

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

NEUROCIÊNCIA E DIREITO PENAL
IMPLICAÇÕES AO JUÍZO DE REPROVAÇÃO NA CULPABILIDADE

GABRIELA DA SILVA MELLO

Rio de Janeiro

2022

GABRIELA DA SILVA MELLO

NEUROCIÊNCIA E DIREITO PENAL

IMPLICAÇÕES AO JUÍZO DE REPROVAÇÃO NA CULPABILIDADE

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Antonio José Teixeira Martins.**

Rio de Janeiro

2022

GABRIELA DA SILVA MELLO

NEUROCIÊNCIA E DIREITO PENAL

IMPLICAÇÕES AO JUÍZO DE REPROVAÇÃO NA CULPABILIDADE

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Antonio José Teixeira Martins**.

Data da Aprovação: **13/07/2022**.

Banca Examinadora:

Antonio José Teixeira Martins

Orientador

André Vaz Porto Silva

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2022

CIP - Catalogação na Publicação

d111n da Silva Mello, Gabriela
Neurociência e Direito Penal: Implicações ao juízo
de reprovação na culpabilidade / Gabriela da Silva
Mello. -- Rio de Janeiro, 2022.
50 f.

Orientador: Antonio José Teixeira Martins.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Concepções de Culpabilidade. 2. Neurociência e
Livre-arbítrio. 3. Propostas a luz da Dogmática
Penal. 4. Compatibilidade humanista. 5. Dignidade
humana. I. Teixeira Martins, Antonio José, orient.
II. Título.

AGRADECIMENTOS

Após cinco anos entre a serra e o mar, chegou o momento de encerrar um ciclo. Com a minha mais profunda gratidão, dedico este trabalho e as futuras conquistas aos meus pais, Dircilene e Isaias, sem os quais não teria sido possível nem ao menos começar a sonhar. A vocês pertence boa parte dessa vitória e orgulhá-los sempre será o meu objetivo. Obrigada por tudo.

Aos meus irmãos, Graziela e Grazione, aos quais devo minha inspiração e em especial, a minha irmã e melhor amiga, com a qual compartilhei sonhos, segredos e parceria. Obrigada por sempre acreditarem em mim.

Ao meu sobrinho Murilo para que sirva de estímulo no caminho dos estudos e da história.

Às minhas amigas Aline, Brenda, Isabelly, Isadora, Laiane e Mirella que tornaram a correria da faculdade mais leve e vivenciaram comigo as boas lembranças desse período. E, também, às minhas queridas amigas friburguenses Isabella, Karen, Katrinny e Laryssa que estiveram comigo no tempo em que tudo isso ainda era apenas um sonho. Espero compartilhar muitos momentos das nossas vidas juntas.

Aos meus professores, que ao longo da minha trajetória acreditaram em mim e forneceram toda a base necessária para que este objetivo fosse conquistado.

Por fim, ao Rio de Janeiro que tanto me engrandeceu e me fez enxergar ainda mais a importância deste curso para a sociedade. Que não me falte energia e esperança para contribuir para um país mais justo, menos desigual, com respeito e qualidade de vida para todos. Ter a oportunidade de escolher e viver o que acredito não tem preço. Hoje, mais uma formiguinha se junta à trincheira pela Justiça social.

**“me levanto
sobre o sacrifício
de um milhão de mulheres que vieram antes
e penso
*o que é que eu faço
para tornar essa montanha mais alta
para que as mulheres que vierem depois de mim
possam ver além”***

–Legado (Rupi Kaur)

RESUMO

O presente trabalho busca compreender as influências dos estudos neurocientíficos no âmbito do juízo de reprovação na culpabilidade. Nesse viés, inicia-se o trabalho analisando as diversas concepções de culpabilidade ao longo da dogmática penal, desde a autonomia da dimensão subjetiva com a teoria psicológica até as mudanças influenciadas pela teoria finalista da ação. Posteriormente, busca-se abordar os estudos da Neurociência acerca da existência de potenciais de prontidão ativados em parte do cérebro relacionada a processos inconscientes, bem como as perspectivas dos neurocientistas acerca do livre-arbítrio. Em seguida, são analisados os estudos de Winfried Hassemer acerca das dimensões alternativas ao princípio da culpabilidade, Günther Jakobs e a teoria funcional da culpabilidade normativa e a compatibilidade humanista defendida por Demétrio Creso, bem como a visão de Mercedes Pérez Manzano a respeito dos desafios enfrentados pela dogmática penal frente à Neurociência. Por fim, assevera-se o papel reflexivo dos estudiosos do Direito penal para garantia da dignidade humana como premissa irrenunciável.

Palavras-chave: Culpabilidade. Neurociência. Livre-arbítrio. Compatibilidade humanista. Dignidade humana.

ABSTRACT

This research study intends to understand the influences of neuroscientific studies in the context of the judgment of reprobation of culpability. In that regard, this study begins by analyzing the different conceptions of culpability along the penal dogmatics, from the autonomy of the subjective dimension with the psychological theory to the changes influenced by the finalist theory of action. Subsequently, it seeks to approach Neuroscience studies about the existence of activated readiness potentials in part of the brain related to unconscious processes, as well as the perspectives of neuroscientists about free will. Then, the studies of Winfried Hassemer on the alternative dimensions to the principle of culpability, Günther Jakobs and the functional theory of normative culpability and the humanist compatibility defended by Demétrio Crespo, as well as the vision of Mercedes Pérez Manzano regarding the challenges faced by criminal dogmatics against Neuroscience. Finally, the reflexive role of criminal law scholars is asserted to guarantee human dignity as an inalienable premise.

Keywords: Culpability. Neuroscience. Free will. Humanistic compatibility. Human dignity.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 9 |
| CAPÍTULO 1: CONCEPÇÕES DE CULPABILIDADE..... | 12 |
| 1. A centralidade do conceito de culpabilidade para existência do Direito penal..... | 12 |
| 1.1 Dimensões dogmáticas da culpabilidade..... | 13 |
| 1.1.1 Teoria psicológica de culpabilidade..... | 13 |
| 1.1.2 Teoria psicológico-normativa..... | 15 |
| 1.1.3 Teoria da normativa pura de culpabilidade..... | 17 |
| 1.1.4 O fundamento do livre arbítrio segundo Welzel..... | 19 |
| CAPÍTULO 2: NEUROCIÊNCIA E LIVRE-ARBÍTRIO..... | 22 |
| 2.1 Os experimentos neurocientíficos de Libet..... | 22 |
| 2.2.As repercussões da neurociência no âmbito do Direito penal sob as perspectivas de Gerhard Roth, Wolfgang Prinz e Wolf Singer..... | 25 |
| CAPÍTULO 3: PROPOSTAS A LUZ DA DOGMÁTICA PENAL..... | 32 |
| 3.1 As dimensões da culpabilidade em Winfried Hassemer..... | 32 |
| 3.2 A teoria funcional de Günther Jakobs..... | 36 |
| 3.3 A compatibilidade humanista de Demétrio Crespo e Mercedes Pérez Manzano..... | 38. |
| 3.3.1 Pressupostos metodológicos de compatibilização..... | 41 |
| CONCLUSÃO..... | 45 |
| REFERÊNCIAS..... | 48 |

INTRODUÇÃO

A culpabilidade é um conceito basilar para existência do Direito penal contemporâneo. Se antes era admitida a responsabilização sem a existência de um juízo de reprovação sobre o agente, hoje o processo de criminalização utiliza-se desse juízo como fundamentação para aplicação da pena. No entanto, seu caráter subjetivo, respaldado na ideia de um “poder de agir de outro modo”, estimula os mais diversos debates.

Por um lado, a culpabilidade é vista como a legitimação do poder estatal de impor uma reprimenda, por outro, é ferramenta capaz de limitar que se ultrapasse a capacidade individual do agente. Tal balança de dois pesos, ora não bastasse desafiadora no âmbito da política criminal, é também objeto de interesse dos estudos neurocientíficos que tem por base analisar a voluntariedade da conduta no cérebro humano. Seus principais questionamentos orbitam na possibilidade de demonstração científica da inexistência de um processo cerebral voluntário prévio a conduta externa.

A análise das implicações das ciências naturais no bojo do Direito penal perpassa a construção dogmática do conceito de culpabilidade. Desde autonomia da dimensão subjetiva na teoria psicológica da culpabilidade de Liszt (1899) ao alinhamento às circunstâncias concomitantes de Frank (2002), até a mudança de paradigma com a teoria finalista da ação de Welzel (2004), perdura o desafio da demonstrabilidade do livre-arbítrio para imputação penal.

Nesse contexto, se fazem importantes os estudos de grande repercussão liderados por Benjamin Libet (1999), segundo os quais foi descoberta a existência de potenciais de prontidão que atuam alguns milissegundos antes da ativação do músculo para o movimento externo. Não bastasse o feito já surpreendente, tais processos cerebrais são ativados milissegundos antes da tomada de consciência pelo indivíduo e se relacionam com processos cerebrais inconscientes.

Logo reverberaram estudos semelhantes aos iniciados pelo Libet e os demais neurocientistas passaram a análise dos possíveis reflexos em outras áreas do saber. O Direito, pautado na ideia de liberdade e responsabilidade, não fugiu a regra recebendo diversos

ataques acerca dos seus pressupostos. Em especial, o caráter retributivo da pena como fundamento ao juízo de culpabilidade do agente.

Dentre as perspectivas neurocientistas, esse trabalho irá destacar a concepção de Gerhard Roth acerca da ilusão do “eu consciente”, a liberdade de vontade como instituição social em Wolfgang Prinz e as percepções subjetivas como produto de processos construtivos, tese defendida por Wolf Singer.

Além da visão neurocientífica, a possibilidade de inviabilização do livre-arbítrio como pressuposto teórico também repercutiu na seara da dogmática penal. Como pensar em responsabilização subjetiva quando alçado desafios a respeito da possibilidade do agir humano condicionado a processos neurológicos? Seriam os pressupostos da ciência social afetados pelas evidências empíricas da ciência natural? Quais as consequências dessas evidências para um sistema dualista penal?

A partir de uma revisão bibliográfica busca-se analisar as respostas da dogmática aos desafios impostos. Para tanto, Winfried Hassemer (1999) é trazido à discussão a fim de apresentar as cinco dimensões alternativas ao princípio da culpabilidade, dentre elas destaca-se a impossibilidade de imputação subjetiva do agente e a admissão de responsabilidade baseada em um fato aleatório em caso de afastamento de um grau subjetivo de culpa.

Em seguida, a teoria funcional de Günther Jakobs é apresentada com a proposta de extrair o caráter estritamente normativo para culpabilidade, a partir da ideia de que a sociedade não é orientada pela consciência individual, mas sim pela comunicação social em que os indivíduos se sentem motivados a manter as expectativas sociais. Nesse viés, não teria a Neurociência o condão de influenciar a esfera penal haja vista que essa funcionaria como criadora de seus próprios conceitos vinculados socialmente.

Ao fim, serão trazidas as perspectivas de Demétrio Crespo e Mercedes Pérez Manzano com a defesa da compatibilidade humanista entre a Neurociência e o Direito penal. Busca-se trabalhar os pressupostos metodológicos defendidos pelos autores para que seja possível conciliar os experimentos neurocientíficos com uma visão que assegure a dignidade da pessoa humana, mantendo o Direito penal alinhado ao desenvolvimento dos conhecimentos acerca da

conduta humana. Uma dessas consequências, inclusive, reside na possibilidade de ampliação de casos de inimputabilidade na esfera penal com as devidas garantias materiais e processuais.

Assim, considerando a centralidade do conceito de culpabilidade para responsabilização pelo ilícito penal, busca-se compreender a capacidade de influência dos feitos descobertos pela Neurociência. Além disso, visa-se abordar as possíveis consequências de um Direito Penal sem um juízo de valoração subjetivo e os riscos de eventual substituição das penas por medidas de segurança com base no déficit mental dos indivíduos. Buscando assim, selecionar parâmetros que melhor atendam ao fortalecimento de um Direito penal garantista e do Estado democrático de direito.

CAPÍTULO 1: CONCEPÇÕES DE CULPABILIDADE

1. A centralidade do conceito de culpabilidade para existência do Direito penal

“Nulla crimen nulla poena sine culpa”. O axioma jurídico, estruturante da teoria do delito, consolida a existência da culpa como condição, sem a qual, inexistente crime nem pena. O conceito de culpabilidade, embora basilar ao próprio processo de responsabilização, é constantemente objeto de discussão por se respaldar em convicções metafísicas acerca do juízo de valoração do sujeito frente à conduta criminosa.

No conceito analítico do crime, a culpabilidade se apresenta como a reprovação pessoal por uma ação ou omissão típica e ilícita em que o agente, teoricamente, teria condições de se comportar de acordo com as exigências normativas¹. Enquanto a ilicitude e a antijuridicidade retratam o injusto sob a ótica do fato, a culpa, bravamente, procura elementos capazes de demonstrar a responsabilização subjetiva do indivíduo.

Ao longo de diferentes momentos históricos, a imputação afirmava-se como consequência objetiva de um fato definido como ilícito. No direito religioso romano, por exemplo, não se distinguia a ofensa casual ao direito daquela cometida dolosamente. Já nas Leis bárbaras alemãs, era admitida a transmissão de geração em geração de uma dívida de família pelo “sangue derramado”.² A imputação, portanto, era desvinculada do conceito de culpabilidade permitindo a punição sem que existisse juízo reprovável a respeito do agente e da conduta.

Com o avanço da dogmática penal, a culpabilidade passou a se relacionar diretamente com a pena, ora servindo como fundamento para aplicação da lei penal, ora atuando como limitação ao poder de punir do estado. Na primeira hipótese, a culpabilidade legitima o poder

¹ PRADO, Luís Regis. Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral, volume 1, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 986.

² LISZT, Franz von. Tratado de direito penal alemão, volume 1, tradução: José Hygino Duarte Pereira, Rio de Janeiro: F. Briguiet e C. Editores, 1899, p. 250.

punitivo a partir da ideia de capacidade do agente de atuar de maneira diversa em relação ao fato típico, por conseguinte, atribuindo responsabilidade e aplicando sanção³.

Por outro lado, a análise da subjetividade do agente é ferramenta balizadora do *ius puniendi* impedindo, em tese, a punição por fato que ultrapasse a capacidade mental, física e individual. Nesse ponto, tem origem a grande controvérsia que embasa a discussão acerca da culpabilidade, afinal, quais seriam os pressupostos capazes de demonstrar que o infrator era ao tempo da conduta capaz de atuar de modo diferente?

1.1 Dimensões dogmáticas da culpabilidade

1.1.1 Teoria psicológica de culpabilidade

No final do século XIX, impulsionada por ideias iluministas e sob a influência do positivismo, a dogmática penal volta os estudos para a culpabilidade, desvinculando seu conceito do fato ilícito⁴. Nesse contexto, surge a teoria causal da conduta, capitaneada por Franz Von Liszt (1899), segundo a qual a causação do resultado advém de um ato de vontade representada por um movimento corpóreo voluntário capaz de modificar o mundo exterior⁵.

Com o modelo causal, Liszt defendeu que embora o resultado pudesse ser objetivamente referido ao ato de vontade do agente, também era necessária a análise do liame subjetivo entre a conduta e o resultado. Assim, desenvolveu-se a bipartição da estrutura clássica do crime em: i) dimensão objetiva, na qual se encontrava a antijuridicidade formada pelo processo causal externo, e ii) a dimensão subjetiva formada pela culpabilidade caracterizada pela relação psíquica do autor com o resultado⁶.

Consagra-se então, a autonomia do elemento subjetivo da responsabilidade e nasce a concepção psicológica de culpabilidade. Para essa teoria, são pressupostos da ação culpável a

³ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral, 6ª ed. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 285.

⁴ ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico penais da revolução neurocientífica. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014, p. 41-42.

⁵ 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. 199-207.

⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. Ob. cit. p. 276-277.

imputabilidade do agente, entendida como a capacidade geral e abstrata de compreender o valor do fato, e a imputabilidade do resultado a título de dolo ou culpa *stricto sensu*⁷.

A partir dessa ideia, a imputabilidade é tida como requisito da existência de culpabilidade. Desse modo, a responsabilidade apenas recairia sobre o agente com desenvolvimento mental completo, mas, além disso, que desse causa ao resultado por meio de um movimento corpóreo voluntário, sem coação mecânica, em que havia um vínculo psicológico de previsibilidade⁸.

Logo, percebe-se que a teoria psicológica é incapaz de elaborar uma diferenciação entre conduta imputável e conduta culpável, vez que os elementos subjetivos são pressupostos da culpabilidade, assim, a simples imputação de um resultado ao agente seria capaz de significar ação relevante de tutela para o direito penal, ignorando por completo a existência de condutas que, embora sejam de fato praticadas pelo indivíduo de modo consciente e voluntário, não são passíveis de responsabilidade por não exigir conduta diversa, por exemplo.

Em vista disso, a teoria foi abandonada pela dogmática por ser incapaz de explicar situações anormais de motivação de vontade, devendo, no entanto, ser reconhecida pela importante contribuição ao promover a autonomia da culpabilidade no estrutura do crime⁹.

Interessante, entretanto, é a objeção de Liszt ao uso do livre arbítrio como fundamento da conduta comissiva e da imputabilidade. Na conceituação de ambos os termos, o autor ressalta não ser adepto de tal concepção metafísica lançando mão de descrições mais objetivas como “isenção de coação mecânica” para justificar a conduta voluntária e “homem mentalmente desenvolvido e mentalmente são” para imputação do agente¹⁰. Com as devidas ressalvas ao positivismo e com observância a responsabilidade subjetiva, mostra-se interessante pensar em um conceito de culpa movido por critérios mais objetivos e passíveis de maior controle pelos agentes democráticos.

⁷ LISZT, Franz von. Ob. cit. p. 250-251.

⁸ Ibidem. p. 197 e 257.

⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Ob. cit. p. 277.

¹⁰ LISZT, Franz von. Ob. cit. p. 256-257.

1.1.2 Teoria psicológico-normativa

Diante das incongruências apresentadas pela teoria psicológica de culpabilidade, no início do século XX, surge o conceito normativo de culpabilidade. Os estudos, muito influenciados pelo declínio do positivismo, propuseram um retorno às concepções metafísicas por meio de um juízo de valor a ser considerado na conduta culpável¹¹.

Considerado o grande pioneiro dessa nova concepção, Reinhard Frank por meio do seu trabalho “Sobre a estrutura do conceito de culpabilidade” (“*Über den Aufbau des Schuldbegriffs*”) publicado em 1907, elabora diversas críticas a limitação do conceito de culpa a uma relação psíquica ignorando as circunstâncias concomitantes da ação.

Para o autor, a teoria de Liszt (1899) contribui para uma confusão a respeito do feito e da consequência jurídica, afinal:

Justamente, lo que nosotros queremos saber es en qué circunstancia la justicia vincula la responsabilidad. Además, si a definición de Von Liszt coincidiera, la responsabilidad sin culpabilidad sería totalmente inimaginable, y así la diferencia tan bien construída entre el principio de la responsabilidad culpable y la responsabilidad objetiva se desmoronaría.”¹²

Assim, a teoria psicológica era incapaz de responder o porquê não se aplicava pena a pessoa que agia sob o estado de necessidade ou ainda, a existência de causa de diminuição de pena para a mulher que atuava sob a influência do estado puerperal, a título de exemplo.

Nesse viés, Frank defende a existência de “circunstâncias concomitantes” que influenciam na análise da culpabilidade do agente¹³. Com o seu trabalho, o autor concluiu que a culpabilidade não estava ligada apenas a relação psíquica do sujeito com o resultado, assim como o dolo e a culpa *stricto sensu* não poderiam ser considerados como pressupostos de culpabilidade sem elementos valorativos que lhe dessem arcabouço.

Desse modo, concebeu a culpabilidade em três elementos: i) uma aptidão “espiritual” normal do autor denominada de imputabilidade; ii) uma relação psíquica entre o autor e o

¹¹ ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. Ob. cit., p. 46-47.

¹² FRANK, Reinhard. Sobre la estructura del concepto de la culpabilidad. Tradução: Gustavo Eduardo Aboso e Tea Low. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2002, p. 26.

¹³ Ibidem, p. 26.

feito, em que se afirmam como modalidades de culpabilidade o dolo e a culpa *stricto sensu* e, por fim, iii) a normalidade das circunstâncias em que o autor atua.¹⁴

Posteriormente, o conceito normativo de culpabilidade recebeu novas contribuições graças à obra de James Goldschmidt, “A concepção normativa de culpabilidade” (*“Normativer Schuldbeifrif”*).

O autor introduz a distinção entre a “norma jurídica”, como aquela em que se exige uma conduta externa, fundamentada na antijuridicidade da conduta, e a “norma dever” em que se impõe ao agente

*disponer su conducta interna del modo necesario para que se pueda corresponder con las exigências impuestas por el ordenamento jurídico a conducta externa.*¹⁵

Nesse sentido, se torna perfeitamente possível que ocorra a infração de uma norma jurídica, resultando em uma conduta antijurídica, sem a presença da culpabilidade, invocando uma causa de exculpação¹⁶. Ainda no trabalho de destrinchar as “circunstâncias concomitantes” de Frank, soma-se ao conceito de culpabilidade, a inexigibilidade de conduta diversa como causa geral supralegal de exclusão da culpabilidade.

O grande responsável por esse aporte foi Berthold Freudenthal (1922) que elaborou a ideia de que não era possível existir juízo de reprovabilidade e, portanto culpabilidade, se no cometimento do crime estivesse presente um grau de resistência maior do que o normalmente exigido a alguém¹⁷, cabe citar que a inexigibilidade de conduta diversa até os tempos atuais é um elemento da culpabilidade presente no ordenamento brasileiro, explícito nos casos da coação moral irresistível e obediência hierárquica superior como causas de exclusão de responsabilidade.

Com efeito, a concepção psicológico-normativa avançou na compreensão de situações anormais que influem na vontade do agente. Além disso, a culpabilidade passou a ser entendida a partir de um juízo de valor acerca do indivíduo, trazendo um contorno de

¹⁴ FRANK, Reinhard. Ob. cit., p. 40-41.

¹⁵ GOLDSCHMIDT, 1913 apud ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. Tomo I. Tradução: Diego Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997, p. 796.

¹⁶ ROXIN, Claus. Ibidem, p. 796.

¹⁷ FREUDENTHAL, 1922 apud ROXIN, Claus. Ibidem, p. 796.

subjetividade para a análise e se alinhando a conceitos metafísicos de difícil demonstração fática.

Em última instância, a culpabilidade passa a delimitar o *ius puniendi* a partir de situações em que o elemento normativo a impõe exclusão, ao mesmo tempo em que ganha uma seara valorativa da qual depende o exame do julgador.

Contudo, apesar das contribuições, a teoria foi posteriormente alvo de críticas por manter na estrutura da culpabilidade a consciência e a vontade do fato (dolo), e a lesão a um dever objetivo de cuidado (culpa), controversa que foi encarada pela concepção normativa pura de culpabilidade.

1.1.3 Teoria da normativa pura de culpabilidade

A grande mudança de paradigma no conceito de culpabilidade advém da teoria finalista da ação de Welzel, o qual desloca o dolo e a culpa *strictu sensu* da categoria de culpabilidade para o fato típico, que passa a admitir um arcabouço subjetivo excluindo definitivamente os elementos psíquicos do juízo de reprovação¹⁸.

A partir do finalismo, a conduta ora analisada origina uma ação direcionada conscientemente para um fim. Segundo Welzel, não era suficiente que houvesse um liame causal entre conduta e resultado sem o exame da finalidade ao qual foi dirigida. Para ilustrar sua teoria, o autor retrata a situação de uma enfermeira que sem suspeitar de nada insere uma injeção de morfina em doses altas, de consequências mortais. Neste caso, embora tenha agido para a ação final, sua conduta não tinha como fim causar a morte¹⁹.

É nesse diapasão que Welzel afirma que a voluntariedade não é capaz de caracterizar o conteúdo da ação a fim de determinar suas consequências, devendo ser analisada também a finalidade da conduta.²⁰ Tal concepção faz todo sentido quando pensada pela ótica da responsabilidade subjetiva do agente, afinal não poderíamos julgar razoável que um médico,

¹⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. Ob. cit. p. 279.

¹⁹ WELZEL, Hans. El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução e notas: José Cerezo Mir. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2004, p. 41-45.

²⁰ Ibidem, p. 45.

por exemplo, atuando de modo voluntário em um centro cirúrgico pudesse ser responsabilizado pela prática de lesão corporal, já que sua intenção estaria vinculada a salvaguardar a vida do paciente.

Com a constatação de que a conduta relevante para o direito é aquela direcionada a um fim específico, Welzel aponta a incoerência dos elementos psicológicos da ação constituírem juízo de culpabilidade, posto que, previamente a conduta humana, existe um fundamento psíquico que a impulsiona e deve ser valorado. Sob essa premissa, o finalismo reconstitui a teoria do delito deslocando o dolo e a culpa *stricto sensu* para o conceito de fato típico, o qual passa a ser composto pelo tipo de injusto subjetivo.

Por conseguinte, a doutrina finalista identifica a culpabilidade como uma qualidade de reprovação sobre a conduta voluntária. A responsabilidade é vista como uma reprovabilidade pessoal do sujeito por não ter atuado corretamente apesar de ter sido capaz de agir conforme a norma. Pressupõe, pois, que a capacidade de culpabilidade advém da voluntariedade do agente direcionado a um fim antijurídico²¹.

Soma-se a ideia de reprovação pessoal, a necessidade de compreensão da situação concreta em que o agente está inserido para qualificar a capacidade de autoderminação individual. Assim, Welzel entende que:

la culpabilidad individual no es otra cosa que la concreción de la capacidad de culpabilidad en relación con el hecho concreto, la reprochabilidad se basa en los mismos elementos concretos cuya concurrencia con carácter general constituye la capacidad de culpabilidad; es decir, el autor tiene que haber conocido lo injusto del hecho, o por lo menos tiene que haber podido conocerlo y tiene que haberse podido decidir por una conducta conforme con el derecho en virtud de este conocimiento (real o posible) de lo injusto. La culpabilidad concreta (la reprochabilidad) está, pues constituida (de modo paralelo a la capacidad general de culpabilidad) por elementos intelectuales y voluntarios.²²

Observa-se que na concepção normativa pura a ideia do “poder agir diferente” frente a sua vontade antijurídica é o que fundamenta o juízo pessoal de reprovação. É essa possibilidade em relação ao feito concreto que irá caracterizar a conduta culpável. Com o finalismo, portanto, se mantém o elemento da capacidade de culpabilidade, denominada de

²¹ WELZEL, Hans. Ob. cit., p. 126.

²² Ibidem, p. 156.

imputabilidade, sem a qual inexistente juízo de reprovação tendo em vista a inexistência de autodeterminação ante a ação concreta²³.

O segundo elemento é o conhecimento potencial da antijuridicidade. O feito reprovável seria aquele em que o autor tinha condições de conhecer as circunstâncias que pertencem ao tipo. Nesse ponto, Welzel evidencia a importância do exame das possibilidades de erro de proibição capazes de reduzir ou excluir a culpabilidade. Compreensão, que até momento havia sido inviabilizada pela concepção psicológico-normativa ao conceber os elementos psíquicos como uma parte integrante da culpabilidade²⁴.

Por fim, se pressupõe a exigibilidade de obediência ao direito como fundamento da reprovabilidade pessoal. Neste ponto, a dogmática finalista reafirma que a culpabilidade só incidirá sob o agente que em circunstâncias normais poderia ter adotado uma postura de acordo com a lei²⁵.

A existência da culpabilidade na concepção do finalismo, em última análise, concebe o livre-arbítrio como seu fundamento principal. Segundo o próprio Welzel, para que o indivíduo pudesse atuar de acordo com a norma em uma situação concreta se fez necessário à formulação do seguinte questionamento: “¿Es posible teóricamente la adopción de la resolución de voluntad correcta en lugar de la falsa?”²⁶

1.1.4 O fundamento do livre arbítrio segundo Welzel

Para responder ao questionamento, Welzel dividiu a questão do livre-arbítrio em três aspectos: antropológico, caracterológico e categorial.

No aspecto antropológico, Welzel elabora uma relevante crítica à teoria evolucionista de Darwin que enraizou o homem no mundo biológico estabelecendo um pensamento mecanicista. Com o darwinismo, entre a inteligência humana e os instintos animais haveria uma linha evolutiva direta com íntima relação, o que fundamentou os estudos das escolas

²³ WELZEL, Hans. Ob. cit., p. 145-147.

²⁴ Ibidem, p. 160-162.

²⁵ Ibidem, p. 193-194.

²⁶ Ibidem, p. 133-134.

positivistas italianas em Lombroso, Garófalo e Ferryi, na busca de uma determinação biológica para o criminoso²⁷.

Welzel, com base nos pressupostos da zoologia e da psicologia animal, elabora que o pensamento acima descrito, na verdade, representa uma involução na medida em que o ser humano em razão da sua grande “liberdade de instintos” teria perdido aqueles reguladores biológicos que conduzem o animal a segurança. O que, seria mortal para a espécie humana se não viesse acompanhada do pensamento racional por meio do qual o homem se torna responsável por suas ações se desvinculando das “regras do jogo” inatas à conduta instintiva²⁸.

Assim, o “homem como ser responsável”, ou com disposição a responsabilidade, é o critério decisivo que separa o indivíduo existencialmente - e não apenas normativamente - de todo o mundo animal²⁹.

Em relação ao aspecto caracterológico, Welzel admite que indivíduo dispõe de capacidade de controle de seus impulsos após o “desaparecimento dos instintos biológicos”. Para isso, explica que a estrutura anímica humana é composta de um estrato profundo, que compreende os impulsos vitais de conservação e autoconservação da espécie, as paixões, os desejos e as inspirações que afetam o “Eu” para tomar uma ação. Contudo, sobre esses impulsos destaca-se um centro regulador do “eu mesmo” que dirige a conduta humana conforme o sentido e o valor, os quais representam os atos do pensamento respaldados em razões lógico-objetiva e na vontade orientada por algum sentido e valor³⁰.

Logo, compreende-se a ação pelo conteúdo de sentido e a significação valorativa para uma correta configuração da vida. Assim, ainda que existam impulsos de viés emotivo, esses só seriam capazes de se converterem no fim de uma ação se dotados de um sentido valioso para o agente³¹.

²⁷ WELZEL, Hans. Ob. cit., p. 135.

²⁸ LORENZ, Lug apud WELZEL, Hans. Ob. cit. p. 135.

²⁹ WELZEL, Hans. Ob. cit. p. 136.

³⁰ Ibidem, p. 137.

³¹ Ibidem, p. 139.

Por último, no aspecto categorial, Welzel busca responder como é possível ao homem o domínio da coação causal por meio de uma direção orientada pelo sentido, em virtude da qual, pode ser responsável pela tomada de decisão falsa ao invés da correta. Desse modo, considera que o indeterminismo tradicional destrói a figura do sujeito responsável e converte todos os atos de vontade em um complexo sem conexão de impulsos no tempo. Tornando, portanto, impossível à responsabilização do agente, tendo em vista que toda decisão – falsa ou correta – estaria necessariamente prefixada.

A ação responsável em Welzel deve compreender a capacidade de direção do indivíduo conforme o sentido. Portanto, a liberdade não é uma conduta causal indiferente que permite ao agente atuar arbitrariamente, mas sim, aquela movida por uma finalidade conforme o sentido do sujeito responsável. Portanto, apesar do “poder agir diferente” fundado na voluntariedade, Welzel ressalva que a vontade:

es la capacidad de poder regirse conforme a sentido. Es la libertad de la coacción causal, ciega, indiferente a sentido, para la autodeterminación conforme a sentido. No es -como cree el indeterminismo- la libertad de poder actuar de otro modo (por consiguiente, también mal, o de un modo absurdo), sino para poder actuar conforme a sentido³².

Desse modo, reformulando a liberdade de ação em liberdade de vontade, Welzel percebe a culpabilidade não como um ato de livre autodeterminação, mas sim como a existência de condições que permitem ao sujeito responsável dirigir-se conforme o sentido, para além da dependência causal dos impulsos³³.

³² WELZEL, Hans. Ob. cit. p. 143.

³³ Ibidem, p. 145.

CAPÍTULO 2: NEUROCIÊNCIA E LIVRE-ARBÍTRIO

2.1 Os experimentos neurocientíficos de Libet

A neurociência é uma área de estudo que tem como objeto o sistema nervoso e visa compreender a base biológica do comportamento humano. Suas pesquisas têm como tarefa fornecer informações acerca dos processos conscientes e inconscientes que se desenvolvem com a atividade cerebral, isto significa analisar como os circuitos neuronais produzem a percepção do mundo exterior que se traduz em uma ação humana³⁴.

Dentre as recentes descobertas da neurociência, ganharam destaque os trabalhos elaborados pelo pesquisador Benjamin Libet a respeito do estágio de inconsciência que precede as decisões humanas. No artigo publicado no *Journal of Consciousness Studies* sob o título “*Do we have free will?*”, Libet (1999) explicita uma série de experimentos de monitoramento da atividade cerebral realizados por meio de voluntários. O trabalho consistiu em solicitar a uma pessoa que flexionasse os dedos da mão a qualquer momento que desejasse e imediatamente informasse o tal movimento enquanto sua atividade cerebral era monitorada.

Os experimentos tiveram como fundamento a descoberta dos chamados potencial de prontidão inconsciente, isto é, uma mudança elétrica específica no cérebro que indica atividade neuronal e ocorre até um segundo antes do movimento voluntário³⁵.

Dessa forma, Libet esperava que a vontade consciente aparecesse antes ou no início do potencial de prontidão em consonância com o entendimento da vontade consciente do ato voluntário. No entanto, as análises cerebrais realizadas demonstraram que em relação à ativação do músculo, o potencial de prontidão se iniciou 550 milissegundos antes de atos espontâneos sem planejamento prévio e que a consciência subjetiva de movimentar os dedos ocorreu em 200 milissegundos, ou seja, cerca de 350 milissegundos após o início das atividades cerebrais do potencial de prontidão³⁶.

³⁴ FERRACIOLI, Jéssica Cristina. Neurociência e Direito Penal: Culpabilidade e o panorama das implicações neurocientíficas. 2018. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 27.

³⁵ LIBET, Benjamin. Do we have free will? *Journal of consciousness studies*, v. 6, n. 8-9, 1999, p. 50.

³⁶ *Ibidem*, p. 50-51.

Ainda assim, o neurocientista ressalva que embora a ação voluntária se inicie em um processo do cérebro inconsciente, a vontade voluntária aparece cerca de 150 milissegundos antes da ativação do músculo sendo capaz de afetar o resultado final do processo involuntário por meio do veto.

Com esse experimento, Libet concluiu que o ato voluntário inicia inconscientemente no cérebro antes que a pessoa conscientemente queira agir. Por conseguinte, seria possível constatar a tomada de decisão do indivíduo em um curto espaço de tempo anterior ao ato de vontade mediante monitoramento da atividade cerebral. O que representa uma grande mudança de paradigma ao evidenciar que a vontade consciente não inicia o agir volitivo, mas apenas é responsável por controlar o resultado e vetar o potencial de prontidão.

No entanto, Libet esclarece que não há um imperativo lógico em qualquer teoria mente-cérebro que requer uma atividade cerebral específica para preceder e determinar a natureza de uma função de controle consciente. Do mesmo modo que não há evidência experimental capaz de demonstrar que o veto realizado seja uma função consciente independente de processos inconscientes anteriores³⁷.

Com o fim de conciliar os apontamentos de sua pesquisa com a voluntariedade da conduta consciente, ele retoma estudos anteriores que apontam a consciência como um fenômeno único em si mesmo, no qual são extraídas representações neuronais particularizadas. Desse modo, propõe a existência de um Campo Mental Consciente (CMF), uma categoria fenomenológica independente, em que os acontecimentos subjetivos apenas seriam detectáveis subjetivamente pelo o indivíduo da experiência. O observador, portanto, só poderia acessar a evidência direta válida sobre o campo mental consciente por meio de um relatório introspectivo fornecido pelo sujeito individual³⁸.

Assim, Libet não descarta o livre-arbítrio, apenas reposiciona seu papel como controle do ato voluntário ao invés de iniciar o processo volitivo. Portanto, o livre-arbítrio atuaria, na verdade, selecionando quais iniciativas podem avançar para uma ação e quais podem ser vetadas³⁹.

³⁷ LIBET, Benjamin. Ob. cit., p. 55.

³⁸ LIBET, 1994 apud FERRACIOLI, Jéssica Cristina. Ob. cit., p. 61.

³⁹ LIBET, Benjamin. Ob. cit. p. 54

Por outro lado, o pesquisador reconhece que experimentalmente só foi possível conhecer como o livre-arbítrio pode operar, não respondendo a questão se os nossos atos conscientemente desejados são determinados por leis naturais que comandam as atividades nervosas no cérebro ou, se os atos e as decisões conscientes podem prosseguir independente do determinismo natural. Ele admite que a primeira hipótese tornaria o livre-arbítrio ilusório e nossa sensação de consciência seria apenas um subproduto da ação do cérebro, mas sem poderes causais próprios⁴⁰.

No entanto, argumenta que os atos livres não são previsíveis ainda que possam ser oriundos de um processo determinado. Isto porque, citando o princípio da incerteza de Heisenberg, Libet esclarece ser impossível que tenhamos um conhecimento completo das atividades moleculares basilares tendo em vista que a mecânica quântica, área de estudo que analisa o mundo em escala atômica, força a lidar com probabilidades e não com certezas de eventos⁴¹.

Além disso, refere-se à Teoria do Caos como fator de imprevisibilidade do comportamento de todo o sistema que modifica o resultado final. Isto é o que Lorenz (1972) ilustrou como a possibilidade de uma batida de asa de uma borboleta no Brasil causar um tornado no Texas⁴². Ou seja, a grande capacidade de influência de aproximações e pequenos erros imprevisíveis causarem grande impacto no resultado final de previsões do tempo baseadas na probabilidade. Teoria que, foi amplamente adotada por outras áreas de estudo, inclusive por Libet para explicar que um evento imprevisível pode alterar todo o estudo desenvolvido.

Por fim, o neurocientista reconhece as limitações da pesquisa científica em oferecer respostas acerca de qual teoria deve prevalecer para descrever a natureza do livre arbítrio, o determinismo como mediador natural da conduta ou o indeterminismo no qual se reconhece que a vontade consciente pode exercer efeitos em desacordo com as leis físicas. Ele assume que as duas teorias se baseiam apenas em especulações não demonstráveis⁴³.

⁴⁰ LIBET, Benjamin. Ob. cit., p. 55.

⁴¹ Ibidem, p. 55.

⁴² LORENZ, Edward. "Predictability: does the flap of a butterfly's wings in Brazil set off a tornado in Texas?". 1972. Disponível em: https://eapsweb.mit.edu/sites/default/files/Butterfly_1972.pdf. Acesso em: 15. Abril. 2022.

⁴³ LIBET, Benjamin. Ob. cit. p.56.

Contudo, propõe que reconheçamos o fenômeno subjetivo quase universal que podemos agir com uma escolha livre, como uma evidência *prima facie* de que os processos mentais conscientes podem controlar casualmente alguns processos cerebrais⁴⁴.

Desse modo, Libet conclui que uma teoria que nega o fenômeno do livre arbítrio como ilusório retira a validade do que chama de “fato fenomenal”, sendo menos atraente do que acomodarmos nosso próprio sentimento de que podemos agir com livre vontade.

É possível inferir que o neurocientista assume uma posição em consonância com o sentimento social, ao mesmo tempo em que reafirma as limitações de um agir puramente livre admitindo a sua não demonstração. Cumpre, portanto, compreender como os pressupostos dos estudos elaborados por Libet podem influenciar o conceito de culpabilidade no âmbito do Direito Penal.

2.1.1 As repercussões da neurociência no âmbito do direito penal sob as perspectivas de Gerhard Roth, Wolfgang Prinz e Wolf Singer

Após as descobertas realizadas por Libet, outros pesquisadores desenvolveram experimentos semelhantes com o fim de identificar a relação entre a área do cérebro ligada à inconsciência e os movimentos voluntários, os quais reiteraram os resultados obtidos por Libet acerca da existência de um estágio de inconsciência anterior ao processo consciente⁴⁵.

Com base nessa constatação, no ano de 2004, um grupo de cientistas alemãs publicou um manifesto destacando os avanços científicos da neurociência que, segundo sua opinião, produziriam efeitos em diversas áreas do saber nos próximos anos. No âmbito jurídico, o Direito Penal foi especialmente atingido em razão do questionamento a respeito do seu núcleo essencial: a culpabilidade como fundamento da responsabilidade penal⁴⁶.

⁴⁴ LIBET, Benjamin. Ob. cit, p.56.

⁴⁵ HAGGARD, Patrick e Martin Eimer. On the relation between brain potentials and the awareness of voluntary movements. *Experimental brain research* (1999). Disponível em: <http://pacherie.free.fr/COURS/MSD/Haggard-Elmer-1999.pdf>. Acesso em: 21. Abril. 2022.

⁴⁶ PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2011, p. 2.

A ideia exposta seria de que a neurociência havia refutado o entendimento de que o ser humano atua de forma livre e voluntária. Tal tese constituiria uma afronta ao pilar em que se baseiam as concepções majoritárias entre os penalistas a respeito do caráter retributivo do Direito Penal. Isto porque, esse postulado reside em justificar a imposição da pena como meio de retribuição e compensação do dano causado pelo delito cometido por agente culpável⁴⁷.

Por conseguinte, a concepção de “retribuição justa” se pauta na ideia de que o sujeito merece a sanção imposta porque havia a possibilidade de evitar o cometimento do delito. Sendo assim, a concepção retributiva do Direito Penal se vincula à imagem do ser humano como sujeito livre, de modo que o entendimento contrário impossibilitaria a atribuição de um juízo de reprovação a sua conduta⁴⁸.

Com esse viés, Gerhard Roth, Wolfgang Prinz e Wolf Singer, importantes neurobiólogos, protagonizaram os debates adentrando no âmbito da culpabilidade penal. Em seus trabalhos, Gerhard Roth elaborou que a representação tradicional da vontade humana como transformadora de feitos concretos por meio da ação voluntária, dirigida por um “eu consciente”, não passa de uma ilusão⁴⁹.

Explica o neurocientista que a ação dita voluntária se trata da concatenação da amígdala, do hipocampo e do nó ventral e dorsal responsável pela memória da experiência. Segundo o estudioso, essa região cerebral funciona inconscientemente e representa a última palavra no que diz respeito ao aparecimento de desejos e intenções. Dessa forma, as decisões seriam tomadas no sistema límbico, parte do cérebro responsável pelas emoções, antes que possamos percebê-las conscientemente⁵⁰.

Argumenta ainda, que tal sistema funcionaria como um poder organizado frente ao qual o ser humano se percebe devido ao “autoengano” apenas de uma forma aparentemente livre. Nesse contexto, Gerhard Roth junto a Grischa Merkel observam que a regulação penal alemã não aborda um conceito positivo de culpabilidade, somente se pronunciando acerca de suas

⁴⁷ PÉREZ MANZANO, Mercedes. Ob. cit., p. 2.

⁴⁸ Ibidem, p. 2.

⁴⁹ ROTH, Fühlen, Denken, Handeln, 2003 apud CRESPO, Eduardo Demétrio. Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal: aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre neurociencias y derecho penal. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 9, n. 16, 2017, p. 110.

⁵⁰ Ibidem, p. 110.

causas excludentes, baseadas em um déficit psíquico do autor no momento da ação ou por concorrer um erro de proibição invencível⁵¹, de modo semelhante à legislação brasileira.

Assim, concluem que a existência da culpabilidade está atrelada a inexistência de impedimentos que permitam formulá-la positivamente, nesse sentido, a capacidade de atuar de acordo com ordenamento está na possibilidade de “poder atuar de outro modo”. Em última instância, a culpabilidade se fundamentaria na concepção filosófico-jurídica de liberdade de vontade⁵².

Por fim, Demétrio Crespo esclarece que para esses autores são três as questões que interessam ao conceito de liberdade de vontade e sua relação com a culpabilidade:

(a) una de carácter puramente filosófico en orden a fundamentar del modo más libre de contracciones posible el *concepto de libertad de voluntad*; (b) en segundo lugar, cómo se comporta el concepto jurídico-penal tradicional de la libertad de voluntad respecto a los *conocimientos empíricos de carácter experimental* de la psicología de la voluntad y de la acción, así como de la investigación sobre el cerebro; (c) y en tercer lugar, sobre la concreta posibilidad de probar el poder actuar de otro modo en el proceso penal.⁵³

Por sua vez, Wolfgang Prinz entende a liberdade de vontade como uma instituição social que não corresponde à realidade cientificamente demonstrada. Para ilustrar, exemplifica que falar em liberdade de vontade do ponto de vista da Psicologia seria como falar de unicórnios sob a ótica da Zoologia, algo que não existe na ontologia da disciplina, isto é, não subsiste diante da perspectiva da natureza do ser⁵⁴.

O unicórnio seria apenas uma construção teórica, uma produção cultural assim como a liberdade de vontade. Para ele, a resposta ao sentimento das pessoas que se sentem e creem ser livres, quando não o são, deve transpassar as investigações a respeito das funções cognitivas e volitivas para considerar a percepção destas funções a partir da Psicologia social,

⁵¹ G. MERKEL/ROTH, 2008 apud CRESPO, Eduardo Demétrio. Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal: aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre neurociencias y derecho penal. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 9, n. 16, 2017, p. 110-111.

⁵² Ibidem, p. 110-111.

⁵³ Ibidem, p. 111.

⁵⁴ PRINZ, 2004, apud CRESPO, Eduardo Demétrio. Ob. cit. p. 111.

Psicologia evolutiva ou da Psicohistória, estudo que revela as motivações psicológicas de eventos históricos⁵⁵.

Assim, Prinz se baseia em três pilares argumentativos: (i) a ideia de liberdade não tem lugar no âmbito da psicologia científica; (ii) as intuições de liberdade são produto da interação e comunicação social e (iii) as intuições de liberdade determinam o comportamento e cumprem funções psicológicas e sociais⁵⁶.

Na primeira tese, o jargão da liberdade constituiria duas facetas, uma delas usada para descrever feitos psicológicos fundamentais, como as experiências com a intuição de liberdade, e a outra do ponto de vista da função moral e jurídica. Nesse sentido, Prinz afirma que na Psicologia há uma distinção entre a percepção (de fatos físicos e psíquicos) e a realidade, e que tudo o que se sabe aponta a favor da ideia de que a percepção dos fenômenos psíquicos fornece apenas uma imagem incompleta e inconsistente dos processos subjacentes⁵⁷.

À vista disso, arguiu uma crítica à perspectiva indeterminista assim como a da “determinação indeterminada”, que segundo o neurocientista, se pautam em elementos da Física quântica, com base na Teoria do Caos, para renunciar uma explicação cientificamente aceitável para o conceito de liberdade. Acentua ainda, que o último entendimento se baseia no viés do livre arbítrio como ausência de determinação causal. Quando em realidade, o termo deve representar algo muito maior, exigindo sujeitos como autores autônomos de suas ações providas de vontade livre⁵⁸.

Contudo, Prinz entende ser possível explicar as intuições de liberdade do ponto de vista psicológico, contanto que se distinga a realidade objetiva em que tem lugar à mecânica volitiva pessoal, do plano da percepção subjetiva das decisões voluntárias. A partir dessa distinção, seria possível o determinismo na realidade e a liberdade na concepção⁵⁹.

Ele elabora que no plano objetivo de produção das “decisões de atuação”, interveem diferentes influências como as preferências, o conhecimento sobre a ação e a valoração da

⁵⁵ PRINZ, 2004, apud CRESPO, Eduardo Demétrio. Ob. cit. p. 111-112.

⁵⁶ Ibidem p. 112.

⁵⁷ Ibidem, p. 112.

⁵⁸ Ibidem, p. 112.

⁵⁹ Ibidem, p. 113.

situação, de modo que não resta qualquer espaço para uma instância pessoal a qual possa ser imputada a tomada de decisão⁶⁰.

Já no que tange a percepção pessoal, Prinz entende que a compreensão da subjetividade pode ser analisada do modo naturalista ou do modo construtivista. O primeiro concebe a ideia de um “eu” central portador de subjetividade e individualidade que dirige a coordenação à atividade. Enquanto o segundo conceitua a subjetividade do ponto de vista de uma estrutura de conhecimento em que o “eu” próprio atua em conformidade com os processos de socialização e aprendizados, nos quais, se constroem as estruturas do conhecimento. O estudo do “eu”, nesse caso, se converte em objeto de estudo da Psicohistória e da Psicologia evolutiva⁶¹.

Para Prinz, o primeiro modo concebe a autoimputação de decisões por meio do autoengano, visto que há uma separação entre a mecânica pessoal de influência determinista e a percepção subjetiva. O segundo modo conclui pela ausência de um órgão natural capaz de ser imputado, uma vez que as estruturas de conhecimento, que respaldam as ações, seriam produzidas sob determinadas condições sociais e históricas⁶².

Infere-se assim, que os discursos de atribuição são consequência da comunicação e interação entre o nível micro e macrossocial em que se constroem o “eu” por meio de um espelho dos outros, tendo em vista que a percepção das imputações de terceiros são dirigidas a sua própria imputação. Tais discursos narrativos seriam fortalecidos na semântica explícita da cultura em que vivem as pessoas, com suas representações valorativas, mito e lendas, e da sintaxe implícita da Psicologia cotidiana que se limitaria a constatar como pensam e atuam os seres humanos⁶³.

Em última análise, Prinz defende que a liberdade de vontade é uma instituição social. Nesse aspecto, a intuição de que somos verdadeiramente livres atua em conformidade com os discursos sociais e contribuem para sua manutenção. O plano subjetivo se torna um “artefato real” que pauta os processos de representação subpessoal e retroalimentam a instituição social. Essas intuições não agiriam sobre as disposições psicológicas dos indivíduos, mas sim

⁶⁰ PRINZ, 2004, apud CRESPO, Eduardo Demétrio. Ob. cit. p. 113.

⁶¹ Ibidem, p. 113.

⁶² Ibidem, p. 113.

⁶³ Ibidem, p. 113-114.

sobre a estrutura da coletividade em que estes são socializados, no bojo da qual reside sua verdadeira razão de ser Psicohistórica⁶⁴.

No direito, o jargão da liberdade para Prinz facilita a “proibição explicativa de retorno” porque permite afirmar que, mesmo tendo dado todo tipo de circunstâncias capazes de influenciar o comportamento do ator, este poderia ter agido de modo contrário e justamente por isso, é considerado responsável, porque a responsabilidade seria o preço da liberdade⁶⁵.

Singer, por sua vez, também defende a ideia de que as percepções que experimentamos como objetivas nada mais são do que resultados de processos construtivos. Ele argumenta que essa premissa deveria ser aceita da mesma maneira que reconhecemos o comportamento animal como completamente determinado, sendo a ação uma combinação entre o estímulo atual e o estado cerebral anterior, no qual o último é determinado por uma organização genética previamente dada pelo sistema nervoso, bem como por fatores e processos epigenéticos educacionais que modificam a arquitetura das cadeias nervosas e repercutem na dinâmica da interação neuronal⁶⁶.

Ele defende que a evolução dos métodos de avaliação neurobiológica possibilitou a análise de mecanismos neurais de “alto rendimento cognitivo de cérebros complexos” que poderiam ser descritos da perspectiva de outra pessoa. No entanto, tais análises se oporiam a nossa autopercepção como seres dotados de autonomia⁶⁷.

Para Singer, é evidente que ao longo da nossa história cultural foram desenvolvidos dois sistemas paralelos e conflitantes acerca da natureza humana. Contudo, a diferença do tempo passado para o recente é que as Ciências Naturais, em especial a Neurociência, teriam tornado o tema urgente na medida em que fornecem provas convincentes de que os cérebros humanos e dos animais pouco se diferem, sendo a sua evolução, constituição e funções regidas pelos mesmos princípios e determinados por processos psicoquímicos de leis deterministas⁶⁸.

⁶⁴ PRINZ, 2004, apud CRESPO, Eduardo Demétrio. Ob. cit., p. 114.

⁶⁵ Ibidem, p. 114.

⁶⁶ SINGER, 2004 apud CRESPO, Eduardo Demétrio. Ob. cit., p. 114-115.

⁶⁷ Ibidem, p. 115.

⁶⁸ Ibidem, p. 115.

Singer se baseia nos modelos dualistas, originados em Descartes, para discorrer acerca da existência de dois mundos ontologicamente distintos, a esfera material e a espiritual, que atuam na construção da imagem de “si mesmo” como agente autônomo. Quando, na verdade, somos determinados por processos neuronais. Ele conclui que podemos falar em uma dimensão ontológica distinta da material, desde que compreendamos as realidades sociais, as construções culturais e as imputações como oriundas das relações entre os seres humanos⁶⁹.

Ante as diversas críticas enfrentadas pela estreita relação entre a culpabilidade, o livre-arbítrio e as afirmações elaboradas pelos neurocientistas, a dogmática penal se organizou de modo a estabelecer as fronteiras entre os estudos neurocientíficos e a fundamentação da pena.

Entre as teses apresentadas, irei destacar o estudo de Winfried Hassemer e as possíveis dimensões alternativas a culpabilidade, Gunther Jakobs e o valor normativo de culpabilidade, e por fim, uma abordagem mais moderna em busca da conciliação entre as duas áreas capitaneada por Demétrio Crespo e intitulada de compatibilidade humanista.

⁶⁹ SINGER, 2004, apud CRESPO, Eduardo Demétrio. Ob. cit., p. 115-116.

CAPÍTULO 3: PROPOSTAS A LUZ DA DOGMÁTICA PENAL

3.1 As dimensões da culpabilidade em Winfried Hassemer

Winfried Hassemer aborda as razões dos ataques à culpabilidade do ponto de vista de uma distorção da sua real função. Para ele, as críticas levantadas ao princípio se respaldam na ideia de um juízo de reprovação relacionado com “uma má metafísica” ligada a um direito penal autoritário, que desvia a corresponsabilização da sociedade em relação ao crime para o indivíduo⁷⁰.

Tal entendimento, para o estudioso, é incorreto uma vez que a culpabilidade não estaria relacionada com a punição, mas sim com a indulgência ou com a antiga distinção entre culpabilidade moral e culpabilidade jurídica⁷¹.

No âmbito da dogmática penal, Hassemer argumenta que existe uma tese dominante entre os penalistas de que se pode prescindir a discussão acerca da liberdade de vontade sem colocar em risco o princípio da culpabilidade. Essa tese teria contribuído para o esvaziamento do juízo de valor acerca da conduta do agente que passou de um “poder individual de agir de outro modo” ou um agir frente às possibilidades da situação, para um “poder geral de atuar de outro”, após a crítica determinista⁷².

O “poder geral” para Hassemer é uma construção fraca alheia às possibilidades do infrator permanecer fiel à lei, embora o tenha liberado do ônus de ter que provar o livre arbítrio como fundamento da culpa. Nesse viés, o papel da culpa de marcar os limites dentro dos quais os interesses do infrator poderiam ser sacrificados, estaria ameaçado e, por conseguinte, abriria possibilidades para uma intervenção motivada pela prevenção especial e geral. Para o pesquisador, sem essa função limitadora, não restaria um efeito saudável do princípio da culpabilidade frente aos interesses político-criminais⁷³.

⁷⁰ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidade – bases para una teoría de la imputación em derecho penal*. Tradução: Francisco Muñoz Conde e Maria del Mar Díaz Pita. Colômbia: Editorial Themis S.A., 1999, p. 51.

⁷¹ *Ibidem*, p. 51.

⁷² *Ibidem*, p. 52.

⁷³ *Ibidem*, p. 52-53.

Isto porque, pelo menos em teoria, a culpabilidade consiste na garantia de que até o especialista mais inteligente e a necessidade político-criminal mais urgente encontra limites no grau de culpabilidade. No entanto, com um caráter preventivo do conceito, a culpabilidade se une a casa do inimigo que deveria se afastar⁷⁴.

A partir dessa questão, Hassemer trabalha cinco dimensões que devem ser valoradas ao se pensar em alternativas ao princípio da culpabilidade. A primeira delas é a vinculação do acontecer injusto a uma pessoa atuante por meio da imputação subjetiva. Nessa dimensão, o princípio da culpabilidade se revela um elemento fundamental da nossa cultura jurídica, a qual concebe a ideia de que as pessoas produzem resultados no mundo externo e de que é legal e discutível a questão da causa humana dessa lesão. Eventual alternativa a essa dimensão, para Hassemer, distancia o homem da percepção do crime e renuncia as categorias de direção causal e causalidade⁷⁵.

A segunda dimensão em alternativa ao princípio da culpabilidade seria admitir a responsabilidade pelo resultado oriunda de um fato aleatório. Aqui o estudioso defende a categoria da responsabilidade em que se diferenciam os modos de causação, afirmando ser culpável quem poderia governar o acontecimento lesivo. Para Hassemer, atribuir o resultado a um fato aleatório não é seriamente admitido nem mesmo pelos defensores do determinismo que devem reconhecer o critério da responsabilidade, considerando que a argumentação daqueles em nenhum caso permite retornar a um atavismo da simples responsabilidade pelo acaso⁷⁶.

Na terceira dimensão, Hassemer trabalha o critério da responsabilidade por meio dos “graus de participação interna no evento externo”. Isso significa uma escala que passa pela imprudência consciente, negligência e dolo. Um sistema jurídico que renuncia a distinção e avaliação dos graus internos limita-se a imputar um acontecer externo nos casos em que haja responsabilidade ou não imputá-lo quando se tratar de caso fortuito. No entanto, tal possibilidade ficaria abaixo das diferenciações que são habituais ao cotidiano da inculpação e

⁷⁴ HASSEMER, Winfried. Ob. cit., p. 53.

⁷⁵ Ibidem, p. 53-54.

⁷⁶ Ibidem, p. 54-55.

exculpação. De modo a retratar de maneira igual casos que ameaçam diferentemente a vigência da norma, como atos dolosos contra a vítima⁷⁷.

Na quarta dimensão, o autor destaca o papel da imputação subjetiva para medição da pena. Neste caso, para possibilitar a imputação subjetiva como fundamentação da responsabilidade, é necessário que se diferencie os graus de participação interna. Assim, os diferentes graus representariam também consequências jurídicas distintas. O princípio da culpabilidade, com essa diferenciação, possibilita a concretização do princípio da proporcionalidade, da proibição de excessos e de limites ao sacrifício. Ainda que seja uma concretização vaga e imprecisa, com ele se consegue validade as reprimendas, bem como que sejam considerados critérios de justiça como as condições cognitivas e emocionais da atuação do delinquente⁷⁸.

Na última dimensão, Hassemer elabora acerca da reprovação da culpabilidade, ou seja, sobre dever ser reprovável a formação da vontade que conduz a decisão de cometer um delito. Para tanto, entende que a reprovação da culpabilidade pressupõe necessariamente três requisitos:

a) A liberdade de vontade e o processo penal. Hassemer não acredita que o direito penal e a vida cotidiana poderiam subsistir sem a ideia de liberdade de vontade, nem mesmo as relações humanas em geral ou legalmente constituídas, sob a ótica de hipóteses deterministas. Nesse sentido, adverte que no âmbito da culpabilidade, as circunstâncias que podem embasar a condenação devem ser reunidas dentro do processo penal a partir de um método de observação⁷⁹.

Para Hassemer, o que se pode apreender do processo penal não seria a liberdade do acusado de atuar de outro modo, mas sim as limitações materiais de liberdade, os indicadores de déficit de liberdade. O processo penal não seria capaz de averiguar as alternativas que estão por trás dessas limitações e, portanto, a polêmica acerca da liberdade de vontade seria totalmente irrelevante para o princípio da culpabilidade⁸⁰.

⁷⁷HASSEMER, Winfried. Ob. cit., p.55-57.

⁷⁸ Ibidem, p. 57.

⁷⁹ Ibidem, p. 58.

⁸⁰ Ibidem, p. 58.

b) Direito Penal e vida cotidiana. Aqui Hassemer defende que o Direito penal não deve se afastar exageradamente da vida cotidiana. A reprovação, para o estudioso, pode ter como referência diferentes normas e estilos de conduta com relevantes diferenças e desculpas. A cultura cotidiana poderia ensinar a cultura do direito a ser mais cautelosa quanto à reprovação, bem como a não formular uma reprovação contra uma pessoa de modo tão seletivo como no juízo penal. Contudo, alerta que essa aproximação deve ser feita de forma desenvolvida para que não resulte na “Idade da Pedra”, fazendo alusão a movimentos como campanhas em favor da pena de morte⁸¹.

Assim, a reprovação da culpabilidade deveria melhor compreender as circunstâncias sociais da elaboração e atitude a respeito do delito e do delinquente. Contudo, acaba atribuindo os fatores criminológicos a pessoa individual, colocando o indivíduo sob um refletor e aumentando obscuridade acerca do tema⁸².

c) Reprovação de culpabilidade e lei penal. O autor acredita que a ideia de reprovação culpável se mantenha apesar dos ataques. Isto em razão das consequências no âmbito político e criminal que extraem do princípio a base do sistema dual ou binário que inspira o direito penal. Assim, acabar com o sistema binário seria na prática suprimir a pena, restando apenas medidas de segurança, já que a pena pressupõe uma reprovação de culpabilidade contra o condenado⁸³.

Para ele, a reprovação em si não limita nada, ao contrário, estende a consequência jurídicopenal. Entretanto, os limites a pena adviriam da proporcionalidade que a culpabilidade aponta. Nesse aspecto, o Código Penal sabiamente renuncia a demonstração de liberdade de ação e elenca situações que podem fundamentar a exculpação do agente. Para Hassemer, eles demonstram não indicarem indícios negativos de liberdade de ação e de reprovação da culpabilidade, mas sim limites à criminalização do Direito penal humano⁸⁴.

⁸¹ HASSEMER, Winfried. Ob. cit., p. 59.

⁸² Ibidem, p. 60.

⁸³ Ibidem, p. 60.

⁸⁴ Ibidem, p. 61.

Por fim, defende que a culpabilidade está sendo ameaçada tanto na teoria quanto na prática pelos interesses de uma política criminal. Sendo válido explicar e defender os aspectos inalienáveis que lhe foi atribuída: imputação subjetiva, exclusão de responsabilidade por acaso, diferenciar e avaliar a participação interna no evento e garantir a proporcionalidade das consequências jurídicas penais⁸⁵.

No entanto, entende ser insustentável manter a reprovação da culpabilidade formulada contra o autor do delito em nome do princípio da culpabilidade, defendendo que o princípio sirva apenas para definir a responsabilidade do agente enquanto a sua delimitação deveria ficar a cargo do princípio da proporcionalidade.

3.2 A teoria funcional de Günther Jakobs

Para Günther Jakobs, o Direito penal é orientado para garantir a identidade normativa, a constituição e a sociedade. Nesta visão, Jakobs defende que a sociedade não seria concebida por meio da consciência individual de sujeitos que concluem contratos, produzem imperativos categóricos ou se expandem de modo similar, mas sim por meio da comunicação social que assim como a consciência possui suas próprias regras⁸⁶.

Dessa forma, o Direito Penal como parte da sociedade, realizaria o papel de contradizer “as normas determinantes da identidade da sociedade”, assim, confirmando a própria identidade social. O delito é enxergado por Jakobs como uma comunicação defeituosa do autor para com a sociedade, entretanto, a pena não seria apenas um meio de manter a identificação da comunicação, mas também constitui em si mesmo essa manutenção⁸⁷.

Com esse entendimento, o autor compreende a pena com independência frente às possíveis consequências no âmbito da psicologia social e de eventual fortalecimento da fidelidade ao ordenamento jurídico. Nesse sentido, a pena seria apenas uma “autocomprovação” do indivíduo ante a identidade social criadora da norma.

⁸⁵ HASSEMER, Winfried. Ob. cit., p. 62.

⁸⁶ JAKOBS, Gunther. Sociedad, norma y persona em uma teoria de un derecho e penal funcional. Tradução: Manuel Cancio Melia e Feijó Sanchez. Madrid: Civitas, 1996, p. 15.

⁸⁷ Ibidem, p. 18.

É nesse ponto que Jakobs seguindo um modelo de prevenção geral positiva, se alinha ao funcionalismo sistêmico de Luhmann, também trabalhado por Roxin, para defender que o Direito tem como função a estabilização social por meio de um sistema autodiferenciador. Para o funcionalismo, o Direito produz as próprias distinções e descrições que utiliza e a sociedade é o bojo na qual se possibilita a criação dessas “autoproduções”. Os indivíduos aqui teriam seus comportamentos analisados a partir de um código comunicativo que transcende a individualidade e as consciências individuais⁸⁸.

Para Jakobs, o Direito Penal restabelece a vigência perturbada da norma cada vez que aplica um procedimento de consequência da infração, ao mesmo tempo em que representa a identidade inalterada da sociedade durante esse processo⁸⁹. No funcionalismo, explica o estudioso que todas as instituições dogmáticas dignas de menção, como o conceito normativo de culpabilidade, não devem ser desenvolvidos por meio de uma perspectiva puramente interna do sistema jurídico que não considere a função da normatividade jurídica⁹⁰.

A existência do sistema penal e de suas valorações, portanto, se consolidam como sistema social e ganham significado dentro da sociedade. Sendo, o Direito Penal e a sociedade indissociável como um “cartão de apresentação”, no qual o cometimento de um delito configura um rompimento das expectativas sociais⁹¹.

Nesse contexto, Jakobs irá defender que as normas são originadas na sociedade na medida em que a comunicação social se determina em atenção a elas. Assim, a observância das normas, não é regida por um esquema de satisfação ou insatisfação, mas sim por meio de um dever e um espaço de liberdade. Para explicar o significado do feito de uma pessoa, nessas circunstâncias, a autor considera que uma “pessoa real” seria aquela em que seu comportamento é adequado à norma. Para isso, o comportamento deve estar regido por normas e ter resultado adequado à norma⁹².

⁸⁸ TUTIKIAN, Cristiano. Prevenção geral positiva e proteção de bens jurídicos: possibilidades e contradições no Estado Democrático de Direito. Revista de Informação Legislativa (2008), p.244-245.

⁸⁹ JAKOBS, Günther. Ob. cit., 1966, p. 19.

⁹⁰ Ibidem, p. 20.

⁹¹ Ibidem, p.22.

⁹² JAKOBS, Günther. Sobre la teoria de la pena. Tradução: Manuel Cancio Melia e Feijó Sanchez. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 17.

Assim, apesar de se desvincular do caráter retributivo da pena, Jakobs se filia a prevenção geral positiva para explicar o Direito Penal como estabilizador de expectativas normativas. Por conseguinte, a culpabilidade também funcionaria como uma afirmação da comunicação social do indivíduo com a sociedade baseado na norma.

Contudo, bem explica Maria Manzano Pérez, tal concepção encontra dificuldades frente ao determinismo. Isto porque, na defesa da pena como uma forma de estabilizar a norma tida como regra de conduta socialmente vigente, a qual qualquer cidadão poderia manter expectativas sobre o seu cumprimento, se exige uma pessoa livre detentora de direitos e deveres assim como o conceito tradicional de culpabilidade⁹³.

Por fim, depreende-se que apesar da tentativa do funcionalismo em Günther Jakobs extrair um caráter meramente normativo para culpabilidade, a concepção de que o Direito Penal constrói suas próprias definições, em certo momento, irá esbarrar na pena fundamentada sob uma margem de liberdade, ainda que na camuflagem de conceitos comunicativos e estabilizadores da expectativa social. Afinal, na tomada de decisão pela fidelidade a norma, o indivíduo terá que processar o diálogo proposto com a sociedade por meio de uma escolha de viés consciente.

3.3 A compatibilidade humanista de Demétrio Crespo e Mercedes Pérez Manzano

Mais recentemente, os pesquisadores espanhóis Demétrio Crespo e Mercedes Pérez se debruçaram sobre as críticas lançadas pela neurociência propondo um diálogo entre a neurociência e as instituições do Direito Penal, reconhecendo sua capacidade de influência e suas limitações frente à ciência social.

Demétrio Crespo aponta como um dos possíveis excessos do neurodeterminismo a chamada “falácia mereológica” trabalhada pelo neurocientista Maxwell Bennett em conjunto com o filósofo Peter Hacker na obra *Philosophical foundation of neuroscience*. Essa falácia consiste no erro dos neurocientistas em atribuir às partes constituintes de um animal atributos

⁹³ PÉREZ MANZANO, Mercedes. Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia, Universidad Autónoma de Madrid, p. 14.

logicamente aplicáveis ao animal como um todo⁹⁴. Assim, não seria adequado compreender o cérebro como um sujeito apropriado de predicados psicológicos confundindo o âmbito empírico com o conceito e relacionando atributos psicológicos ao cérebro e não a pessoa.

O que de fato enseja uma conclusão desprovida de lógica uma vez que só é possível compreender os efeitos dos processos cerebrais quando interligados ao todo humano que o reveste, afinal não existiria uma “conduta do cérebro”, mas sim da pessoa.

Por outro lado, segundo Demétrio Crespo, os experimentos inaugurados por Libet, no âmbito da responsabilidade penal poderia levar a dissolução da distinção entre atos voluntários e involuntários e a reformulação de importantes institutos para o processo de imputação como dolo. No entanto, argumenta que a constatação da neurociência de que o cérebro e os corpos dos sujeitos detectam a informação de modo inconsciente, em termos de Direito Penal, deve levar em conta um conceito de “consciência” como algo de maior complexidade e subjetividade⁹⁵.

Para o estudioso, tal entendimento não significa se alinhar de forma irrestrita a percepção subjetiva do “autoentendimento” como seres efetivamente livres para imputação penal. Pois, essa ideia afronta as evidências descobertas pelos neurocientistas que advertem a diferença entre assumir “a experiência da vontade consciente” e existir a “causação das ações por tal vontade consciente”. Portanto, embora se dê importância à percepção subjetiva, esta não é suficiente para a heteroimputação jurídica⁹⁶.

A partir disso, Demétrio defende uma espécie de “determinismo atual”, segundo o qual nosso comportamento se determina passo a passo por meio do surgimento de novas linhas causais. Com isso, ele explica ser possível elaborar um conceito mínimo de liberdade no contexto compatibilista em que a “autodeterminação” é compreendida pela intersubjetividade⁹⁷. Nessa ideia, o autor busca conciliar o fator psicológico e neurológico da formação da vontade, seja acolhendo as descobertas científicas dos processos inconscientes,

⁹⁴ CRESPO, Eduardo Demétrio. Compatibilismo humanista: uma proposta de conciliação entre Neurociências e Direito Penal. IN: Neurociência e Direito Penal. Atlas, 2014, p. 20-21.

⁹⁵ Ibidem, p. 25.

⁹⁶ Ibidem, p. 26-27.

⁹⁷ Ibidem, p. 28.

seja entendido que a correlação entre “um estado de vontade” e “uma determinada ação” não é fixa.

A compatibilidade em Demétrio é um ponto intermediário entre o determinismo forte, que não reconhece nenhuma margem de liberdade e, por conseguinte, torna difícil a responsabilização por falta de pressupostos, e o puro indeterminismo, em que nossos atos seriam previamente determinados. Além disso, para ele, a discussão filosófica acerca da liberdade de vontade não é especificamente a mesma no âmbito jurídico penal. Neste último, o livre-arbítrio traduziria de forma simplificada os casos duvidosos de culpabilidade recaindo a “carga de prova” sobre o determinismo e, após, no caso de rechaço, caberia ao princípio do *in dubio pro reo* excluir tais casos⁹⁸.

Do lado do determinismo a luz da neurociência, o espanhol aponta falhas semelhantes às trabalhadas por outros autores. A primeira delas consiste na criação de um modelo monista de medidas de segurança, abrindo mão de um penal com base na culpabilidade. Já uma segunda consequência de um parâmetro determinista poderia ser o surgimento de um “tipo eugenésico”. Isso porque, bem ressalva Demétrio, os neurocientistas que se ocuparam dos problemas limítrofes não defenderam em absoluto tais ideias e ao mesmo tempo não propuseram que a sociedade deva deixar de responsabilizar as pessoas⁹⁹. Criando, de fato, um espaço vazio e ainda desconsiderando os importantes balizamentos do Direito penal para intervenção na liberdade individual.

Demétrio compreende ainda, que as descobertas da neurociência não tornam o Direito penal impraticável. Posto que, não se nega a existência de ações voluntárias em si, mas sim evidencia o condicionamento inconsciente dessas. Ou seja, os neurocientistas não teriam certificado a incapacidade geral de seguir as intenções a longo prazo ou de certo “controle dos impulsos”.

É o que ele aponta como o reconhecimento de uma “margem de liberdade” necessária ao Direito penal. Citando Sanchez Feijó, é a “*mínima capacidade de autodeterminação, que*

⁹⁸ CRESPO, Eduardo Demétrio. 2014. Ob. cit., p. 30.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 32.

*deve ser entendida em sentido intersubjetivo”*¹⁰⁰. Dessa constatação, o que se faz mais importante para processo penal é a compreensão dos efeitos concretos.

Um dos aspectos relevantes seria a capacidade de interferir nas denominadas causas excludentes de ilicitudes, assim como nos limites entre a culpabilidade e periculosidade. Na busca da conciliação e aproveitamento, Demétrio propõe o chamado “compatibilismo humanista” que visa considerar as contribuições da Neurociência para o fortalecimento de um Direito penal mais democrático, que não se isole por meio de um pressuposto contrário aos estudos de outras ciências. Para tanto, ele trabalha três ancoragens metodológicas de compatibilização a serem analisadas.

3.3.1 Pressupostos metodológicos de compatibilização

O primeiro déficit apontado por Demétrio trata da análise incompleta dos neurocientistas ao considerar apenas os problemas de fundamentação das concepções retributivas da pena¹⁰¹. Sobre esse ponto, Pérez Manzano aduz que se faz necessário analisar se um Direito penal preventivo geral apresenta as mesmas dificuldades de fundamentação da pena no contexto de refutação ao livre arbítrio, sob o risco de substituir uma base teórica pela outra fundada em iguais dificuldades¹⁰².

Explica a autora, que a proposta preventiva se divide em duas formas. A primeira delas denominada prevenção geral negativa que corresponde à ideia de que os delitos podem ser evitados por meio do efeito intimidatório da pena sobre os cidadãos. Nessa perspectiva, considera ser possível conciliar o Direito penal com o determinismo, de modo que não existiria um sujeito moral, mas sim um sujeito natural que elege certos movimentos de acordo a fim de evitar os efeitos nocivos daqueles¹⁰³.

Por outro lado, a corrente denominada de prevenção geral positiva explica a relação humana com o conteúdo da norma penal como mecanismo de “interação social”. Nesse viés, os cidadãos não cometeriam atos delituosos apenas pelo caráter intimidador da norma, senão

¹⁰⁰ FEIJÓ, 2011 apud CRESPO, 2014, p. 33.

¹⁰¹ CRESPO, Eduardo Demétrio. 2014. Ob. cit., p. 38.

¹⁰² PÉREZ MANZANO, Mercedes. Ob. cit., p. 12.

¹⁰³ Ibidem, p. 13.

por considerarem justo o conteúdo da norma e se sentirem motivados valorativamente a respeitá-la. Nesse ponto, Pérez Manzano considera difícil a conciliação com o determinismo, haja vista ser possível extrair a necessidade de uma pessoa livre para gerar e manter as expectativas de cumprimento da norma, sendo, portanto, capaz de ser afetada pelas críticas neurocientíficas¹⁰⁴.

Contudo, ainda que a prevenção negativa passe na prova do neurodeterminismo, Pérez Manzano alerta não existir nenhuma evidência científica sobre quando e como se produz os efeitos da pena e conseqüentemente, acerca o caráter ameaçador da pena como efeito inibidor da conduta¹⁰⁵.

Feita essa análise, Demétrio ressalta que independentemente do alcance que um possível “tratamento neurológico” possa atingir no futuro, a finalidade preventiva ou terapêutica, deve observar os ditames de legitimidade sob o aspecto valorativo-constitucional fundamentado na dignidade da pessoa humana. Em termos práticos, o autor defende que seja qual for à forma que a imposição do castigo se dê, essa deverá observar os princípios fundamentais, não renunciáveis por qualquer avanço científico¹⁰⁶.

O segundo pressuposto metodológico defendido é a permeabilidade da Ciência Penal. Ao contrário do defendido por Günther Jakobs, o autor espanhol não propõe um modelo normativista em que a ciência penal cria seus próprios critérios, mas sim um sistema permeável e flexível, ou seja, capaz de se atentar e se adaptar frente aos novos conhecimentos de comportamento humano¹⁰⁷.

Por fim, Demétrio irá se alinhar a busca de uma resposta cientificamente unitária. Ele rechaça a “falha categorial” sintetizada por Hassemer, que defende a existência de instrumentos próprios de cada ciência, usada para impugnar a Neurociência por transcorrer o âmbito daquela disciplina. No compatibilismo levantado por Demétrio, não se mostra convincente aduzir que cada área do conhecimento possui métodos de investigação diferentes sem que se possa interligá-los, mas sim admitir que podemos revisar as propostas da

¹⁰⁴ PÉREZ MANZANO, Mercedes. Ob. cit., p. 14.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 15.

¹⁰⁶ CRESPO, Eduardo Demétrio. 2014. Ob. cit., p. 38.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 38.

dogmática penal e oferecer respostas, sobretudo para garantir a observância da dignidade da pessoa humana¹⁰⁸.

Com base na ideia de que é possível conciliar ambos os conhecimentos, propõem-se o “compatibilismo humanista” entre a Neurociência e o Direito penal. Explica Demétrio que o “compatibilismo” vem da compatibilidade entre as ciências empíricas e o Direito, em especial o Direito penal, e o “humanista” parte do reconhecimento de que a ciência encontra como sua única razão de ser a garantia da dignidade do ser humano¹⁰⁹.

Para Demétrio as consequências da solução proposta, no âmbito da culpabilidade, poderia representar a ampliação dos casos de inimputabilidade e semi-imputabilidade ante a demonstração da conduta delitiva condicionada a déficits cerebrais, os quais devem ser interpretados em favor do autor. Além disso, toda alternativa ao castigo tradicional deve respeitar os limites e garantias materiais e processuais que protegem aos sujeitos considerados culpáveis no Estado de Direito¹¹⁰. Tudo isso, amparado nas premissas metodológicas acima trabalhadas.

Uma conciliação soa como uma proposta mais alinhada à realidade fática apresentada até agora pela Neurociência, bem como ao eventual avanço do empirismo, ao mesmo tempo em que resguarda todas as instituições indispensáveis à garantia de uma vida em sociedade. A culpabilidade objeto de estudo neste trabalho deve ser compreendida como um meio limitador do poder punitivo estatal e garantia do indivíduo. Entretanto, para que isso ocorra, não parece razoável considerá-la como mera autocriação da dogmática penal.

Isso não retira, contudo, a importância da construção no bojo do Direito penal de regras para atribuição de responsabilidade. Como bem salienta Antônio Martins (2012), a produção normativa e a culpabilidade fazem parte também de um processo político. Os penalistas, nesse campo, possuem importante função reflexiva na discussão democrática. Assim, devemos ter em mente que a dogmática penal:

é parte de um discurso jurídico que, naturalmente, não se esgota em discurso científico; seus canais de difusão no processo mais amplo de comunicação social nos obrigam a relembrar sua dimensão política, a

¹⁰⁸ CRESPO, Eduardo Demétrio. 2014. Ob. cit., p. 41.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 41.

¹¹⁰ Ibidem, p. 42.

determinar-lhe o horizonte hermenêutico de sua argumentação e a emprestar-lhe voz. Aquela função reflexiva se subdivide em dois *fronts*: de um lado, o trabalho de Sísifo de demarcação de limites, que serão, tantas e tantas vezes, redefinidos. Assim, no entrecruzamento de discursos científicos, morais, éticos, filosóficos, políticos, a dogmática penal tem como tarefa cuidar de uma diferenciação de argumentos, mas salvaguardando, no mesmo passo, sua autonomia, numa atividade contínua de reflexão¹¹¹.

Portanto, frente à realidade, há que se atentar aos parâmetros de responsabilidade penal formulados sob um viés essencialmente subjetivo e desprendidos de critérios tangíveis. Por outro lado, assume a dogmática penal a função delimitadora e reflexiva frente aos estudos empíricos que violem garantias individuais. Talvez seja essa a principal contribuição da Neurociência para o Direito penal, nos obrigar a fazermos uma constante reformulação de nossos pressupostos com o fim de garantir que nenhum meio empírico seja capaz de justificar práticas violadoras da dignidade humana em nome da Ciência.

¹¹¹ MARTINS, Antônio. Culpabilidade como instituição política: um esboço. *Direito Penal como crítica da pena*, 2012, p. 402-403.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo compreender os efeitos dos estudos neurocientíficos para o juízo de reprovabilidade penal. O grande desafio enfrentado pela dogmática jurídica advém da descoberta de que a ação voluntária, na verdade, se inicia em uma região cerebral que atua inconscientemente e representa os desejos e intenções. Com isso, estudiosos como Libet não negaram a capacidade humana de controle de seus impulsos, evidenciando apenas que o ato voluntário não inicia o processo volitivo, mas sim seleciona quais iniciativas irão resultar na conduta externa.

Ainda na elaboração da teoria finalista da ação, Hans Welzel já demonstrava preocupação quanto à eleição da conduta correta pelo agente. O que para ele se dava na capacidade do indivíduo de atuar conforme o sentido e não na capacidade geral de atuar de outro modo. Isso porque a adesão ao indeterminismo tradicional corrói a figura do sujeito responsável convertendo todos os atos de vontade em um emaranhado de ações sem conexões entre si, resultantes apenas de impulsos no tempo¹¹².

Não há como pensarmos na vida em sociedade e na responsabilização se considerarmos todos os nossos atos pré-determinados. Ainda que sejamos enganados por uma visão subjetiva, em que nos enxergamos como seres dotados de livre-arbítrio, não restaria menos prejudicial encarar que todas as lesividades causadas nas esferas jurídicas de um terceiro sejam oriundas de déficits cerebrais passíveis de tratamento por medida de segurança.

A culpabilidade penal como juízo de reprovação da conduta precisa dialogar com a sociedade que a impõe. A complexidade dos procedimentos de criminalização transpassa a mera técnica científica, para esbarrar em critérios éticos, filosóficos e políticos. Não basta acender um refletor apenas sobre a conduta do agente como discorre Hassemer¹¹³, nem ao menos adotar a “falácia mereológica” que desprende o sujeito de seu cérebro concebendo uma conduta da parte e ignorando o todo que a compõe.

Com isso, não há tamanha distinção entre os neurobiólogos que defendem a liberdade de vontade como instituição social. Em certa medida, a culpabilidade atua na sociedade

¹¹² WELZEL, Hans. Ob. cit. p. 143.

¹¹³ HASSEMER, Winfried. Ob. cit., p. 60.

delimitando a conduta que deve ou não ser tida como reprovável. Hoje vinculada a determinados tipos penais, mas que amanhã podem refletir um juízo de reprovação diferente nesta mesma sociedade.

É bem verdade que pensar em um Direito penal sem o caráter retribucionista ainda é desafiador. Porém, encará-lo sem o parâmetro da culpabilidade parece desastroso. Isto porque, ainda que tenham sido apresentadas as críticas elaboradas pela Neurociência, não há nenhuma proposta por aquela ciência para o problema da responsabilização. Pelo contrário, bem apontou Demétrio¹¹⁴ que nenhum deles parece defender a inexistência de responsabilidade.

Isso se traduziria no Direito penal de medidas, em que a pena não se sustenta por ausência de juízo de reprovação. Assim, poderíamos enfrentar graves violações da dignidade humana sob justificativa científica, já que seríamos tidos como seres não capazes de limitar nossas próprias ações e, por conseguinte, passíveis de tratamento.

Além disso, a culpabilidade deve reforçar a limitação do *ius puniendi* por meio da imputação subjetiva, as quais em caso de suprimento poderiam retornar a responsabilidade objetiva. Soma-se a isso, a sua capacidade de valorar a proporcionalidade da reprimenda do agente frente ao feito, possibilitando que condutas mais gravosas sejam tratadas de maneira diversa.

Entretanto, não parece nos oferecer resposta mais satisfatória à adoção da culpabilidade por um viés estritamente normativista. A ideia de que o Direito penal fabrica seus próprios conceitos deve ser considerado e defendido na medida em que resguarde a dignidade humana. Afinal, também soa autoritário buscar o isolamento da disciplina de maneira ensandecida quando a realidade dos fatos nos demonstram pressupostos diferentes da conduta humana.

Assim, a “compatibilidade humanista” de Demétrio Crespo aparece como uma boa proposta de conciliação. Entender os avanços científicos desde o ponto de vista da ciência social contribui para que a culpabilidade esteja alinhada as descobertas que lhe sirvam para diminuir os danos do sistema penal.

¹¹⁴ CRESPO, Eduardo Demétrio. 2014. Ob. cit., p. 30.

Ao mesmo tempo, deve-se pautar a importância da autonomia do Direito e de suas instituições como defensores do Estado de Direito. Para tanto, além de enxergar os ataques discorridos a nossa disciplina, é preciso protagonizar esse debate e extrair o que nos for necessário ao garantismo penal. A Neurociência, assim, pode ser encarada como um incômodo necessário para manutenção e aperfeiçoamento da dogmática penal.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico penais da revolução neurocientífica. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

CRESPO, Eduardo Demétrio. Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal: aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre neurociencias y derecho penal. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 9, n. 16, 2017.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Compatibilismo humanista: uma proposta de conciliação entre Neurociências e Direito Penal. IN: *Neurociência e Direito Penal*. Atlas, 2014.

FERRACIOLI, Jéssica Cristina. Neurociência e Direito Penal: Culpabilidade e o panorama das implicações neurocientíficas. 2018. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018,

FRANK, Reinhart. Sobre la estructura del concepto de la culpabilidad. Tradução: Gustavo Eduardo Aboso e Tea Low. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2002.

HAGGARD, Patrick e Martin Eimer. On the relation between brain potentials and the awareness of voluntary movements. *Experimental brain research* (1999). Disponível em: <http://pacherie.free.fr/COURS/MSCHaggard-Elmer-1999.pdf>. Acesso em: 21. Abril. 2022.

HASSEMER, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad – bases para una teoría de la imputación em derecho penal. Tradução: Francisco Muñuz Conde e Maria del Mar Díaz Pita. Colômbia: Editorial Themis S.A., 1999.

JAKOBS, Gunther. Sociedad, norma y persona em uma teoria de un derecho e penal funcional. Tradução: Manuel Cancio Melia e Feijó Sanchez. Madrid: Civitas, 1996.

JAKOBS, Günther. Sobre la teoría de la pena. Tradução: Manuel Cancio Melia e Feijó Sanchez. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 1998.

- LIBET, Benjamin. Do we have free will? *Journal of consciousness studies*, v. 6, n. 8-9, 1999.
- LISZT, Franz von. Tratado de direito penal alemão. v.1. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e C. Editores, 1899.
- LORENZ, Edward. “Predictability: does the flap of a butterfly’s wings in Brazil set off a tornado in Texas?”. 1972. Disponível em: https://eapsweb.mit.edu/sites/default/files/Butterfly_1972.pdf. Acesso em: 15. Abril. 2022.
- MARTINS, Antônio. Culpabilidade como instituição política: um esboço. *Direito Penal como crítica da pena*, 2012.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes. Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociência, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2011.
- PRADO, Luis Regis. Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral, volume 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. Tomo I. Tradução: Diego Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz e García Conlledo e Javier de Vicente Remesal Madrid: Civitas, 1997.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral, 6. ed.- Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014.
- TUTIKIAN, Cristiano. Prevenção geral positiva e proteção de bens jurídicos: possibilidades e contradições no Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, 2008.
- WELZEL, Hans. El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução e notas: José Cerezo Mir. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2004.