sobretudo pela Europa, por ocasião da Guerra, aguçaram a necessidade de se reformular a perspectiva de caráter humanista da intervenção punitiva. Uma limitação racional do poder punitivo, que resguardasse o núcleo essencial de direitos inalienáveis do ser humano estava na pauta de todos os debates internacionais em torno do Direito Penal e das ciências correlatas.

O panorama que se apresentava, então, mantinha-se condizente com o crescimento vertiginoso e avassalador da doutrina finalista da ação, porquanto sua criação e desenvolvimento almejavam, dentre outras coisas, uma acendrada limitação ao arbítrio punitivo do nacional-socialismo. É com essa pretensão de retomar o viés ético-social do Direito Penal que Hans Welzel desenvolve a sua doutrina²⁰¹.

Particularmente no que atine à culpabilidade normativa do finalismo, é possível salientar que, as posteriores críticas ao modelo desenhado por Welzel, praticamente mantiveram incólume a estrutura formal da sua constituição. Por essa razão, praticamente restou consagrada a ideia de culpabilidade como constituída pelos três elementos normativos apontados por Welzel – imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da antijuridicidade.

²⁰¹ BRANDÃO, Claudio. Teorias da conduta do direito penal. *Revista de informação legislativa*. Brasília. 37. n. 148. out/nov 2000, p.91. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/631/r148-05.pdf?sequence=4>.

As críticas, por vezes acerbas, assacadas ao finalismo e, em especial à culpabilidade finalista, mais consistentes – muitas delas, atualmente, em voga – cingem-se ao seu conteúdo material e à questão das dimensões do livre-arbítrio. Não se nega a importância de discussões de outra natureza, tais como a relevância em torno da inexigibilidade, a (des)necessidade de uma apreciação à luz da política criminal, dentre outros pontos de atrito que podem ser suscitados. Mas as discussões em torno do conteúdo material da culpabilidade e a recalcitrância quanto ao livre-arbítrio propugnado por Welzel deram a tônica das grandes questões envolvendo a culpabilidade na fase pós-finalista.

Por certo, não se pode olvidar a importância da discussão em torno da culpabilidade como juízo de reprovação. Neste sentido, os críticos modernos da doutrina de Welzel, ao reconhecerem a conduta humana penalmente relevante como exteriorização da personalidade, rechaçam a incidência do juízo de reprovabilidade, ao argumento de que se poderia malferir a essência do Direito Penal como reprovação da conduta²⁰².

Os críticos e entusiastas do ideário delineado por Welzel trouxeram contributos de grande relevo para a construção da culpabilidade, inserta em um paradigma de Direito Penal racional, cuja primazia há de ser a observância dos direitos fundamentais. Como não poderia deixar de ser, aqui também o conhecimento está em fase de construção, razão pela qual seria absurdo aferir tais teorias com a pretensão de se encontrar o encerramento e a completude das discussões. Imprescindível, porém, uma análise, ainda que objetiva, de tais doutrinas, para que se possa compreender o atual estágio de desenvolvimento do conceito de culpabilidade na dogmática penal.

3.2. A culpabilidade no pós-finalismo welzeniano

3.2.1. Noções gerais

²⁰² “Quando se defende que a culpabilidade deve superar o maniqueísmo de reproche do bem e do mal da conduta, procura-se romper com um método de análise que, de certa forma, serve para afirmar a bondade ou maldade da pessoa, isto, ao submetê-la a um juízo de culpabilidade recheado de valorações ético-morais e, quando não, religiosas, o que acaba deixando de lado a reprovação da conduta propriamente dita” (LOBATO, Danilo. Da evolução dogmática da culpabilidade. In: GRECO, Luis; LOBATO, Danilo (coord.). *Temas de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.311).

O finalismo foi construído por Welzel e alguns dos seus seguidores no decorrer de muitos anos de trabalho. Não foi, portanto, uma teoria concebida com arroubos de completude e imutabilidade desde o seu nascedouro. É possível chegar a essa conclusão quando se percebe que as primeiras formulações de Welzel remontam ao começo da década de 30 do século passado, enquanto as formulações mais rebuscadas – e acatadas – da doutrina final da ação se reportam ao período posterior ao fim da Segunda Grande Guerra.

Conforme já salientado, o próprio Welzel reformulou uma considerável gama de questões atinentes ao finalismo, sobretudo como forma de rechaçar algumas críticas que lhe foram assacadas. Alguns dos seguidores de Welzel também envidaram esforços no sentido de reformular a teoria. No que se refere à culpabilidade, todavia, algumas das mudanças sugeridas colidem frontalmente com os pilares de sustentação da doutrina finalista.

Neste diapasão, Werner Niese “acresce a ‘finalidade como valor’ na culpabilidade e não na ação”²⁰³. Ademais, o autor retoma preceitos básicos que antecedem o advento da teoria normativa pura da culpabilidade, porquanto sufraga a realocação do elemento subjetivo na culpabilidade. Por fim, rechaça a concepção welzeniana de acordo com a qual a consciência da ilicitude estaria desmembrada do dolo. Niese analisa “o dolo como conhecimento pleno da ilicitude e a culpa como potencial conhecimento”²⁰⁴.

Karl Engisch, já em 1944, teceu mordazes críticas à análise finalista dos elementos anímicos da conduta, e, em especial, à culpa. Em síntese, o ponto nevrálgico da crítica cingia-se à ideia de que a ação culposa não é final²⁰⁵. A doutrina de Welzel evoluiu bastante neste ponto, na medida em que, em uma análise primeva, o criador do finalismo reputava que, no crime culposos, avultava em importância o resultado produzido²⁰⁶.

²⁰³ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.83.

²⁰⁴ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Ob. cit.*, p.83.

²⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal: parte general, v. IV*. Buenos Aires: EDIAR, 1998, p.299.

²⁰⁶ “Welzel, em um primeiro momento, admitia que para o conceito de culpa, o que mais se demonstrava fundamental era o resultado causado, compartilhando desta compreensão também Mezger, admitindo ambos a relevância do resultado proibido pela norma, ainda que de modo cego-causal” (COELHO, Yuri Carneiro. *As teorias da conduta no direito penal: o conceito de conduta e sua importância para um direito penal de garantia*. Tese de doutoramento. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, 2010, p.88. Disponível em:

<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/9025/1/YURI%20CARNEIRO%20CO%20C3%8ALHO%20-%20TESE.pdf>. Acesso em 03 de novembro de 2013).

A partir de 1954, Welzel reformula seu entendimento, e vai procurar rebater a formulação de Engisch – e dos outros críticos, pois a questão atinente aos crimes culposos foi considerado o “calcanhar de Aquiles” da doutrina –, sob o argumento de que, nos crimes culposos, também existe ação dirigida a um fim; este fim, todavia, está em conformidade com o Direito, razão pela qual a reprovação da conduta não reside na conduta humana penalmente relevante, mas sim nos meios empregados pelo agente.

Já não é, então, o resultado produzido em desacordo com a norma que possui maior importância, mas sim a forma de produção deste resultado, isto é, os meios empregados mediante a inobservância de um dever de cuidado. Recorrendo ao exemplo clássico de Welzel, a enfermeira que, por equívoco, aplica uma injeção letal no paciente, não realiza a conduta final de matar, mas realiza a conduta final de injetar a substância²⁰⁷.

No que concerne à culpabilidade, Engisch sufraga a tese de acordo com a qual o agente não é culpável em si, mas sim por força do juízo de culpabilidade pronunciado pelo julgador²⁰⁸. Essa questão trazida por Engisch trará muita repercussão no desenvolvimento das doutrinas que sucederiam o pensamento finalista clássico. A discussão em torno do juízo de culpabilidade do autor ou do julgador se torna uma das questões sobre as quais serão travados portentosos e acalorados debates acadêmicos.

Mas as críticas mais contundentes de Engisch à culpabilidade finalista são apresentadas com a publicação de “*Die Lehre von der Willensfreiheit*”, e cingem-se à questão em torno do “poder agir de outro modo”. Conforme Engisch, o “poder agir de outro modo” não pode ser demonstrado empiricamente. Desse modo, a demonstração de que uma causa *A* terá por consequência *B*, pode ser feita, sob o ponto de vista científico, de modo experimental; mas não se teria como demonstrar que uma pessoa concreta, em uma situação real, podia atuar de outra forma, porquanto não seria possível reproduzir a situação, colocando a mesma pessoa na mesma situação²⁰⁹.

Seguidor da concepção finalista, Stratenwerth assevera que é imperioso apreciar o desenvolvimento dogmático da culpabilidade, no pensamento jurídico-penal alemão do

²⁰⁷ WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Traducción: Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p.41.

²⁰⁸ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Ob. cit.*, p.83.

²⁰⁹ MANZANO, Mercedes Pérez. *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1990, p.93.

pós-guerra, sob a égide de dois momentos distintos. Em um primeiro momento, a afirmação da culpabilidade objetiva não apenas servir de reação à concepção causalista, mas também sobrepujar a traumática experiência do regime totalitário nazista²¹⁰.

O segundo estágio de desenvolvimento encontra seu marco com o projeto alternativo do Código Penal alemão de 1966. Conforme o projeto, a pena objetiva a proteção de bens jurídicos e a reinserção social do condenado, rechaçando, com isto, qualquer pretensão retribucionista. A culpabilidade adstringe-se a funcionar como medida – e não fundamento – da pena²¹¹. Ademais, para Stratenwerth, o advento desse segundo estágio possuiria o condão de sepultar as concepções retribucionistas²¹².

Para Arthur Kaufmann, a culpabilidade é um pressuposto necessário para a legitimidade da pena. Para o discípulo de Welzel, não é o modo de ser nem tampouco a maneira concreta de se viver ou o caráter do indivíduo que interessam ao Direito Penal, mas sim o fato por ele praticado²¹³. Kaufmann fundamenta a existência da culpabilidade na liberdade de decisão do ser humano, entendida como uma realidade. Esta liberdade seria, portanto, um dado antropológico, constatável²¹⁴.

²¹⁰ LOEBENFELDER, Carlos Künsemüller. *Culpabilidad y pena*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001, p.48.

²¹¹ LOEBENFELDER, Carlos Künsemüller. *Culpabilidad y pena*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001, p.50. Ainda sobre a questão da pena, no projeto alternativo, prossegue o autor afirmando que uma frase ali contida acabou se tornando um estandarte antirretribucionista. Referia-se ao trecho do projeto de acordo com o qual a pena “no es parte de un proceso metafísico, sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como los hombres” (LOEBENFELDER, Carlos Künsemüller. *Ob. cit.*, p.50). Sobre essa relação entre a culpabilidade e perspectiva prevencionista, RIGHI, Esteban. *La culpabilidad en materia penal*. Buenos Aires: AdHoc, 2003, p.69.

²¹² LOEBENFELDER, Carlos Künsemüller. *Ob. cit.*, p.50. Obviamente, não se pode negar que a afirmação deve ser aferida *cum granu salis*, sobretudo por força do advento das teorias unificadoras e do neo-retribucionismo. No que se refere ao neo-retribucionismo, encontra seu nascedouro vinculado à obra de Andrew von Hirsch, norte-americano de origem alemã, cuja obra mais representativa é “*Dong justice: the choice of punishment*” (CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Tradução: Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.272). Dentre os retribucionistas clássicos, avulta em importância as obras de Kant e Hegel. Para o primeiro, não se poderia conceber a perspectiva preventiva, pois isso faria com que o ser humano deixasse de ser visto como um fim, para ser visto como meio para alcançar um outro bem, seja em favor da sociedade, seja em favor dele mesmo (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução: Edson Bini. Bauru: EdPro, 2003, p.174-175). Por sua vez, Hegel possui uma concepção retributiva cuja maior preocupação é a manutenção da higidez do sistema normativo. Nesse sentido, a pena seria a reafirmação do Direito, que teria sido negado pelo crime (HEGEL, G. W. F. *Filosofia del derecho*. Tradução: Angélica Mendonza de Montero. Buenos Aires: Editorial Claridad, 1968, p.109).

²¹³ LOEBENFELDER, Carlos Künsemüller. *Ob. cit.*, p.220.

²¹⁴ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Ob. cit.*, p.84. Conforme o autor, ao comentar a obra de Kaufmann: “Acerca do princípio da culpabilidade, afirmava ser um pilar do universo moral, uma lei natural, e por isso goza de vigência. Para ele, o exercício da liberdade moral não consiste em negar a determinação causal, senão uma determinação superior. Isto é, assinala um fator determinante próprio e de especial natureza. É um fator

3.2.2. A culpabilidade como atribuíbilidade: Maurach

Reinhart Maurach, sucessor de Edmund Mezger na cátedra de Munich e discípulo de Hans Welzel, manifestou certa preocupação em relação ao conteúdo da culpabilidade desenhado pela doutrina final da ação, mormente no que concerne à impossibilidade de configurar-se como juízo de reprovabilidade pessoal. Para o autor alemão, tal se daria em especial pela forma como analisada a inexigibilidade de conduta diversa, vale dizer, sob uma perspectiva generalizante, não individualizada²¹⁵.

Seguindo a linha de raciocínio desenvolvida por Maurach, se a inexigibilidade de conduta diversa, diante deste caráter genérico que lhe é imanente, não consegue atender aos anseios de um juízo de reprovação pessoal, seria necessário reconstruir a culpabilidade, ou, até mesmo, substituí-la. Pois é o que Maurach propôs, sustentando a adoção do conceito de atribuíbilidade (*Zurechenbarkeit*), entendido como possibilidade de atribuição de responsabilidade²¹⁶.

Com suas construções, Maurach não pretendeu, de forma alguma, romper com os pilares da culpabilidade finalista, calcada na ablação dos elementos anímicos, que são transplantados para a ação. Mas essa reconstrução da culpabilidade com a incidência da ideia de atribuíbilidade destoa da concepção welzeniana de forma flagrante²¹⁷.

Consoante lições de Claus Roxin, foi a dificuldade encontrada por Maurach em reduzir as hipóteses de exclusão da culpabilidade a um fundamento material comum que o conduziu a promover o desdobramento da atribuíbilidade em dois graus: a

determinante e que não advém da estrutura causal do mundo, mas sim de sua estrutura lógica” (MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Ob. cit.*, p.84).

²¹⁵ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p.541.

²¹⁶ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p.541. Relewa notar, porém, que o autor emprega a expressão “atributividade”, e não “atribuíbilidade”. Empregando a expressão “atribuíbilidade”, como aqui se faz, TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. 5.ed.São Paulo: Saraiva, 2008, 312. Para o autor, porém, a expressão seria sinônimo de “imputabilidade”, elemento constitutivo da culpabilidade; não se adota, então, a conotação conferida por Maurach, em que a atribuíbilidade seria elemento distinto da culpabilidade. Adotando a expressão “atribuíbilidade”, ao comentar a obra de Maurach, MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.90.

²¹⁷ ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Traducción: Francisco Muñoz Conde. Madrid, Reus, 1981, p.58.

“responsabilidade pelo fato” e a “culpabilidade”²¹⁸. Assim, a atribuíbilidade – e não a culpabilidade – seria a base de valoração sobre o agente que pratica a ação típica e antijurídica, por não se haver comportado conforme o Direito. Dessa atribuíbilidade é que surgiriam os dois elementos apresentados acima.

Conforme Maurach, a culpabilidade é reduzida ao “poder agir de outro modo” (de cunho generalizante), e seu pressuposto seria o livre-arbítrio. As demais hipóteses em que se falaria em exclusão da culpabilidade, são analisadas por Maurach, mas inseridas em um patamar específico do delito, que seria anterior à culpabilidade: responsabilidade pelo fato. Por sua vez, a imputabilidade e a potencial consciência da antijuridicidade seriam pressupostos – e não elementos constitutivos – da culpabilidade²¹⁹.

Como visto, muito embora Maurach mantenha-se ligado à concepção normativa da culpabilidade, é o único autor, dentre aqueles que aderem ao finalismo, que propõe uma alteração significativa na estrutura do delito. Sua doutrina foi adotada por autores consagrados, a exemplo de Armin Kaufmann, Arthur Kaufmann e Jiménez de Asúa²²⁰. Mas, a doutrina de Maurach não vingou, porquanto, como é cediço, a estrutura analítica tripartida do delito – em que a culpabilidade é elemento constitutivo – ainda se encontra em voga, como doutrina majoritária, seja no Brasil, seja no estrangeiro.

Maurach desenvolveu sua teoria sob o influxo da pretensão de alijar a culpabilidade de um Direito Penal do autor²²¹. Neste sentido, a tipicidade e a antijuridicidade estariam correlacionadas ao fato, ao passo que a culpabilidade consagraria o Direito Penal do autor, ao referir ao agente o seu ato²²².

Quintano Ripollés, ao se debruçar sobre a construção da atribuíbilidade na obra de Maurach, vai rechaçar essa doutrina, ao argumento de que o professor alemão considera a

²¹⁸ ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Traducción: Francisco Muñoz Conde. Madrid, Reus, 1981, p.68-69.

²¹⁹ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.91.

²²⁰ “En principio cabe estimar que dicha doctrina sólo ha recibido aceptación por parte de Armin Kaufmann, Arthur Kaufmann, Jiménez de Asúa y pocos autores más; naturalmente, dejando aparte los propios discípulos directos de Maurach” (SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. Introducción. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema moderno del derecho penal – cuestiones fundamentales: estudios en honor de Claus Roxin en su 50º Aniversario*. Traducción: Jesús-Maria Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991, p.13).

²²¹ Também por essa razão, Maurach rechaça as concepções de “culpabilidade de caráter”, “culpabilidade de autor” ou “culpabilidade pela decisão da vida” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal: parte general*, v. IV. Buenos Aires: EDIAR, 1998, p.58).

culpabilidade como um segundo e superior grau de imputabilidade; a partir deste conceito e do de responsabilidade, para admitir o que é chamado, paradoxalmente, de injusto não culpável. Para Ripollés, isto é apenas uma antijuridicidade objetiva, consequência da separação imoderada entre responsabilidade do ato e do autor, sustentáculo da doutrina pessoal de Maurach²²³.

Roxin enaltece alguns pontos da doutrina de Maurach. Inicia por reconhecer que Maurach adiciona a “responsabilidade pelo fato” entre a antijuridicidade e a culpabilidade; essa responsabilidade pelo fato seria uma categoria própria, acrescida à estrutura analítica do delito, e que conteria causas específicas de exclusão, tais como o estado de necessidade exculpante e o excesso na legítima defesa²²⁴.

Para Roxin, as premissas de que partem Maurach e seus seguidores estão corretas, porquanto no estado de necessidade exculpante e no excesso na legítima defesa, a isenção da pena não se fundamenta em considerações em torno da culpabilidade, mas sim na constatação de que a reprimenda penal se torna despicienda. Tratar-se-ia de exclusão da responsabilidade jurídico-penal, e não da culpabilidade. Roxin afasta-se da linha de pensamento de Maurach, todavia, por não reconhecer na responsabilidade um elemento prévio da culpabilidade²²⁵.

Demais disso, a doutrina de Reinhart Maurach não permaneceu imune às críticas – já existentes àquela época – referentes à impossibilidade de se demonstrar o “poder agir de outro modo”. Não se trata, nesse ponto, de crítica específica à doutrina de Maurach, como se percebe, mas sim uma crítica ao desenvolvimento de uma concepção por ele assimilada.

3.2.3. Culpabilidade como atitude interna juridicamente desaprovada

Wilhelm Gallas inaugura a doutrina da culpabilidade como atitude interna juridicamente desaprovada, que mais tarde será encampada por Hans-Heinrich Jescheck.

²²² RIPOLLÉS, Antônio Quintano. *Hacia una posible concepción unitaria jurídico-penal de la culpabilidad*. ADPCP. Tomo XII, Fascículo III, 1959, p.493.

²²³ RIPOLLÉS, Antônio Quintano. *Hacia una posible concepción unitaria jurídico-penal de la culpabilidad*. ADPCP. Tomo XII, Fascículo III, 1959, 493-494.

²²⁴ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Tomo I*. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal Madrid: Civitas, 1997, p.815.

Essa atitude a que se refere a doutrina derivaria da livre autodeterminação de uma atitude reprovável²²⁶.

Para chegar a suas conclusões em torno da culpabilidade, Gallas inicia por apreciar o estágio de desenvolvimento da doutrina penal de seu tempo, destacando que o pensamento dominante derivava de uma fusão entre alguns conceitos finalistas e de conquistas irrenunciáveis a que se havia chegado no estágio que precedeu a doutrina final da ação. Assim, o método do Direito Penal integraria conclusões dedutivas e indutivas, além de pressupor a interação entre concepções ontológicas e valorativas²²⁷.

A partir de tais constatações, Gallas conclui que a teoria dominante de seu tempo acolhia uma série de conclusões do finalismo, tais como a distinção entre erro de tipo e erro de proibição, a integração do dolo no tipo, a equiparação do desvalor da ação e desvalor do resultado no injusto penal, a doutrina do domínio do fato e a normatização da culpabilidade, livre da presença do elemento psíquico²²⁸.

Para Gallas, porém, tais conclusões estão fundadas em razões distintas daquelas empregadas pelo finalismo. É por isso que defende a ideia de que o dolo é deslocado para o interior do tipo, não por questões de cunho ontológico, mas sim valorativo²²⁹. Com estas reflexões, Gallas lança as bases da sua teoria da dupla posição do dolo²³⁰. Conforme o entendimento do autor, o dolo seria elemento do tipo de injusto, mas também da culpabilidade, como “expressão de uma atitude defeituosa do autor”²³¹.

No que se refere à culpabilidade e, em especial, à liberdade de decisão, no pensamento de Gallas, ela se mostra “irrenunciável de nossa cultura social, ainda que não

²²⁵ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Tomo I*. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal Madrid: Civitas, 1997, p.816. No tópico destinado à culpabilidade roxiniana, o tema será desenvolvido com maior minúcia.

²²⁶ JESCHECK, Hans Heinrich, Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidade en Alemania y Austria. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.n.5,2003, p.1-19. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es-recpc>>. Acesso em: out/2010.

²²⁷ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. Introducción. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema modern del derecho penal – cuestiones fundamentales: estudios en honor de Claus Roxin en su 50º. Aniversario*. Traducción: Jesús-Maria Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991, p.14.

²²⁸ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. Introducción. *Ob. cit.* p.14.

²²⁹ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. Introducción. *Ob. cit.* p.14.

²³⁰ “Esta concepção da dupla posição (ou melhor, da dupla valoração do dolo e da culpa dentro fato punível), lembra Jescheck, vai ganhando terreno e cita como adeptos dela, Gallas, Cramer, Eser, Lackner, Lampe, Roxin, Schönke-Schröder, Lenckner, Rudolphi e Wessels” (GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. *Direito penal: parte geral. v.2*. São Paulo: RT, 2007, p.563).

²³¹ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. Introducción. *Ob. cit.* p.15.

afirme que a mesma seja empiricamente demonstrável”²³². A alegada impossibilidade de demonstração do “poder agir de outro modo”, enfatizada com veemência na obra de Engisch e inúmeros outros autores, possui importância assaz reduzida nessa doutrina, portanto.

Para além da teoria de Gallas, é importante assinalar que as ponderações em relação a uma suposta impossibilidade de demonstração do “poder agir de outro modo” no caso concreto (já apresentadas por Engisch, como visto), conduziram a uma maior relevância do paradigma do “homem médio”²³³, que já era empregado por Eberhard Schmidt. Trata-se de uma ficção ainda recorrente em alguns setores da doutrina, em que se adota como parâmetro o cidadão comum, ente dotado de características ordinárias. O “homem médio” seria, a guisa de exemplo, a pessoa sem grandes aptidões intelectuais, mas que, ao mesmo tempo, não teria nenhuma deficiência cognitiva de relevo.

Conforme salienta Sebastián Mello, no pós finalismo, os autores que mais se destacaram na defesa do homem médio foram Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend e Johannes Wessels, para quem as concepções de culpabilidade estariam assentadas em três aspectos: a) o fundamento da culpabilidade estaria ligado à atitude interna juridicamente desaprovada, conforme doutrina propugnada por Gallas; b) subsistência do livre-arbítrio; c) diante da ausência, em concreto, de parâmetro para aferir a ausência de atitude interna favorável à norma, deve-se recorrer à figura do homem médio²³⁴.

Jescheck, debruçando-se sobre questão similar àquela enfrentada por Gallas, a atitude interna favorável ao Direito é qualidade do cidadão que se mostra imprescindível para a afirmação da ordem social. Não seria toda a ausência de atitude jurídica interna que constituiria a culpabilidade. Seria necessário, ao revés, haver uma atitude jurídica internamente desaprovada, o que dependeria do valor dos motivos que poderiam concorrer na formação da vontade²³⁵. No que se refere ao “poder agir de outro modo”,

²³² MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.84.

²³³ SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema modern del derecho penal – cuestiones fundamentales: estudios en honor de Claus Roxin en su 50º Aniversario*. Traducción: Jesús-Maria Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991, p.153.

²³⁴ 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*. Salvador: JusPodivm, 2010, p.208.

²³⁵ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.85.

independentemente de sua indemonstrabilidade, constituiria uma realidade da consciência social e humana. Não sem razão, Figueiredo Dias alude à doutrina de Jescheck, ressaltando que a culpabilidade jurídico-penal é culpabilidade social²³⁶.

Mais recentemente, também Schmidhäuser aproximou-se dessa concepção, na medida em que considera a culpabilidade como atitude interna antijurídica. O autor, porém, procura suprimir a ideia de o indivíduo poder agir de outro modo, ao passo em que almeja determinar o conteúdo da atitude interna antijurídica. Conforme salientado por Roxin, para Schmidhäuser, a culpabilidade é o comportamento espiritual lesivo de um bem jurídico²³⁷.

3.2.4. A culpabilidade no finalismo atual

Não se pode perder de vista que o finalismo – que fez soçobrar a doutrina causalista, sendo alçado à hegemonia na dogmática penal, sobretudo após o fim da II Grande Guerra – tem sido solapado pelas críticas cada vez mais mordazes, advindas, em especial, das concepções funcionalistas. No que se refere à culpabilidade, como se procurou mencionar, as principais críticas dirigem-se ao seu fundamento material, na medida em que se alega ser indemonstrável o “poder de agir de outro modo”.

A despeito deste quadro hostil à hegemonia finalista, a Europa tem assistido, de igual sorte, o crescimento da resistência dogmática por parte daqueles que se filiam à corrente de pensamento capitaneada por Hans Welzel. Dentre outros representantes deste movimento de resistência, pode-se destacar Cerezo Mir, na Espanha, e Hans-Joachim Hirsch, na Alemanha. Sem abdicar das premissas fundantes do pensamento de Welzel, os finalistas de hoje acrescem algumas reflexões, que respeitam diretamente à culpabilidade.

Cerezo Mir, reportando-se ao conceito de ação, sustenta uma postura de cunho mais axiológico do que ontológico. Sobre o tema, menciona que as correntes de pensamento refratárias ao finalismo apresentam um viés exagerado dos condicionamentos ontológicos da doutrina final da ação, rechaçando as opiniões divergentes, dentro do próprio finalismo²³⁸. A estrutura da ação humana e da culpabilidade, para a doutrina finalista,

²³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito penal: parte geral, Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p.519.

²³⁷ ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Tradução: Francesco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981, p.65.

²³⁸ MIR, Cerezo. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. *Ciências penais*. 0, 2004, p.10 e ss.

vinculam apenas o legislador “no caso de querer-se vincular a ação ou a culpabilidade a uma consequência jurídica”²³⁹. Apenas neste caso seria necessário respeitar a estrutura logico-objetiva.

Em resumo, Cerezo Mir, sem prescindir das premissas estruturais da doutrina finalista, acresce às concepções originais uma vertente axiológica, em que se busca a fundamentação material do poder punitivo nas bases do Estado Democrático de Direito, consagrado na Constituição. É neste diapasão que procura desenvolver a ideia do ser humano como pessoa, à luz de um critério axiológico²⁴⁰⁻²⁴¹.

Cerezo Mir, escudado no pensamento de Henkel, afirma que o “poder de agir de outro modo” pode ser demonstrado empiricamente. Nesse sentido, a moderna antropologia seria capaz de compreender o homem como ser capaz de autodeterminação conforme sentido²⁴². O professor espanhol rechaça outro fundamento material para a culpabilidade. Ao livre-arbítrio – materializado no “poder de agir de outro modo” – porém, acresce concepções normativas e axiológicas. Com efeito, vale reiterar que Cerezo Mir enxerga o homem à luz de concepções axiológicas, o que influi, sobretudo, na estrutura da culpabilidade, que é juízo de reprovação pessoal.

Por outras palavras, o conceito material de culpabilidade em Cerezo Mir é empírico-normativo, conformado à Constituição. A ideia de culpabilidade refere-se ao homem, e o homem é constitucionalmente delineado como ser responsável e com capacidade de autodeterminação, de acordo com critérios valorativos. Trata-se, portanto, de conceito normativo, e não metafísico, dirigido ao homem, que há de ser o fim da atividade estatal²⁴³.

²³⁹ MIR, Cerezo. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. *Ciências penais. 0, 2004*, p.10 e ss.

²⁴⁰ Em sentido similar, Sebastian Mello reconhece a liberdade como conceito valorativo, que deve ser entendido à luz da perspectiva de homem prevista na Constituição. Para o autor, o fundamento material da culpabilidade deve estar inserido em um contexto de respeito máximo à dignidade humana. À ideia de liberdade, deveria ser acrescida a noção de igualdade. Nas suas palavras: “O homem será culpável, não apenas porque livre, mas também porque igual” (MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Ob. cit.*, p.413).

²⁴¹ “Se as estruturas lógico-objetivas assinaladas por Welzel são perceptíveis e apresentam-se como essenciais a partir da concepção do ser humano como pessoa, como ser responsável, os conceitos correspondentes não serão, em rigor, puramente ontológicos, mas terão um componente normativo. Na realidade, já se está diante da busca de um equilíbrio entre elementos ontológicos e normativos. Isso se vê, claramente, no conceito finalista de ação e de omissão” (MIR, Cerezo. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. *Ciências penais. 0, 2004*, p.10 e ss).

²⁴² MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Ob. cit.*, p.312.

²⁴³ PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 10.ed. São Paulo: RT, 2011, p.394. Luiz Régis Prado, seguidor brasileiro da concepção empírico-normativa, defendida por Cerezo Mir, salienta: “trata-se de alicerçar em termos substanciais, a culpabilidade no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, considerando-a como ser livre e responsável, valores imanentes à sociedade democrática” (PRADO, Luiz

Hans Joachim Hirsch, sob outro prisma, não afirma a possibilidade de constatação empírica do livre-arbítrio. Contudo, assevera que o Direito deve servir ao homem e, por isso, não pode prescindir da visão que o homem tem de si; deve, ao revés, orientar-se por referida visão. A liberdade, deve, então, ser vista sob a perspectiva jurídica, ainda que não demonstrada empiricamente, portanto²⁴⁴.

Há, então, uma aproximação entre a concepção do finalista Hirsch e do funcionalista Roxin, no que se refere à natureza do livre-arbítrio. Os dois autores rechaçam a possibilidade de demonstração concreta do livre-arbítrio, mas afirmam sua necessidade jurídica, recorrendo, portanto, a uma concepção normativa de liberdade. Apesar da proximidade de ideia no que tange ao livre-arbítrio, as visões de culpabilidade entre os autores são muito distintas, na medida em que Hirsch não acolhe as perspectivas preventivas associadas à culpabilidade.

3.3. O funcionalismo e a culpabilidade

3.3.1. Considerações gerais

A doutrina final da ação trouxe avanços tão significativos para a dogmática penal que, muitos deles, permanecem consagrados como verdadeiros truísmos jurídico-penais. A alocação do elemento subjetivo no tipo, a estrutura analítica e estratificada do crime e a concepção normativa da culpabilidade são questões que permanecem consubstanciadas até mesmo nos mais contundentes críticos de Welzel.

Na atualidade, porém, grassam questionamentos às concepções da doutrina final da ação, no que concerne ao emprego das estruturas ontológicas. A principal crítica, nesse ponto, diz respeito à constatação de que o emprego das estruturas lógico-objetivas sustentadas por Welzel não ensejou a limitação ao legislador que ele pretendia. É nesse contexto que surgem as teorias funcionalistas, que tanto prestígio vem ganhando, aqui como alhures.

Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. Ob. cit., p.395). Sebastián Mello, por sua vez, recorre à dignidade humana para tratar do conceito material de culpabilidade.

²⁴⁴ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Ob. cit.*, p.311.

Para a perspectiva funcionalista, o Direito seria um dos (sub-)sistemas sociais, e deveria cumprir as suas funções. Trata-se de um retorno ao enfoque normativista, tal como era apregoado pelos neokantianos. A rigor, não é possível falar em funcionalismo, mas sim em funcionalismos, pois há flagrantes distinções entre as vertentes mais em voga na dogmática penal. Conforme Roxin, dentre alguns pontos em comum entre esses funcionalismos, pode-se enumerar a rejeição à construção do Direito Penal a partir de dados ontológicos (ação, causalidade, estruturas lógico-reais), devendo guiar-se pelas finalidades do Direito Penal²⁴⁵.

É possível destacar as mais influentes concepções funcionalistas na Alemanha, que dizem respeito ao funcionalismo orientado para fins de Política Criminal, cujo maior representante é Claus Roxin, e o funcionalismo sistêmico, que vai encontrar em Günther Jakobs seu maior corifeu. Destaque-se, ainda, o funcionalismo do controle social e o funcionalismo reducionista ou contencionista, que encontram, respectivamente, em Winfried Hassemer e Eugénio Raul Zaffaroni seus precursores e maiores representantes²⁴⁶.

3.3.2. Funcionalismo orientado para fins de Política Criminal e a culpabilidade

De acordo com Franz von Liszt, o Direito Penal é a barreira infranqueável da política criminal²⁴⁷. Esta sua ideia é apresentada quando se lhe questionam sobre as discussões de seu tempo, em torno de um novo paradigma de política criminal, erigido a partir da escola sociológica do Direito. Cogitava-se, então, até mesmo a substituição do Direito Penal por uma mentalidade que submetesse todo ser humano perigoso à comunidade a um processo de inocuização, pelo tempo que se mostrasse necessário. É neste contexto que Liszt afirma que o Direito Penal seria a “Carta Magna do delinquente”²⁴⁸.

²⁴⁵ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Tomo I*. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal Madrid: Civitas, 1997, p. 203.

²⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. *Direito penal: parte geral. v.2*. São Paulo: RT, 2007, p.183.

²⁴⁷ ROXIN, Claus. *Politica criminal y sistema del derecho penal*. Traducción: Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Editorial Hammurabi. p.31.

²⁴⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Tomo I*. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal Madrid: Civitas, 1997, p.224.

Para Roxin, o dogma apresentado por Liszt há de ser superado, e, por esta razão, entende que a dogmática penal deve estar orientada para o alcance dos fins político-criminais. A argumentação dogmática deve, para o autor, estar pautada pelas diretrizes de política criminal. Isto não deve ensejar, porém, a ideia de que o aplicador da lei deve se conduzir pelas mesmas searas do legislador, na medida em que o julgador estará adstrito aos limites impostos pelo princípio da legalidade²⁴⁹.

Conforme Roxin, a função do Direito Penal reside na tutela subsidiária dos bens jurídicos mais importantes para a coletividade, isto é, os bens jurídicos²⁵⁰ imprescindíveis à convivência pacífica entre os homens²⁵¹. Com isto, rechaça a possibilidade de uma intervenção punitiva que incida sobre condutas apontadas como meramente imorais²⁵² ou que não ultrapassem a esfera de direitos do próprio agente.

Ao agasalhar a teoria do bem jurídico, Roxin ratifica a concepção, existente desde o apogeu do pensamento iluminista, de que as limitações ao poder punitivo do Estado não se podem adstringir ao aspecto formal, consubstanciado na aprovação de uma lei. Por outras palavras, se a limitação imposta pelo princípio da legalidade é fundamental, é também, por si só, insuficiente para conter o arbítrio punitivo estatal; e isto porque a exigência de edição do ato legislativo figura como mero aspecto circunstancial e formal. Seria necessário, então, que houvesse limites materiais²⁵³ à atuação do legislador.

²⁴⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Tomo I*. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal Madrid: Civitas, 1997, p.225.

²⁵⁰ A teoria do bem jurídico vem a lume em 1834, por meio dos trabalhos de Birnbaum (PRADO, Luis Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3.ed. São Paulo: RT, 2003, p.27), e a ideia de que a função do Direito Penal reside na proteção a bens jurídicos encontra-se largamente consagrada na doutrina nacional e estrangeira. Ao tratar dos bens jurídicos, Roxin procura conceituá-los, asseverando que são “(...) circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento do sistema estatal que se baseie nestes objetivos” (ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.18).

²⁵¹ ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob a ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: *Estudos de direito penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.35. Não resta dúvida de que, sob a perspectiva de uma imprescindível filtragem constitucional, a observância dos bens jurídicos deve se respaldar nos valores fundamentais, expressos ou implícitos na Carta Magna. Nesse sentido, COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p.95.

²⁵² Nas palavras do próprio Roxin: “Daqui resulta a conhecida exigência da reforma no sentido de que as acções que não afectam os direitos de ninguém e que se desenrolam entre pessoas adultas em privado (homossexualidade simples, sodomia, rufianismo, etc.), não cabem, na esfera da legislação do legislador penal” (ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz et. al. 3.ed. Lisboa: Veja, 1998, p.60).

²⁵³ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: RT, 2002, p.23.

Rechaçando a adoção de uma concepção ontológica na identificação dos bens jurídicos (como categorias autônomas, apresentadas ao legislador, como forma de limitar a expansão punitiva), Roxin diferencia realidade de finalidade, chegando à conclusão de que o bem jurídico não é, necessariamente, dado ao legislador com antecedência. Isto poderia acontecer em alguns casos (como, v.g., o bem jurídico vida humana), mas em outros, os bens jurídicos seriam criados pelo próprio Direito (v.g. as pretensões no âmbito do Direito Tributário).

Possível perceber, então, que Roxin rejeita a concepção ontológica como premissa unívoca da identificação dos bens jurídicos. Mas sob esta percepção plúrima, admite que alguns bens jurídicos podem ser depreendidos da realidade objetiva. Roxin pretende, portanto, alcançar uma síntese do ontológico e do valorativo²⁵⁴. Nas palavras de Luís Greco, Roxin não cai “no normativismo extremo, pois que permanece sempre atento à resistência da coisa, sem contudo render culto às estruturas lógico-reais, como faz o finalismo ortodoxo, garantindo abertura e dinamismo do sistema”²⁵⁵.

Roxin rechaça qualquer pretensão retributiva da pena, enaltecendo sua função de prevenção, tanto geral quanto especial²⁵⁶. Não se poderia, sob esse prisma, afirmar que a essência da pena reside na retribuição, ainda mais porque, para o professor alemão, os institutos jurídicos não possuem qualquer essência, independente de seus fins; a essência, ao revés, é almejada a partir das finalidades que se pretende alcançar²⁵⁷.

Essa pretensão de prevenção deveria ser acrescida à culpabilidade, formando o conceito de responsabilidade, elemento constitutivo do conceito analítico de crime. Na concepção roxiniana, então, o crime seria entendido como ação típica e antijurídica,

²⁵⁴ Nesse sentido, afirma Luís Greco: “Roxin entende que a valoração político-criminal não é mais que um primeiro passo, o fundamento dedutivo do sistema; porém, esta dedução deve ser complementada pela indução, isto é, por um exame minucioso da realidade e dos problemas com os quais se defrontará o valor, que deve ser, agora, concretizado nesses diferentes grupos de casos. E um mesmo valor trará ora essas, ora aquelas consequências, dependendo das peculiaridades da matéria regulada. O pensamento de ROXIN entende-se como uma síntese do ontológico com o valorativo, devendo o jurista proceder dedutiva e indutivamente ao mesmo tempo” (GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito – Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico-penal” de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 120-163, out./dez. 2000, p.128).

²⁵⁵ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito – Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico-penal” de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 120-163, out./dez. 2000, p.129.

²⁵⁶ HIRECHE, Gamil Föppel el. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.74.

acrescida da ideia de responsabilidade, que, por seu turno, seria constituída da culpabilidade e das finalidades preventivas.

A função desse terceiro elemento do delito seria a comprovação de que o autor da ação típica e antijurídica seria merecedor de pena. Seguindo essa linha de pensamento, a culpabilidade diria respeito à capacidade, e consistiria no poder de se determinar de acordo com a norma. Essa capacidade constituiria uma condição necessária, mas não suficiente para que se pudesse concretizar a imposição de uma pena²⁵⁸.

Ao trabalhar com o conceito de responsabilidade, Roxin transplanta para a teoria do delito noções que são próprias da teoria das consequências jurídicas do crime. Essa pretensão de limitar o poder punitivo com as finalidades preventivas não conta com o apoio da doutrina majoritária, seja no Brasil, seja no exterior²⁵⁹⁻²⁶⁰.

Na doutrina de Roxin também possui grande relevância a questão da impossibilidade de se demonstrar o “poder agir de outro modo”²⁶¹, estandarte empunhado pelo finalismo. Nem mesmo o parâmetro ficcional do homem médio possuiria o condão de manter a ideia de “poder agir de outro modo” como fundamento de culpabilidade, na medida em que o livre-arbítrio não poderia ser demonstrado, além de ser inviável sob o ponto de vista prático²⁶². Ademais, calcado em concepções normativistas, Roxin considera as discussões em torno da questão do livre-arbítrio de grande irrelevância²⁶³.

²⁵⁷ ARAÚJO, Fábio Roque. *O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal*. Salvador: JusPodivm, 2011, p.76.

²⁵⁸ AMELUNG, Knut. Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema modern del derecho penal – cuestiones fundamentales: estudios en honor de Claus Roxin en su 50º. Aniversario*. Traducción: Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991, p.104.

²⁵⁹ “Esta funcionalización del tercer nivel del delito es probablemente el aspecto de la doctrina jurídico-penal de Roxin que ha encontrado mayor oposición” (AMELUNG, Knut. *Ob. cit.*, p.105).

²⁶⁰ A crítica trazida por Érika Mendes de Carvalho é bastante contundente: “Pois bem, o que se questiona é a aptidão das tendências que buscam elaborar a teoria do delito com lastro nos fins da pena para limitar o exercício do *ius puniendi*, pois seria a própria teoria da pena que decidiria, de modo oportunista, o que deveria ser ou não punido. De fato, uma pena a qual se confira o caráter de *prius* lógico do pressuposto fático não é capaz de encontrar nenhum limite, porque ela é a que se retroalimenta e se autolegitima ‘de um modo completamente circular’” (CARVALHO, Érika Mendes. *Punibilidade e direito*. São Paulo: RT, 2008, p.345).

²⁶¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Tomo I*. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal Madrid: Civitas, 1997, p.799.

²⁶² 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*. Salvador: JusPodivm, 2010, p.232.

²⁶³ ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Traducción: Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981, p.77.

Hans Achenbach, discípulo de Roxin, para quem a culpabilidade há de se aferida sob o pálio de uma concepção normativa, assevera que a visão roxiniana da culpabilidade aproxima-se do conceito pragmático de culpabilidade de Schreiber, que a definiu como um “uso defeituoso de um poder que na prática nos atribuímos uns aos outros reciprocamente”²⁶⁴. Demais disso, para Roxin, a categoria da “responsabilidade”, interpretada sob as balizas preventivas, poderia ser aceita tanto por deterministas quanto por indeterministas, bem como por agnósticos e crentes.

Uma análise acurada da obra de Roxin conduz à constatação de que é equivocada a impressão no sentido de que o autor trata com menoscabo a culpabilidade. De fato, uma leitura açodada poderia fomentar a ideia de que, ao substituir o conceito de culpabilidade pelo de responsabilidade, na estrutura do delito, o autor reduz a importância do instituto.

Basta perceber que a ideia de prevenção é acrescida à culpabilidade, para formar o conceito de responsabilidade. Sendo assim, não há como se conceber a possibilidade de imposição de pena sem culpabilidade. A importantíssima função de garantia que desempenha a culpabilidade permanece, portanto, inalterada. O que ocorre, todavia, é que, para Roxin, a culpabilidade, por si só, não se mostrará suficiente, na medida em que será necessário aferir a necessidade de pena, o que se faz com a perspectiva de prevenção, que jamais pode ser afastada.

No que tange a essa ênfase na prevenção, é importante referir que Roxin a analisa sob múltiplos aspectos, a depender do momento de verificação da pena. Assim, em um primeiro estágio, consistente na previsão legislativa, o legislador deve se pautar pela prevenção geral²⁶⁵; em um segundo momento, a fase de aplicação da pena, deve o julgador orientar-se pelas ideias de prevenção geral – respeitando-se as garantias fundamentais, naturalmente – e prevenção especial²⁶⁶, observando-se o limite estabelecido pela

²⁶⁴ ACHENBACH, Hans. Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema modern del derecho penal – cuestiones fundamentales: estudios en honor de Claus Roxin en su 50º. Aniversario*. Traducción: Jesús-Maria Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991, p.145.

²⁶⁵ PIACESI, Débora da Cunha. Funcionalismo roxiniano e fins da pena. GRECO, Luis; LOBATO, Danilo (coord.). *Temas de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.58.

²⁶⁶ Sobre os problemas enfrentados para a aplicação prática da prevenção especial da pena, cf. MARTINSON, Robert. *What Works? Questions and answers about reform prison*. The PublicInterest. 35 (Primavera), 1974, p.22-54. Sobre a crise das teorias preventivas, WOLF, Paul. *Esplendor y misérias de las teorías preventivas de la pena*. In: BUSTOS RAMIRES, Juan (coord.). *Prevención y teoría de la pena*. Santiago de Chile: Editorial jurídica Conesur, 1995, p.62.

culpabilidade; por fim, em um terceiro momento, o da execução da pena, deve-se priorizar a prevenção especial, porquanto o objetivo há de consistir em evitar a reincidência.

Para Claus Roxin, o fundamento material da culpabilidade reside na atuação injusta, a despeito da dirigibilidade normativa²⁶⁷. Por outras palavras, será possível falar-se em culpabilidade quando um sujeito, quando da prática do ato, estava disponível para atender ao chamado da norma, de acordo com seu estado mental e anímico²⁶⁸. Sob este prisma, é indiferente saber se a vontade do agente se fundamenta em uma postura determinista ou de livre-arbítrio. Não se trataria de uma hipótese indemonstrável, mas sim de um fenômeno científico empírico²⁶⁹.

A ideia de Roxin é a de que os indeterministas, partidários da existência do livre-arbítrio poderiam aceitar com facilidade a suposição de liberdade que subjaz a sua teoria. De igual sorte, os deterministas não teriam problemas em admiti-la, na medida em que não se afirma a existência do “poder agir de outro modo”, mas sim que, quando há uma capacidade de controle intacta – e com ela a dirigibilidade normativa – é tratada como livre²⁷⁰. A culpabilidade, então, seria vista sob um duplo aspecto: empírico e normativo²⁷¹.

Roxin não nega, em qualquer momento, a existência da capacidade de autodeterminação, como elemento da culpabilidade. Contudo, alega não ser possível constatar-la, empiricamente, e é por esta razão que se não a pode admitir como instrumento

²⁶⁷ A ideia de dirigibilidade normativa ganha maior notoriedade com o advento da obra de Roxin. Não é ele, porém, o precursor da tese, tampouco o criador da terminologia, muito embora tenha conferido ênfase distinta daqueles que o antecederam – ou, mesmo, sucederam – ao invocar a funcionalização já referida. Sobre a dirigibilidade normativa, salienta Cirino dos Santos: “A teoria da dirigibilidade normativa (normative ansprechbarkeit), cunhada originalmente por Noll, fundamenta a reprovação da culpabilidade na normal determinabilidade através de motivos, segundo Liszt, ou no estado psíquico disponível ao apelo da norma existente na maioria dos adultos saudáveis, conforme a fórmula moderna de Albrecht, ou, simplesmente, na capacidade de comportamento conforme a norma, de acordo com a redefinição de Roxin” (SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. 3.ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p.291).

²⁶⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Tomo I*. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal Madrid: Civitas, 1997, p.807.

²⁶⁹ Fundamentando essa demonstrabilidade, assevera o autor: “Pues la Psicología y la Psiquiatría desarrollan cada vez en mayor medida criterios de enjuiciamiento ‘con los cuales se pueden constatar empíricamente las restricciones de la capacidad de autocontrol y medir su gravedad’” (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Tomo I*. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal Madrid: Civitas, 1997, p.807).

²⁷⁰ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Ob. cit.*, p.808.

²⁷¹ “Em suma, a culpabilidade, para Roxin, é formada pela soma de dois elementos: a capacidade de autocontrole, como elemento empírico e a possibilidade de conduta conforme a exigência do direito, como elemento normativo” (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*. Salvador: JusPodivm, 2010, p.239).

para determinar se uma pessoa é ou não culpável. Para o autor, a identificação da culpabilidade do agente contenta-se com a sua idoneidade para ser destinatário da norma²⁷².

É verdade que esta doutrina choca-se frontalmente com a concepção dominante, mormente no que toca à existência de determinadas exculpantes, tais como o estado de necessidade exculpante. Daí a importância de se trabalhar à luz do conceito de responsabilidade, pois, em casos que tais, seria possível reiterar que existe a culpabilidade do agente – idoneidade para ser destinatário da norma –, mas a ausência de atendimento a necessidades preventivas em relação àquele que age em estado de necessidade exculpante faz com que não haja a necessidade de imposição da sanção penal²⁷³.

A suposição de liberdade, então, teria caráter normativo, seria uma regra do jogo social, cujo valor independe dos problemas em torno da teoria do conhecimento. Com a liberdade dar-se-ia o mesmo que ocorre com a igualdade. De fato, quando o ordenamento jurídico consagra a igualdade entre as pessoas, não se funda na ideia de que todos são, realmente, iguais, mas sim na ideia de que todos devem receber o mesmo tratamento da lei²⁷⁴. Concepção valorativa, portanto, e não um dado da realidade, pré-jurídico.

A ideia de liberdade de Roxin, dessarte, passa ao largo da disputa filosófica em torno do livre-arbítrio²⁷⁵. Para o autor, o “princípio da culpabilidade supõe uma criação normativa tendente a proteger o cidadão, frente às desmesuradas ingerências estatais, e cuja legitimidade própria de um Estado de Direito é totalmente independente da existência do livre-arbítrio humano”²⁷⁶.

Roxin aponta como grande vantagem do seu conceito de culpabilidade o fato de restringir o Direito Penal ao que é absolutamente indispensável socialmente²⁷⁷. O próprio autor reconhece alguns pontos de aproximação com a teoria da culpabilidade pelo caráter e, também, com o pensamento funcionalista de Jakobs. Mas acredita que sua teoria salvaguarda de forma mais adequada a função liberal de proteção do Estado de Direito do

²⁷² LOBATO, Danilo. Da evolução dogmática da culpabilidade. In: GRECO, Luis; LOBATO, Danilo (coord.). *Temas de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.314.

²⁷³ LOBATO, Danilo. Da evolução dogmática da culpabilidade. In: GRECO, Luis; LOBATO, Danilo (coord.). *Temas de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.314.

²⁷⁴ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Ob. cit., p.808.

²⁷⁵ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Ob. cit., p.808.

²⁷⁶ ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Traducción: Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981, p.78.

²⁷⁷ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Ob. cit., p.810.

princípio de culpabilidade, pois a culpabilidade não dependeria de necessidades preventivo-especiais ou preventivo-gerais, vagas e mutáveis, mas sim da capacidade de controle do sujeito, de fácil constatação empírica, e que limita o poder punitivo do Estado²⁷⁸.

A doutrina de Roxin recebeu, como sói acontecer, severas críticas. Neste diapasão, Hans Joachim Hirsch, professor alemão de arraigadas convicções finalistas, reputa a concepção roxiniana de culpabilidade com funções assaz limitadas, sobretudo porque a ficção jurídica sobre a qual se erige a ideia de Roxin não demandaria uma justificação concreta. Ademais, a doutrina de Roxin eliminaria o caráter fundante da culpabilidade, sem o qual não seria possível identificar seu conteúdo, o que relegaria a legitimação da pena a finalidades meramente preventivas²⁷⁹.

Por sua vez, Bernd Schünemann, discípulo de Roxin, rechaça a noção de liberdade como ficção. Essa ficção resultaria insuficiente, na medida em que dificilmente se compatibilizaria com um Estado de Direito na hipótese em que se opera um prejuízo ao réu. Schünemann rechaça, com isto, a tese de Roxin, de acordo com a qual essa ficção seria favorável ao agente²⁸⁰.

Outra crítica contundente à dirigibilidade normativa partiu de Juan Bustos Ramirez e Hernan Hormazábal Malarée, para quem ela também não poderia ser demonstrada empiricamente, constituindo mero pressuposto axiológico do sistema. As ciências da experiência poderiam constatar fenômenos psicológicos e psicossociais, mas não a dirigibilidade normativa. A referência a esta ideia seria recurso a um ser ideal, capaz de dirigibilidade normativa, e, a partir daí, far-se-ia a valoração em relação ao sujeito concreto, individualizado e identificado. Em última instância, a ideia de dirigibilidade normativa retomaria a suposição de existência de uma maldade inata, intrínseca ao agente, que teria capacidade de dirigir-se normativamente, mas não o quis²⁸¹.

²⁷⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Ob. cit., p.811.

²⁷⁹ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade*: Ob. cit., p.240-241.

²⁸⁰ “En efecto, si, según la doctrina dominante, la pena que imponer no puede quedar por debajo del límite inferior del marco adecuado a la culpabilidad, entonces resulta que aquí el principio de culpabilidad impide una atenuación de la pena, operando de forma indudablemente perjudicial para el autor” (Schünemann, Bernd. La función del principio de culpabilidad. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema modern del derecho penal – cuestiones fundamentales: estudios en honor de Claus Roxin en su 50º. Aniversario*. Traducción: Jesús-Maria Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991, p.154).

²⁸¹ BUSTOS RAMIREZ, Juan; MALARÉE, Hernan Hormazábal. *Leciones de derecho penal. v.II*. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p.327.

A crítica quanto a impossibilidade de demonstração empírica da dirigibilidade normativa é de suma relevância, na medida em que Roxin erige sua doutrina em torno da culpabilidade a partir da crítica relativa à indemonstrabilidade do “poder agir de outro modo”. Se – a proceder a crítica de Bustos Ramires e Homazábal – a aptidão para ser destinatário da norma também não puder ser demonstrada empiricamente, a contestação roxiniana ao conceito material de culpabilidade em Welzel perde completamente seu sentido. Seria, apenas, a substituição de uma ficção – o agente podia agir de outro modo – por outra – o agente tem capacidade de se dirigir normativamente.

Não há como negar que a obra de Roxin é paradigma na atual dogmática penal, sob muitos aspectos, e no que tange à culpabilidade não é diferente. Não se pode olvidar, entretanto, que esse tema é um dos mais polêmicos e controversos em sua doutrina. O esforço do autor para se valer dos conceitos de culpabilidade e responsabilidade como meio de limitar racionalmente o poder estatal punitivo é digno de encômios.

Não menos louvável é a prudência com que age o autor ao não rechaçar o livre-arbítrio, propugnando por uma concepção determinista, que, de mais a mais, seria incompatível com um Direito Penal de garantias. Mas, se é verdade que sua doutrina não rechaça a existência da capacidade de autodeterminação individual, reduz-lhe a importância de forma vigorosa. Em última instância, abdicar dessa capacidade de autodeterminação como fundamento do juízo de reprovabilidade poderia ensejar a substituição da intervenção punitiva por uma intervenção inteiramente preventiva, calcada em medidas de segurança, o que se afigura temerário, no atual estágio do desenvolvimento da dogmática penal.

3.3.3. Funcionalismo sistêmico e a culpabilidade

Günther Jakobs, professor aposentado da Universidade de Bonn, ex-aluno de Welzel, desenvolve sua concepção de Direito Penal sob forte influência da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Contextualizando seu objeto de análise no sistema jurídico, normativo, Jakobs desenvolve a ideia de expectativas normativas, vale dizer, expectativa de

comportamento conforme a norma. Ocorrendo a infração, haverá a frustração da expectativa normativa, de modo que a punição se impõe como forma de confirmá-la²⁸².

Há, portanto, uma similitude entre a doutrina de Jakobs em torno da função da pena e aquela esposada por Hegel. Como cediço, Hegel, proeminente representante do retributivismo jurídico²⁸³, entendia a pena como forma de reafirmação do Direito que havia sido vilipendiado pelo ato criminoso²⁸⁴. Muito embora Jakobs adira às pretensões preventivas, aproxima-se do ideário hegeliano, na medida em que a pena figura como forma de afirmação da validade da norma²⁸⁵.

Dentre tantas particularidades que marcam a obra de Jakobs, é possível destacar a questão atinente ao bem jurídico. Como já referido, a teoria do bem jurídico desfruta de grande primazia na dogmática penal, tendo se tornado ponto convergente a afirmação no sentido de que a função do Direito Penal está relacionada à tutela dos bens jurídicos mais relevantes do grupamento social. E esses bens jurídicos corresponderiam a interesses culturalmente construídos, que seriam protegidos pela norma e dignos da intervenção punitiva.

Jakobs destoa de referida concepção. O professor da Universidade de Bonn parte de premissas similares àquelas sustentadas pelo pensamento dominante, sobretudo no que

²⁸² JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.14.

²⁸³ O destaque que merecem as obras de Kant e Hegel não pode ofuscar a importância de inúmeros outros autores retributivistas. É o que destaca Ferrajoli, ao se referir a autores como Campanella, Selden, Leibniz, Genovest, Pellegrino Rossi, Antônio Rosmini, Terenzio Mamiani, Enrico Pessina, Tancredo Canônico, Giuseppe Maggiore, Giuseppe Bettiole e Vitória Mathieu, todos na Itália. Na Alemanha, destacam-se as obras de Ludwig, Heinrich Jakob, Julius Friedrich Abegg, Albert Friedrich Berner e Karl Binding. Na Inglaterra, destaca-se a obra de James Fitzjames Stephen (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2.ed. São Paulo: RT, 2006, p.238). A despeito da corrente doutrinária largamente majoritária que reconhece em Hegel um dos grandes representantes do pensamento retributivista, há quem divirja dessa tese. Nesse sentido, OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Processo e hermenêutica na tutela dos direitos fundamentais*. 2.ed, rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.29. Quanto à doutrina kantiana, possível asseverar que seu caráter retributivo é muito mais patente, aderindo, inclusive, à defesa entusiástica da lei do talião. Nesse sentido, KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Tradução: Edson Bini. Bauru-SP: EDPRO, 2003, p.176.

²⁸⁴ HEGEL, G. W. F. *Filosofia del derecho*. Tradução: Angélica Mendonza de Montero. Buenos Aires: Editorial Claridad, 1968. p.52.

²⁸⁵ SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. 3.ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p.463. Apontando dessemelhanças entre as teorias de Hegel e de Jakobs, Eugênio Pacelli, ao apresentar a versão brasileira da obra do último destaca: “Mas, ao contrário de Hegel, o modelo de Jakobs não é material; ao contrário, orienta-se claramente por uma concepção formal de sociedade, partindo da ideia (plausível, teoricamente) de pressuposição de legitimidade das normas válidas em determinada sociedade” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Apresentação. In: JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009).

concerne à legitimação do poder punitivo. Sob o ponto de vista do aspecto formal, referida legitimação advém da conformidade das leis penais com a Constituição. Sob a perspectiva material, referida legitimidade é fruto da necessidade das leis penais à manutenção da configuração da sociedade e do Estado²⁸⁶.

As peculiaridades do pensamento de Jakobs começam a surgir a partir do momento em que assevera não haver conteúdo genuíno para as leis penais. As normas penais possuiriam conteúdo dependente do contexto da regulação, a que pertenceriam as realidades da vida social, e as próprias normas, em especial as constitucionais²⁸⁷. A contribuição do Direito Penal para a configuração da sociedade e do Estado residiria, justamente, na garantia de normas.

Por sua vez, a garantia de normas consistiria no fato de as expectativas de observância às normas, indispensáveis à dinâmica social, não serem abandonadas em caso de decepção. Se um agente agride fisicamente a vítima, essa experimentaria uma decepção em relação à expectativa de observância da norma, por parte do agressor. A imposição da pena restauraria essa garantia da norma. Para Jakobs, é essa higidez na expectativa da norma – afirmação da validade da norma – que deve ser considerado como bem a ser protegido pelo Direito Penal²⁸⁸.

Como se percebe, Jakobs não refuta a ideia de que o Direito Penal deve proteger bem jurídico-penal. Sua concepção de bem jurídico-penal, porém, umbilicalmente associada à ideia de manutenção da solidez das expectativas normativas²⁸⁹, colide frontalmente com a teoria do bem jurídico que domina o pensamento jurídico-penal no Brasil e no exterior.

Dentre as inúmeras críticas endereçadas à obra de Jakobs, pode-se ressaltar a ideia de que seu funcionalismo normativizado objetiva depurar o Direito Penal de quaisquer dados atinentes à realidade; isto faria com que seu conceito de Direito Penal pudesse se

²⁸⁶ JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.61.

²⁸⁷ JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal*. *Ob. cit.*, p.61.

²⁸⁸ JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal*. *Ob. cit.*, p.61-62..

²⁸⁹ JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Traducción: Manuel Cancio Mellíá y Bernardo Feijóo Sanchez. Madrid: Civitas Ediciones, 2003, p.49.

amoldar a qualquer política criminal²⁹⁰, o que conduziria à subtração das ideias de limitação e garantia que devem permear a intervenção punitiva.

Ao se debruçar sobre a culpabilidade, Jakobs reforça suas extremadas convicções normativistas, extraíndo do seu conteúdo elementos da realidade. A culpabilidade seria completamente construída pelo Direito Penal, e não estruturada a partir de dados fornecidos *a priori*²⁹¹. Jakobs vê na culpabilidade uma forma de infidelidade – ou déficit de fidelidade – ao Direito.

Conforme Jakobs, a culpabilidade não se verifica apenas na ausência de motivação normativa, mas também na responsabilidade individual por referida ausência. Essa responsabilidade, logo se vê, não coincide com a concepção roxiniana, que a erige a categoria autônoma do delito, tendo a culpabilidade como um dos seus elementos constitutivos. Responsabilidade, então, seria “uma falta de disposição de motivar-se conforme a norma, de tal modo que esse déficit não pode ser compreendido sem que isto afete a confiança geral na norma”²⁹².

A forma como Jakobs aborda a culpabilidade faz parte de uma análise mais ampla do Direito Penal, em que a pena desempenha a função de estabilização do sistema normativo, dentro de uma perspectiva de prevenção geral positiva. Conforme o próprio Jakobs, os adeptos dessa corrente de pensamento enxergam a pena pública como instrumento idôneo a caracterizar o crime como tal, promovendo, então, a “configuração normativa concreta da sociedade”²⁹³.

Sem a culpabilidade, não haveria, sequer, que se falar em lesão juridicamente relevante. Se o bem jurídico, para Jakobs, como visto, diz respeito às expectativas referidas

²⁹⁰ PRADO, Luis Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*. 2.ed. São Paulo: RT, 2006, p.66.

²⁹¹ LOEBENFELDER, Carlos Künsemüller. *Culpabilidad y pena*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001, p.130.

²⁹² 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*. Salvador: JusPodivm, 2010, p.246.

²⁹³ JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría de la pena*. Traducción: Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1998, p.15. Uma vez mais, a influência do pensamento de Luhmann sobressai em importância, pois para ele, o Direito é instrumento de estabilização social e de institucionalização das expectativas. Nesse sentido, BARATTA, Alessandro. *Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*. In: Revista Doctrinal Penal, año 8, nº 29, Buenos Aires, Argentina, 1985, p.9-26.

à validade da norma, a finalidade da pena não se verifica quando do injusto penal, mas sim quando da verificação da ocorrência da culpabilidade²⁹⁴.

Discussões em torno do livre-arbítrio são de diminuta relevância nesse contexto, haja vista não se tratar de saber se havia uma alternativa ao agente que praticou a conduta. Todavia, deve estar à disposição do agente um espaço de liberdade – que não se confundiria com a liberdade de vontade –, pois a sanção penal só se legitimaria – em uma perspectiva preventiva-positiva, como pretende Jakobs – se o agente não estivesse impedido de adotar outra alternativa²⁹⁵. De fato, se o agente pratica a conduta por não existir essa margem de alternativa, não frustra expectativas normativas, e o sistema permanece incólume.

É a partir de suas observações em torno da funcionalidade do Direito Penal que Jakobs desenvolve sua tese mais polêmica, surgida em 1985: o “direito penal do inimigo”. Em apertada síntese, Jakobs recorre ao pensamento de Thomas Hobbes para asseverar que há pessoas que afrontam o pacto social de forma tal violenta que devem ser consideradas inimigos do grupamento social. Na obra de Jakobs, esse inimigo teria sua esfera de direitos flexibilizada.

Em seu primeiro escrito sobre o tema, Jakobs estabelece a distinção entre o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo. No primeiro, que deve ser empregado para a imensa maioria dos casos, são respeitados os direitos e garantias do réu; no segundo, tais postulados podem ser flexibilizados, diante da drástica violência empreendida pelo criminoso. Tendo em vista que Jakobs, nesse escrito inicial, não se posicionou de forma expressa sobre a pertinência do direito penal do inimigo, seu trabalho foi recepcionado pela doutrina alemã como verdadeiro estandarte de defesa das liberdades públicas²⁹⁶.

Em escritos posteriores, porém, Jakobs deixa claro que há situações excepcionais em que se faria necessária a adoção do direito penal do inimigo. Casos como os crimes sexuais e terrorismo viabilizariam o emprego dessa flexibilização de direitos do réu, como

²⁹⁴ LOBATO, Danilo. Da evolução dogmática da culpabilidade. In: GRECO, Luis; LOBATO, Danilo (coord.). *Temas de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.316. Por sua vez, essa aferição da finalidade da pena é imprescindível, pois, conforme Jakobs, a pena inútil não pode se legitimar em um Estado secularizado, sob pena de se converter em um mal absolutamente desnecessário (JAKOBS, Günther. *Culpabilidad en derecho penal: dos cuestiones fundamentales*. Traducción: Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p.12).

²⁹⁵ LOEBENFELDER, Carlos Künsemüller. *Culpabilidad y pena*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001, p.130.

²⁹⁶ GRECO, Luis. *Sobre o chamado direito penal do inimigo*. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, nº 07 – dezembro de 2005.

forma de garantia da coletividade. O inimigo não dispõe da esfera privada de direitos dos demais cidadãos, e por essa razão pode ser objeto da violência punitiva, ainda que não tenha exteriorizado sua vontade²⁹⁷.

São múltiplas as críticas endereçadas ao funcionalismo sistêmico propugnado por Jakobs. Dentre as que merecem mais prestígio, é possível destacar o fato de que a concepção de Jakobs acaba por instrumentalizar o ser humano, deslocando-o do centro do sistema. A forma como o funcionalismo sistêmico relega a função do Direito Penal de proteção aos bens jurídicos acaba por tolher o papel de limite ao poder punitivo.

Sob este prisma, uma culpabilidade funcionalizada ao atendimento das expectativas normativas da coletividade não atende à necessária função de garantia, muito embora o próprio Jakobs faça questão de reiterar a necessidade da sua presença para legitimar a pena. Demais disso, ao subtrair a apreciação do livre-arbítrio do cerne da culpabilidade, Jakobs esvazia seu conteúdo material, incorrendo no normativismo mais puro, uma vez mais.

3.3.4. O funcionalismo de controle social e a culpabilidade como limite da pena

Winfried Hassemer analisa a culpabilidade, enfatizando a questão da limitação da prevenção, em observância ao princípio da proporcionalidade, aproximando a culpabilidade da política criminal²⁹⁸. Hassemer parte da ideia de que há uma crise em todo o Direito Penal, razão pela qual chega a refletir em torno das questões relativas à sua supressão²⁹⁹.

Ao se dedicar ao estudo da culpabilidade, Hassemer reconhece como dominante entre os penalistas a tese de acordo com a qual a verificação do princípio da culpabilidade prescinde da observância da concreta liberdade de vontade. Para o autor, esta tese tem conduzido à evaporação do conteúdo da culpabilidade, sobretudo quando se substitui “o poder individual de agir de outro modo” – possibilidades fáticas de um homem em uma

²⁹⁷ GRECO, Luis. *Sobre o chamado direito penal do inimigo*. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, nº 07 – dezembro de 2005.

²⁹⁸ 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*. Salvador: JusPodivm, 2010, p.223.

²⁹⁹ HASSEMER, Winfried. *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*. Cidade do México: Institutos Nacionales de Ciencias Penales, 2003, p.33.

situação concreta – pelo “poder geral de agir de outro modo” – em que se adota como paradigma a figura do home médio³⁰⁰.

Tal emblemática mudança no eixo do fundamento material da culpabilidade derivaria das críticas deterministas ao “poder agir de outro modo”. Mas o tipo de culpabilidade a que se poderia almejar com fundamento no “poder geral de agir de outro modo” seria uma construção débil, absolutamente desvinculada da possibilidade de o agente permanecer fiel ao Direito; outrossim, seria uma culpabilidade destituída da necessidade de demonstração do livre-arbítrio como seu fundamento³⁰¹.

Hassemer assevera não acreditar na possibilidade de o Direito Penal subsistir sem a liberdade de vontade, nem tampouco que as relações humanas possa se desenvolver sob a égide de uma hipótese determinista da direção causal. Mas rechaça a possibilidade de se verificar essa liberdade de vontade *a priori*. Esta liberdade, condição para a comunicação humana, não seria idônea a servir de base a um juízo de reprovação ao criminoso³⁰².

Hassemer é mais um autor de prestígio na doutrina alemã a afirmar não ser possível aferir a reprovabilidade individual em concreto. A reprovabilidade do caso concreto haveria de derivar do processo penal, que, por sua vez, está submetido ao crivo de um processo de observação. O que se pode demonstrar, por intermédio do processo penal, são, eventualmente, as hipóteses de exclusão ou limitação dessa esfera de liberdade individual – déficit de liberdade³⁰³. Nesta toada, Hassemer sufraga a exclusão da ideia de reprovabilidade do conteúdo da culpabilidade, na medida em que sua existência acarreta a condenação do agente apenas pelos fatos ocorridos, desprezando-se, assim, incontáveis fatores criminógenos, subjacentes à conduta delitiva³⁰⁴.

Hassemer chama a atenção para o fato de que o princípio da culpabilidade estaria sendo ameaçado, sob o aspecto prático e teórico, por interesses de uma política criminal

³⁰⁰ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em derecho pena*. Traducción: Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999, p.52.

³⁰¹ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em derecho pena*. Traducción: Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999, p.52-53.

³⁰² HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em derecho pena*. Traducción: Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999, p.58.

³⁰³ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p.88-89.

³⁰⁴ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p.89.

eficaz. O autor reitera a importância do que denomina de “missões irrenunciáveis” da culpabilidade, tais como a possibilidade de imputação subjetiva, exclusão da responsabilidade por azar, valoração da participação interna no resultado externo e a garantia da proporcionalidade nas consequências jurídicas do crime. Mas repudia a possibilidade de inserir, entre as missões irrenunciáveis, a reprovabilidade da culpabilidade, que seria, “de um ponto de vista teórico insustentável e de um ponto de vista prático, prejudicial”³⁰⁵.

Merece destaque o fato de Hassemer, malgrado procurar não enaltecer a questão do livre-arbítrio, aderir a uma perspectiva indeterminista. Na concepção de Hassemer, o poder agir de outro modo pode não ser demonstrado em concreto, mas, em contrapartida, sua exclusão ou limitação poderiam ser. O livre-arbítrio, portanto, é afirmado, constituindo um conceito negativo, obtido – tal como a ilicitude na estrutura analítica do crime em voga – a partir da sua exclusão³⁰⁶.

3.3.5. O funcionalismo reducionista: co-culpabilidade e culpabilidade do vulnerável

Eugénio Raul Zaffaroni, magistrado da Suprema Corte Argentina e considerado um dos maiores expoentes do pensamento jurídico-penal latino-americano, já foi considerado um grande representante da doutrina final da ação. A partir de estudos publicados, inicialmente, no final da década de 80 do século passado, sua doutrina começa a se aproximar de uma vertente criminológica, que ele denomina de “realismo marginal jurídico-penal”.

³⁰⁵ O autor conclui afirmando que: “*Un ordenamiento juridicopenal que procure evitar en lo posible molestias a las personas y fundamentar honestamente sus intervenciones, debe renunciar a ese reproche*” (HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em derecho pena*. Traducción: Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999, p.62).

³⁰⁶ 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*. Salvador: JusPodivm, 2010, p.228.

Este realismo a que se reporta Zaffaroni diria respeito à forma arbitrária como se desenvolvem as agência de controle punitivo nos países do capitalismo periférico³⁰⁷. O estudo das limitações ao poder punitivo nessa situação possui abruptas distinções, quando comparados aos países do capitalismo central, em que se aprecia as limitação ao arbítrio penal à luz de uma postura positivista de um Direito Penal legítimo.

Estas ideias de Zaffaroni começam a ser desenvolvidas a partir da publicação de “*Criminologia: una aproximación desde un margen*” e “*En busca de las penas perdidas: deslegitimación e dogmática jurídico-penal*” (1989). Ao questionar a ausência de legitimidade da intervenção punitiva³⁰⁸, seu pensamento aproxima-se de uma perspectiva abolicionista, razão pela qual é identificado como “minimalista radical”³⁰⁹.

Neste panorama de deslegitimação do poder punitivo, a pena não é juridicamente fundamentada, possuindo, apenas, sentido político. É a teoria agnóstica da pena. Neste diapasão, Zaffaroni – cuja produção bibliográfica já era muito extensa – irá reorientar sua doutrina – que se pautava, até então, por uma perspectiva preventivo-especial da pena³¹⁰ –, sustentando um “funcionalismo reducionista”, isto é, considerando como função do Direito Penal, tão-somente, a imposição de limites à arbitrariedade punitiva do Estado. Seria a imposição do Estado Democrático ao Estado de Polícia.

No que pertine à teoria do delito, a maior contribuição de Zaffaroni diz respeito à seara da tipicidade, com sua mui conhecida teoria da tipicidade conglobante. Quanto à

³⁰⁷ “*Pasamos a ocupar una posición marginal en una estructura de poder mundial, de la cual aún no hemos salido*”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminologia: aproximación desde un márgen*. v.I. Bogotá: Temis, 1988, p.62).

³⁰⁸ Para Zaffaroni, o sistema penal seria legítimo se o discurso jurídico-penal fosse racional e o sistema operasse conforme essa racionalidade. Esclarece, ainda, que o discurso seria racional se fosse coerente (coerência interna do sistema) e verdadeiro – valor de verdade, quanto à operacionalidade social (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: EDIAR, 1998, p.20).

³⁰⁹ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.99.

³¹⁰ Em obra datada do início dos anos 90 do século passado, Zaffaroni salienta que até os anos 70 adotou o paradigma preventivo-especial, mas dele se afastou, sobretudo por força do seu maior contato com a criminologia, e, em especial, com o trabalho dos interacionistas e fenômenólogos. Em suas palavras: “*Mis anteriores trabajos dogmáticos (el Manual de Derecho-Penal y el Tratado) datan de un programa trazado a comienzos de los años setenta y se estructuran sobre una idea preventivo-especial de la pena. No incluyo en este volumen ningún artículo elaborado desde esse paradigma. Como tampoco los que produjo a medida que me iba alejando del mismo; la literatura crítica de las instituciones totales, la criminología de la elección social, particularmente el contacto más íntimo con la obra de los interaccionistas y de los fenomenólogos, tuvieron parte en el abandono definitivo de aquella posición asumida en los años sesenta, en mi primer entrenamiento en la materia*” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Ávila Latinoamericana, 1992, p.10).

culpabilidade, porém, sua obra traz uma perspectiva distinta daquela trabalhada pelos demais setores da doutrina, porquanto Zaffaroni desenvolve a ideia de culpabilidade do vulnerável.

Para desenvolver sua teoria, Zaffaroni recorre à obra de Jean Paul Marat, o médico que teve destacada atuação na Revolução de 1789. Dez anos após a Revolução, Marat participou de um concurso, na Suíça, em que apresentou o “Plano de legislação criminal”, contrapondo-se à pena de talião, defendida por Kant. Para Marat, a pena talional seria a mais justa, se a sociedade fosse justa³¹¹.

Marat parte de um viés contratualista, próprio do seu tempo, em que os homens teriam abdicado de uma parcela de sua liberdade em prol da sua segurança. Ocorre que a ganância humana conduziu à acumulação irrefreada de riqueza de alguns em detrimento da maioria. Questiona-se, então, se um indivíduo, a quem só cabiam desvantagens na vida em sociedade, estaria obrigado a respeitar as leis. Conclui que não. Com isto, o pensamento de Marat “denunciava a falácia das construções iluministas, quanto à pretensão de que a pena justa fosse a retributiva, em uma sociedade sem justiça distributiva”³¹².

Os escritos de Marat estariam na raiz do que mais tarde será chamado de co-culpabilidade. De acordo com tal instituto, o agente atua com autodeterminação, mas sua esfera de autodeterminação é condicionada pela vida social, uma vez que a sociedade não consegue brindar a todos com as mesmas vantagens e desvantagens. O reconhecimento do papel da sociedade na delimitação da esfera de autodeterminação do criminoso equivaleria a uma repartição de reprovabilidade entre o agente e a sociedade³¹³; daí a expressão co-culpabilidade³¹⁴.

A co-culpabilidade, porém, seria insuficiente, pois: a) inicialmente, considera a pobreza a causa de todos os delitos – o que é facilmente desmentido, sobretudo pela eclosão dos crimes de colarinho branco; b) se se pretendesse corrigir o primeiro equívoco, seria conferido mais poder punitivo para as classes dominantes, e menos poder para as demais, o

³¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. 5.ed. São Paulo: RT, 2004, p.257.

³¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. 5.ed. São Paulo: RT, 2004, p.257.

³¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI. *Ob. cit.*, p.580.

³¹⁴ A co-culpabilidade ensinaria, assim, a atenuação da reprimenda penal. No Brasil, estaria consagrada no art. 66, CP, que permite a circunstância atenuante genérica, inominada. No sentido da co-culpabilidade como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, MOTA, Indaiá Lima. A co-culpabilidade como hipótese supralegal de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, 2013, p.141 e ss.

que consagraria um Direito Penal classista; c) rico ou pobre, o selecionado pelo sistema penal sempre o será com arbitrariedade³¹⁵.

Como, então, estruturar uma culpabilidade que funcione como limite ao poder punitivo, que contenha o arbítrio da seletividade do sistema penal? Pretendendo responder a tal indagação, Zaffaroni desenvolve sua concepção de culpabilidade, rechaçando, por primeiro, a culpabilidade do autor. Naturalmente, na culpabilidade do fato também devem ser levados em consideração aspectos relativos à personalidade do agente; mas aí reprova-se o que ele fez, em função das possíveis condutas condicionadas por sua personalidade, ao passo que na culpabilidade do autor reprova-se a sua personalidade, e o ato praticado seria mero sintoma dela³¹⁶.

Todavia, apenas afirmar a culpabilidade do fato é insuficiente para legitimar o exercício do poder punitivo, e nem sequer teria conteúdo ético, haja vista o caráter seletivo do sistema penal³¹⁷. À luz de uma concepção agnóstica da pena, a culpabilidade avulta em importância, mas não como limite de legitimação da imposição da pena, e sim como limite à irracionalidade seletiva do sistema penal³¹⁸.

A seletividade do sistema penal constitui a pedra de toque das valorações de Zaffaroni em torno da culpabilidade. Muito embora o professor argentino reconheça que a culpabilidade normativa fundada na autodeterminação possui uma pretensão de acentuado caráter ético, afirma que essa pretensão soçobra quando o agente constata que o poder punitivo não assinala a reprovação a outras pessoas que incorreram nos mesmos – ou até mais graves – injustos. Em suma, o Estado não atuaria de forma ética, muito embora se valha de elementos formais da ética para o juízo de reprovabilidade a pessoas selecionadas pelo poder punitivo³¹⁹.

³¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Culpabilidad por la vulnerabilidad*. Disponível em: <http://www.abogadosrosario.com/noticias/leer/306-culpabilidad-por-vulnerabilidad-por-eugenio-zaffaroni.html>.

³¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Culpabilidad por la vulnerabilidad*. Disponível em: <http://www.abogadosrosario.com/noticias/leer/306-culpabilidad-por-vulnerabilidad-por-eugenio-zaffaroni.html>. Acesso em: 25/11/2013.

³¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Culpabilidad por la vulnerabilidad*. *Ob. cit.*

³¹⁸ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidad no direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.187.

³¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alessandro. *Derecho penal: parte general*. 2.ed. Buenos Aires: EDIAR, 2002, p.653.

Os vulneráveis são as pessoas selecionadas pelo sistema punitivo, em regra pelo seu distanciamento do poder. A culpabilidade, então, deveria limitar o juízo de reprovabilidade, em referência à seletividade. E esta seria a razão pela qual a culpabilidade legitimaria a função redutora, e não o poder punitivo em si. Sem isso, o Direito Penal permitiria que o Estado se utilizasse de elementos formais da ética para reprovar pessoalmente alguém que já havia sido, previamente, selecionado pelo poder punitivo³²⁰.

Sob o aspecto dogmático, Zaffaroni aponta como elementos da culpabilidade o espaço de autodeterminação e culpabilidade do ato, a possibilidade exigível de compreensão da criminalidade e a possibilidade exigível de compreensão da antijuridicidade³²¹. Forçoso reconhecer, todavia, que suas maiores contribuições sobre o tema residem, realmente, na construção da concepção de culpabilidade por vulnerabilidade, em alusão à seletividade do sistema penal, e não nos aspectos constitutivos da culpabilidade.

3.4. Culpabilidade referida à pessoa

3.4.1. Culpabilidade pelo caráter

As teorias referentes à personalidade – ou ao caráter – do agente, não sufragam a possibilidade de se suplantar o Direito Penal do fato, que orienta a dogmática moderna. Resta disseminado no pensamento jurídico-penal em voga que a intervenção punitiva não pode recair sobre meros estados existenciais, isto é, criminaliza-se e pune-se pelo que se fez, e não pelo que se é. A culpabilidade pelo caráter, em momento algum, objetiva legitimar a imposição de uma sanção penal destituída da prática de ação típica e antijurídica.

A rigor, as teses que se desenvolveram com fundamento na culpabilidade pelo caráter almejam compatibilizar a ideia de livre-arbítrio à suposta indemonstrabilidade do “poder agir de outro modo”. Por outras palavras, já não importaria se o “poder agir de outro modo” é impossível de demonstração no caso concreto, pois a culpabilidade já não se

³²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alessandro. *Ob. cit.*, p.653.

³²¹ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.188.

fundamentaria na vontade que presidiu a conduta, mas sim ao caráter – ou personalidade – que na conduta se exprime³²².

Com a teoria da culpabilidade pelo caráter, altera-se o conceito material de culpabilidade – que, outrora centrado no fato, agora passa a ser centrado na personalidade do agente –, mas mantém-se inalterado o critério de identificação: o livre-arbítrio. Conforme Figueiredo Dias, a concepção em comento assegura à culpabilidade “a sua possibilidade teórica, a sua legitimidade ética e, sobretudo, a sua capacidade para dar resposta suficiente às exigências político-criminais”³²³.

Claus Roxin, crítico da teoria da culpabilidade pelo caráter, assevera que ela possui uma base determinista, fundada na ideia de que cada pessoa é responsável sim, mas pelas características ou propriedades que a induzem à prática do ato. Para o penalista alemão, o predecessor da teoria, na filosofia, é Schopenhauer, mas, no Direito Penal, teria muitos adeptos, tais como Heinitz, Engisch e Figueiredo Dias³²⁴.

A mais importante objeção endereçada por Roxin a essa teoria diz respeito ao paradoxo estabelecido na tentativa de se atribuir a culpabilidade a alguém por um dado inalterável, consistente na sua disposição caracteriológica, de que não é responsável. Para livrar-se desse imbróglio, os defensores da teoria – como Schopenhauer e Figueiredo Dias – recorreriam, conforme o autor, a critérios metafísicos, que seriam tão indemonstráveis como o “poder agir de outro modo”, e, por isso, “podem ser matéria da crença filosófica, mas não servir de base a uma concepção empírico-racional do Direito Penal”³²⁵.

3.4.2. A culpabilidade da pessoa (ou da personalidade)

³²² DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito penal: parte geral, Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p.521.

³²³ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito penal: Ob. cit.*, p.521.

³²⁴ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Tomo I*. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal Madrid: Civitas, 1997, p.802-803. Forçoso reconhecer, todavia, que o próprio Figueiredo Dias diverge da teoria da culpabilidade pelo caráter, muito embora reconheça que seu pensamento dela se aproxima. Nestes termos: “Também autores como Heinitz, Graf zu Dohna, Nowakowski e sobretudo Engisch, se revelam defensores de uma concepção de culpa pelo caráter que na conclusão se aproxima em muitos e essenciais pontos da que aqui se defende; o que de resto conduz Roxin a inserir a nossa doutrina no contexto do pensamento destes autores” (DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito penal: Ob. cit.*, p.525).

³²⁵ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Tomo I*. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal Madrid: Civitas, 1997, p.803.

Jorge de Figueiredo Dias, pretendendo alcançar uma culpabilidade da personalidade, “dogmaticamente exequível e político-criminalmente correto”, pretende substituir a liberdade indeterminista (livre-arbítrio) por uma liberdade como “característica do ser-total-que-age”. Para tanto, seria necessário fazer uma análise do homem como ser socializado, que vive em um mundo “e de que é, assim, aquilo que através da acção objectiva no mundo e que o mundo subjectiva nele”³²⁶.

O professor de Coimbra adere à tese de que o “poder agir de outro modo” é absolutamente indemonstrável e inapreensível, acrescentando a ideia de que por meio da liberdade a pessoa e a conduta por ela praticada constituem a mesma coisa³²⁷. É por esta razão que a liberdade que fundamenta a culpabilidade deve ser referida à personalidade do agente. A culpabilidade seria, então, a violação pelo homem do dever de conformar sua existência, de forma que sua atuação na vida em sociedade não lesione ou exponha a perigo de lesão os bens jurídico-penalmente protegidos.

Figueiredo Dias sustenta uma culpabilidade funcionalizada ao sistema, e deve almejar a limitação do poder punitivo do Estado, muito embora seja um crítico do funcionalismo exacerbado, que enxerga a culpabilidade apenas como instrumento para atendimento de finalidades preventivas. De igual sorte, a ideia de liberdade, como fundamento material da culpabilidade, não deveria estar funcionalizada, sendo, ao revés, depreendida de um “axioma antropológico”, parte integrante do Estado Democrático de Direito, e da dignidade da pessoa humana³²⁸.

A ideia de liberdade como fundamento da culpabilidade é enaltecida por Figueiredo Dias. Ao rechaçar o “poder agir de outro modo” finalista, como já salientado, Figueiredo Dias vai buscar seu conceito de culpabilidade na filosofia, remontando ao pensamento de Platão, Aristóteles, Kant, Schopenhauer e Bergson³²⁹. Em sua obra, a liberdade não assume

³²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito penal: Ob. cit.*, p.522.

³²⁷ PACHECO, Vilmar. *A crise da culpabilidade*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p.173.

³²⁸ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade: Ob. cit.*, p.283.

³²⁹ Ao tratar dos antecedentes de seu conceito de liberdade, afirma o professor português: “A história do pensamento da liberdade permite, de resto, entrever desde muito cedo uma pluralidade de caminhos através dos quais ela se deixa pensar neste plano sem contradição. Desde logo como forma de ‘escolha da existência’ em Platão, no mito de Er, onde a virgem Lachesis, filha da necessidade, põe o princípio de uma nova via para o gênero humano: ‘não é um ‘daimon’ que vos possuirá, antes vós que ireis escolher um ‘daimon’... A culpa não atinge a Divindade, mas aquele que escolhe’. Ou como possibilidade ontológica transcendental ancorada no carácter inteligível, como em Kant. Ou como característica do *esse* metafísico donde decorre a necessidade do *operari* empírico, como em Schopenhauer; onde ustamente faz Engisch entroncar a sua construção de uma culpa do caráter e Thomas Mann a concepção que põe na boa de Naphta: ‘O criminoso... é como é e não quer

a feição negativa, que vai marcar o advento dos direitos fundamentais de primeira geração, mas sim um aspecto positivo, um fazer, um agir, porquanto a liberdade engendra o ato de constituição do próprio ser que atua.

Além das críticas apresentadas por Roxin – sobretudo a que diz respeito à indemonstrabilidade de tal liberdade, tal como ocorre com o “poder agir de outro modo” – acrescentam-se como objeção à doutrina de Figueiredo Dias os argumentos pertinentes às dificuldades concretas de observância dessa liberdade, em contraposição aos postulados de um Estado Democrático.

Com efeito, em que pese Figueiredo Dias estruturar sua doutrina de modo a deixar muito claro a forma como rechaça qualquer propensão a um “direito penal do autor”, a intervenção punitiva poderia resvalar para um juízo de reprovação que recaísse não mais sobre o fato em si, mas sobre toda a personalidade do agente, como manifestação de sua liberdade, na conformação do “ser em si que age”. Não há como negar que a grandiosidade da doutrina do professor de Coimbra não possui o condão de robustecer o liame, assaz tênue, que separa seu conceito de culpabilidade de um direito penal do autor.

3.5. A pessoa deliberativa e o déficit de lealdade ao Direito: a influência de Habermas na culpabilidade

3.5.1. Considerações iniciais

A teoria da pessoa deliberativa é desenvolvida por Klaus Günther, a partir da teoria da ação comunicativa do filósofo alemão Jürgen Habermas. Um dos grandes representantes da Escola de Frankfurt, Habermas exerce grande influência sobre o pensamento alemão, e essa influência se espalha sobre a seara jurídico-penal. Com a sua teoria da ação comunicativa, acabará influenciando, não apenas o pensamento de Günther, mas também o de Kindhäuser.

e nem pode ser outra coisa, e isto precisamente é a sua culpa... No fazer, na acção, vigora seguramente a determinação, aqui não se dá nenhuma liberdade, antes sim no Ser'. Ou ainda como característica dos atos excepcionais que decorrem do 'eu' e só nele encontram fundamento, em Bergson; retornando assim a tese de Aristóteles segundo a qual são livres e imputáveis as acções que têm a sua *arché* em nós próprios e em cuja base ensaiou Coing a sua construção do conceito de culpa jurídica” (DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito penal: Ob. cit.*, p.522-523).

Estudioso de questões relacionadas à legitimidade, racionalidade e democracia, Habermas desenvolve sua teoria da ação comunicativa. Adotando o paradigma comunicativo, Habermas que a comunicação livre, racional e crítica constituiria uma superação da razão iluminista clássica, do século XVIII. O princípio democrático não estaria ancorado na vontade da maioria, tão-somente, mas sim na comunicação racional³³⁰, isto é, em um “discurso racional entre indivíduos iguais que normatizam regras jurídicas a partir da ‘liberdade comunicativa’”³³¹.

Habermas, um dos mais destacados herdeiros da Escola de Frankfurt, seguiu a linha – própria da referida Escola – de estudo do ser humano como integrado ao grupo social, razão pela qual a normatização deve observar tal condição humana, vale dizer, limitar-se ao respeito à dignidade humana. Com a teoria da ação comunicativa, Habermas abre espaço para uma análise das formas de reprovação social que antecedem a reprovação penal, na linha do quanto preconizado pela intervenção punitiva mínima, que deve orientar o Direito Penal³³².

Habermas não se dedicou especificamente à questão da culpabilidade. Mas com sua concepção em torno do agir comunicativo, acabou influenciando significativamente duas relevantes teorias da culpabilidade: a teoria da pessoa deliberativa, sustentada por Klaus Günther e o déficit de lealdade ao Direito, que encontra em Urs Kindhäuser seu mais proeminente defensor.

3.5.2. A pessoa deliberativa e a culpabilidade

A legitimidade democrática das normas jurídicas é o eixo central na análise da culpabilidade, sobretudo no que diz respeito ao seu conceito material. A referida legitimidade seria oriunda da participação do indivíduo no processo democrático de edição dos enunciados normativos. Esta é a base da ideia de “pessoa deliberativa”, que conseguiria

³³⁰ HABERMAS, Jürgen. *¿Como es posible la legitimidad por vía de legalidad?*. Tradução: Manuel Jimenez Redondo.

³³¹ 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*. Salvador: JusPodivm, 2010, p.259.

³³² CAMARGO, Chaves, A. L. *Culpabilidade e reprovação pessoal*. São Paulo: Sugestões literárias, 1994, p.10-11.

“superar tanto os problemas dos posicionamentos que relacionam culpabilidade com prevenção quanto aqueles que relacionam culpabilidade com livre-arbítrio”³³³.

A pessoa deliberativa participa ativamente do processo democrático de elaboração das normas jurídicas. O destinatário da norma jurídica, então, deixa de ser mero espectador, sendo erigido a um dos elaboradores do seu conteúdo, participando desse processo de legitimação democrática, sob uma perspectiva de avaliação crítica, dotada de conhecimentos jurídicos. Essa característica permite à pessoa deliberativa, inclusive, suscitar conflito em torno da validade da norma³³⁴.

Neste diapasão, Günther se debruça sobre a culpabilidade, entendendo-a como uma atribuição de sentido que se efetua sobre o agente. A legitimidade da mencionada atribuição de sentido derivaria da formatação democrática de participação do agente (pessoa deliberativa) na elaboração da norma, bem como da posterior aferição em torno da sua validade³³⁵.

A doutrina de Günther, como sói, foi alvo de inúmeras contestações, sobretudo por força da forma como pretende legitimar a culpabilidade a partir da legitimidade do processo de elaboração das normas jurídicas. A maior ressalva oposta à doutrina de Günther diz respeito àquelas pessoas que, pelas mais variadas vicissitudes, não possuem condições de participar dos processos deliberativos. Levadas às últimas consequências as conclusões de Günther, não seriam pessoas deliberativas, e, para elas, não haveria a legitimidade da culpabilidade³³⁶.

Que dizer, ainda, dos Estados que não pautam pelas premissas democráticas? Nos regimes ditatoriais, em que as pessoas não possuem, nem sequer em tese, o direito de participação, não haveria culpabilidade? Ademais, a realidade sócio-econômica dos países que se encontram na periferia do capitalismo central não está, todo o tempo, condizente com a inserção dos cidadãos nos processos deliberativos.

3.5.3. A culpabilidade e o déficit de lealdade ao Direito

³³³ 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*. Salvador: JusPodivm, 2010, p.260-261.

³³⁴ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.169.

³³⁵ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no direito penal*. *Ob. cit.*, p.169.

Urs Kindhäuser é outro jurista alemão que se vale da influência do pensamento habermasiano e procura adaptá-lo à ideia de culpabilidade. Em sua teoria, acaba por se aproximar do funcionalismo sistêmico de Jakobs, muito embora se apresentem algumas distinções entre suas concepções. Kindhäuser reconhece na culpabilidade uma “realidade pretensamente comunicativa”³³⁷.

Na doutrina de Kindhäuser, a culpabilidade possuiria uma dupla dimensão. Sob o aspecto formal, encontra-se a reprovabilidade, fruto da inaptidão do agente para formar uma motivação acerca da norma que houvesse sobrepujado a motivação que o impeliu à prática da conduta. No que concerne à sua dimensão material, o fundamento da culpabilidade deveria ser expresso por meio das razões pelas quais não se formou a devida motivação do agente para respeitar a norma³³⁸.

O autor trabalha à luz do conceito de “comunitarismo”, que, tal como o liberalismo, concebe e enaltece o homem livre. Distancia-se do liberalismo, todavia, sobretudo a partir das críticas formuladas por Rawls, cuja ideia central é a de que o indivíduo deve ser considerado como membro inserido em uma comunidade política pautada pela igualdade³³⁹. Assim, a liberdade está ligada à participação em processos políticos e na multiplicidade de opiniões e forças sociais, “de modo que o bem geral não depende da qualidade formal das leis, mas sim do compromisso dos cidadãos na sua observância”³⁴⁰. É este vínculo inquebrantável entre sociedade e indivíduo que formaria o comunitário.

No contexto do comunitarismo, o Direito desempenha uma função de integração, pressupondo que os cidadãos ajustem seus comportamentos aos mandamentos normativos. Este ajuste diz respeito à lealdade ao Direito, como forma de preservar seus próprios direitos. A culpabilidade se manifestaria como “violação a esta virtude cidadã

³³⁶ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no direito penal*. *Ob. cit.*, p.170.

³³⁷ A expressão de Paulo Busato, que esclarece: “O adjetivo ‘pretensamente’ se deve a que a perspectiva comunicativa adotada por Kindhäuser, conquanto bastante mais abrangente que a pseudoimersão comunicativa de Jakobs, ainda resulta, ao final, tímida” (BUSATO, Paulo César. *Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal*. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=94#_ftn81. Acesso em: 30/11/2013).

³³⁸ BUSATO, Paulo César. *Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal*. *Ob. cit.*

³³⁹ BUSATO, Paulo César. *Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal*. *Ob. cit.*

³⁴⁰ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade*: *Ob. cit.*, p.266-267.

(*staatsbürgerliche Tugend*) realizada através da infração da norma, que significa, como consequência lógica, o abandono da comunidade”³⁴¹.

Dentre as críticas apontadas à teoria de Kindhäuser, a mais expressiva diz respeito ao fato de que a legitimidade material da culpabilidade estaria, em seu pensamento, jungida ao dever de obediência ao Direito, considerado em si mesmo, isto é, desvinculado de qualquer conteúdo. Por força do processo de legitimação das normas, que o autor defende, a legitimidade do Direito já derivaria de sua formatação legislativa³⁴².

3.6. A culpabilidade referida à motivabilidade

3.6.1. Considerações iniciais

As teorias da culpabilidade referidas à motivabilidade inserem-se no contexto da pretensão de encontrar o fundamento material da culpabilidade, prescindindo da concretização do “poder de agir de outro modo”. Esta, como se percebe, é a tônica que tem orientado o desenvolvimento dogmático da culpabilidade do período compreendido entre o advento do finalismo welzeniano até os dias atuais³⁴³.

As teorias da culpabilidade referida à motivabilidade – de destacada feição normativista – encontram suas mais contundentes expressões nas obras dos professores espanhóis Francisco Muñoz Conde (e a sua culpabilidade motivada pela norma) e Santiago Mir Puig (e sua ideia de imputação pessoal).

3.6.2. A motivabilidade e a culpabilidade na obra de Muñoz Conde

Francisco Muñoz Conde, catedrático da Universidade de Sevilla, endossa as críticas de Engisch em torno da impossibilidade de demonstração concreta do “poder de agir de

³⁴¹ BUSATO, Paulo César. *Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal*. *Ob. cit.*

³⁴² MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade*: *Ob. cit.*, p.272.

³⁴³ Importante referir, porém, que a ideia de normalidade da motivação como fundamento da culpabilidade não é tão recente na doutrina penal, deitando raízes em momento anterior ao próprio advento do finalismo. Nesse sentido: “A ideia de motivação normal como fundamento material da culpabilidade está presente na origem do pensamento normativista, quando Frank e Golsdchmidt, nas suas respectivas concepções normativas de culpabilidade, utilizaram a ideia de normalidade de motivação como requisito material do juízo

outro modo”. Mais que isso, destaca que não apenas a faculdade de se motivar contrariamente à norma, quando poderia agir de outro modo, é indemonstrável, mas também a capacidade de escolha no momento do cometimento do delito. Por outras palavras, ainda que exista a tal capacidade de escolha, não se teria como saber se, no caso concreto, ela foi empregada³⁴⁴.

Para Conde, o conceito material de culpabilidade deve ser reconstruído, na medida em que não pode fundamentar em um mero pressuposto descritivo, como seria o “poder de agir de outro modo”. Sendo uma categoria cuja finalidade é fundamentar e limitar a imposição de uma sanção penal³⁴⁵, deve a culpabilidade balizar-se por elementos mais concretos e palpáveis, e não por ilações indemonstráveis³⁴⁶.

Conde também condena a perspectiva de análise da culpabilidade como fenômeno individual, isto é como elemento de união entre o autor e o fato típico e antijurídico que ele pratica. A culpabilidade não seria um fenômeno individual, mas social, isto é, não se pode aferir a culpabilidade, senão em referencia aos outros. O juízo de culpabilidade seria, em última instância, ditado pelo Estado, que definiria o que é culpável ou inculpável, o que seria liberdade ou não-liberdade³⁴⁷.

Em resumo, na obra de Muñoz Conde a culpabilidade desfruta de acentuada primazia, sobretudo porque é vista como categoria de fundamental importância para legitimar e limitar o poder de punir do Estado. Objetivando superar o imbróglio produzido pela alegada indemonstrabilidade do “poder de agir de outro”, Muñoz Conde recorre à motivação da norma penal como instrumento de tutela dos bens jurídicos para fundamentar o conceito material de culpabilidade.

Para definir os bens jurídicos, o professor espanhol recorre à formulação freudiana de que a sociedade frustra, mas satisfaz, ao mesmo tempo, as necessidades humanas individuais, para concluir que a necessidade de convivência pressupõe a proteção dessa convivência, pois apenas a partir dela poderá o ser humano realizar-se³⁴⁸. A autorrealização

de censura que consistia a culpabilidade no início do século XX” (MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade: Ob. cit.*, p.288).

³⁴⁴ PACHECO, Vilmar. *A crise da culpabilidade*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p.209.

³⁴⁵ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.179.

³⁴⁶ PACHECO, Vilmar. *A crise da culpabilidade*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p.209.

³⁴⁷ PACHECO, Vilmar. *Ob. cit.*, p.209.

³⁴⁸ CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al derecho penal*. 2.ed. Buenos Aires: B de F, 2001, p.90.

humana pressupõe, então, a existências de algumas utilidades, que se denominam “bens” e, uma vez submetidos à proteção jurídica, tornam-se bens jurídicos. Conclui Conde que bens jurídicos “são aqueles pressupostos de que a pessoa necessita para sua autorrealização na vida social”³⁴⁹.

Para atender a esta função de proteção aos bens jurídicos, são desencadeados nos indivíduos certos processos psicológicos que os conduzem a respeitar os bens jurídicos. Estes processos psicológicos, por seu turno, fariam parte um processo ainda mais complexo, a que o autor denomina “motivação”. A norma penal cumpriria esta função motivadora, ao ameaçar com uma pena a prática de determinados comportamentos, considerados perniciosos pelo grupo social³⁵⁰.

A função motivadora da norma penal só poderia ser compreendida quando o sistema jurídico-penal é inserido em um contexto maior, de controle social, ou seja, de disciplinamento do comportamento humano em sociedade³⁵¹. Este controle social, como se percebe, seria imprescindível para a convivência em sociedade. E é a partir do referido controle que se assegura o cumprimento das expectativas e dos interesses contidos na norma.

A partir da ideia de motivação conforme a norma, o importante já não é aferir se o agente possuía a faculdade de praticar múltiplas condutas, mas sim em saber se é possível abster-se de praticar a conduta proibida pela norma, tendo em vista o fato de se encontrar motivado por ela³⁵². Como consectário lógico, a realização da conduta por parte daquele que não é motivado pela norma – incapaz, então, de reagir às exigências normativas – haveria a atenuação ou, até mesmo, a exclusão da culpabilidade³⁵³.

³⁴⁹ CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al derecho penal*. Ob. cit., p.90-91. O próprio autor traz alguns exemplos, aludindo, em primeiro lugar, à vida e à saúde – negados pela morte e pelo sofrimento. A estes bens, acrescem-se outros pressupostos materiais que sirvam para conservar a vida e aliviar o sofrimento, tais como meios de subsistência, alimentos, e outros elementos que permitam a afirmação da personalidade individual e do seu livre desenvolvimento. Muñoz Conde chama a atenção, porém, para o que chama de “perversão” do conceito de bem jurídico, sobretudo diante de uma realidade que leva a considerar como bem jurídico algum dado que é importante para a classe ou grupo dominante, embora não possua qualquer relevância para o restante da comunidade (CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al derecho penal*. Ob. cit., p.91-92).

³⁵⁰ CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al derecho penal*. Ob. cit., p.96.

³⁵¹ CONDE, Francisco Muñoz. *Derecho penal y control social*. Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p.36.

³⁵² MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Ob.cit.*, p.179.

³⁵³ CONDE, Francisco Muñoz. *La objeción de conciencia en derecho penal*. Disponível em: <http://instituto-economico.blogspot.com.br/2012/07/munoz-conde-la-objecion-de-conciencia.html>. Acesso em 07/12/2013.

Em sua obra, Conde adota uma postura de maior tolerância para com os grupos sociais marginalizados. A exclusão destes grupos dos processos políticos retira – ou, ao menos, atenua – a legitimidade da intervenção punitiva, que, assim, deveria ser mitigada ou, mesmo, excluída. O seu estudo em torno dos “insubmissos” revela esta tendência de forma patente³⁵⁴. A atenuação da reprimenda penal por força desta vulnerabilidade penal aproxima a doutrina de Conde da culpabilidade por vulnerabilidade, de Zaffaroni³⁵⁵.

3.6.3. A imputação pessoal e a motivabilidade normativa

Santiago Mir Puig, catedrático da Universidade de Barcelona, substitui a expressão culpabilidade, denominando essa categoria do delito de “imputação pessoal”³⁵⁶, que seria caracterizada pela capacidade de motivação normal pelas normas jurídicas. Os inimputáveis e aqueles que estivessem em uma situação em que pudesse falar em inexigibilidade de conduta diversa não teriam essa capacidade³⁵⁷.

Mir Puig inicia por diferenciar aspectos da antijuridicidade e da culpabilidade, salientando que a primeira se encontra no âmbito dos fatos que o Direito Penal almeja prevenir, ao passo que a última é a esfera em que se comprova se o fato injusto praticado pode ser atribuído ao agente, em condições psíquicas de motivabilidade normal. A motivabilidade não seria conceito exclusivo da culpabilidade; se a proibição em lei objetiva evitar a realização de uma conduta, procura fazê-lo mediante a motivação para o cumprimento da norma³⁵⁸.

Na doutrina de Mir Puig, a capacidade de o agente ser motivado, de alguma forma, pela norma não pode estar inserida na culpabilidade, pois a motivabilidade integra o próprio injusto penal. O que caracteriza a culpabilidade, então, é a comprovação da normalidade da motivação. Se houver qualquer possibilidade de motivar o agente, é possível a proibição por meio da norma penal.

³⁵⁴ CONDE, Francisco Muñoz. *La objeción de conciencia en derecho penal*. Ob. cit.

³⁵⁵ No mesmo sentido, MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Ob. cit.*, p.300.

³⁵⁶ “Mir Puig admite ter reservas ao emprego da expressão ‘culpabilidade’, pelo fato de que esta possui concepções moralizantes e significado ambíguo” (MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Ob. cit.*, p.289).

³⁵⁷ PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 10.ed. São Paulo: RT, 2011, p.394.

³⁵⁸ PUIG, Santiago Mir. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p.88.

É assim que o injusto penal adstringe-se à seleção das condutas humanas penalmente relevantes, isto é, os comportamentos gravosos possíveis de serem evitados pela motivação, conforme a norma. A culpabilidade (imputação pessoal) estaria, por sua vez, no âmbito em que se “comprovam as possibilidades psíquicas de motivação normal de um autor do comportamento antijurídico por parte da norma penal”³⁵⁹. A ausência da normalidade não faz com que o fato continue a ser considerado (des)valorado como antijurídico, porquanto não pressupõe uma impossibilidade absoluta de motivar-se³⁶⁰.

Em resumo, na teoria de Santiago Mir Puig, a ausência absoluta de motivação normativa excluiria a própria antijuridicidade, enquanto a ausência de normalidade na motivação normativa conduziria à exclusão da culpabilidade.

A doutrina de Mir Puig possui inegáveis méritos, mormente por ratificar a concepção da culpabilidade como limitação democrática à intervenção punitiva, que não poderia abdicar desta categoria. Como não poderia deixar de ser, sua visão de culpabilidade também foi alvo de severas críticas doutrinárias. A mais contundente diz respeito ao fato de que, em sua obra, o ser humano é reduzido a sujeito passivamente determinado pela motivabilidade da norma. Já não é o homem que decide por motivar-se ou não conforme a norma, mas, ao revés, a norma é que possui a aptidão de motivar ou não motivar o homem³⁶¹.

Outras ponderações foram formuladas à ideia de motivabilidade normal, tais como o retorno à ideia de homem médio, que apenas seria substituído pelo “homem normal”³⁶². Mencionadas ponderações, contudo, quedam com importância diminuta em relação à primeira crítica à teoria de Mir Puig, acima referida.

Com efeito, a afirmação de que a teoria de Puig reduz a condição humana a mero objeto da incidência da norma constitui retrocesso paradigmático, a período anterior ao pensamento kantiano. Obviamente, não se pode imputar a Puig a pretensão de promover esse reducionismo voluntariamente. Mas as consequências da análise a que procede, em torno da motivabilidade normativa na culpabilidade, reforçam a crítica.

³⁵⁹ PUIG, Santiago Mir. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p.91.

³⁶⁰ PUIG, Santiago Mir. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Ob. cit., p.91.

³⁶¹ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Ob. cit.*, p.297.

3.7. A negação da culpabilidade

Enrique Gimbernat Ordeig, professor catedrático da Universidade Complutense de Madrid, leva às últimas consequências as críticas à culpabilidade – abordando, em especial, a indemonstrabilidade do “poder de agir de outro modo” – , chegando a negar-lhe a utilidade para o Direito Penal. Já não se trata, então, de contestar o fundamento material da culpabilidade, ou sua funcionalização para o atendimento de demandas preventivas ou de finalidades político-criminais de outra espécie.

Gimbernat Ordeig recorre à obra de Richard Schmid, para quem o surgimento da criminologia promove significativa alteração na questão da culpabilidade. A criminologia seria a ciência das causas da criminalidade; a existência (e identificação) das causas da criminalidade seria incompatível com a culpabilidade. Mesmo que se considere possível – como forma de tentar salvar o conceito de culpabilidade, destaca Ordeig – que dentre as causas da criminalidade se encontre alguma dirigida ao próprio agente, como sua má índole ou vontade, esta seria uma causa imprópria, com a qual já se abandona a ideia de causa³⁶³.

A análise do professor espanhol não se adstringe à culpabilidade. Ao revés, trata-se de um acurado estudo sobre a dogmática jurídico-penal, e a crise que vivencia, fortalecida, em grande parte pelo encastelamento do Direito Penal em suas próprias categorias. Invocando a obra de autores como Nedelmann, faz menção à irracionalidade da ciência do Direito Penal, que fecha os olhos para os estudos da psicologia e da criminologia, enclausurando-se no formalismo das categorias jurídicas³⁶⁴.

Sob tal perspectiva, já não faz sentido discutir o livre-arbítrio como forma de fundamentar a culpabilidade. Gimbernat Ordeig propõe, então, uma discussão que transponha a barreira do Direito Penal da culpabilidade. O catedrático de Madrid chega a tais reflexões após constatar que mesmo os críticos mais destacados do livre-arbítrio (sobretudo aqueles que se apegam ao argumento da sua indemonstrabilidade fática) não ousam prescindir da concepção de culpabilidade³⁶⁵.

³⁶² MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Ob. cit.*, p.297.

³⁶³ ORDEIG, Enrique Gimbernat. *¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?*. Disponível em: <http://new.pensamientopenal.com.ar/01092009/doctrina03.pdf>. Acesso em: 10/12/2013.

³⁶⁴ ORDEIG, Enrique Gimbernat. *¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?* *Ob. cit.*

³⁶⁵ ORDEIG, Enrique Gimbernat. *¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?*. Disponível em: <http://new.pensamientopenal.com.ar/01092009/doctrina03.pdf>. Acesso em: 10/12/2013.

De fato, Gimbernat Ordeig é um dos poucos autores que sustentam ser despcienda a culpabilidade para o Direito Penal. Culpabilidade, então, não constitui fundamento nem limite da pena a ser imposta. E mais: se o fundamento material da culpabilidade não pode ser demonstrado, essa categoria deve estar apartada da teoria do delito, sendo substituída pela necessidade de pena. Com isto, as exigências de prevenção geral e especial ganham uma relevância e expressividade ímpar na obra do autor³⁶⁶.

Mesmo abdicando da ideia de culpabilidade, Ordeig chega a conclusões muito próximas daquelas relativas aos adeptos desta categoria como elemento integrante da estrutura do crime. Assim, são preservadas em sua teoria os princípios elementares que orientam a culpabilidade, tais como a exclusão da responsabilidade objetiva, a adoção de medidas de segurança para os inimputáveis, a existência da dirimente do erro de proibição inevitável e a distinta reprovabilidade nos crimes culposos e dolosos³⁶⁷. A diferença, porém, é que, na obra de Ordeig, tais consequências estão relacionadas às finalidades preventivas da pena.

Algumas das principais críticas à doutrina de Gimbernat Ordeig são apresentadas pelo seu compatriota, José Cerezo Mir, para quem prescindir da culpabilidade é incompatível – ao contrário do que sufraga Ordeig – com a pretensão de rechaçar a responsabilidade penal objetiva. De igual sorte, abdicar do princípio da culpabilidade como fundamento e limite da pena, substituindo-a por exigências de prevenção geral e especial significaria encontrar respostas distintas para os problemas da responsabilidade pelo resultado, do erro de proibição e da isenção de pena para os inimputáveis³⁶⁸.

No Brasil, Fábio Machado considera o sistema proposto por Ordeig incompatível com os postulados de um Estado Democrático de Direito, pois fundamenta-se na permanente intimidação aos cidadãos, o que se aproximaria dos regimes autoritários³⁶⁹. Para Sebastián Mello, a pretensão de substituir a culpabilidade por critérios de prevenção fracassa, justamente porque a culpabilidade representa a garantia de proteção aos direitos fundamentais³⁷⁰.

³⁶⁶ ORDEIG, Enrique Gimbernat. *¿Tiene un futuro la dogmatica juridicopenal?* Ob. cit.

³⁶⁷ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Ob. cit.*, p.278.

³⁶⁸ MIR, José Cerezo. El delito como acción culpable. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) y Boletín Oficial del Estado, 1996, p.13.

³⁶⁹ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Ob. cit.* p.177.

³⁷⁰ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Ob. cit.*, p.281.

Imperioso referir que a doutrina de Ordeig não é a única a propugnar o abandono da culpabilidade como fundamento e limite da imposição de pena. Neste diapasão, pode-se fazer menção à doutrina de Baurmann, que defende um “Direito de medidas referido ao fato”, em que a “função de proteção do princípio da culpabilidade se cumpriria através dos critérios da danosidade social e da motivabilidade”³⁷¹.

Baurmann, portanto, vai muito além do quanto proposto por Gimbernat Ordeig, na medida em que pretende não apenas abdicar do conceito de culpabilidade, mas, mais que isso, prescindir da ideia de pena, que seria substituída pela adoção de medidas outras. As referidas medidas não se fundamentariam na perigosidade do agente (como as atuais medidas de segurança aos inimputáveis), mas sim na danosidade social produzida pelo fato.

Por sua vez, Kargl, ao sustentar um Direito Penal destituído de culpabilidade, faz menção a um “Direito Penal sustentado sobre as instituições jurídico-constitucionais básicas”³⁷², tese considerada muito vaga por Roxin. Kargl abdica do princípio da culpabilidade, amparando-se na “instituição básica” da dignidade humana. Já Scheffler pretende a substituição do princípio da culpabilidade por um sistema de Direito Penal de cunho exclusivamente criminológico, relacionando o “princípio do ser objetivamente responsável” com o princípio da proporcionalidade³⁷³.

Sack assevera que o desenvolvimento do estudo da criminologia tornou a intervenção punitiva incompatível com a culpabilidade, pois já não seria possível imputar ao agente o comportamento considerado desviado, porquanto tal comportamento deveria ser considerado parte integrante do sistema social. O comportamento desviado, então, só poderia ser imputado ao próprio sistema, e não ao autor da conduta³⁷⁴.

Tais teorias, porém, são incompatíveis com a legitimidade de uma intervenção punitiva, racional e limitada, que preserve as garantias individuais do agente e a tutela dos bens jurídicos da sociedade. No caso da doutrina de Sacks, por exemplo, só haveria compatibilidade da sua crítica com as doutrinas não-justificacionistas (abolicionistas) do Direito Penal, o que, de resto, é incompatível com o ordenamento jurídico nacional, na medida em que a Constituição Federal agasalhou o princípio da vedação à proteção

³⁷¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Tomo I*. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal Madrid: Civitas, 1997, p.812.

³⁷² ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Ob. cit.*, p.813.

³⁷³ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Ob. cit.*, p.813.

deficiente, ao impor mandados constitucionais de criminalização³⁷⁵ em inúmeros dispositivos.

3.8. Considerações em torno da culpabilidade e o livre-arbítrio

O desenvolvimento do conceito de culpabilidade não transcorreu, como se depreende das doutrinas modernas em torno do tema, de forma linear. Questões em torno da necessidade da culpabilidade, ou sua substituição por alguma outra categoria própria da teoria do delito, ou, ainda, por alguma pretensão prevencionista da pena, deram o tom das questões mais palpitantes, nos últimos anos.

Não se pode olvidar, porém, que a questão central que mais exerceu influência na dogmática penal recente diz respeito ao fundamento material da culpabilidade, e, mais precisamente, a adesão ou crítica ao “poder agir de outro modo”, propugnado com tanta ênfase por Welzel.

Já não desfrutam de prestígio as teorias deterministas. Com efeito, na seara da dogmática penal é incomum encontrar, na atualidade, a defesa das concepções deterministas que tanto vicejaram no fim do século XIX, sob forte influência do positivismo científico. As concepções deterministas ganham espaço em outras searas do conhecimento³⁷⁶ e cresce a tendência à importação de tais posturas ao Direito Penal, mas a doutrina majoritária, por enquanto, rechaça o retorno ao determinismo.

A recalcitrância em retornar ao determinismo do século XIX compatibiliza-se com as indagações em torno da pertinência do livre-arbítrio, com fundamento na alegada indemonstrabilidade. Defendida desde Engisch, passando por autores de grande influência da dogmática penal, como Roxin, a alegada indemonstrabilidade do “poder de agir de outro modo” tornou-se a pedra angular, sobre a qual se erigiu um colosso de construções doutrinárias. E mesmo os mais ardorosos defensores das teses liberistas acabam sendo atraídos para essa discussão, como se dela não pudessem prescindir, para afirmar a liberdade como fundamento material da culpabilidade.

³⁷⁴ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Ob. cit., p.813.

³⁷⁵ FELDENS, Luciano. *A constituição penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.23.

³⁷⁶ Conforme se procura abordar no próximo capítulo.

A demonstrabilidade que se pretende, fundamentada na reconstrução fática das circunstâncias, obviamente, é inviável. É óbvio que se não pode reconstruir o dado concreto para se aferir se seria possível ao agente agir de um modo diverso. Esta é a principal lição que Heráclito legou à humanidade, há muitos séculos. Se não se pode ingressar no mesmo rio duas vezes, também não se pode reviver o fato criminoso, em sua inteireza. E daí o ocaso do famigerado princípio da verdade real, como um dado concreto que pudesse ser alcançado pela reconstrução dos fatos por intermédio das provas processuais.

Mas, no afã de substituir a concepção de liberdade plasmada no “poder agir de outro modo”, muitos autores buscam a substituição do fundamento material da culpabilidade por categorias como a “motivabilidade normativa” (Muñoz Conde) ou a “dirigibilidade normativa” (desde Noll até Claus Roxin). Mas são temas igualmente indemonstráveis; pelo menos sob o ponto de vista da reconstrução fática das circunstâncias. Como se aferir se, no caso concreto, por ocasião do momento da prática criminosa, o agente era capaz de motivar-se consoante os ditames normativos? Por meio da reconstrução fática da situação, não seria possível.

Ademais, não se pode olvidar que a ideia de liberdade traz subjacente a capacidade de autodeterminação. Naturalmente, a expressão liberdade pode conduzir a uma multiplicidade de sentidos, e é possível fazer menção a infindáveis modalidades de liberdade (ambulatorial, de expressão, religiosa, artística, dentre outras). Mas todas se reportam à capacidade de autodeterminação.

Mas ao trazer à baila as ideias de motivabilidade normativa, dirigibilidade normativa, culpabilidade de vulnerável (Zaffaroni) e outras, os autores reafirmam a referida capacidade de autodeterminação. A capacidade de se conduzir conforme os preceitos normativos constituem expressão da capacidade de se determinar conforme melhor lhe aprouver. E, de uma forma geral, as expressões que pretendem substituir o livre-arbítrio se tornam verdadeiros jogos linguísticos, que enformam petição de princípios.

É necessário adotar um paradigma minimamente pragmático, para que o Direito Penal não se perca em abstrações pueris, destituídas de relevância concreta. O livre-arbítrio – bem como a capacidade de autodeterminação que enseja as ideias de motivabilidade e dirigibilidade normativa, dentre tantas outras – serão indemonstráveis, sim, se se pretende a

reconstrução do fato concreto. Mas já não se pode prescindir da concepção de liberdade, no atual estágio de desenvolvimento em que se encontra o Direito Penal.

Inserido no referido contexto, a negação do livre-arbítrio põe por terra as construções dogmáticas que conduziram a culpabilidade ao epicentro da fundamentação da imposição de uma pena concreta a um ser humano concreto, por força da prática de um ato típico e antijurídico. Por sua vez, a negação da própria culpabilidade (como pretendido por autores como Ordeig) ou sua substituição por pretensões meramente preventivistas (como sustenta Jakobs) ou por outras categorias jurídicas (como quer Maurach) poderá ensejar retrocesso pragmático de vulto.

Imaginar um Direito Penal cujo limite seja a pretensão estatal de prevenção à criminalidade, conduz a submissão de categorias visceralmente garantistas à política de segurança pública do Estado. E, neste diapasão, ganha muita relevância a análise de Eugenio Raul Zaffaroni em torno do realismo marginal jurídico-penal que orienta as agências de controle nos países do capitalismo periférico.

De mais a mais, a demonstração concreta da liberdade de vontade não seria necessária, na medida em que a função do Direito deve ser a de persuadir, e não a de informar. Roxin parece, de alguma forma, reconhecer isto, ao asseverar que a existência da liberdade é questão filosófica, e que o Direito Penal poderia trabalhar à luz desta perspectiva sob um viés normativo, tal como se faz com a ideia de igualdade.

Se se quiser abdicar das categorias lógico-objetivas que tanto influenciam o finalismo, este seria um argumento assaz razoável para manter o livre-arbítrio como fundamento material da culpabilidade, não como categoria pré-jurídica, mas como construção normativa do ordenamento. A despeito disto, o renomado autor alemão opta pela reconstrução do fundamento material da culpabilidade à luz da ideia de dirigibilidade normativa – destacando, reitera-se, a capacidade de autodeterminação.

As teses liberistas, em suma, não sofrem ataque de relevo com as ideias de indemonstrabilidade. Mas o panorama muda de figura quando grassam as teorias que negam o livre-arbítrio, não pela impossibilidade de demonstração, mas, ao revés, pela demonstrabilidade de sua inexistência. É o que fez o positivismo no século XIX, ao adotar uma postura radicalmente determinista. De igual sorte, caminhou neste sentido o materialismo, e algumas teorias psicológicas, como o behaviorismo. Mas, nos últimos

tempos, algumas correntes de pensamento ligadas à neurociência propugnam um neurodeterminismo que muito pode impactar a dogmática penal.

CAPÍTULO IV

NEUROCIÊNCIA E CULPABILIDADE

4.1. Origem e desenvolvimento da neurociência

É possível afirmar que a neurociência corresponde ao estudo do sistema nervoso, e, em especial, do cérebro. Nos últimos anos, a neurociência obteve um crescimento avassalador em seu campo de influência, tendo os estudos neurocientíficos espalhado efeitos pelas áreas mais diversas, tais como a educação, engenharia, química, computação, medicina, física, antropologia e, mais recentemente, o Direito; mais particularmente, o Direito Penal.

A despeito do incremento recente de prestígio, é possível localizar os primórdios dos estudos neurocientíficos em momento muito distante. Com efeito, mesmo na Antiguidade já havia a preocupação em se estudar o cérebro humano, e os gregos agasalhavam a ideia de que nos ventrículos cerebrais estavam a sede dos humores e da capacidade intelectual do ser humano³⁷⁷. Essa doutrina será reforçada com Galeno, entre os séculos II e III da era cristã, e só será rechaçada no século XVI, com a obra de Andreas Vesalius, para quem os ventrículos não poderiam conter a capacidade intelectual do ser humano, pois alguns animais também os possuíam³⁷⁸.

A hegemonia da teoria ventricular por tantos séculos se deu, em grande medida, pela sua adoção por parte da Igreja, que, como cediço, exerceu grande influência sobre o conhecimento no decorrer da Idade Média. Para a teoria ventricular, as funções cerebrais teriam três etapas distintas e sucessivas: a) a primeira etapa diria respeito à colheita de informações do ambiente e corresponderia às sensações; b) a segunda etapa diria respeito ao processamento de informações no pensamento; por fim, a terceira etapa corresponde ao armazenamento em memória³⁷⁹.

³⁷⁷ PRIMO, Pedro Carlos. *História da neurociência*. Disponível em: http://www.institutotelepsi.med.br/Links_imagens/cursodehistoria.htm. Acesso em: 18. dez. 2013.

³⁷⁸ PRIMO, Pedro Carlos. *História da neurociência*. *Ob. cit.*

³⁷⁹ PRIMO, Pedro Carlos. *História da neurociência*. *Ob. cit.*

Porém, mesmo antes do advento da teoria ventricular, Alcmaeon de Crotona, no século V a.C, já identificava no cérebro a sede das sensações³⁸⁰. De igual sorte, pensadores como Demócrito, Diógenes, Teóastro e Platão associavam o cérebro como centro de comando das atividades corporais. Por sua vez, Hipócrates já antevia o cérebro como sede da mente, e Herófilo foi o primeiro a identificar os ventrículos com as funções da mente³⁸¹.

Séculos depois, René Descartes³⁸², objetivando explicitar como a mente possui controle sobre o corpo, afirmou que aquela estava inserida em uma diminuta parte do cérebro – localizada em sua parte central, ao redor de cavidades repletas de líquidos – denominada glândula pineal. Descartes, fortemente influenciado pela teoria ventricular, acreditava que a mente, localizada na glândula pineal, controlaria o fluxo dos líquidos ventriculares para os músculos, comandando, assim, os movimentos corpóreos³⁸³.

O ocaso da concepção ventricular coincide com o momento histórico em que se reconhece que o córtex cerebral possui uma estruturação ordenada e setorializada. Com referida descoberta, vem a lume a ideia de que cada uma dessas funções pode ter uma função diversa. Um dos precursores desta linha de pensamento foi o médico austríaco Franz Joseph Gall.

Gall era adepto da escola de Psicologia escocesa das faculdades mentais, que objetiva congrega conhecimentos fisiológico, psicológico e a prática clínica³⁸⁴. É o mais proeminente precursor da frenologia, que almeja, com pretensão científica, identificar características da personalidade do indivíduo a partir de análises do seu formato craniano. Por esta razão, não se poder deixar de reconhecer que, em alguma medida, Gall é um

³⁸⁰ COSENZA, Ramon. M. *Espíritos, cérebros e mentes. A evolução histórica dos conceitos sobre a mente*. Disponível em: <http://www.cerebromente.org.br/n16/history/mind-history.html>. Acesso em: 18. dez. 2013.

³⁸¹ COSENZA, Ramon. M. *Espíritos, cérebros e mentes. A evolução histórica dos conceitos sobre a mente*. Disponível em: <http://www.cerebromente.org.br/n16/history/mind-history.html>. Acesso em: 18. dez. 2013.

³⁸² Em sua obra *Traité de l'homme*, Descartes assevera que os homens são compostos por um corpo e uma alma. A partir daí, o autor se propõe a descrever o corpo, à parte, depois a alma, também à parte e, por fim, mostrar como essas duas naturezas devem estar juntas, unidas. No original: “*Ces hommes seront composés, comme nous, d'une Âme et d'un Corps. Et il faut que je vous décrive, premièrement, le corps à part, puis après l'âme aussi à part; et enfin, que je vous montre comment ces deux natures doivent être jointes et unies*” (DESCARTES, René. *a Traité de l'homme*. Disponível em: http://classiques.uqac.ca/classiques/Descartes/extraits/traite_de_l_homme/l_homme.pdf. Acesso em: 18. dez. 2013).

³⁸³ PRIMO, Pedro Carlos. *História da neurociência. Ob. cit.*

³⁸⁴ PINHEIRO, Marta. *Aspectos históricos da evolução das ideias sobre localizacionismo cerebral da linguagem*. Disponível em: http://fug.edu.br/revista_6/pdf/artigo2.pdf. Acesso em: 18. dez. 2013.

precursor da tese que posteriormente será desenvolvida pelo médico italiano Cesare Lombroso³⁸⁵.

Franz Gall defendeu uma tese de acordo com a qual o encéfalo seria constituído por um conjunto de órgãos, e cada um desses órgãos seria responsável pelo controle de uma faculdade mental. Cada um desses órgãos estaria em um local específico, razão pela qual sua teoria é conhecida como localizacionismo ou teoria da localização cerebral das funções mentais³⁸⁶. Esta é a base da frenologia, pois, conforme Gall, a partir da acurada análise do crânio seria possível identificar saliências e depressões que seria oriundas do maior ou menor desenvolvimento de uma zona cerebral responsável por determinada faculdade mental ou moral³⁸⁷.

O localizacionismo inaugurado por Gall foi continuado por Johann Spurzheim³⁸⁸ – seu colaborador mais próximo e mais destacado divulgador das suas ideias –, por Phineas Gage e pelo médico francês Jean-Baptiste Bouillaud³⁸⁹, que procurou associar algumas alterações da linguagem com determinadas áreas do córtex. Referida concepção, porém, foi sobrepujada pela teoria anti-localizacionista, que se fundamenta na noção de equipotencialidade cortical, desenvolvida por Karl Spencer Laschley. Consoante tal teoria, distintas áreas corticais são funcionalmente equivalentes³⁹⁰.

Posteriormente, algumas concepções do localizacionismo cerebral são comprovadas com os trabalhos do anatomista francês Pierre Paul Broca. Em 1861, Broca apresentou à Sociedade de Antropologia de Paris o cérebro de um paciente, que ficou conhecido como Tan, pois era a única palavra que conseguia pronunciar. Broca demonstrou que uma área do seu cérebro havia sido danificada pela neurosífilis, conduzindo à conclusão de que aquela região do cérebro seria a responsável pela fala³⁹¹.

³⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. v.1. Bogotá: Temis, 1988, p.87.

³⁸⁶ PINHEIRO, Marta. *Aspectos históricos da evolução das ideias sobre localizacionismo cerebral da linguagem*. *Ob. cit.*

³⁸⁷ PINHEIRO, Marta. *Aspectos históricos da evolução das ideias sobre localizacionismo cerebral da linguagem*. *Ob. cit.*

³⁸⁸ PRIMO, Pedro Carlos. *História da neurociência*. *Ob. cit.*

³⁸⁹ PINHEIRO, Marta. *Aspectos históricos da evolução das ideias sobre localizacionismo cerebral da linguagem*. *Ob. cit.*

³⁹⁰ PINHEIRO, Marta. *Aspectos históricos da evolução das ideias sobre localizacionismo cerebral da linguagem*. *Ob. cit.*

³⁹¹ PRIMO, Pedro Carlos. *História da neurociência*. *Ob. cit.*

Outro grande avanço no estudo do cérebro foi a descoberta da bioeletricidade, por Luigi Galvani, médico e anatomista italiano, posteriormente ratificada por Alexander Humboldt. A bioeletricidade seria uma espécie de energia vital gerada pelos seres vivos, uma espécie de eletricidade animal.

É, porém, no século XX, que as grandes transformações no estudo do cérebro vão se desenvolver, mormente por força das novas descobertas tecnológicas e de novos aparelhos que permitem o mapeamento mais consistente das atividades cerebrias e das células neuronais, tais como o eletrômetro, o galvanômetro, os comutadores e indutores³⁹², a tomografia axial, a tomografia computadorizada, a ressonância magnética funcional ou nuclear e a magentoencefalografia³⁹³.

Nesta linha de inteligência, Jose M. Delgado García, professor catedrático de Fisiologia da Universidade Pablo de Olavide, traçando um breve histórico da evolução tecnológica que culminou nos experimentos que, atualmente, produzem tanta controvérsia no âmbito do Direito Penal, destaca a imprescindibilidade das novas tecnologias. Até meados do século XX, o estudo científico da estrutura e da função do tecido nervoso se pautou pelo emprego de técnicas que, atualmente, são consideradas rudimentares³⁹⁴.

Sem embargo, a técnica de Golgi e suas variantes e as técnicas electrofisiológicas de registro dos potenciais de ação gerados pelos neurônios permitiram conceber uma ideia de organização e estrutura celular dos sistemas nervosos central e periférico. O avanço tecnológico de então não permitia, todavia, um estudo acurado das funções superiores das células neuronais³⁹⁵.

De igual sorte, a microscopia fomentou em muito o desenrolar das descobertas mais recentes na seara da neurociência. São estas revoluções tecnológicas que darão ensejo ao estudo das atividades neuronais que, atualmente, tanta celeuma têm produzido na seara do Direito Penal.

³⁹² PRIMO, Pedro Carlos. *História da neurociência. Ob. cit*

³⁹³ SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo. Derecho penal y neurociencias. ¿Una relación tormentosa? In: SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo (Editor). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2012, p.71.

³⁹⁴ GARCÍA, Jose M. Delgado. Hacia una neurofisiología de la libertad. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013, p.03.

³⁹⁵ GARCÍA, Jose M. Delgado. Hacia una neurofisiología de la libertad. *Ob. cit.*, p.03.

4.2. As recentes descobertas neurocientíficas

Algumas das novas descobertas neurocientíficas referem-se ao mapeamento do funcionamento da atividade cerebral, com a consequente descoberta de atuação de células neuronais em momento anterior à tomada de consciência da vontade por parte do sujeito. Os referidos estudos se iniciaram com o filósofo Benjamin Libet, na década de oitenta do século passado, e, posteriormente, se desenvolveu com o trabalho de Patrick Haggard e Martin Eimer, no Reino Unido. Mais recentemente, pode-se fazer alusão ao trabalho de John-Dylan Haynes, no Instituto Max-Planck, em Leipzig³⁹⁶.

Os experimentos de Benjamin Libet, professor da Universidade da Califórnia, consistiram em solicitar a uma pessoa que flexionasse os dedos da mão em um momento desejado e que informasse imediatamente o tal momento. Enquanto o processo ocorria, as atividades cerebrais da pessoa estavam sendo monitoradas. Libet constatou que os neurônios do córtex motor suplementar que estavam relacionados aos movimentos das mãos eram acionados alguns milissegundos antes de a informação alcançar a região do cérebro responsável pela consciência³⁹⁷. Em suma, as decisões são adotadas em um estágio de inconsciência e, posteriormente, alcançam a área da consciência.

Benjamin Libet apresentou algumas das suas conclusões em um artigo intitulado “*Do we have free will?*”, publicado no *Journal of Consciousness Studies*, em 1999. Conforme Libet, ele realizou estudos experimentais e constatou que os atos voluntários são antecedidos de uma alteração elétrica específica no cérebro (o autor denomina de “*readiness potential - RP*”), que se inicia 550 ms antes do ato. Os seres humanos tomam ciência da intenção de agir em um lapso de tempo que varia de 350 (trezentos e cinquenta) a 400 (quatrocentos) ms depois de o RP se iniciar, ou seja, em torno de 200 (duzentos) ms antes do ato motor³⁹⁸.

³⁹⁶ SANT’ANNA, Marina de Cerqueira. *Culpabilidade e neurociência*. Artigo inédito.

³⁹⁷ SANT’ANNA, Marina de Cerqueira. *Culpabilidade e neurociência*. Ob. cit.

³⁹⁸ No original: “*Freely voluntary acts are preceded by a specific electrical change in the brain (the ‘readiness potential’, RP) that begins 550 ms before the act. Human subjects became aware of intention to act 350–400 ms after RP starts, but 200 ms. before the motor act*” (LIBET, Benjamin. *Do we have free will?* Disponível em: <http://www.centenary.edu/attachments/philosophy/aizawa/courses/intros2009/libetjcs1999.pdf>. Acesso em: 20. jan. 2014).

A conclusão de Libet é, então, a de que o processo de vontade é iniciado inconscientemente. O indivíduo primeiro decide e só depois toma consciência de que havia decidido. As atividades neuronais encarregadas da decisão antecedem a atividade cerebral responsável pela consciência. Não se poderia, portanto, falar em vontade livre e consciente, o que repercutiria de modo decisivo nas noções relacionadas à culpabilidade e à responsabilidade³⁹⁹.

Releva notar, contudo, que Libet não negou o livre-arbítrio, por mais que as suas conclusões possam conduzir a uma outra ideia. Conforme Libet, o processo de vontade é iniciado de forma inconsciente, mas a função consciente poderia controlar o resultado. Poderia, por outras palavras, vetar a realização do ato motor. Os resultados da sua pesquisa não excluiriam, assim, o livre-arbítrio, apenas colocariam restrições na visão de como se deve operá-lo⁴⁰⁰.

O experimento de Libet alcançou resultados diversos dos pretendidos, pois o pesquisador acreditava que seria possível, ao mapear as células cerebrais, identificar o momento da tomada de decisão pouco após ela ocorrer. Com o experimento, Libet constatou ser possível identificar o momento de tomada de decisão em um curto espaço de tempo anterior ao momento em que a pessoa acreditava estar adotando a decisão⁴⁰¹.

Conforme esclarece Francisco Rubia, Libet não gostou dos resultados que encontrou, e, por isso, sugeriu que o sujeito teria a possibilidade de vetar o movimento durante o tempo transcorrido entre a sensação subjetiva de vontade e o próprio movimento. Com isto, ele pretendia evitar as consequências decorrentes das descobertas que conduziriam à ausência de livre-arbítrio e, portanto, de responsabilidade moral. A oposição a este raciocínio de Libet reside, porém, no fato de que a “liberdade de querer” teria de se valer do mesmo tempo do “querer”; e não haveria tempo hábil para tanto⁴⁰².

³⁹⁹ A observação é do próprio Libet, nos seguintes termos: “As descobertas também impactam as ideias de culpabilidade e responsabilidade”. No original: “*The findings also affect views of guilt and responsibility*” (LIBET, Benjamin. *Do we have free will?* Ob. cit.).

⁴⁰⁰ No original: “*The volitional process is therefore initiated unconsciously. But the conscious function could still control the outcome; it can veto the act. Free will is therefore not excluded. These findings put constraints on views of how free will may operate*” (LIBET, Benjamin. *Do we have free will?* Ob. cit.).

⁴⁰¹ FRISCH, Wolfgang. Sobre el futuro del derecho penal de la culpabilidad. In: SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo (Editor). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2012, p.27.

⁴⁰² RUBIA, Francisco. J. Neurociência y libertad. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013, p.185.

Posteriormente, o experimento de Libet foi repetido por inúmeros outros pesquisadores, que sempre chegaram a conclusões muito similares⁴⁰³. No caso de Haynes, com o emprego da ressonância magnética funcional, seu experimento constatou que a ativação cerebral havia se iniciado em um lapso de tempo que variava de 06 (seis) a 10 (dez) segundos antes de o sujeito tomar consciência do seu movimento⁴⁰⁴. Por meio de outros experimentos, Matsuhashi e Hallet concluíram que a consciência da ação não pode ser sua causa⁴⁰⁵.

Por sua vez, Burns e Swerdlow⁴⁰⁶ relatam um estudo em que constataram em um homem de quarenta anos, professor e pai de família, um repentino interesse por pornografia infantil. Condenado à prisão, enquanto cumpre sua pena, é descoberto um imenso tumor cerebral na parte direita da zona orbitofrontal. Após uma intervenção cirúrgica exitosa, o tumor é extirpado e a propensão pedófila do homem desaparece. Três meses depois, o homem é acometido por fortes dores de cabeça e o retorno do seu interesse por pornografia infantil. Novo exame descobre o reaparecimento do tumor, e após nova cirurgia exitosa, sua propensão sexual volta a desaparecer.

Descobertas como estas têm conduzido a discussões em torno da existência de um neurodeterminismo. Seriam, tais pesquisas, a comprovação científica da inexistência do

⁴⁰³ Sobre o tema, assevera Wolfgang Frisch: “O experimento, cujos resultados encontraram em um primeiro momento uma atenção limitada, foram repetidos mais tarde com variações aproveitando melhores condições para a experiência e os procedimentos de medição por outros neurobiólogos e neurocientistas – em primeiro lugar por Keller e Eimer, recentemente por John-Haynes no Instituto Max-Planck de Leipzig. Os experimentos mais recentes confirmam no essencial o que Libet havia constatado: a decisão de uma pessoa de fazer algo determinado já havia sido tomada no momento em que a pessoa acreditava haver tomado a decisão de acordo com a sua vontade (livre)”. Na versão espanhola: “*El experimento, cuyos resultados encontraron en un primer momento una atención limitada, fueron repetidos más tarde con variaciones aprovechando mejores condiciones para la experimentación y los procedimientos de medición por otros neurobiólogos e neurocientíficos – en primer lugar por Keller y Heckhausen, posteriormente por Hagaard y Eimer, recientemente por John-Haynes en el Instituto Max-Planck de Leipzig. Los experimentos más recientes confirman en el esencial lo que ya Libet había constatado: la decisión de una persona de hacer algo determinado ya había sido tomada en el momento en que la persona creía haber tomado la decisión de acuerdo a su propia voluntad (libre)(...)*” (FRSICH, Wolfgang. Sobre el futuro del derecho penal de la culpabilidad. In: SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo (Editor). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2012, p.27-28).

⁴⁰⁴ RUBIA, Francisco. J. Neurociência y libertad. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013, p.185.

⁴⁰⁵ RUBIA, Francisco. J. Neurociência y libertad. *Ob. cit.*, p.185.

⁴⁰⁶ SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo. Derecho penal y neurociências. ?Una relación tormentosa? In: SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo (Editor). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2012, p.72-73.

livre-arbítrio, e, portanto, da existência do determinismo, tão propugnado no fim do século XIX? E quais seriam as repercussões de referidas descobertas na seara do Direito Penal, e, mais especificamente, da culpabilidade?

Naturalmente, as descobertas das neurociências são variadas e abrangem um espectro bastante considerável de temas com repercussão nas ciências sociais. No que concerne ao Direito Penal, todavia, não há dúvida de que os experimentos de Libet e daqueles que o sucederam têm promovido uma balbúrdia doutrinária de grande magnitude. A possibilidade de se negar ou livre-arbítrio – ou de reduzi-lo consideravelmente – haverá de influir, sem dúvida, na seara da culpabilidade.

Neste diapasão, é imperioso destacar que as críticas ao livre-arbítrio como fundamento material da culpabilidade adstringiram-se – em sua quase totalidade – ao argumento da sua indemonstrabilidade. As descobertas neurocientíficas, porém, parecem querer provar a inexistência do livre-arbítrio – ao menos da forma como ele é concebido. Já não se falaria na impossibilidade de se demonstrar o livre-arbítrio, mas na possibilidade de se demonstrar sua inexistência.

O embate tem conduzido uma série de autores de grande expressividade na doutrina estrangeira a se debruçar sobre o tema. É possível citar, a título exemplificativo, na Alemanha, Günther Jakobs⁴⁰⁷, Winfried Hassemer⁴⁰⁸, Wolfgang Frisch⁴⁰⁹, Hans-Joachim Hirsch⁴¹⁰ e Reinhard Merkel⁴¹¹. Na Espanha, onde o tema tem sido agasalhado com

⁴⁰⁷ JAKOBS, Günther. Culpabilidad jurídico-penal y libre albedrío. Traducción: Manuel Cancio Meliá. In: SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo (Editor). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2012, p.197-213. Ainda sobre o tema, JAKOBS, Günther. Individuo e persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica. In: SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo (Editor). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2012, p.169-196.

⁴⁰⁸ HASSEMER, Winfried. Neurociências e culpabilidade em Direito Penal. Tradução: Helena Regina Lobo da Costa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v.100, São Paulo: RT, jan/fev 2013.

⁴⁰⁹ FRISCH, Wolfgang. Sobre el futuro del derecho penal de la culpabilidad. Traducción: Bernardo José Feijoo Sanchez. In: SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo (Editor). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2012, p.19-70.

⁴¹⁰ HIRSCH, Hans-Joachim. Acerca de la actual discusión alemana sobre libertad de voluntad y Derecho Penal. Traducción: Eduardo Demetrio Crespo. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013, p.43-56.

⁴¹¹ MERKEL, Reinhard. Nuevas intervenciones en el cerebro. Mejora de la condición mental humana y límites del Derecho Penal. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013, p.71-104.

entusiasmo por autores de escol, é possível fazer alusão a Manuel Cancio Meliá⁴¹², Bernardo Feijoo Sanchez⁴¹³, Eduardo Demétrio Crespo⁴¹⁴, Mercedes Perez Manzano⁴¹⁵, Carlos Romeo Casabona⁴¹⁶, Tomas Vives Antón⁴¹⁷ e Diego Manuel Luzón Peña⁴¹⁸.

Ponto que merece destaque sobre o tema é o interesse que o assunto vem despertando em especialistas de outras áreas, mais ligadas à neurobiologia. Autores de renome em suas respectivas áreas de atuação estão analisando as conseqüências das descobertas neurocientíficas na seara da intervenção punitiva. É possível destacar, por exemplo, na seara da Fisiologia, os nomes de Francisco J. Rubia⁴¹⁹, José M. Delgado Garcia⁴²⁰ e Juan Vicente Sanchez-Andrés⁴²¹, na Espanha, e Gerhard Roth⁴²², na Alemanha.

⁴¹² MELIÁ, Manuel Cancio. Psicopatía y derecho penal: algunas consideraciones introductorias. In: SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo (Editor). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2012, p.261-282.

⁴¹³ SANCHEZ, Bernardo José Feijoo. Derecho penal de la culpabilidad y neurociências. In: SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo (Editor). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2012, p.215-251. Ainda sobre o tema, SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo. Derecho penal y neurociências. ¿Una relación tormentosa? In: SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo (Editor). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2012, p.71-153.

⁴¹⁴ CRESPO, Eduardo Demetrio. “Compatibilismo humanista”: una propuesta de conciliación entre Neurociencias e Derecho Penal. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013, p.17-42.

⁴¹⁵ MANZANO, Mercedes Perez. El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013, p.105-136.

⁴¹⁶ CASABONA, Carlos Romeo. Consideraciones jurídicas sobre los procedimientos experimentales de mejora (“*enhancement*”) en Neurociencias. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013, p.161-184.

⁴¹⁷ ANTÓN, Tomas S. Vives. Neurociencia e determinismo reducionista: una aproximación crítica. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013, p.219-234.

⁴¹⁸ PEÑA, Diego Manuel Luzón. Libertad, culpabilidade y neurociências. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013, p.341-402.

⁴¹⁹ RUBIA, Francisco. J. Neurociência y libertad. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013, p.185-190.

⁴²⁰ GARCIA, José M. Delgado. Hacia una neurofisiología de La libertad. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013, p. 03-16.

No campo da Psicologia, o tema não passou despercebido a Antonio Andrés-Pueyo⁴²³, e na Medicina psiquiátrica a Hilário Blasco-Fontecilla⁴²⁴.

4.3. A repercussão das descobertas neurocientíficas no Direito: um Neurodireito?

Não há dúvida de que as recentes descobertas neurocientíficas referidas no tópico pregresso estão repercutindo ostensivamente na seara do Direito, e, particularmente, no âmbito de atuação do Direito Penal. A partir deste ponto, alguns pesquisadores passaram a empregar a expressão “Neurodireito” para designar o surgimento de uma nova disciplina jurídica, construída com base nas descobertas da neurociência.

Conforme salienta José Javier García Deltell⁴²⁵, professor da Faculdade de Filosofia da Universidade de Valência, a expressão Neurodireito (“*Neurolaw*”) foi empregada pela primeira vez em um trabalho de Taylor Sherrod, intitulado “*Neuropsychologists and Neurolawyers*”, publicado em 1991 na revista *Neuropsychology*. O objetivo do trabalho consistia em analisar como algumas lesões cerebrais poderiam ter implicações nas decisões judiciais.

Esta primeira publicação foi sucedida por inúmeras outras, e o Neurodireito foi se consolidando com ares de autonomia científica. A pretensão de consagrar o Neurodireito e difundi-lo contou com o importante apoio de instituições como o “Gruter Institute for Law and Behavioral Research” e a Dana Foundation. A partir de 2007, é a vez do “Law and

⁴²¹ SANCHEZ-ANDRÉS, Juan Vicente. El espacio de la responsabilidad en el determinismo. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013, p.191-200.

⁴²² ROTH, Gerhard. Delinquentes violentos: ¿seres malvados o enfermos mentales? In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013, p.669-690.

⁴²³ ANDRÉS-PUEYO, Antonio. Peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013, p.483-504.

⁴²⁴ BLASCO-FONTECILLA, Hilário. Teoría de evolución y psicopatía: ¿nacidos para delinquir? In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013, p. 505-528.

⁴²⁵ DELTELL, José Javier García. El neuroderecho y el impacto de las neurociencias como nuevo paradigma para la filosofía del derecho. In: *Bioética, neuroética, libertad y justicia*, p.919. Disponível em: <http://www.uv.es/gibuv/BIOETICA2012.pdf>.

Neuroscience Project” da Fundação MacArthur aderir à causa do Neurodireito, apresentando projeto que deveria aglutinar especialistas das mais variadas áreas, no estudo do cérebro e das repercussões jurídicas das novas descobertas científicas⁴²⁶.

Em território francês, o Neurodireito tem conquistado muito espaço em sede doutrinária. Com a reforma promovida na Lei francesa de bioética em 2011, a possibilidade de conferir tratamento jurídico às descobertas neurocientíficas fez com que as discussões em torno do Neurodireito fossem impulsionadas. Há, como se percebe, uma linha tênue entre o, assim chamado, Biodireito e o Neurodireito.

A França adotou, em 1994, três leis sobre bioética, que foram revistas em 2004, unificadas em uma lei, apenas. Em 23 de junho de 2011, o novo projeto de lei relativo à bioética foi aprovado pela comissão mista paritária parlamentar, e, no dia 07 de julho daquele ano foi revisada e promulgada⁴²⁷.

Para a revisão da lei, em 2011, contribuíram quatro instituições francesas: o Conselho de Estado, A Agência de Biomedicina, o Escritório Parlamentar de Ciência e Tecnologia e o Comitê Consultivo Nacional de Ética. Dentre os pontos abordados por estas quatro entidades, encontra-se a possibilidade de aplicação à lei de bioética das novas descobertas neurocientíficas⁴²⁸.

Entusiasta do Neurodireito, Olivier Oullier, conselheiro científico do departamento de questões sociais do “Centre d’analyse stratégique”, ao se debruçar sobre o tema, assevera categoricamente que “a perspectiva de utilização das neurociências no bojo de processos judiciais oferece de fato um espectro de reflexão e de interpretação que vão de aspectos técnicos a considerações éticas, filosóficas, pragmáticas e operacionais”⁴²⁹.

⁴²⁶ DELTELL, José Javier García. El neuroderecho y el impacto de las neurociencias como nuevo paradigma para la filosofía del derecho. In: Bioética, neuroética, libertad y justicia., p.919. Disponível em: <http://www.uv.es/gibuv/BIOETICA2012.pdf>.

⁴²⁷ No original: “*La France a adopté, en 1994, trois lois de bioéthique qui ont été révisées en 2004 sous la forme d’une loi unique (...). Le 23 juin 2011, le nouveau projet de loi relatif à la bioéthique a été adopté par la Commission mixte paritaire du parlement et le 7 juillet 2011, la loi de bioéthique révisée a été officiellement promulguée*” (SAUNERON, Sarah. Le neurodroit : quels enjeux éthiques? Quelles régulations? In: OULLIER, Olivier. *Le cerveau et la loi: analyse de l’émergence du neurodroit*. Document de travail n°2012-07, Centre d’analyse stratégique, septembre 2012, p.146).

⁴²⁸ SAUNERON, Sarah. Le neurodroit : quels enjeux éthiques? Quelles régulations? In: OULLIER, Olivier. *Le cerveau et la loi: analyse de l’émergence du neurodroit*. Document de travail n°2012-07, Centre d’analyse stratégique, septembre 2012, p.146-147.

⁴²⁹ No original: “*La perspective de l’utilisation des neurosciences dans le cadre de procédures judiciaires offre de fait un spectre de réflexions et d’interprétations qui va des aspects techniques à des considérations éthiques, philosophiques, pragmatiques et opérationnelles*” (OULLIER, Olivier. Le neurodroit en perspective.

Naturalmente, a pretensão de se conferir primazia ao Neurodireito encontra-se associada à pretensão de se conferir delimitação legislativa às descobertas neurocientíficas, e, na doutrina francesa, referida questão tem girado em torno da, já referida, alteração legislativa de 2011, atinentes a questões bioéticas.

De igual sorte, as relações que podem ser estabelecidas entre os avanços da neurociência e o Direito têm encantado autores de língua inglesa. Os norte-americanos Terrence Chorvat e Kevin McCabe, da Universidade George Mason, publicaram, em 2004, no periódico de “The Royal Society” o artigo “The Brain and the Law”, em que defendem as descobertas da neurociência têm muito a contribuir na análise do comportamento humano⁴³⁰. Seguindo a linha de pensamento dos autores, tendo o Direito por objeto o comportamento humano, o emprego destes novos conhecimentos é de fundamental importância⁴³¹.

Por sua vez, Francis X. Shen, diretor do projeto “Law and neuroscience”, da Fundação MacArthur afirma que o Neurodireito apenas inicia sua aparição, mas muitos advogados criminalistas já percebem na neurociência a possibilidade de uma culpabilidade reduzida, em matéria penal⁴³². O autor se debruça sobre o tema, no afã de demonstrar que o conhecimento do chamado Neurodireito pode – e deve – ser empregado pelos membros do Ministério Público como forma de evitar essa redução da culpabilidade⁴³³.

Como se percebe, sob a perspectiva de um viés punitivista, o autor norte-americano é um entusiasta do Neurodireito, mas já se preocupa com o emprego dos conhecimentos neurocientíficos como forma de atenuar a reprimenda penal. Naturalmente, o Neurodireito não se ocuparia, exclusivamente do Direito Penal, mas sim do tratamento jurídico conferido às descobertas neurocientíficas. Mas não se pode deixar de anotar que sobressai em

In: OULLIER, Olivier. *Le cerveau et la loi: analyse de l'émergence du neurodroit*. Document de travail n°2012-07, Centre d'analyse stratégique, septembre 2012, p.170).

⁴³⁰ No original: “However, in recent decades it has become clear that neuroscience can contribute a great deal to our understanding of human behaviour” (CHORVAT, Terrence; McCABE, Kevin. The brain and the law. Disponível em: <http://rstb.royalsocietypublishing.org/content/359/1451/1727.full.pdf+html?sid=7f29064e-8385-447e-91cc-d5064f995b73>).

⁴³¹ CHORVAT, Terrence; McCABE, Kevin. The brain and the law. Ob. cit.

⁴³² No original: “‘Neurolaw’ has started to appear on the legal scene – and many criminal defense lawyers see in neuroscience the possibility of reduced culpability (...)” (SHEN, Francis X. Law and neurosciences: possibilities for prosecutors. In: *CDDA Prosecutor’s brief*. V.33, n.04, p.17).

importância a questão da neurociência cognitiva no que tange à intervenção penal, e, em especial, a culpabilidade.

No Brasil, a expressão Neurodireito ainda é muito pouco utilizada, e, ademais, muito pouco conhecida. Este cenário é conseqüência lógica da pouca utilização que se faz da neurociência na seara jurídica, no país. No âmbito do Direito Penal, o tema apenas começa a despertar a atenção da doutrina nacional, muito embora já tenha caído nas graças da doutrina estrangeira há alguns anos. Nos demais ramos da ciência jurídica, o tema é ainda menos explorado.

Um dos poucos a utilizar a expressão Neurodireito no Brasil, Ricardo Lins Horta ressalta que é crescente o interesse pelas interseções entre o Direito e as descobertas da neurociência. Dentre as inúmeras áreas de interesse que podem ser exploradas, destaca o Direito Penal, a Criminologia, as psicopatologias, os transtornos mentais e a adoção de decisões morais⁴³⁴. Faz menção, ainda, a questões relativas à maturação cerebral e a predisposição genética ocasionando os comportamentos antissociais⁴³⁵.

Atahualpa Fernandez e Manuella Maria Fernandez, ao invocarem a expressão Neurodireito, destacam que as neurociências não apenas representam uma alteração na imagem que os juristas possuem do mundo, mas, ainda, “proporcionam uma maneira mais frutífera e fascinante de cultivar o direito”⁴³⁶. Estas mudanças decorrem do fato de a forma de entender o cérebro afeta a concepção de cultura e da natureza humana que vigora em determinada sociedade⁴³⁷.

Sérgio Caldas Fernandes destaca a importância das novas pesquisas científicas que, como a neurociência cognitiva, promoveram o estudo da cognição e da emoção como frutos

⁴³³ No original: “*My work with the Law and the Neurosciences Project has led me to a firm belief that brain science can be harnessed by prosecutors to enhance public safety and better respond to the needs of crime victims*” (SHEN, Francis X. *Law and neurosciences: possibilities for prosecutors*. Ob. cit.).

⁴³⁴ HORTA, Ricardo Lins. *Direito e Neurociências, Neurodireito: o que é isso?* Disponível em: <http://blog.sbnec.org.br/2010/07/direito-e-neurociencias-neurodireito-o-que-e-isso>.

⁴³⁵ HORTA, Ricardo Lins. *Direito e Neurociências, Neurodireito: o que é isso?* Ob. cit.

⁴³⁶ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Manuella Maria. *Neuroética, “neurodireito” e os limites da neurociência*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8691.

⁴³⁷ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Manuella Maria. *Neuroética, “neurodireito” e os limites da neurociência*. Ob. cit.

da atividade cerebral⁴³⁸. O autor destaca a tendência de contínuo crescimento da área de atuação da neurociência, associada à necessidade de as ciências sociais almejarem teorizar as consequências das ações dos indivíduos. Neste diapasão, caberia ao Direito trazer a questão ao campo ético⁴³⁹⁻⁴⁴⁰.

Não há dúvida de que os avanços científicos relativos à biologia humana, e, particularmente, ao cérebro, constituem marca indelével nas teorias concernentes ao comportamento. Naturalmente, o Direito, que regula o comportamento humano, não pode ficar alheio a tais discussões. Dentro de tal perspectiva, não se pode reputar equivocado o emprego da expressão Neurodireito.

Isto, porém, não significa, em hipótese alguma, que se deve adotar os resultados das pesquisas – comumente marcados pela incompletude e, no mais das vezes, pela inconclusão – neurocientíficas sem uma maior reflexão, como forma de se alterar por completo os paradigmas em que se assentam as relações jurídicas. Esta é o ponto nevrálgico no que tange aos estudos dos neurocientistas em torno das células neuronais e o livre-arbítrio em que se assenta o juízo de reprovabilidade penal.

4.4. As repercussões das descobertas neurocientíficas no Direito Penal: o fim da culpabilidade?

As descobertas que têm constituído o que alguns estão chamando de “revolução neurocientífica”⁴⁴¹ estão sendo objeto de agudas observações e estudos no âmbito do Direito Penal, sobretudo em países como Espanha e Alemanha. Não se pode deixar de perceber que a doutrina nacional não tem conferido às descobertas neurocientíficas a mesma importância de que desfrutam entre os penalistas e criminólogos estrangeiros.

⁴³⁸ FERNANDES, Sérgio Henrique Cordeiro Caldas. Neurodireito? Considerações sobre a influência da neurociência no processo decisório. Jus Navigandi, Teresina, [ano 14, n. 2342, 29 nov. 2009](#). Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/13938>. Acesso em: 23. jan. 2014.

⁴³⁹ FERNANDES, Sérgio Henrique Cordeiro Caldas. Neurodireito? Considerações sobre a influência da neurociência no processo decisório. Ob. cit.

⁴⁴⁰ Releva notar que, além de “Neurodireito”, muito se tem empregado a expressão “Neuroética”. Sobre o tema, assevera Manuel Suarez Richards: “*Neuroética es un nuevo subconjunto de la bioética que se ocupa de las cuestiones éticas en los campos de la neurociencia, la ciencia cognitiva y neurorradiología*” (RICHARDS, Manuel Suarez. Neurociencias, neuroética e psiquiatria. *Revista debates em psiquiatria* – set/out 2012, p.06).

⁴⁴¹ MANZANO, Mercedes Pérez. *Fundamento y fines del Derecho Penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia*. Disponível em: www.indret.com/pdf/818.pdf.

É possível, até mesmo, asseverar que, malgrado a doutrina estrangeira já fale em Neurodireito desde a década de 90 do século passado, apenas agora o tema tem interessado – e, ainda assim, de forma muito incipiente – aos operadores do Direito no Brasil. E, como é natural, tal interesse foi despertado, justamente, na seara do Direito Penal, e, mais particularmente, no que concerne à culpabilidade.

Discorrendo sobre o tema, Paulo Queiroz, após citar autores como Eduardo Crespo, Francisco de Rubia e Winfried Hassemer, salienta que a “neurociência pretende demonstrar é que não decidimos sobre os aspectos essenciais do nosso modo de ser e agir (...). No máximo, decidiríamos sobre aspectos superficiais ou secundários referidos à personalidade”⁴⁴². A partir daí, os critérios de imputação de responsabilidade seriam arbitrários, pois estariam assentados sobre uma liberdade que não existiria.

Com razão o autor quando assevera que as descobertas neurocientíficas, ao propugnarem a inexistência da liberdade humana, teriam implicações e reflexos não apenas sobre a culpabilidade penal, mas sobre todo o ordenamento jurídico⁴⁴³. Conforme anteriormente salientado, no que pese o Direito Penal ter adotado a primazia da análise neurocientífica, a ausência de liberdade de vontade jogaria por terra as grandes crenças da humanidade, e produziriam o ocaso de institutos como a autonomia da vontade, a liberdade de expressão, de religião, o livre-comércio, dentre outras tantas manifestações de liberdade.

Ainda no campo da doutrina nacional, Salah Khaled Jr., muito embora rechace o livre-arbítrio, sob o argumento de sua indemonstrabilidade, observa que “a neurociência é apenas mais um elemento de descrédito para a concepção de homem da modernidade, o que, todavia, não significa que suas proposições devam ser necessariamente tomadas como ‘verdadeiras’”⁴⁴⁴.

Por sua vez, Pablo Rodrigo Alflen da Silva considera possível fundamentar positivamente o conceito de culpabilidade, a despeito das recentes descobertas neurocientíficas. Assim, em que pese o homem estar determinado, a ausência – no caso

⁴⁴² QUEIROZ, Paulo. *Neurociência e direito: primeiras impressões*. Disponível em: <http://pauloqueiroz.net/neurociencia-e-direito-primieras-impressoes/>.

⁴⁴³ QUEIROZ, Paulo. *Neurociência e direito: primeiras impressões*. Ob. cit.

⁴⁴⁴ KHALED Jr., Salah H. O problema da indemonstrabilidade do livre-arbítrio? A culpabilidade jurídico-penal diante da nova concepção de homem da neurociência. Disponível em: <HTTP://www.sociologiajuridica.net.br/numero-10/236-khaled-jr-salah-o-problema-da-indemonstrabilidade-do-livre-arbitrio-a-culpabilidade-juridico-penal-diante-da-nova-concepcao-de-homem-da-neurociencia>.

Acesso em: 10.jan.2014.

concreto – de fatores impeditivos da adoção de uma decisão racional seria suficiente para fundamentar o juízo de reprovação que conduz à imposição de uma pena⁴⁴⁵.

Estas são algumas das poucas vozes isoladas na doutrina nacional sobre o tema. É, porém, como dito, na doutrina estrangeira que o tema vem despertando grande interesse e suscitando variadas discussões. O ponto central adstringe-se, como não poderia deixar de ser, na possibilidade de subsistência do livre-arbítrio como fundamento legitimador da culpabilidade e, mais que isso, da imposição de uma sanção penal por parte do Estado.

Um dos grandes expoentes do chamado neurodeterminismo é o alemão Gerhard Roth, Professor Catedrático de Fisiologia da Universidade de Bremen. Roth foi um dos onze neurocientistas alemães que publicaram, em 2004, um manifesto na Revista “Gehirn&Geist”⁴⁴⁶, em que rechaçam o livre-arbítrio, tal como concebido até então pela Filosofia. Juntamente com Wolf Singer e Wolfsgnag Prinz, diretores do Instituto Max-Planck, Gerhard Roth sustenta que o princípio da culpabilidade pessoal carece de fundamento⁴⁴⁷.

Na Espanha, outro renomado fisiologista e ferrenho crítico do livre-arbítrio é Francisco Rubia, catedrático emérito da Universidade Complutense de Madri. O autor destaca que a ideia de livre-arbítrio como uma ficção não é nova, já tendo sido aventada por Spinoza⁴⁴⁸, na filosofia, por Einstein⁴⁴⁹ na ciência e por Prinz⁴⁵⁰ na área da psicologia. E,

⁴⁴⁵ Nas palavras do autor: “A concepção, portanto, parte do fato de que o determinismo implica, na verdade, em que todo acontecimento *tem causas suficientes*, mas não que todo acontecimento *tem causas suficientes que sejam relevantes em um contexto avaliador* (no qual atribuímos responsabilidade a pessoas pelo seu fazer). Isso na medida em que liberdade e responsabilidade não exigem mais do que a ausência de fatores que impedem uma decisão racional (os quais seriam aferidos no contexto avaliador)” (SILVA, Pablo Rodrigo Alfien da. Culpabilidade e livre-arbítrio novamente em questão. Os influxos da neurociência sobre o Direito Penal. Jus Navigandi, Teresina, [ano 14, n. 2193, 3 jul. 2009](http://jus.com.br/artigos/13089). Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/13089>.

⁴⁴⁶ CRESPO, Eduardo Demetrio. Presentación. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013, p.XVI-XVII

⁴⁴⁷ HIRSCH, Hans-Joachim. Acerca de la actual discusión alemana sobre libertad de voluntad y Derecho Penal. Traducción: Eduardo Demetrio Crespo. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013, p.43.

⁴⁴⁸ “Spinoza já havia dito que os homens se consideravam livres porque não conheciam as causas que determinavam suas ações”. No original: “*Spinoza ya había dicho que los hombres se consideraban libres porque no conocían las causas que determinaban sus acciones*” (RUBIA, Francisco. J. Neurociência y libertad. *Ob. cit.*, p.187).

⁴⁴⁹ “Em ciência, Albert Einstein também considerava que o homem podia fazer o que quisesse, mas não podia querer o que quisesse”. No original: “*En ciencia, Albert Einstein también consideraba que el hombre podía*

mesmo sendo enérgico defensor da ausência de liberdade, com supedâneo nas descobertas neurocientíficas, Rubia destaca que a ideia de liberdade está arraigada de forma muito expressiva nas mentes das pessoas, e as consequências da inexistência do livre-arbítrio podem ser muito negativas para a sociedade⁴⁵¹.

Ainda entre os fisiologistas, Juan Vicente Sánchez-Andrés, catedrático da Universidade Jaume I, propõe a reconstrução da ideia de responsabilidade, que já não pode ter como viga de sustentação as noções de liberdade e consciência⁴⁵². De modo cauteloso, José Delgado García, professor catedrático de Fisiologia da Universidade Pablo de Olavide, observa que não resta absolutamente comprovado que o funcionamento cerebral se encontra sob o pálio do determinismo⁴⁵³.

No que concerne ao embate produzido pela neurociência entre os professores de Direito Penal, Hans-Joachim Hirsch adere ao posicionamento de que a chamada revolução neurocientífica não possui o condão de influir de modo significativo nos mecanismos de regulação social. O professor alemão, legatário legítimo do finalismo, recorre à concepção de autoentendimento do ser humano como crucial para o desenvolvimento das ciências sociais. Nesta linha de cognição, pode-se analisar a culpabilidade como juízo de reprovabilidade que recai sobre o autor do injusto penal que não se comportou conforme o Direito, muito embora pudesse fazê-lo, conforme o autoentendimento do ser humano⁴⁵⁴.

Christian Jäger, professor catedrático de Direito Penal da Universidade de Bayreuth, chama a atenção para o fato de que a afirmação da ausência do livre-arbítrio, cujo consectário lógico seria o indeterminismo absoluto, resultaria em uma intervenção punitiva

hacer lo que quisiera, pero no podía querer lo que quisiera” (RUBIA, Francisco. J. Neurociência y libertad. *Ob. cit.*, p.187).

⁴⁵⁰ “O psicólogo alemão Wolfgang Prinz cunhou a frase: ‘Não fazemos o que queremos, mas sim queremos o que fazemos’”. No original: “*El psicólogo alemán Wolfgang Prinz ha acuñado la frase: ‘No hacemos lo que queremos, sino que queremos lo que hacemos’*” (RUBIA, Francisco. J. Neurociência y libertad. *Ob. cit.*, p.187).

⁴⁵¹ RUBIA, Francisco. J. Neurociência y libertad. *Ob. cit.*, p.189.

⁴⁵² SANCHEZ-ANDRÉS, Juan Vicente. El espacio de la responsabilidad en el determinismo. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013, p.199.

⁴⁵³ GARCÍA, José M. Delgado. Hacia una neurofisiología de la libertad. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Ob. cit.*, p.13.

⁴⁵⁴ HIRSCH, Hans-Joachim. Acerca de la actual discusión alemana sobre libertad de voluntad y Derecho Penal. Traducción: Eduardo Demetrio Crespo. *Ob. cit.*, p.55.

calcada em medidas de segurança⁴⁵⁵. As consequências para o Direito civil não seriam menos drásticas, na medida em que o determinismo haveria de influir em todo o sistema de responsabilização civil⁴⁵⁶⁻⁴⁵⁷.

Seguindo similar linha de pensamento, Jose Antonio Ramos Vasquez, professor Doutor de Direito Penal da Universidade de Coruña rechaça o determinismo científico a que pode conduzir a revolução neurocientífica. Sob sua ótica, a ideia de liberdade não se fundamenta em dados neuronais. A liberdade seria a expressão da atitude humana em respeito aos outros e em respeito ao que os outros fazem⁴⁵⁸. É esta atitude que torna os seres humanos autônomos, dignos e livres, o que, conforme o professor espanhol, causaria perplexidade aos deterministas⁴⁵⁹.

Seguindo as lições de Edgard Morin⁴⁶⁰ em sua conhecida doutrina em torno do pensamento complexo, Serrano-Piedecasas, professor catedrático aposentado da Universidade Castilla-La Mancha recorda as extensas fronteiras existentes entre a Filosofia e o Direito Penal⁴⁶¹. Mas estende sua reflexão para asseverar que o Direito Penal, enquanto

⁴⁵⁵ JÄGER, Christian. Libre determinación de la voluntad. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Ob. cit.*, p.67.

⁴⁵⁶ JÄGER, Christian. Libre determinación de la voluntad. *Ob. cit.*, p.66.

⁴⁵⁷ Mas o autor vai além, destacando que “a negativa da livre vontade no sentido de um determinismo absoluto encerra o perigo considerável de dissolver a dignidade humana, que sem liberdade dificilmente pode existir”. Na versão espanhola: “(...) *la negativa de la libre voluntad en el sentido de un determinismo absoluto encierra el peligro considerable de dissolver la dignidade humana, que sin libertad dificilmente puede existir*” (JÄGER, Christian. Libre determinación de la voluntad. *Ob. cit.*, p.67).

⁴⁵⁸ VASQUEZ, Jose Antonio Ramos. La pregunta por la libertad de la acción. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Ob. cit.*, p.187.

⁴⁵⁹ VASQUEZ, Jose Antonio Ramos. La pregunta por la libertad de la acción. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Ob. cit.*, p.187.

⁴⁶⁰ O próprio Morin esclarece sua ideia de complexidade, nos seguintes termos: “O que é a complexidade? A um primeiro olhar, a complexidade é um tecido (*complexus*: o que é tecido junto) de constituintes heterogêneas inseparavelmente associadas: eça coloca o paradoxo do uno e do múltiplo. Num segundo momento, a complexidade é efetivamente o tecido de acontecimentos, ações, interações, retroações, determinações, acasos, que constituem nosso mundo fenomênico. Mas então a complexidade se apresenta com os traços inquietantes do emaranhado, do inextrincável, da desordem, da ambiguidade, da incerteza” (MORIN, Edgard. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução: Eliane Lisboa. 3. ed, Porto Alegre, Sulina, 2007, p.13).

⁴⁶¹ “Com efeito, o suporte metodológico que tem sustentado as grandes escolas dogmáticas tem recaído sobre determinadas correntes filosóficas dos séculos XIX e XX. Ninguém consideraria inapropriado mencionar a fenomenologia se nos referirmos a Welzel, o positivismo a respeito de Liszt ou o kantismo em relação a Radbruch, quando buscamos uma melhor compreensão do finalismo, causalismo ou neokantismo”. No original: “*En efecto, el soporte metodológico que há dado sustento a las grandes escuelas dogmáticas han recaído sobre determinadas corrientes filosóficas de los siglos XIX y XX. Nadie consideraría inapropiado mencionar la fenomenologia si nos referimos a Welzel, el positivismo respecto de Liszt o el kantismo en relación com Radbruch, cuando buscamos una mejor comprensión del finalismo, causalismo o neokantismo*” (SERRANO-PIEDECASAS, J.R. El pensamiento complejo y el derecho penal. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Ob. cit.*, p.201).

ciência social, recolhe seu objeto de conhecimento de uma variada gama de disciplinas⁴⁶². Não pode, portanto, simplesmente, negligenciar o conhecimento científico oriundo das investigações neuronais.

Independentemente das mais variadas perspectivas sob as quais se pode aferir a culpabilidade, não se pode olvidar que a revolução neurocientífica conduz, inevitavelmente, a uma maior interação entre o conhecimento jurídico e a aptidão para a compreensão do ilícito. Por outras palavras, a questão atinente à existência ou inexistência do livre-arbítrio prossegue controversa, mas, não há dúvidas de que os conhecimentos neurocientíficos têm influído, pelo menos, na aferição da inimputabilidade por doença mental⁴⁶³.

4.5. Revolução neurocientífica e concepção normativa da culpabilidade

No marco distintivo entre o livre-arbítrio e o determinismo, é importante que se frise que as descobertas neurocientíficas só possuem o condão de influir no Direito Penal se se puder partir de uma perspectiva ontológica de liberdade, como se encontra na base do pensamento finalista. Para aqueles, porém, que concebem a possibilidade de um livre-arbítrio construído normativamente, sob a égide de uma abstração jurídica, a eventual comprovação do neurodeterminismo em nada influirá.

Precisamente por isso, a concepção roxiniana poderia permanecer incólume e passar ao largo das pesquisas neurocientíficas. Esta observação é destacada, entre outros, por Andreas Hoyer⁴⁶⁴, professor catedrático de Direito Penal da Universidade de Kiel.

É verdade que Roxin procura diminuir a importância do livre-arbítrio como fundamento material da culpabilidade. Vale recordar que sua doutrina nem sequer rechaça a existência do livre-arbítrio, mas destaca que as discussões em torno do tema devem ser relegada ao campo da filosofia. Roxin não é um entusiasta na tese da “indemonstrabilidade

⁴⁶² SERRANO-PIEDCASAS, J.R. El pensamiento complejo y el derecho penal. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Ob. cit.*, p.217.

⁴⁶³ É o que se depreende, dentre outros estudos, daquele levado a cabo por Rosário de Vicente Martínez, professora catedrática da Universidade Castilla-La Mancha. Cf. MARTÍNEZ, Rosário de Vicente. Evolución en el tratamiento jurisprudencial de la eximente de anomalía o alteración psíquica. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Ob. cit.*, p.235-267. Ainda sobre os influxos da neurociência na imputabilidade, cf. GRANDI, Ciro. Cultura y culpabilidade frente a las neurociencias. Traducción: Mariela E. Mazzón. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Ob. cit.*, p.299-325.

do poder de agir de outro modo”, salientando, reiterar-se, que esta não é uma questão crucial para o Direito.

Mas parece uma conclusão açodada asseverar que a eventual pertinência da chamada revolução neurocientífica não pudesse impactar de alguma forma em sua construção da culpabilidade. Em primeiro lugar, vale frisar que, ao evitar as controvérsias em torno da existência do livre-arbítrio, Roxin parte da ideia de que esta discussão não está cientificamente solucionada. Pois o que pretendem os neurodeterministas é a demonstração cabal de que o livre-arbítrio é uma falaciosa construção social, para justificar a imposição de reprimenda penal a pessoas que, a rigor, não eram livres para decidir.

Mas o ponto mais importante diz respeito à questão em torno da ideia de dirigibilidade normativa na doutrina de Roxin. Como já mencionado⁴⁶⁵, a dirigibilidade normativa pressupõe a capacidade de autodeterminação consoante os ditames preconizados na norma. Para que a culpabilidade sirva de “bastião limitador da intervenção jurídico-estatal empiricamente constatável”, este elemento é imprescindível.

Mas se as pesquisas de Libet, posteriormente referendadas por outros neurocientistas possuem procedência, a capacidade de autodeterminação também restaria prejudicada. Se esfera de decisão não comporta a liberdade, pois as células neuronais são ativadas com precedência, não se pode imputar a responsabilidade penal ao sujeito, pois ele não possui liberdade para decidir entre o dirigir-se ou não se dirigir conforme os postulados normativos.

Em síntese, a constatação a que se chega é a de que a revolução neurocientífica propõe uma similar revolução na esfera de imputação de responsabilidade penal; e, a procederem os argumentos trazidos pela neurociência, os resultados das suas pesquisas deveriam ser dimensionados pelos penalistas, inclusive aqueles que sufragam a construção normativa da culpabilidade.

O raciocínio será válido, pelo menos, para aqueles que erigem sua perspectiva normativistas sobre a tão propalada “indemonstrabilidade do poder de agir de outro modo”. De fato, se as descobertas de Libet, e outros, procedem, já não se falaria em

⁴⁶⁴ HOYER, Andreas. *Acessibilidade normativa como elemento de la culpabilidad*. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Ob. cit.*, p.329.

⁴⁶⁵ Cf. capítulo 3.

indemonstrabilidade do livre-arbítrio, mas sim em possibilidade de demonstração empírica da sua inexistência.

4.6. Outras ressalvas ao livre-arbítrio e a (in)existência de repercussão na culpabilidade

As controvérsias entre as teorias que acolhem o viés determinista e aquelas que se assentam sob a perspectiva liberista são muito antigas, e estão presentes em variados campos do conhecimento humano. Além do positivismo que vicejou no século XIX e espalhou seus efeitos pela criminologia, é possível asseverar que a ideia de ablação – ou, ao menos, de considerável restrição – da esfera de liberdade humana estiveram presentes em muitas concepções religiosas, filosóficas, psicológicas e afetas à teoria do conhecimento.

Apenas a título exemplificativo, é possível fazer referência a três grandes teorias que, de algum modo, antecipam, em maior ou menor medida, algumas reflexões que, posteriormente, serão referendadas pelo neurodeterminismo. Neste espectro de análise, a psicanálise inaugurada por Freud, o behaviorismo radical, que encontra em Skinner seu maior baluarte, e o materialismo dialético irão, de algum modo, procurar limitar o amplo campo de liberdade que se acreditava possuir o ser humano.

Neste passo, não se pode deixar de perceber que o neurodeterminismo acaba por se aproximar, de algum modo, da perspectiva psicanalítica da conduta. Como cediço, ao se debruçar sobre as idiossincrasias do comportamento humano, Sigmund Freud estabelece as distinções entre o “Id”, “Ego” e “Superego”⁴⁶⁶. O “Id”, caracterizado pelas propensões humanas, seus desejos, acompanharia as pessoas por toda a vida, mas seria contido em maior ou menor medida pelo “Superego”.

Ao desenvolver a ideia de subconsciente – lançando questionamentos sobre a razão enaltecida pelo pensamento iluminista, a concepção freudiana antecipa, em certa medida, as construções do neurodeterminismo. É claro que esta afirmação deve ser aferida com muita razoabilidade, pois Freud não aderiu ao determinismo; ao revés a existência do Superego,

⁴⁶⁶ FREUD, Sigmund. *O ego, o id e outros trabalhos*. Vol. XIX. Tradução: Joan Riviere. Edição Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. São Paulo: IMAGO, 2009, p.14 e ss.

nos moldes mencionados, contraria qualquer pretensão que objetive tolher a capacidade de autodeterminação individual.

Mas não se pode negar que, em certa medida, a afirmação de que o “Id” repousa nas pessoas, compelindo-as, em maior ou menor grau, à satisfação dos sentidos, faz com que se conceba um ser humano que não é apenas razão, não é apenas consciência. Ora, o neurodeterminismo trilha este caminho, mas potencializa-o em muito, ao sufragar a ideia de que não apenas instintos escapam ao controle humano, mas até mesmo as decisões que são adotadas se encontrariam fora da zona de consciência.

Em momento posterior a Freud, mas bastante anterior à revolução neurocientífica, o behaviorismo também apresentou uma perspectiva obnubilada em relação ao livre-arbítrio humano. Em 1953, Skinner publicou sua obra “*Science and human behavior*”, inaugurando a vertente comportamentalista conhecida como behaviorismo radical.

Naturalmente, o chamado behaviorismo radical destoa em inúmeros pontos do neurodeterminismo, mormente no que tange à importância conferida por este último {a atuação das células neuronais. No behaviorismo professado por Skinner, esta dicotomia corpo-mente consagraria uma percepção mentalista do ser humano, que é negada pelos comportamentalistas.

Muito embora reconheça a importância da pesquisa fisiológica – em um momento assaz anterior às pesquisas da neurociência cognitiva, vale frisar – a ênfase conferida pelos behavioristas recai sobre outras variáveis. Mas o ponto de aproximação entre os neurodeterministas e o behaviorismo radical remonta à descrença no livre-arbítrio como condutor do comportamento humano.

Conquanto entenda que deva ser dada primazia ao estudo científico do comportamento humano, Skinner é bastante cético em relação à ciência [11], de um modo geral. O problema não estaria no conhecimento científico em si – e por isto não se poderia abdicar da ciência, sob pena de acentuado retrocesso social⁴⁶⁷ – mas na forma como vem sendo empregado. Referido ceticismo para o conhecimento científico não obsta, porém, a relevância no estudo do comportamento humano.

⁴⁶⁷ “Acabar com os recursos científicos no momento significaria um retorno à fome, doenças e trabalhos exaustivos de uma cultura escrava”. No original: “*To bring scientific research to an end now would mean a return to famine and pestilence and the exhausting labors of a slave culture*” (SKINNER, B. F. *Science and*

No que se refere ao materialismo dialético, não se pode olvidar que esta visão de mundo foi acolhida por Karl Marx, dando ensejo ao que se convencionou chamar de marxismo – muito embora o próprio Marx tenha desencorajado seus seguidores a utilizar esta expressão. Naturalmente, as ideias principais do marxismo foram expostas por Marx, muito embora o marxismo tenha se consolidado por força da obra de outros pensadores.

Com efeito, o marxismo foi desenvolvido não apenas por força das obras de Marx, mas de uma série de pensadores que se lhe seguiram, muitos dos quais procuraram associar a teoria política com sua atuação prática, na pretensão de alcançar a almejada sociedade sem classes e sem Estado.

Marx, procurando inverter a lógica da dialética idealista hegeliana, parte da ideia de que a história da humanidade é a história da luta entre classes sociais. Assim, a história das instituições políticas, jurídicas e sociais está fundamentada nesta concepção dicotômica de classes sociais, que não pode ser negada. Esta oposição histórica entre opressores e oprimidos, de acordo com a tese, conduzirá a um grau de insustentabilidade que culminará na eclosão de uma violenta revolução social, cujo objetivo maior será implodir a divisão entre classes sociais.

Ainda para este paradigma marxista, após a eclosão deste movimento político, a classe revolucionária – o proletariado – deve implantar um regime forte – a ditadura do proletariado – com supressão de determinados direitos e garantias, como forma de conter a contrarrevolução, que seria capitaneada pela burguesia. Após a consolidação da revolução socialista, com abolição das classes sociais, a história caminhará para a abolição do Estado, com a consagração definitiva do comunismo, último estágio de desenvolvimento da humanidade.

Tal como fizera Hegel, Marx parte de uma concepção dialética, mas o seu paradigma é material (materialismo dialético) e não ideal, como sustentado pelos hegelianos. Para o hegeliano, afirmam Marx e Engels, os grilhões da humanidade estão na representação, com conceitos, na produção da consciência. Para estes hegelianos, a luta da humanidade deve ser orientada contra estes grilhões advindos do pensamento, da consciência.

O marxismo, conforme salientado, inverte esta lógica, afirmando que o modo de produção de sua vida material que conduz os homens à definição de sua consciência. Para Marx e Engels, as mais variadas formas de desenvolvimento da divisão do trabalho correspondem a variadas formas de propriedade. Passando em revista um breve retrospecto histórico, podem ser identificadas, ao menos, três distintas formas de propriedade, que antecedem o advento do modo de produção capitalista, a saber: (i) a propriedade tribal, em que a divisão do trabalho está pouco desenvolvida, e se caracteriza pela caça e pesca, (ii) a propriedade comunal e estatal, que vigorou na Antiguidade, e está centrada na exploração da mão de obra escrava; (iii) a propriedade feudal, ou estamental, preponderantemente na Europa da Idade Média.

De acordo com o marxismo, contudo, não apenas as ideias e representações da consciência decorrem do modo de produção vigente na sociedade. A rigor, o modo de produção em vigor conforma a infraestrutura econômica na qual se fundamenta a superestrutura política. Assim, não apenas as ideias decorrem da vida material (e não o contrário, como afirmam os hegelianos), como também, as instituições políticas (o Estado) e jurídicas (o Direito).

Pode-se afirmar que as críticas dos anarquistas e dos marxistas à sociedade engendrada pelo capitalismo são bastante similares, quando não idênticas. As divergências entre o chamado socialismo libertário e o socialismo científico surgem quando das propostas para a nova sociedade, numa fase posterior à derrocada do capitalismo. Os marxistas pretendem a tomada do poder, por parte da classe oprimida, o proletariado; já os anarquistas não pretendem tomar o poder, e sim aboli-lo, na medida em que o poder constitui afronta à natural tendência humana à liberdade. Demais dito, ambos pretendem a abolição do Estado, mas os anarquistas sustentam a sua abolição imediata, repudiando com veemência, o ideal marxista de implantação de uma ditadura do proletariado.

Para os marxistas, o Estado surge como forma de legitimar a desigualdade oriunda do advento da propriedade privada. Adotando por paradigma a constituição do Estado em Atenas (a pólis, a cidade-estado), Engels salienta que os órgãos de constituição gentílica, até então existentes, foram substituídos por novos órgãos, que passaram a se valer da força política, a serviço de autoridades estatais, contra o povo. Assim, o Direito funciona, tão-

somente, como instrumento de legitimação da utilização da violência, por parte do Estado que está a serviço de uma classe social.

O ponto central da análise do marxismo clássico, também chamado de marxismo ortodoxo, é este economicismo acentuado. Sem embargo, cumpre esclarecer que estes postulados rigorosamente centrados na questão econômica foram flexibilizados, posteriormente, por autores marxistas que chamaram a atenção para outras questões que exercem uma notável influência na consolidação da hegemonia de uma classe social em detrimento da outra.

Consoante o materialismo dialético, a liberdade humana é rigorosamente restringida pela estrutura social que se sustenta sobre a infraestrutura econômica, que diz respeito à forma como a sociedade produz seus bens de consumo – o modo de produção. Sob a égide de uma perspectiva materialista, até mesmo a ideologia seria ditada pelo modo de produção.

Em contrapartida, existe uma esfera de liberdade no ser humano – que é restringida, mas não tolhida por completo –, e é esta capacidade de autodeterminação que pode conduzir à revolução. Aliás, o ponto central da teoria marxista é a pretensão de conquista da liberdade, e não da igualdade, como alguns movimentos autointitulados marxistas apregoam.

Em sua teoria econômica com fulcro na ideia de “mais-valia”, não é na igualdade entre proletários e burgueses que se encontra a reflexão; é, isto sim, na ausência de liberdade do trabalhador, que tem sua mão-de-obra explorada e precisa se submeter a tal exploração como meio de sobrevivência⁴⁶⁸. A justificativa ideológica da manutenção da estrutura social díspare entra em um segundo momento, como forma de restrição à esfera de autodeterminação individual. Como dito, trata-se de restrição à liberdade, mas não completa ablação, sob pena de se negar o conteúdo dialético do materialismo marxista, o que, obviamente, nunca foi pretendido.

Depreende-se destas considerações, portanto, que a psicanálise freudiana, o behaviorismo radical e o materialismo histórico restringem, de uma forma ou de outra, a esfera de liberdade individual. Mas não se trata, como se percebe, de um determinismo irrestrito, que reduz as pessoas a autômatos destituídos de responsabilidade pessoal, nem

⁴⁶⁸ WORSLEY, Peter. *Marx e o marxismo*. Tradução: Franklin Goldgroub. São Paulo: Mestre Jou, 1983, p.17.

tampouco de uma justificação científica da inexistência do livre-arbítrio, como pretendem alguns corifeus da revolução científica.

O que é mais significativo nesta análise, é perceber que contestações ao livre-arbítrio em outras searas do conhecimento humano sempre existiram. Aqui, a psicanálise, o behaviorismo e o materialismo foram trazidos a guisa de exemplo, mas estas reflexões constituem uma constante em outros campos de estudo. Porém, a despeito da relevância destas ponderações, elas jamais exerceram grande influência no âmbito do Direito.

Com efeito, a culpabilidade sempre se desenvolveu, escudada pela dogmática penal, e permaneceu incólume às contestações que se faziam à capacidade de autodeterminação individual em outros ramos do conhecimento. Com a revolução neurocientífica, contudo, as consequências para a doutrina penal estão se mostrando de cunho bastante acentuado. E isto não apenas porque os neurocientistas estão se debruçando sobre as consequências das suas descobertas no âmbito do Direito Penal, mas, sobretudo porque os próprios juristas têm aderido às discussões em torno das teses neurodeterministas.

4.7. A culpabilidade fundada na capacidade de autodeterminação como fundamento da imposição da pena frente à neurociência

4.7.1. Noções gerais

Nos capítulos anteriores, procedeu-se ao estudo da construção dogmática da culpabilidade, com ênfase na afirmação de que, a despeito das inúmeras variáveis em torno do tema, a capacidade de autodeterminação se faz presente. A chamada revolução neurocientífica, encampada por alguns juristas, lança por terra as culpabilidade, na medida em que não se pode afirmar um juízo de reprovabilidade em relação a quem não possui a capacidade de autodeterminação.

A culpabilidade, porém, há de ser (re)afirmada. Neste ponto, podem ser trazidas algumas razões, que serão analisadas nos pontos subsequentes:

a) É temerário acolher os resultados das pesquisas neurocientíficas como verdades incontestes. A pretensão de detenção monopolista da verdade por parte da ciência é um equívoco que não deve ser reiterado;

b) Ainda pairam controvérsias sobre as descobertas de Libet e os que lhes seguiram. De fato, no campo da própria neurociência ainda vicejam controvérsias em torno da (in)subsistência do livre-arbítrio;

c) As consequências da (re)construção do sistema punitivo com fundamento na ausência de culpabilidade seriam drásticas, pois, inexoravelmente, descambariam para uma reprimenda de cunho puramente preventivo, descompassada das garantias fundamentais que se fundamentam em um Direito Penal do fato;

d) As pesquisas neurocientíficas restam fundadas em uma dualidade (corpo-mente) que inobserva os avanços da ciência em outras searas.

e) A aplicação do Direito demanda uma observância pragmática das instituições jurídicas, que não podem prescindir do livre-arbítrio.

4.7.2. A ciência e as indesejáveis consequências da pretensão de detenção monopolista da verdade

O advento da modernidade, mormente em face da revolução científica, capitaneada inicialmente por Copérnico, constitui uma das inúmeras facetas de um movimento de ruptura do paradigma vigente. Sem embargo, até mesmo as descobertas efetuadas por Copérnico, atinentes à concepção heliocêntrica, decorreram, em boa medida, da perda de prestígio da concepção geocêntrica, sufragada por Ptolomeu, que já não possuía aptidão para apresentar respostas satisfatórias às questões que surgiam⁴⁶⁹.

Dentre as inúmeras manifestações deste movimento que conduz à modernidade, do qual a revolução científica copernicana é expressão máxima, é possível mencionar: (i) o admirável avanço das artes, no período que ficou conhecido como Renascença; (ii) a Reforma religiosa, com suas acerbas e propositivas críticas à cúpula da Igreja; (iii) a redescoberta do humanismo, proscrito quando da supremacia da concepção teológica do mundo, oriunda do monopólio do conhecimento pela Igreja; (iv) a colonização do, assim chamado, Novo Mundo em virtude do avanço das navegações; (v) a invenção da imprensa,

⁴⁶⁹ ARAÚJO, Fábio Roque. A ruptura do paradigma cartesiano e alguns dos seus reflexos jurídicos. *Revista Jurídica da Seção Judiciária do Estado da Bahia*, v. 09, p. 31-47, 2009.

e a conseqüente difusão do conhecimento, até então circunscrito a uma parcela ínfima da população⁴⁷⁰.

Nesta idéia de modernidade, a razão desempenha papel crucial. As “luzes da razão” como aptas a combater e extirpar as “trevas da ignorância”, bastião do ideário liberal-burguês encampado pelo Iluminismo, é representação desta primazia conferida ao pensamento racional. Por meio desta razão, destituída de pré-conceitos, os representantes da “vanguarda” da modernidade objetivam a emancipação do homem, sempre na linha da concepção antropocêntrica, que passa a ser a dominante.

A ciência surge, portanto, em um contexto de emprego do conhecimento como instrumento de libertação, destituída de dogmas imutáveis. No século XVIII, então, com o advento da Ilustração, as idiossincrasias do conhecimento científico e da razão deveriam, justamente, palmilhar o caminho da rejeição dos dogmas, considerados verdades incontestes que subjogavam e serviam como instrumento de legitimação de uma estrutura social claudicante e deficitária.

Tornou-se um truísmo asseverar que o conhecimento científico não possui a pretensão de alcançar a verdade. Daí o porquê das críticas cada vez mais contundentes ao emprego de expressões tão comuns na área jurídica, como verdade real e verdade formal. Admite-se a possibilidade, até mesmo, de uma verdade processualmente construída, a partir da tentativa de (re) construção dos fatos envolvidos na controvérsia judicial. Mas uma verdade que possa ser taxada de real, material, unívoca ou absoluta é rechaçada com veemência pela doutrina mais abalizada.

A adoção do conhecimento científico como verdade absoluta constitui um dogma que se encontra na contramão da verdadeira ciência, sempre incompleta, inconclusa, a despeito da eventual pretensão de completude. Quando o pensamento iluminista se arvorou a detentor das luzes da razão, que poriam fim às trevas da ignorância em que a população estava mergulhada – sobretudo por força do monopólio do conhecimento pelo Clero – acabou por incorrer no mesmo equívoco que condenava.

Talvez por isso, a fase pós-Revolução propiciou cenas extremamente curiosas, como a verdadeira idolatria que se fazia ao “Contrato social” de Rousseau⁴⁷¹. Não é de se

⁴⁷⁰ ARAÚJO, Fábio Roque. A ruptura do paradigma cartesiano e alguns dos seus reflexos jurídicos. *Ob. cit.*

estranhar que um regime político que se considere detentor monopolista da virtude e da razão – a despeito das inúmeras vicissitudes pelas quais passava – acabe por pretender repudiar com virulência as tentativas de oposição. Daí até a eclosão do Movimento do Terror, foi um passo muito pequeno.

E, assim, a pretensão de monopólio da verdade acaba por transformar um movimento revolucionário, que incluía a fraternidade no seu lema, em um arbitrário governo que promoveu espetáculos tenebrosos de execuções públicas e insuflou sua população a sangrentos embates fratricidas.

A intransigência para com a discordância – isto é, a pretensão de detenção monopolista da verdade – produziu, de igual sorte, equívocos em desfavor do conhecimento científico. As tragédias históricas envolvendo Galileu e Copérnico, em oposição à cúpula da Igreja, são apenas dois emblemáticos exemplos que poderiam ser extraídos de uma infindável lista de abusos perpetrados nos autos de Fé dos Tribunais do Santo Ofício.

Aliás, a Constituição dogmática que consagrou a infalibilidade papal vem a lume no século XIX – 1870, por ocasião do Concílio Vaticano I – momento histórico em que o pensamento científico consegue angariar muita força. Esta mudança tem sido vista como mais uma tentativa de refrear o avanço de conhecimentos que poderiam se contrapor a dogmas religiosos cristalizados – muito embora a infalibilidade papal refira-se, tão-somente, a matéria de fé ou moral.

No século XIX, a eclosão do positivismo que se espalhou pelas ciências sociais e, particularmente pelo Direito Penal e pela Criminologia, também se assentou sobre esta concepção, no sentido da primazia da ciência como detentora monopolista da verdade. Não se pode deixar de recordar que Augusto Comte chegou a fundar uma religião, em que a ciência estaria no epicentro e os cientistas substituiriam os santos.

Aliás, a pretensão positivista de empregar o método das ciências naturais às ciências sociais – denominando, inclusive, a Sociologia de física social – está inserida neste contexto de primazia do pensamento científico como detentor da verdade. Vale recordar, que, no século XIX, muito antes de Werner Heisenber desenvolver a teoria da incerteza e

⁴⁷¹ SILVA, Rolando Roque da. Introdução. In: ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social e outros títulos*. Tradução: Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1998, p.17.

Albert Einstein trazer a teoria da relatividade, as ciências naturais eram consideradas exatas, o que equivaleria à comprovação científica da verdade.

E daí para o emprego das “verdades científicas” para legitimar arraigados preconceitos que legitimavam os abusos de toda sorte foi um passo muito pequeno. Isto fica claro quando da análise das teorias racistas que vicejaram, sobretudo na América Latina, por influência do positivismo lombrosiano, no final do século XIX e começo do século XX. Há, como se percebe, uma linha mui tênue entre o conhecimento científico que liberta e o que escraviza a preconceitos arbitrários.

O discurso racista foi alimentado com base em conhecimentos considerados científicos, à época. Muitos anos mais tarde, o projeto Genoma mapeou o DNA humano e concluiu que não existem raças. Ou, pelo menos, não se pode falar em raça entre os seres humanos. A evolução do pensamento científico rechaça, assim, sua pretensão de detentor monopolista da verdade.

4.7.3. As controvérsias científicas em torno do tema

A ênfase conferida por alguns juristas às descobertas neurocientíficas – sobretudo às descobertas de Libet, posteriormente reproduzidas por outros pesquisadores – pode conduzir à ideia de que se trata de ponto pacificado. Isto, porém, não procede. Wolfgang Frisch⁴⁷² apresenta alguns estudos em torno da neurociência cognitiva que se encontram na contramão das conclusões alcançadas por Libet e seus pósteros.

Não se trata aqui, de ingressar no mérito das descobertas neurocientíficas, em um ou outro sentido. Mesmo porque não há qualquer razão para que os trabalhos jurídicos venham a se imiscuir nos detalhes técnicos de outro ramo do conhecimento, que lhe são estranhos. Não se trata, então, de saber se estão corretas as descobertas de Libet ou aquelas que lhe são contrárias.

Mas a existência de teses contrárias à de Libet pode trazer consequências de suma relevância para o debate jurídico, mormente o que concerne ao estudo da culpabilidade e ao fundamento da imposição de uma reprimenda penal. É que o só fato de haver sérias

⁴⁷² FRISCH, Wolfgang. Sobre el futuro del derecho penal de la culpabilidad. In: SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo (Editor). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2012, p.31.

controvérsias no campo da própria neurociência cognitiva já obscurece a pretensão de adotar as conclusões de alguns experimentos como base para a reconstrução de toda a intervenção punitiva do Estado.

Pesquisadores neurocientistas como Hillenkamp, Kempermann, Pauen e Schokenhoff⁴⁷³ apresentam objeções ao neurodeterminismo que extrai das pesquisas de Libet e outros. Por sua vez, autores como Burkhardt e Kröber questionam a premissa de que partem alguns outros neurocientistas, no sentido de que a decisão consciente seria originada a partir da atividade orgânica do cérebro⁴⁷⁴.

Estas controvérsias entre os neurocientistas também chamou a atenção de Winfried Hassemer, para quem “eles discutem entre si sobre abordagens e sobre resultados, e às vezes corrigem ou mesmo amenizam uma de suas opiniões anteriores”⁴⁷⁵. E, assim, alguns neurocientistas postulam o fim da liberdade de vontade, ao passo que outros a enaltecem, ou, ao menos, a relativizam⁴⁷⁶.

O que parece mais significativo, porém, é o fato de o neurodeterminismo pretender a reformulação de todo o sistema de imputação de responsabilidade penal com fundamento em experimentos que se apoiam em adoção de decisões que em nada – ou quase nada – poderiam influir na configuração do injusto. De forma mais clara, há uma distância himalaica entre a aferição do livre-arbítrio no momento em que se exige que a pessoa pressione a mão – como nos experimentos de Libet – e a aferição da vontade livre em um crime devidamente planejado e executado com observância das minúcias pré-concebidas.

Não deixa de soar açodada, justamente por isto, a opinião esposada por Francisco de Rubia, no sentido de que as pessoas não seriam livres para adotar as grandes decisões da vida. O próprio Libet, conforme salientado, não rechaçou por completo o livre-arbítrio, ressaltando, apenas, que ele o momento de controle das condutas ocorreria em milésimos de segundos após a sua adoção. Se isto seria uma regra para medidas adotadas de forma imediata, como em suas experiências, o que dizer das grandes decisões da vida?

⁴⁷³ FRISCH, Wolfgang. Sobre el futuro del derecho penal de la culpabilidad. *Ob. cit.*, p.31.

⁴⁷⁴ FRISCH, Wolfgang. Sobre el futuro del derecho penal de la culpabilidad. *Ob. cit.*, p.31.

⁴⁷⁵ HASSEMER, Winfried. Neurociências e culpabilidade em Direito Penal. Tradução: Helena Regina Lobo da Costa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v.100, São Paulo: RT, jan/fev 2013, p.213.

⁴⁷⁶ HASSEMER, Winfried. Neurociências e culpabilidade em Direito Penal. *Ob. cit.*, p.213.

4.7.4. O neurodeterminismo e suas prováveis consequências jurídico-penais: direito de medidas de segurança, exclusivo caráter preventivo e direito penal do autor.

Alguns defensores do neurodeterminismo estão tão convictos da procedência e irrefutabilidade dos seus experimentos, que lhes causa espécie uma certa indiferença da maior parte dos juristas em torno do tema⁴⁷⁷. Por outras palavras, tudo indica que lhes parece tão óbvia a inexistência do livre-arbítrio – pelo menos da forma como é concebida – que todo o sistema de imputação de responsabilidade penal deveria ser reconstruído à luz destas novas verdades.

Realmente, a ideia de culpabilidade como juízo de reprovabilidade da conduta humana está assentada na concepção de liberdade. É verdade que muitos pretenderam fundamentar este juízo de reprovabilidade em critérios puramente normativos. Mesmo para estes, porém, não se pode conceber um normativismo absolutamente destituído de realidades fenomênicas. De igual sorte, como já referido, a perspectiva finalista da culpabilidade não é puramente ontológica, apenas é acentuada esta vertente, em detrimento do normativismo puro.

Com isto se pretende salientar que, se o neurodeterminismo estiver correto, realmente, seria provável uma mudança de paradigma no sistema de responsabilização penal. Se não houver o livre-arbítrio e isto for constatado pelas pesquisas da neurociência cognitiva, já não se poderá fundamentar a culpabilidade sob o viés ontológico com base na liberdade.

De igual sorte, como não se pode admitir um viés normativo absolutamente descompassado do avanço tecnológico e dos novos conhecimentos da ciência, a afirmação categórica da inexistência do livre-arbítrio ensejaria a reconstrução normativa da culpabilidade – sob pena de se pretender trabalhar apenas com uma ficção jurídica. Há, portanto, uma grande distância entre afirmar a indemonstrabilidade do livre-arbítrio – como muitos fazem – e afirmar a demonstrabilidade da sua inexistência – como alguns neurocientistas pretendem.

⁴⁷⁷ HASSEMER, Winfried. Neurociências e culpabilidade em Direito Penal. *Ob. cit.*, p.214-215.

Naturalmente, a construção de uma culpabilidade destituída de um juízo de autodeterminação do agente haverá de retirar-lhe o caráter de reprovabilidade. Não se poderia censurar uma conduta que não foi adotada de forma de livre e consciente. Se o ser humano é condicionado mecanicamente por sua estrutura biológico-neuronal, não se lhe poderia reprovar o comportamento. Disseminar-se-ia, assim, para todos, indistintamente, o tratamento dedicado pelas legislações modernas aos inimputáveis por doença mental.

De fato, se não há capacidade de autodeterminação, os comportamentos humanos são adotados sem consciência e vontade e não se pode censurar as condutas, o neurodeterminismo conduziria a uma intervenção punitiva descompromissada com a perspectiva retributiva da sanção penal. Um Direito Penal em que se não reprova os comportamentos, é incompatível com a imposição da pena. O caráter aflitivo que lhe é peculiar não faria sentido, pois incidiria em uma pessoa que não teve liberdade de ação, foi impelido de forma incontestada pela sua organização biológica, por suas células cerebrais.

Neste passo, cumpre registrar que há autores de escol sustentando a imposição de penas com finalidades meramente preventivas. Seguramente Claus Roxin é o maior entusiasta desta ideia, na medida em que propugna a extinção de qualquer caráter retributivo às penas. Atualmente, porém, cresce em importância, no Brasil e alhures, a perspectiva neo-retribucionista⁴⁷⁸, que, sem abdicar por completo da prevenção, pauta-se pela ideia de que a imposição das sanções penais objetivam, sim, a retribuição pelo crime que se praticou.

O que mais preocupa em um Direito Penal que se fundamente exclusivamente em critérios de prevenção é a ideia de se subtrair seu conteúdo ético, substituindo-o por critérios de mera conveniência de política-criminal. Ou, ainda, a exasperação do modelo de defesa social que se valha da prevenção irrestrita, fazendo sobrepujar o interesse coletivo de segurança sobre o interesse individual – e, em certa medida, também coletivo – de uma incriminação pautada na observância da correspondência entre a gravidade do crime e a gravidade da sanção.

Adotando como parâmetro a obra de Roxin, é possível perceber que, muito embora o autor rechace a possibilidade de se fazer menção ao caráter retributivo da pena, emprega a culpabilidade como limite. Mas, como visto, Roxin adota o fundamento material da

⁴⁷⁸ PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 10.ed. São Paulo: RT, 2011.

dirigibilidade normativa, que pressupõe a capacidade de autodeterminação individual. O neurodeterminismo também iria colocar uma pá de cal sobre este fundamento, porquanto não se poderia falar em capacidade de autodeterminação e, portanto, em capacidade de se determinar conforme a norma.

Em suma, o neurodeterminismo abala os alicerces da culpabilidade uma vez mais; e sem a culpabilidade para limitar a imposição da pena, como pretende Roxin, a concepção puramente preventiva seria exacerbada, erigindo a defesa social a pilar único de sustentação da intervenção estatal. Daí à construção de um Direito Penal constituído exclusivamente por medidas de segurança é um passo muito pequeno.

Mas o neurodeterminismo pode ter consequências ainda mais drásticas. Já não são poucos os estudos genéticos que procuram identificar genes vinculados à psicopatia ou alguma degenerescência cerebral que conduza à identificação de pessoas com propensão à criminalidade violenta⁴⁷⁹. Referidas pesquisas, ao se arvorarem científicas, reproduzem um discurso similar ao lombrosianismo do século XIX e aos seus antecessores; os experimentos realizados possuem feição de maior avanço científico, consoante os conhecimentos tecnológicos do século XXI, mas as conclusões são mui similares àquelas sustentadas pelos frenólogos que precederam Lombroso.

A pretensão neurodeterminista poderia, então, conduzir, a uma intervenção punitiva que não apenas estivesse fundamentada em medidas de segurança, mas que, pior que isto, se pautasse por um direito penal do autor. Neste caso, se as pesquisas neurobiológicas conduzissem à constatação de que a células cerebrais de determinado indivíduo irão insuflar um pendor à prática de crimes violentos, e não tendo ele o livre-arbítrio necessário sequer para a contenção de tal pendor, a intervenção estatal se anteciparia à prática do fato, como forma de fazer valer a defesa social.

Mas é necessário levar a presente análise adiante. A prosperarem as bandeiras empunhadas pelos baluartes do neurodeterminismo e do determinismo genético, o Direito Penal não estaria apenas pautado em medidas de segurança, com fundamentação exclusivamente preventiva. Mais que isto, o argumento de defesa social poderia c consagrar

⁴⁷⁹ <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ciencia/fe2101200801.htm>.

a abolição – ou, ao menos, a flexibilização – do Direito Penal do fato, substituindo-o pelo direito penal do autor.

Ora, se existe a propensão à prática do crime, constatada pelo mapeamento genético e das células neuronais do indivíduo, e ele não possui o livre-arbítrio, o argumento da defesa social conduziria à antecipação da intervenção punitiva (ou melhor, preventiva, pois o caráter aflitivo da sanção já não se faria presente). Por outras palavras, que se atue sobre a esfera de direitos daqueles cuja propensão à prática do crime é cientificamente comprovada.

Há alguns anos, o cinema consagrou uma curiosa história de ficção científica, em um filme intitulado “*Minority report*”. Na trama, em um futuro não muito distante, a polícia consegue prever, com precisão cirúrgica, o crime que ocorrerá. Isto permite ao Estado intervir antes da prática do crime, prendendo o “autor do delito” que ainda não ocorreu. Esta fictícia política de segurança pública conduz os índices de criminalidade a patamares próximos de zero.

Expurgado o acentuado caráter ficcional da película “hollywoodiana”, o que se tem é uma intervenção punitiva – e, no caso, realmente punitiva, pois a pretensão preventiva está aliada ao caráter aflitivo da atuação estatal – calcada em uma exacerbada defesa social que solapa garantias individuais, fundamentando-se na falaciosa premissa de infalibilidade científica.

Se o conhecimento científico permite, na esteira do enredo ficcional, a previsão infalível da prática criminosa, isto já é suficiente para permitir que o Estado imponha uma sanção penal *a priori*, mantendo a paz social e a incolumidade das pessoas. E assim, a política criminal se fundamenta no duplo paradigma prevenção extrema/direito penal do autor.

Com o advento do “neurodeterminismo”, e o muito de prestígio que vem angariando, o risco de se consagrar a adoção deste duplo paradigma é considerável. *Mutatis mutandis*, pode-se afirmar que a revolução neurocientífica possui aspectos que se aproximam em muito da ficção anteriormente referida.

É óbvio que se deve ter em conta que a ficção pode bailar com o absurdo, o que o conhecimento científico não permite. Mas, a rigor, o “neurodeterminismo” palmilha o caminho que consiste em enaltecer o conhecimento científico como idôneo à comprovação

empírica da ausência de liberdade humana – tal qual ocorre no filme. E aqueles que pretendem a reconstrução do sistema punitivo com base nestas “descobertas”, não chegarão a outra conclusão, senão da intervenção estatal exclusivamente preventiva, com fundamento na defesa social.

E nem é necessário muito esforço para que se compreenda o aguçado retrocesso que tudo isto representa. O “neurodeterminismo”, por trás de um discurso progressista de avanço no pensamento científico, pode conduzir a consequências jurídicas cuja obsolescência é flagrante. E, neste passo, merece destaque as drásticas consequências do reconhecimento de uma intervenção punitiva que abdique da prática de uma conduta humana livre e consciente.

Estas são reflexões que merecem uma análise muito detida, sobretudo por parte daqueles que, de inopino, passem a aderir ao discurso do neurodeterminismo. Com efeito, em especial aqueles que, na feliz expressão de Winfried Hassemer, seguirem o “canto da sereia”⁴⁸⁰ da revolução neurocientífica e acolherem o discurso da inexistência do livre-arbítrio, da capacidade de autodeterminação do ser humano, devem se preocupar com estas consequências jurídico-penais, provenientes da abolição da culpabilidade.

E se, não pretendem suportar o fardo de legitimar um sistema penal pautado em uma liberdade que não existe – na visão das pesquisas de Libet e outros, como visto – devem suportar o fardo de apresentar uma alternativa viável que legitime a intervenção punitiva do Estado e se compatibilize com as históricas conquistas dos direitos fundamentais⁴⁸¹.

4.7.5. A dualidade neurocientífica

Não se pode deixar de perceber que a chamada revolução neurocientífica adota por paradigma a dicotomia corpo-mente como base dos seus experimentos. Assim, as células

⁴⁸⁰ HASSEMER, Winfried. Neurociências e culpabilidade em Direito Penal. Tradução: Helena Regina Lobo da Costa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v.100, São Paulo: RT, jan/fev 2013.

⁴⁸¹ Diz Hassemer, com precisão: “eles combatem a culpabilidade e o livre-arbítrio como leões, mas são comportados como carneiros ou se calam completamente no que tange às consequências de um direito penal que consiste exatamente no fardo do livre-arbítrio e na censura à culpabilidade. Porque em realidade não arriscamos também as belas moções de liberdade de conduta e de persecução penal, após libertarmos o direito penal do livre-arbítrio? Qual é exatamente a razão a justificar a contínua persecução penal e a privação de liberdade de pessoas que não podem ser culpáveis (palavra-chave: custódia de segurança)?” (HASSEMER, Winfried. Neurociências e culpabilidade em Direito Penal. Tradução: Helena Regina Lobo da Costa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v.100, São Paulo: RT, jan/fev 2013, p.213).

cerebrais conduzem à adoção da conduta que é exteriorizada pelo corpo, em um movimento voluntário e consciente – ou destituído de vontade, na medida em que a consciência é ativada em uma fração de segundos posterior à tomada de decisão, conforme demonstra o mapeamento das células cerebrais.

E a partir daí, a questão em torno do livre-arbítrio desconsidera o elemento espiritual, que integra a constituição corpórea do ser humano. Por outras palavras, o ser humano não é constituído da dualidade mente-corpo, mas da tríade mente-corpo-espírito. Mais que isto, o ser humano é antes espírito, que se vale do corpo e da mente como instrumentos para poder atuar no mundo físico, corpóreo, tangível, palpável. Ao desconsiderar este dado de grande relevância, e retomar a dicotomia materialista, os neurocientistas caminham no contrafluxo dos mais recentes avanços no campo da Medicina⁴⁸².

Com efeito, desde 1998 a Organização Mundial de Saúde incluiu o bem-estar espiritual como um dos elementos de valoração na definição de saúde. A partir de então, a ciência abandona a perspectiva reducionista e puramente organicista da condição humana, passando a reconhecer que o estado de bem-estar do ser humano é biológico, psicológico, social e espiritual⁴⁸³. No Brasil, a Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo possui como disciplina curricular o estudo da “Medicina e Espiritualidade”.

Estes são frutos de uma infinidade de pesquisas científicas, desenvolvidas nos campos da psiquiatria, medicina e biologia, que culminaram no reconhecimento da existência do espírito.

A existência do espírito – para além, portanto, do binômio mente-corpo – é reconhecida desde a Antiguidade, sobretudo pelos grandes pensadores gregos. Sócrates e Platão já reconheciam a existência do *daimon*. Como cediço, a expressão acabou originando o termo “demônio”, que, na tradição cristã, estaria associada a entidades malfazejas. Na construção socrática, naturalmente, a expressão não possuía tal conotação.

⁴⁸² Mas mesmo sob uma perspectiva de análise que rechace a existência do espírito livre que precede e anima a matéria, as pesquisas da neurociência cognitiva que sustentam a inexistência do livre-arbítrio partiriam de uma premissa (dualidade corpo-mente) equivocada. Neste ponto, cabe trazer à baila as lições de Antônio Damásio, um dos mais célebres pesquisadores da neurociência. Este português, professor da *University of Southern California* notabilizou-se, justamente, por aliar ao aprofundado estudo da razão, as emoções humanas (DAMÁSIO, Antônio R. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. Tradução: Dora Vicente e Georigina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p.254 e ss).

Mas depois dos gregos, muitos homens de ciência ratificaram a existência do espírito, como algo que precede e anima o corpo. Já no século XVII, o físico e matemático francês Blaise Pascal havia ratificado a existência da alma⁴⁸⁴. No século XIX, William Crookes, prestigiado físico e químico inglês, membro efetivo da *Royal Society* e presidente da *British Association for the Advancement of Science* empreendeu, por mais de três décadas, pesquisas científicas que explicavam a existência de uma inteligência externa à matéria. Já ao seu tempo, Crookes chamava a atenção para o fato de que a existência do espírito acendia uma nova luz para a ciência moderna⁴⁸⁵.

Os estudos levados a cabo por Crookes não constituem fato isolado no pensamento científico do fim do século XIX e começo do século XX. Podem ser mencionadas, ainda, as pesquisas de renomados cientistas, a exemplo de Henry Sidgurick, Edmund Gurney, Oliver Lodge, Frederic Myers, Schrenk Notzing, Charles Richet, Gustave Geley, Eugene Osty, Frederic Zollner, Paul Gibier⁴⁸⁶, dentre inúmeros outros.

Curiosamente, o próprio Cesare Lombroso, tão cioso da pesquisa científica e tão fortemente influenciado pela filosofia positivista, calcada no método de experimentação e observação, acreditou demonstrar a existência, não apenas do espírito, mas também da comunicação espiritual. Tendo inicialmente permanecido incrédulo, e até mesmo ridicularizado aqueles que acreditavam na existência da inteligência extra-corpórea, Lombroso iniciou uma série de pesquisas que culminaram no seu convencimento em torno da vida extra-material.

As conclusões de Lombroso foram publicadas em 1909, em seu livro “*Ricerche sui fenomeni ipnotici e spiritici*”. O próprio Lombroso, ao prefaciá-la, informa que foi aconselhado por amigos a não publicá-la, sob pena de lançar por terra sua reputação

⁴⁸³ http://www.nenossolar.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=647:codigo-internacional-de-doencas-oms-inclui-influencia-dos-espirtos&catid=31:noticias&Itemid=32

⁴⁸⁴ “É isso conclui nossa impotência – saber que as coisas são simples em si mesmas e que nós somos compostos de duas naturezas opostas e de diversos gêneros, da alma e do corpo”. No original: “*Et ce qui achève notre impuissance - à connaître les choses est qu'elles sont simples en elles-mêmes et que nous sommes composés de deux natures opposées et de divers genres, d'âme et de corps*” (PASCHAL, Blaise. *Pensées sur la religion et sur quelques autres sujets*, p.39. Disponível em: <http://www.ub.uni-freiburg.de/fileadmin/ub/referate/04/pascal/pensees.pdf>).

⁴⁸⁵ A expressão é uma referência ao capítulo “*Spiritualism: light of modern science*” do seu livro “*Researches in the phenomena of spiritualism*”, publicado em 1874. Disponível em: <https://archive.org/details/researchesinphe02croogoog>.

⁴⁸⁶ PIRES, José Herculano. *O espírito e o tempo*. 3. ed. São Paulo: Edicel, 1979, p.116

profissional⁴⁸⁷. Além das inúmeras pesquisas que levou a efeito – sempre a partir do método de investigação científica que marcou o positivismo –, o médico italiano faz menção às pesquisas de Morselli, Di Vesme, Crookes, Richet, Lodge, James, Hyslop, Wallace, Bottazzi, De Rochas, Herlitzka, Foà e Arsonval⁴⁸⁸.

Ainda no século XIX, Louis Pasteur, notável cientista francês, cujas descobertas irão influenciar sobretudo a química e a medicina, sufragava a existência do espírito, que não apenas antecedia, mas sobrevivia ao corpo. É verdade, porém, que Pasteur não conferiu caráter científico à existência do espírito. Sua crença estava pautada mais em sua formação religiosa do que em suas pesquisas científicas⁴⁸⁹, ao contrário dos demais cientistas mencionados, que transplantaram para o campo científico a comprovação empírica, fundada no método positivista então em voga, da existência do espírito.

Paul Gibier, naturalista do Museu de História Natural de Paris e dileto discípulo de Pasteur, porém, procedeu a uma acurada pesquisa científica por alguns anos, em que restou convencido da existência do espírito. Mais que isto, Gibier refutava com veemência a possibilidade de a inteligência constituir atributo da matéria, conforme acreditava o materialismo reinante a seu tempo⁴⁹⁰.

⁴⁸⁷ Nas palavras do próprio Lombroso: “Quando eu quis fazer um livro sobre os fenômenos ditos espíritas, após uma vida consagrada ao desenvolvimento da psiquiatria e da antropologia criminal, meus melhores amigos apresentaram objeções, afirmando que eu iria estragar minha reputação. A despeito disto, eu não hesitei em continuar a considerar que era meu dever coroar minha carreira de lutas pelo progresso das ideias lutando pela ideia mais escarnecida e contestada do século”. Na versão francesa: “*Lorsque j’ai voulu faire un livre sur les phénomènes dits spirites, après tout une vie consacrée développement de la psychiatrie et de l’anthropologie criminelle mes meilleurs amis m’ont accablé d’objections disant que j’allais gâter ma réputation. Malgré tout, je n’ai pas hésité à poursuivre estimant qu’il était de mon devoir couronner ma carrière de luttas pour le progrès des idées en luttant pour l’idée la plus contestée et bafouée du siècle*” (LOMBROSO, Cesare. *Hypnotisme e spiritism*. Traduction: Charles Rossigneux. Paris: Ernst Flammarion Editeur, 1920, p.05).

⁴⁸⁸ LOMBROSO, Cesare. *Hypnotisme e spiritism*. Ob. cit., p.06.

⁴⁸⁹ “Ainda que em toda a sua obra tenha seguido as regras mais estritas do pensamento positivista e lutado contra toda interpretação dos fenômenos biológicos por fatores inverificáveis, como a equivocada teoria da geração espontânea, nunca negou as lições religiosas que recebeu de sua mãe; sustentou em contrário que ‘as entidades espirituais não podem ser submetidas ao conhecimento científico’ e sua morte foi cristã”. No original: “*Aunque en toda su obra siguió las reglas más estrictas del pensamiento positivista y luchó contra toda interpretación de los fenómenos biológicos por factores inverificables, como la teoría errónea de la generación espontánea, nunca negó la enseñanza religiosa que recibió de su madre; sostuvo en contra que «las entidades espirituales no pueden ser sometidas al conocimiento científico», y su muerte fue cristiana*” (EHRHARD, François. *Louis Pasteur: el hombre y su obra*. p.122. Disponível em: <http://www.bvs.hn/RMH/pdf/1958/pdf/Vol26-4-1958-5.pdf>).

⁴⁹⁰ Sobre o tema, o autor escreveu: “Alguns, principalmente na Alemanha, não hesitaram em me responder que, em sua opinião, a vida e até mesmo a inteligência são apenas propriedades particulares da matéria que, aperfeiçoando sua organizando sob a influência das leis da evolução (Hoeckel), tende a produzir fenômenos (que nós denominamos vitais) cada vez mais complexos”. No original: “*Quelques-uns, en Allemagne surtout,*

É curioso perceber que, com este argumento, Gibier rechaçava, no século XIX, uma premissa de que parte a revolução neurocientífica do século XXI. Com efeito, ao asseverar que não há vontade livre por força da identificação da atividade neuronal, os neurocientistas procuram encontrar o princípio inteligente na matéria, e, mais precisamente, nas células cerebrais.

Ainda no século XIX, imprescindível fazer menção aos estudos do filósofo e diplomata russo Alexandre Aksakof, que culminaram na publicação de algumas obras em que sustenta a existência do princípio inteligente extra-corpóreo. Aksakof não apenas envidou esforços em defender suas experiências, como ainda procurou rebater as críticas que se lhe assacaram. Ousou, ainda, contestar em suas obras o ponto de vista de filósofos materialistas, a exemplo de Hartmann e Schopenhauer⁴⁹¹.

Muitos outros nomes de expressão no campo da ciência, a partir do século e até os dias de hoje, irão endossar as ideias referentes ao estudo do ser humano à luz da tríade espírito-corpo-mente, o que as pesquisas neurocientíficas desconhecem. Conforme as pesquisas que conduzem à constatação de que não existe o livre-arbítrio, a vontade humana seria mero fruto da atividade cerebral. Seria, então, a inteligência humana o fruto de uma atividade corpórea, de uma excitação da matéria que realizada, uma espécie de sudorese cerebral.

A ciência, contudo, compreende o ser humano em sua integralidade, não apenas sob a perspectiva materialista, mas como princípio inteligente que antecede a matéria. O espírito organiza e anima a matéria. As células cerebrais constituem o instrumento de que se vale o espírito, o “Ser-real”⁴⁹², para a atuação no mundo físico, razão pela qual o ato de vontade livre é apenas transmitido pela ativação das células neuronais, realizada pelo espírito, e não pela excitação corpórea da matéria. Por outras palavras, a ativação das células neuronais deriva de ato de vontade livre do “Ser-real”.

O caso da obra de Lombroso é muito emblemático. Infelizmente, Lombroso teve muito pouco tempo para refletir de forma mais apropriada sobre suas novas descobertas,

n'ont pas hésité à me répondre que, suivant eux, la vie et même l'intelligence ne sont que des propriétés particulières de la matière qui, en perfectionnant son organisation sous l'influence des lois de l'évolution (Iloeckel), tend à produire des phénomènes (que nous appelons vitaux) de plus en plus complexes” (GIBIER, Paul. *Analyse des choses*. Paris: Dentu Editeur, 1889, p.50).

⁴⁹¹ AKSAKOF, Alexandre. *Animismo e espiritismo*. V.1. Rio de Janeiro: FEB, 1890, p.08.

⁴⁹² GIBIER, Paul. *Analyse des choses*. *Ob. cit.*, p.57.

pois morreu no mesmo ano da publicação da obra “*Ricerche sui fenomeni ipnotici e spiritici*”. Se mais tempo de vida tivesse, é provável que muito da sua antropologia criminal tivesse sido revista. Obviamente, esta afirmação pode parecer mera ilação e, naturalmente, uma especulação destituída de possibilidade de comprovação.

De certa forma, é, sim, uma ilação. Mas o fato é que muito do que Lombroso traz quando afirma a existência do espírito – por ele negada quando desenvolveu sua antropologia criminal e publicou “O homem delinquente” – se torna incompatível com o determinismo biológico de outrora. Como compatibilizar a existência do espírito, princípio inteligente que antecede a matéria, com o determinismo defendido pelo positivismo criminológico? Como atribuir aos caracteres físicos a identificação dos criminosos, se o espírito precede a matéria, animando-a? São perguntas que Lombroso não teve tempo de responder, mas às quais, os neodeterministas não se podem furtar.

Não se pretende com isto, obviamente, retirar o mérito das pesquisas da neurociência cognitiva. É óbvio que não. Ocorre que elas devem ser compreendidas no contexto do atual estágio de desenvolvimento da ciência, que reconhece, como dito e reiterado, que o ser humano não se adstringe ao binômio corpo-mente. Compreendendo o “Ser-real”, anterior à matéria, como princípio inteligente livre, as pesquisas da neurociência cognitivas poderão caminhar consoante a ciência atual.

Naturalmente, as pesquisas consistentes na análise da estrutura cerebral dos indivíduos ainda desempenham um papel de extrema relevância, mormente no sentido da identificação de alguma patologia biológica. Para referidas patologias, porém, a legislação penal já possui tratamento adequado, admitindo, se for o caso, a exclusão da imputabilidade penal, com a conseqüente prolação de uma sentença absolutória imprópria e a imposição de uma medida de segurança.

Em resumo, o espírito, “Ser-real” que organiza e anima a matéria, se vale do corpo como instrumento de atuação. As células cerebrais, elementos constitutivos do instrumento que materializa a vontade humana, são vivificadas pela atuação do espírito, que é livre em seu agir. Este agir livre do espírito pode ser limitado por um cérebro que apresente alguma deficiência, da mesma forma que o excelente piloto de corridas não poderia mostrar todo o seu talento se lhe dispensassem um carro de corridas de péssima qualidade.

O espírito, princípio inteligente e etéreo, que anima a matéria, é que possui o livre-arbítrio, e atua, provocando as células neuronais, que são estudadas pelos neurocientistas. A capacidade de autodeterminação humana é, portanto, exercida em um momento que antecede a pesquisa neurocientífica – que está fundada na ativação das células neuronais – e, naturalmente, não pode ser constatada empiricamente pelo mapeamento das células cerebrais.

Não se pode, portanto, adotar como premissa irrefutável para a reconstrução do sistema de limitação e legitimação do poder punitivo, as pesquisas neurocientíficas que, simplesmente, procuram negar a capacidade de autodeterminação humana e, em consequência, acolher a possibilidade de imposição de pena sem a culpabilidade. Ou, pior, a substituição de todo o sistema de imposição de penal pela incidência de medidas de segurança ou, até mesmo, de um direito penal do autor.

4.7.6. A aplicação do Direito e a necessidade da culpabilidade fundada na capacidade de autodeterminação

Como bem observou Luís Greco, o Direito Penal passa, sob o ponto de vista doutrinário, por um momento em que se acentua a necessidade de observância da sua aplicação prática⁴⁹³. É também uma reflexão levada a cabo por Winfried Hassemer, quando, preocupado com o trabalho da Justiça Penal, afirma que esta não pode se deixar conduzir pelas infundáveis controvérsias da neurociência⁴⁹⁴.

Com efeito, todos os dias, ocorrem crimes em uma intensidade alarmante, os cartórios das Varas Criminais encontram-se repletos de autos de processos, e, sobre cada um deles, o magistrado precisa decidir sobre a eventual condenação e consequente imposição de pena. E, para tanto, é necessário aferir a culpabilidade do agente. E, em

⁴⁹³ GRECO, Luís. Tem futuro o conceito de ação? In: GRECO, Luis; LOBATO, Danilo (coord.). *Temas de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁴⁹⁴ Não se pode olvidar que Hassemer tratava do tema com grande conhecimento de causa, pois, além de sua profícua atuação acadêmica, foi Juiz do Tribunal Constitucional Alemão, tendo falecido no começo de 2014. Sobre este tema, afirmou Hassemer: “As consequências das controvérsias humano-biológicas para a Justiça Penal são evidentes. Pode-se apenas recomendar à Justiça Penal que contorne amplamente essa controvérsia. Se ela se deixar arrastar por essa controvérsia, então seu trabalho chegou ao fim”. (Winfried. Neurociências e culpabilidade em Direito Penal. *Ob. cit.* p.214).

consequência, se agiu livremente, ou se estava incurso em alguma das hipóteses em que sua vontade foi tolhida ou cerceada de alguma forma.

E, como não poderia deixar de ser, cotidianamente, os julgadores adotam como premissa o livre-arbítrio, isto é, partem do pressuposto de que o agente optou pela prática criminosa, mesmo podendo evitá-la. Naquelas situações em que o julgador constata a inexistência deste agir livre, seguramente, enquadrará a situação em uma das disposições legislativas pertinentes (coação irresistível, obediência hierárquica, inimputabilidade, dentre outras).

E isto não se dá apenas no âmbito do Direito Penal. Os civilistas adotam como paradigma a capacidade de autodeterminação para conferir validade aos autos da vida civil, para referendar a autonomia da vontade, pilar de sustentação do direito contratual; de igual sorte, o Direito Empresarial (liberdade de empresa, livre-iniciativa), o Direito do Trabalho (liberdade contratual), o Direito Constitucional (liberdade religiosa, liberdade de expressão, de reunião, etc.), todos estão assentados sobre a ideia de livre-arbítrio.

Como já referido, a defesa neurocientífica da inexistência da capacidade de autodeterminação não pode ser aceita. Além das drásticas consequências para o Direito Penal, o tema ainda é controverso na própria neurociência; ademais, a neurociência adota o paradigma do ser humano sob a perspectiva dúplice (corpo-mente). Enfim, todos os temas foram abordados nos tópicos precedentes.

Mas não deixa de ser curioso refletir sobre as consequências da procedência das teses neurodeterministas nas demais searas do Direito. Com efeito, muito se fala na ausência da liberdade humana e os impactos que isto pode acarretar na intervenção punitiva. Mas é necessário constatar que a ausência de liberdade no agir humano também acarretaria consequências em todos os demais ramos do Direito.

O Direito deveria acabar com a culpabilidade e, em consequência, teríamos uma intervenção integralmente preventiva, dizem os neurodeterministas. Mas o que fazer em relação aos dogmas cristalizados na sociedade de mercado em relação ao agir humano? O Direito Penal substituir as penas por uma programação constituída integralmente por medidas de segurança já é, por demais, esdrúxulo. Mas mais estranha ainda podem ser as soluções aventadas para suprir as lacunas que se abiriam nas demais searas do Direito.

Esta reflexão é importante por algumas razões: a) para que se possa compreender a complexidade de reestruturação de todo o ordenamento jurídico que se fundamenta, em maior ou menor medida, na ideia de liberdade humana; b) para que se evite, com contundência, qualquer adoção apodada das inconclusas pesquisas da neurociência cognitiva, como única alternativa possível.

Em última instância, é importante perceber que, ainda que as pesquisas neurocientíficas já houvessem comprovado, de forma cabal, o neurodeterminismo – o que não ocorreu, vale frisar, uma vez mais – o Direito não iria, necessariamente, acolher seus dogmas e abolir a ideia de liberdade humana sobre a qual se funda. Neste ponto, o Direito apresentar-se-ia com sentido de contrafaticidade, de modo a regular, da forma mais adequada, as relações sociais.

É o que ocorre, atualmente, na seara do Direito Penal, com crimes como o racismo (preconceito decorrente da raça) e a injúria racial (injúria qualificada pela alusão à raça). Como já mencionado, o projeto Genoma logrou êxito em demonstrar que não existem raças humanas, mas apenas uma grande raça. Sob o ponto de vista do mapeamento genético, é provável que existam mais diferenças entre dois brancos do que entre um negro e um branco, por exemplo.

Esta é uma descoberta científica, cujas contestações relevantes são inexistentes e que poderiam influir sobremodo no campo do Direito Penal. Isto porque os crimes de racismo e de injúria qualificada pela questão de raça adotam como paradigma a ideia de raça fundada em caracteres físicos, biológicos. Aliás, seria esta a distinção entre raça (critérios físicos, biológicos) e etnia (afeta a questões de laços culturais, linguísticos, religiosos, etc).

Ora, se o Direito fosse acolher as descobertas científicas do Projeto Genoma, já não se poderia falar em crime de racismo ou de injúria qualificada pela raça, pois esta categoria já não existe. O problema é que as pessoas continuam agindo como se os seres humanos ainda fossem segregados por raças. E o que é pior, ainda continuam a discriminar e alimentar o ódio em relação a determinados grupos “raciais”.

Deveria, então, o Direito, simplesmente, desconsiderar tais comportamentos humanos, tomando-os como irrelevantes, por força das descobertas do projeto Genoma? Obviamente, não. O direito há de reger as relações sociais, e o Direito Penal há de exercer

sua função de tutela subsidiária dos bens jurídicos imprescindíveis à convivência pacífica em sociedade.

E se pessoas ainda são discriminadas, agredidas, humilhadas, espezinhadas, vítimas, enfim, das mais variadas formas de violência, por força da raça que muito ainda acreditam existir, é necessário que o Direito promova a intervenção a que se destina. Esta a atuação contrafática do Direito, que regula não apenas aquilo que é, mas também aquilo que as pessoas acreditam ser. O Direito não é meramente informativo, mas persuasivo.

Curiosamente, os juristas que pretendem acolher a perspectiva neurodeterminista sob o argumento de que o Direito não pode fechar os olhos para a evolução do conhecimento científico, não atentaram para esta questão em relação ao ocaso do conceito de raça, por força da ciência. Ademais, esta questão em torno da raça e as conclusões do Projeto Genoma servem para compreender o equívoco que seria a adoção irrefletida do neurodeterminismo.

Hassemer emprega a expressão “erro categorial”, para designar este quívoco. Conforme o autor, este erro deriva da violação a um princípio teórico da ciência e do conhecimento, que consiste em estabelecer que “cada ciência vislumbra somente aquilo a que seus instrumentos permitem o acesso e somente encontra uma resposta no campo em que seu instrumentário lhe permite formular perguntas que correspondam categorialmente, a uma resposta”⁴⁹⁵.

É necessário, então, que o Direito continue a operar sobre os pilares da liberdade, entendida como uma construção social, viva no imaginário coletivo, concepção sem a qual as estruturas da sociedade moderna – pautada, em muito, em preceitos do liberalismo político – ruiriam.

Naturalmente, a revolução neurocientífica pode contribuir bastante para o sistema de imputação de responsabilidade, mas não acabando com a culpabilidade. Esta contribuição pode ser muito salutar, por exemplo, com a descoberta de novas patologias produzidas por distúrbios neuronais, o que, certamente, traria a incidência de uma inimputabilidade. Pode, ainda, ser o caso de atenuação de responsabilidade.

⁴⁹⁵ O autor afirma ainda, sobre o erro categorial, que: “humanobiólogos cometem esse pecado por meio da convicção de que seus resultados contrariam a possibilidade de livre-arbítrio e responsabilidade; penalistas cometem esse pecado por meio da convicção de que humanobiólogos teriam razão e então o direito penal

O que se não pode permitir, é o retrocesso estupendo na dogmática penal que representaria a supressão da culpabilidade, fundada na capacidade de autodeterminação, como fundamento e limite para a imposição da pena.

CONCLUSÕES

No decorrer das últimas décadas, a culpabilidade consagrou-se não apenas como elemento constitutivo da estrutura analítica do crime, mas, também, como fundamento de legitimação e limitação do poder punitivo do Estado. E muito embora ainda pareça acentuada controvérsia em torno do fundamento material da culpabilidade, é possível asseverar que ela está assentada sobre a capacidade de autodeterminação do indivíduo.

Com efeito, malgrado as infundáveis controvérsias em torno da (in)demonstrabilidade do “poder de agir de outro modo”, as mais prestigiadas teorias que se arvoram a substituí-las deste conceito não abdicam da ideia de livre vontade do agente. Os conceitos de “dirigibilidade normativa” ou “motivabilidade normativa”, para citar apenas alguns, não prescindem da capacidade de autodeterminação individual.

Com o fim do positivismo criminológico do século XIX, portanto, não há uma oposição contundente à culpabilidade firmada no livre-arbítrio, muito embora alguns autores tenham acabado por confundir esta ideia com o “poder de agir de outro modo”. Se o “poder de agir de outro modo” não pode ser demonstrado empiricamente – pelo simples fato de que a situação fática não pode ser reconstruída – não significa que o ser humano não seja livre para a adoção das suas escolhas.

É verdade que algumas tentativas no sentido da negação – ou acentuada limitação – do livre-arbítrio foram intentadas por algumas correntes de pensamento, sobretudo ligadas à psicologia, à psicanálise ou ao materialismo. Nada, todavia, que pudesse exercer uma influência significativa na dogmática penal, que passou incólume às discussões nestas outras searas. Este quadro permaneceu até o advento das pesquisas da neurociência cognitiva, que culminaram na chamada “revolução neurocientífica”.

As pesquisas realizadas por Libet e outros tantos acabaram consagrando, em suas vertentes mais radicais, o “neurodeterminismo”. Alguns autores de prestígio na seara da neurociência, como Francisco Rubio na Espanha e Gerhard Roth na Alemanha acabaram por referendar a ausência de livre-arbítrio, defendendo, ainda, que esta constatação espraie seus efeitos sobre o sistema de intervenção punitiva do Estado. Esta consequência seria a abolição da ideia de culpabilidade como fundamento da imposição da pena.

No entanto, o atual estágio de sedimentação, não apenas da ideia de culpabilidade, mas, sobretudo, de consolidação dos direitos fundamentais que devem limitar o poder de punir estatal, impõe a subsistência desta categoria jurídica. Aliado a isto, não se pode olvidar que a abolição da culpabilidade, com a consagração de uma postura determinista, acabaria por vilipendiar uma série de conquistas históricas do Direito Penal liberal, acarretando, inevitavelmente, um direito penal pautado exclusivamente em medidas e, quiçá, abdicando do Direito Penal do fato.

É necessário, ainda, que se atente para o fato de ainda pairarem inúmeras controvérsias entre os próprios neurocientistas, em relação ao acerto das pesquisas que conduzem ao neurodeterminismo. Não se pode perder de vista, ainda, que as pesquisas neurocientíficas adotam como premissa uma visão do ser humano sob uma perspectiva dúplici (corpo-mente), o que se encontra na contramão do avanço científico, que reconhece a existência do espírito.

A partir desta compreensão, é possível fazer menção a algumas conclusões.

01. Muito embora os primórdios da ideia de culpabilidade remontem à Antiguidade, é no século XIX, com o grande desenvolvimento da dogmática penal, que ela ganha ares de autonomia, consagrando-se como elemento constitutivo da estrutura analítica do crime. Mesmo em seus primórdios, porém, quando ainda ligada à ideia de intencionalidade, a concepção de culpabilidade não prescindia da capacidade de autodeterminação individual.

02. O século XIX é marcado pelo advento do positivismo criminológico e pelo apogeu do determinismo que era característico. As ideias positivistas, sobretudo de cariz lombrosiano, exerceram forte influência no Brasil. Após o ocaso do positivismo criminológico do século XIX, o paradigma determinista como epicentro da intervenção punitiva é abandonado.

03. O advento do finalismo e a doutrina do “poder de agir de outro modo” contribuíram de modo significativo para a superação do determinismo que imperava no fim do século XIX e início do século XX. A estrutura da culpabilidade concebida por Welzel (imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da antijuridicidade) é acolhida pela doutrina largamente majoritária, no Brasil e no exterior.

04. As principais críticas lançadas ao “poder de agir de outro modo” cingem-se à sua indemonstrabilidade, na medida em que não se poderia reconstruir a situação fática, de modo a demonstrar que o sujeito poderia ter adotado a outra decisão.

05. A suposta “indemonstrabilidade” do “poder de agir de outro modo” não infirma a ideia de culpabilidade assentada no livre-arbítrio, na medida em que as duas concepções não se confundem. O livre-arbítrio pressupõe a capacidade de autodeterminação individual que, naturalmente, está presente no “poder de agir de outro modo”. Mas a impossibilidade de reconstrução fática da situação vivida não possui o condão de conduzir à negação da capacidade de autodeterminação do indivíduo.

06. A despeito das críticas que surgiram ao “poder de agir de outro modo”, como fundamento material da culpabilidade, a sua estrutura (constituída de imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa), concebida pelo finalismo não tem sido objeto de contestações mais consistentes.

07. Em grande medida, as grandes construções doutrinárias que sucederam a concepção welzeniana de culpabilidade, malgrado rechacem o “poder de agir de outro modo”, com fundamento em sua indemonstrabilidade, não negam com veemência o livre-arbítrio, na medida em que adotam por paradigma a capacidade de autodeterminação do agente.

Neste sentido, pode-se fazer menção à doutrina da atitude interna juridicamente reprovável (Gallas), que derivaria da livre autodeterminação de uma atitude reprovável; de igual sorte, a ideia de dirigibilidade normativa (Roxin), pressupondo que o agente estava disponível para atender ao chamado da norma, de acordo com seu estado mental e anímico; pode-se mencionar, ainda, o funcionalismo sistêmico (Jakobs), que trabalha à luz de expectativas normativas, vale dizer, expectativa de comportamento conforme a norma; de forma similar, a culpabilidade da personalidade (Figueiredo Dias), pressupõe uma liberdade como “característica do ser-total-que-age”; por fim, para a culpabilidade como motivabilidade normativa (Muñoz Conde) pressupõe-se que são desencadeados nos indivíduos certos processos psicológicos que os conduzem a respeitar os bens jurídicos.

Como se percebe, todas estas concepções adotam por paradigma a mesma ideia: a capacidade de autodeterminação. E esta é a base de sustentação do livre-arbítrio. As demais controvérsias apontadas são de todo supérfluo, pois não infirmam a base de sustentação da

culpabilidade, que está fundada no livre-arbítrio, compreendido como capacidade de autodeterminação.

08. As teorias que pretendem a abolição da culpabilidade (Ordeig) ou a sua substituição por alguma outra categoria, como a imputação pessoal (Mir Puig) não desfrutaram de grande prestígio. Ademais, devem ser rechaçadas, na medida em que não lograram êxito em apresentar alternativas concretas à legitimação da intervenção punitiva, sem que se invoque o juízo de censurabilidade da conduta praticada.

09. Algumas teorias em outras searas do conhecimento negaram ou reduziram abruptamente a importância do livre-arbítrio. Podem ser destacadas, neste particular, a psicanálise, o behaviorismo, alguns segmentos da criminologia e o materialismo histórico. Nenhuma destas teorias, porém, representou abalo significativo na construção histórica da culpabilidade, que permaneceu incólume, escudada pelo desenvolvimento autônomo da dogmática penal.

10. Este panorama começou a se alterar, todavia, com o advento das pesquisas no campo da neurociência cognitiva, capitaneadas por Richard Libet, em que se afirmou a inexistência do livre-arbítrio. A chamada revolução neurocientífica, fruto destas pesquisas, acabou por consagrar o neurodeterminismo, e seus partidários afirmam a necessidade de reconstrução de todo o sistema punitivo à luz destas constatações.

11. As repercussões da revolução neurocientífica e do neurodeterminismo na seara jurídica ainda não desfrutam de grande prestígio no Brasil. Contudo, em países como os Estados Unidos da América, Espanha, França e Alemanha, esta influência é tão notável, que já se convencionou a utilizar a expressão “Neurodireito”, como designação para esta nova seara do Direito, destinada a se debruçar sobre os reflexos jurídicos das descobertas neurociência.

12. A despeito dos argumentos neurodeterministas, a culpabilidade, fundada na capacidade de autodeterminação do ser humano há de ser compreendida como forma de legitimar e limitar a intervenção punitiva do Estado.

13. Não se pode reiterar o erro histórico de conferir ao conhecimento científico a detenção monopolista da verdade. A ciência se desenvolve a partir da premissa de que suas descobertas, conquistas e realizações se encontram em constante estágio de aperfeiçoamento.

14. Outro ponto que merece uma especial atenção é a existência de controvérsias no próprio âmbito da neurociência. É um equívoco imaginar que o neurodeterminismo é incontestado na seara de atuação dos neurocientistas. Autores como Frisch e Hassemer apontam uma série de incongruências e controvérsias entre os neurocientistas em torno da (in) existência do livre-arbítrio.

15. Seria de todo temerária a alteração de todo o sistema de imputação e responsabilidade penal a partir de premissas que, na seara da neurociência, estão passíveis de inúmeras refutações.

16. A extinção da culpabilidade, como propugnado por alguns defensores do neurodeterminismo, acabariam por consagrar um sistema punitivo de cunho exclusivamente preventivo, erigido, seguramente, a partir de medidas de segurança. Com efeito, se não se puder reconhecer a capacidade de autodeterminação do agente, não haveria que se falar em reprovabilidade da sua conduta, e, portanto, não faria sentido afirmar o caráter aflitivo da intervenção punitiva.

17. Ademais, ao asseverar que a conduta humana é mero fruto de condicionamentos neuronais, o neurodeterminismo, direta ou indiretamente, acaba por legitimar uma intervenção punitiva fundada exclusivamente na defesa social, o que acarreta, em última instância, a possibilidade de se vislumbrar a afirmação de um direito penal do autor. Despiciendo destacar que este panorama solapa os direitos fundamentais que caracterizam o Direito Penal liberal.

18. As descobertas neurocientíficas estão fundadas em percepção dualista do ser humano (corpo-mente). Esta premissa, porém, já foi superada pela própria ciência há muito tempo. Atualmente, a própria Organização Mundial da Saúde reconhece que, para além da dualidade corpo-mente, o ser humano é espírito.

19. O “Ser-real” é espiritual e este espírito anima o corpo e a mente do indivíduo. Ao abdicar desta premissa científica, o neurodeterminismo acredita poder identificar a vontade livre do agente como mero reflexo de atividades neuronais. Em verdade, o espírito anima a matéria, e, portanto, é o “Ser-real”, princípio inteligente que atua sobre o corpo, que possui o livre-arbítrio, ativando as células neuronais que são estudadas pelos neurocientistas. A liberdade de vontade, então, é exercitada em um

momento anterior àquele que é estudado pela neurociência, e, naturalmente, não pode ser identificada pelo mapeamento das células neuronais.

20. Ainda que não pairassem dúvidas em torno das descobertas neurocientíficas, isto não refletiria imediatamente no Direito, de modo inexorável. Não se pode conceber uma subjugação inquebrantável do Direito às descobertas de outros ramos do conhecimento.

21. É possível invocar como exemplo as descobertas do Projeto Genoma, que não produziram alterações significativas na regulamentação jurídica que envolve os crimes com conotação racial – racismo e injúria qualificada pela alusão à raça –, muito embora afirmem a inexistência de raças humanas.

22. Muito embora não se admita a possibilidade da afirmação do neurodeterminismo, não se nega que a revolução neurocientífica pode contribuir, decisivamente, para o Direito Penal. As pesquisas da neurociência poderão, por exemplo, identificar novas patologias – ou facilitar a identificação das patologias já conhecidas – oriundas de distúrbios nas células neuronais. Isto, obviamente, haverá de influir, sob o ponto de vista jurídico-penal, na identificação das hipóteses de inimputabilidade por doença mental. Pode ser o caso, ainda, de atenuação da responsabilidade penal.

23. O que não se admite, porém, é o neurodeterminismo, com a conseqüente extinção da culpabilidade, que consagraria acentuado retrocesso na construção – sempre inacabada – do Direito Penal liberal.

24. A culpabilidade é o fundamento de legitimação e limitação do poder punitivo do Estado. Ela está fundada no livre-arbítrio, que deve ser compreendida como capacidade de autodeterminação do indivíduo, atributo inerente ao “Ser-real”, princípio inteligente que anima a matéria.

25. Esta culpabilidade se materializa como juízo de reprovabilidade – fruto da capacidade de autodeterminação – que recai sobre o autor do injusto penal.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução da 1ª. edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução novos textos de Ivone Castilho Benedeti, 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ACHENBACH, Hans. Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema modern del derecho penal – cuestiones fundamentales: estudios en honor de Claus Roxin en su 50º. Aniversario*. Tradución: Jesús-Maria Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991.

AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999.

AKSAKOF, Alexandre. *Animismo e espirítismo*. V.I. Rio de Janeiro: FEB, 1890.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMELUNG, Knut. Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema modern del derecho penal – cuestiones fundamentales: estudios en honor de Claus Roxin en su 50º. Aniversario*. Tradución: Jesús-Maria Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991.

ANDRÉS-PUEYO, Antonio. Peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013.

ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ANTÓN, Tomas S. Vives. Neurociencia e determinismo reducionista: una aproximación crítica. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013.

ARAÚJO, Fábio Roque. A ruptura do paradigma cartesiano e alguns dos seus reflexos jurídicos. *Revista Jurídica da Seção Judiciária do Estado da Bahia*, v. 09, p. 31-47, 2009.

_____. *O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal*. Salvador: JusPodivm, 2011.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonell Vallandro e Gerd Bornheim, da versão inglesa de W. D. Ross. *Metafísica. Ética a Nicômaco. Poética*. São Paulo: Editor Victor Civita, 1984.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999.

BALESTRA, Carlos Fontán. *Derecho penal: introducción y parte general*. Actualizado por Guillermo A. C. Ledesma. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.

BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. Traducción: Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2004.

_____. *Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*. In: *Revista Doctrinal Penal*, año 8, n° 29, Buenos Aires, Argentina, 1985, p.9-26.

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BENTHAM, Jeremy. *As recompensas em matéria penal*. Tradução: Thais Miremis Sanfellppo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2007.

BELING Ernst von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo*. Tradução: Sebastian Sóler. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: RT, 2002.

BLASCO-FONTECILLA, Hilário. Teoría de evolución y psicopatía: ¿nacidos para delinquir? In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito Penal brasileiro. *Revista da associação brasileira de professores de ciências penais*. Ano 1. jul-dez. 2004. São Paulo: RT, 2004.

_____. Inconsciência de antijuridicidade - sua visão na dogmática penal e nos Tribunais brasileiros. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa: Coimbra Editora, 2000.

_____. *Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Posição da culpabilidade na dogmática penal. *Revista de Estudos Criminais*. Ano IV – 2004 – nº 16.

_____. Teorias da conduta do direito penal. *Revista de informação legislativa*. Brasília. 37. n. 148. out/nov 2000, p.91. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/631/r148-05.pdf?sequence=4>.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral, Tomo I*. Atualizado por Raphael Cirigliano Filho. 5.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BUSATO, Paulo César. *Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal*. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=94#_ftn81. Acesso em: 30/11/2013.

_____. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

BUSTOS RAMIRES, Juan (coord.). *Prevención y teoría de la pena*. Santiago de Chile: Editorial jurídica Conesur, 1995.

BUSTOS RAMIRES, Juan; MALARÉE, Hernan Hormazábal. *Leciones de derecho penal. v.II*. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

CAMARGO, Chaves, A. L. *Culpabilidade e reprovação pessoal*. São Paulo: Sugestões literárias, 1994.

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal. v.I.* Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002.

CARVALHO, Érika Mendes. *Punibilidade e direito.* São Paulo: RT, 2008.

CANNARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CASABONA, Carlos Romeo. Consideraciones jurídicas sobre los procedimientos experimentales de mejora (“*enhancement*”) en Neurociencias. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad.* Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013.

CHORVAT, Terrence; McCABE, Kevin. The brain and the law. Disponível em: <http://rstb.royalsocietypublishing.org/content/359/1451/1727.full.pdf+html?sid=7f29064e-8385-447e-91cc-d5064f995b73>.

CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política.* Tradução: Theo Santiago. São Paulo: Cosac Naify, 2003.

COELHO, Yuri Carneiro. *As teorias da conduta no direito penal: o conceito de conduta e sua importância para um direito penal de garantia.* Tese de doutoramento. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, 2010, p.88. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/9025/1/YURI%20CARNEIRO%20CO%20C3%8ALHO%20-%20TESE.pdf>. Acesso em 03 de novembro de 2013.

_____. *Bem jurídico-penal.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CONDE, Francisco Muñoz. *Derecho penal y control social.* Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

_____. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tempo: estúdios sobre el derecho penal en el nacional-socialismo*. 4.ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2003.

_____. *Introducción al derecho penal*. 2.ed. Buenos Aires: B de F, 2001.

_____. *La objeción de consciência en derecho penal*. Disponível em: <http://instituto-economico.blogspot.com.br/2012/07/munoz-conde-la-objecion-de-conciencia.html>.

Acesso em 07/12/2013.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Tradução: Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CORDEIRO, Menezes A. Introdução. In: CANNARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989,

COSENZA, Ramon. M. *Espíritos, cérebros e mentes. A evolução histórica dos conceitos sobre a mente*. Disponível em: <http://www.cerebromente.org.br/n16/history/mind-history.html>.

COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. 2.ed. Tradução: João Melville, São Paulo: Martin Claret.

CRESPO, Eduardo Demetrio. “Compatibilismo humanista”: una propuesta de conciliación entre Neurociencias e Derecho Penal. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013.

_____. Presentación. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013.

CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013.

CROOKES, William. *Researches in the phenomena of spiritualism*. Disponível em: <https://archive.org/details/researchesinphe02croogooq>.

DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DAMÁSIO, Antônio R. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. Tradução: Dora Vicente e Georigina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DELTELL, José Javier García. El neuroderecho y el impacto de las neurociencias como nuevo paradigma para la filosofía del derecho. In: *Bioética, neuroética, libertad y justicia*, p.919. Disponível em: <http://www.uv.es/gibuv/BIOETICA2012.pdf>.

DESCARTES, René. *Traité de l'homme*. Disponível em: http://classiques.uqac.ca/classiques/Descartes/extraits/traite_de_l_homme/l_homme.pdf.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito penal: parte geral, Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra Editora, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

DOHNA, Graf zu Alexander. *La estructura de la teoría del delito*. Traducción de La cuarta edición alemana por Carlos Fontán Balestra con la colaboración de Eduardo Friker. Buenos Aires: Librería El Foro.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1978.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 2.ed. Tradução: Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2003.

EHRHARD, François. *Louis Pasteur: el hombre y su obra*. Disponível em: <http://www.bvs.hn/RMH/pdf/1958/pdf/Vol26-4-1958-5.pdf>.

FALCIONI, Maria Beatriz. *Imputabilidade*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1987.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERNANDES, Sérgio Henrique Cordeiro Caldas. Neurodireito? Considerações sobre a influência da neurociência no processo decisório. Jus Navigandi, Teresina, [ano 14, n. 2342, 29 nov. 2009](#). Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/13938>.

FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Manuella Maria. *Neuroética, "neurodireito" e os limites da neurociência*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8691.

FERNANDEZ, Gonzalo D. Culpabilidad normativa y exigibilidad. In: FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*. Tradução: José Luiz Guzman Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2.ed. São Paulo: RT, 2006.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução: Luiz de Lemos D'Oliveira. Campinas: Russell editores, 2003.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Traducción al castellano de la 14ª. edición alemana: Eugenio R. Zaffaroni y Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hamurabi SRI, 1989.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

FRANK, Reinhart. *Sobre la estructura del concepto de la culpabilidad*. 2. Reimp. Buenos Aires: B de F, 2002.

FREUD, Sigmund. *O ego, o id e outros trabalhos*. Vol. XIX. Tradução: Joan Riviere. Edição Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. São Paulo: IMAGO, 2009.

FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*. Tradução: José Luiz Guzman Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2003.

FRISCH, Wolfgang. Sobre el futuro del derecho penal de la culpabilidad. In: SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo (Editor). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2012.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *História do direito penal: crime natural e crimes de plástico*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. v.1, t.2. São Paulo: Saraiva, 2008.

GARCÍA, Jose M. Delgado. Hacia una neurofisiología de la libertad. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013.

GIBIER, Paul. *Analyse des choses*. Paris: Dentu Editeur, 1889.

GOLD, Stephen Jay. *A falsa medida do homem*. Tradução: Valter Siqueira. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Buenos Aires: B de F, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. *Direito penal: parte geral*. v.2. São Paulo: RT, 2007.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003.

GRANDI, Ciro. Cultura y culpabilidad frente a las neurociencias. Traducción: Mariela E. Mazzón. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito- Em comemoração aos trinta anos de "Política criminal e sistema jurídico-penal" de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 120-163, out./dez. 2000.

_____. *Sobre o chamado direito penal do inimigo*. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, nº 07 – dezembro de 2005.

_____. Tem futuro o conceito de ação? In: GRECO, Luis; LOBATO, Danilo (coord.). *Temas de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GRECO, Luis; LOBATO, Danilo (coord.). *Temas de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

HABERMAS, Jurgen. *¿Como és posible la legitimidade por vía de legalidade?*. Tradução: Manuel Jimenez Redondo.

HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. Tradução: Carlos Eduardo Vasconcelos. In: *Revista brasileira de ciências criminais*. n.6, 1994.

_____. Neurociências e culpabilidade em Direito Penal. Tradução: Helena Regina Lobo da Costa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v.100, São Paulo: RT, jan/fev 2013.

_____. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em derecho pena*. Traducción: Francisco Muñoz Conde y Maria del Mar Díaz Pita. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999.

_____. *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*. Cidade do México: Institutos Nacionales de Ciencias Penales, 2003.

HEGEL, G. W. F. *Filosofía del derecho*. Tradução: Angélica Mendonza de Montero. Buenos Aires: Editorial Claridad, 1968.

HIRECHE, Gamil Föppel el. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HIRSCH, Hans-Joachim. Acerca de la actual discusión alemana sobre libertad de voluntad y Derecho Penal. Traducción: Eduardo Demetrio Crespo. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013.

HORTA, Ricardo Lins. Direito e Neurociências, Neurodireito: o que é isso? Disponível em: <http://blog.sbnec.org.br/2010/07/direito-e-neurociencias-neurodireito-o-que-e-isso>.

HOYER, Andreas. *Acessibilidade normativa como elemento de la culpabilidad*. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal. v. I, tomo II*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

HUAPAYA, Sandro Montes. *El principio de la culpabilidad desde una perspectiva político criminal dentro de un estado de derecho, social y democrático*. In: www.derechopenalonline.com.

JÄGER, Christian. Libre determinación de la voluntad. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013.

JAKOBS, Günther. *Culpabilidad en derecho penal: dos cuestiones fundamentales*. Traducción: Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

_____. *Culpabilidad jurídico-penal y libre albedrio*. Traducción: Manuel Cancio Meliá. In: SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo (Editor). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2012.

_____. *Individuo e persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica*. In: SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo (Editor). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2012.

_____. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Traducción: Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sanchez. Madrid: Civitas Ediciones, 2003.

_____. *Sobre la teoria de la pena*. Traducción: Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1998.

_____. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Tradução: José Luis Manzanares Samaniego. 4.ed. Granada: Comares, 1993.

_____. Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidade en Alemania y Austria. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.n.5,2003, p.1-19. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es-recpc>>. Acesso em: out/2010.

JESUS, Damásio E. *Direito penal: parte geral*, São Paulo: Saraiva, 30.ed, 2009.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução: Edson Bini. Bauru: EdPro, 2003.

KEMMERICH, Clóvis Juarez. *O Direito processual na Idade Média*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

KHALED, Jr., Salah H. O problema da indemonstrabilidade do livre-arbítrio: a culpabilidade jurídico-penal diante da nova concepção de homem da neurociência.. Disponível em: <http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-10/236-khaled-jr-salah-h-o-problema-da-indemonstrabilidade-do-livre-arbitrio-a-culpabilidade-juridico-penal-diante-da-nova-concepcao-de-homem-da-neurociencia>.

KHUN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução: Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. 9.ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LIBET, Benjamin. *Do we have free will?* Disponível em: <http://www.centenary.edu/attachments/philosophy/aizawa/courses/intros2009/libetjcs1999.pdf>.

LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. Florida: Valletta Ediciones, 2007.

_____. *Tratado de direito penal alemão. v.1*. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e C. Editores, 1899.

LOBATO, Danilo. Da evolução dogmática da culpabilidade. In: GRECO, Luis; LOBATO, Danilo (coord.). *Temas de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

LOEBENFELDER, Carlos Künsemüller. *Culpabilidad y pena*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001.

LOMBROSO, Cesare. *Hypnotisme e spiritism*. Traduction: Charles Rossigneux. Paris: Ernst Flammarion Editeur, 1920.

_____. *O homem delinquente*. Tradução: Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

LOPES, Jr. Aury. *Introdução crítica ao processo penal. 4.ed.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LUIZI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1987.

_____. *Os princípios constitucionais penais. 2.ed.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito penal, v. I.* Atualizado por Adalberto J.Q.T. de Camargo Aranha. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MANZANO, Mercedes Pérez. *Culpabilidade y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena.* Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1990.

_____. *Fundamento y fines del Derecho Penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociência.* Disponível em: www.indret.com/pdf/818.pdf.

_____. El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad.* Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013.

MARTÍNEZ, Rosário de Vicente. Evolución en el tratamiento jurisprudencial de la eximente de anomalía o alteración psíquica. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad.* Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013.

MARTINSON, Robert. *What Works? Questions and answers about reform prison.* The PublicInterest. 35 (Primavera), 1974.

MELIÁ, Manuel Cancio. Psicopatía y derecho penal: algunas consideraciones introductorias. In: SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo (Editor). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias.* Pamplona: Editorial Aranzadi, 2012.

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.* Salvador: JusPodivm, 2010.

MERKEL, Reinhard. Nuevas intervenciones en el cerebro. Mejora de la condición mental humana y límites del Derecho Penal. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013.

MEZGER, Edmund. *Derecho penal: libro de estudio parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

MIR, José Cerezo. El delito como acción culpable. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) y Boletín Oficial del Estado, 1996.

_____. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. *Ciências penais*. 0, 2004, p.10 e ss.

MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*. Bogotá: Temis, 1999.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano. v.1: parte geral*. 5.ed São Paulo: RT, 2005.

MORIN, Edgard. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução: Eliane Lisboa. 3. ed, Porto Alegre, Sulina, 2007.

MOTA, Indaiá Lima. A co-culpabilidade como hipótese supralegal de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, 2013.

NIETZSCHE, Friedrich. *Assim falava Zaratustra*. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/zara.pdf>.

NINA RODRIGUES, Raimundo. *Os africanos no Brasil*. Disponível em: http://www.do.ufgd.edu.br/mariojunior/arquivos/RODRIGUES_Os_africanos_no_Brasil.pdf.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral. v.1.* 33.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena.* 2.ed. São Paulo: RT, 2007.

NUÑEZ, Ricardo C. Bosquejo de la culpabilidad. In: GOLDSCHMIDT, James. *La concepcion normativa de la culpabilidad.* Buenos Aires: B de F, 2002.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Apresentação. In: JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade.* Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. *Processo e hermenêutica na tutela dos direitos fundamentais.* 2.ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. *¿Tiene un futuro la dogmatica juridicopenal?.* Disponível em: <http://new.pensamientopenal.com.ar/01092009/doctrina03.pdf>.

OULLIER, Olivier. *Le cerveau et la loi: analyse de l'émergence du neurodroit.* Document de travail n°2012-07, Centre d'analyse stratégique, septembre 2012.

_____. Le neurodroit en perspective. In: OULLIER, Olivier. *Le cerveau et la loi: analyse de l'émergence du neurodroit.* Document de travail n°2012-07, Centre d'analyse stratégique, septembre 2012.

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

PASCHAL, Blaise. *Pensées sur la religion et sur quelques autres sujets,* Disponível em: <http://www.ub.uni-freiburg.de/fileadmin/ub/referate/04/pascal/pensees.pdf>.

PEÑA, Diego Manuel Luzón. Libertad, culpabilidade y neurociências. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013.

PEREIRA, José Hygino Duarte. *Prefácio do tradutor*. In: LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão. v.1*. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e C. Editores, 1899.

PIACESI, Débora da Cunha. Funcionalismo roxiniano e fins da pena. GRECO, Luis; LOBATO, Danilo (coord.). *Temas de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINHEIRO, Marta. *Aspectos históricos da evolução das ideias sobre localizacionismo cerebral da linguagem*. Disponível em: http://fug.edu.br/revista_6/pdf/artigo2.pdf.

PIRES, José Herculano. *O espírito e o tempo*. 3. ed. São Paulo: Edicel, 1979.

PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. Tradução: Maria Lacerda de Moura. São Paulo: Editora Escala.

PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3.ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Curso de direito penal brasileiro*. 10.ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. Prefácio. In: WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução: Luiz Régis Prado. 2.ed., São Paulo: RT, 2009,

PRADO, Luis Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*. 2.ed. São Paulo: RT, 2006.

PRIMO, Pedro Carlos. *História da neurociência*. Disponível em: http://www.institutotelepsi.med.br/Links_imagens/cursodehistoria.htm.

PUIG, Santiago Mir. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

_____. *Responsabilidade penal de las personas jurídicas*. In: Revista Eletrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004. num. 06-01.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Neurociência e direito: primeiras impressões*. Disponível em: <http://pauloqueiroz.net/neurociencia-e-direito-primeiras-impressoes>.

RICHARDS, Manuel Suarez. Neurociências, neuroética e psiquiatria. *Revista debates em psiquiatria* – set/out 2012.

RIGHI, Esteban. *La culpabilidad en materia penal*. Buenos Aires: AdHoc, 2003.

RIPOLLÉS, Antônio Quintano. *Hacia una posible concepción unitaria jurídico-penal de la culpabilidad*. ADPCP. Tomo XII, Fascículo III, 1959.

ROTH, Gerhard. Delinquentes violentos: ?seres malvados o enfermos mentales? In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social e outros títulos*. Tradução: Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1998.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Traducción: Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981.

_____. *Derecho penal: parte general. Tomo I*. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Traducción: Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz et. al. 3.ed. Lisboa: Veja, 1998.

_____. Que comportamentos pode o Estado proibir sob a ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: *Estudos de direito penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RUBIA, Francisco. J. Neurociência y libertad. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013.

RUSCHE Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo (Editor). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2012

_____. Derecho penal y neurociências. ¿Una relación tormentosa? In: SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo (Editor). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2012.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. Introducción. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema modern del derecho penal – cuestiones fundamentales: estudios en honor de Claus Roxin en su 50º. Aniversario*. Traducción: Jesús-Maria Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991.

SANCHEZ-ANDRÉS, Juan Vicente. El espacio de la responsabilidad en el determinismo. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013.

SANT'ANNA, Marina de Cerqueira. *Culpabilidade e neurociência*. Artigo inédito.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. 3.ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SAUNERON, Sarah. Le neurodroit : quels enjeux éthiques? Quelles régulations? In: OULLIER, Olivier. *Le cerveau et la loi: analyse de l'émergence du neurodroit*. Document de travail n°2012-07, Centre d'analyse stratégique, septembre 2012.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema modern del derecho penal – cuestiones fundamentales: estudios en honor de Claus Roxin en su 50º. Aniversario*. Traducción: Jesús-Maria Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991.

_____. La función del principio de culpabilidad. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema modern del derecho penal – cuestiones fundamentales: estúdios en honor de Claus Roxin en su 50º. Aniversario*. Traducción: Jesús-Maria Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991.

SERRANO-PIEDECASAS, J.R. El pensamiento complejo y el derecho penal. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013.

SHEN, Francis X. Law and neurosciences: possibilities for prosecutors. In: *CDDA Prosecutor's brief*. V.33, n.04.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Culpabilidade e livre-arbítrio novamente em questão. Os influxos da neurociência sobre o Direito Penal. *Jus Navigandi*, Teresina, [ano 14, n. 2193, 3 jul. 2009](#). Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/13089>.

SILVA, Rolando Roque da. Introdução. In: ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social e outros títulos*. Tradução: Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1998.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SKINNER, B. F. *Science and human behavior*. Disponível em: <http://www.bfskinner.org/wp-content/uploads/2013/08/ScienceHumanBehavior.pdf>.

SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Atualizador: Guillermo Fierro. Buenos Aires: Tea, 1992.

TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 6, n.24. São Paulo: RT, 1998.

THONISSEN. *Le droit pénal de la republique athénienne*. Bruxelas, 1875.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. 5.ed.São Paulo: Saraiva, 2008.

VASQUEZ, Jose Antonio Ramos. La pregunta por la libertad de la acción. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.; Montevideo: B de F, 2013.

WEBER, Max. *Política como vocação*. Disponível em: <http://edspraca.files.wordpress.com/2012/06/weber-polc3adtica-como-vocac3a7c3a3o.pdf>.

WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Traducción: Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

_____. *El nuevo sistema del derecho penal: introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducción y notas: José Cerezo Mir. 4.ed. 2º. Reimp. Buenos Aires: B de F, 2004.

_____. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução: Luiz Régis Prado. 2.ed., São Paulo: RT, 2009.

_____. Reflexiones sobre el 'libre albedrío'. In: *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2004.

_____. *Teoria de la acción finalista*. Buenos Aires: Astrea, 1951.

WOLF, Paul. *Esplendor y misérias de las teorías preventivas de la pena*. In: BUSTOS RAMIREZ, Juan (coord.). *Prevención y teoría de la pena*. Santiago de Chile: Editorial jurídica Conesur, 1995.

WORSLEY, Peter. *Marx e o marxismo*. Tradução: Franklin Goldgroub. São Paulo: Mestre Jou, 1983.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminologia: aproximación desde un margen*. v.1. Bogotá: Temis, 1988.

_____. *Culpabilidade por la vulnerabilidad*. Disponível em: <http://www.abogadosrosario.com/noticias/leer/306-culpabilidad-por-vulnerabilidad-por-eugenio-zaffaroni.html>. Acesso em: 23/10/2013.

_____. *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: EDIAR, 1998.

_____. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Ávila Latinoamericana, 1992.

_____. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. *Tratado de derecho penal: parte general, v. I*. Buenos Aires: EDIAR, 1998.

_____. *Tratado de derecho penal: parte general, v. III*. Buenos Aires: EDIAR, 1998.

_____. *Tratado de derecho penal: parte general, v. IV*. Buenos Aires: EDIAR, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. 5.ed. São Paulo: RT, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alessandro. *Derecho penal: parte general*. 2.ed. Buenos Aires: EDIAR, 2002.

