

NEUROculpABILIDADE: A CONTROVÉRSIA ENTRE O SISTEMA FINALISTA E O DESENVOLVIMENTO NEUROCIENTÍFICO

NEUROculpABILITY: THE CONTROVERSHIP BETWEEN THE FINALIST SYSTEM AND NEURO SCIENTIFIC DEVELOPMENT

Anderson de Oliveira Silva^{1,2}

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário ICESP de Brasília (UniCesp), pesquisador e extensionista bolsista (PIBIC/PIBEX), integrante do grupo de extensão “Consumidor e os seus direitos”, integrante do grupo de pesquisa “Direitos Fundamentais e Políticas Públicas”.

² Artigo desenvolvido sob orientação da Profª. Ma. Ana Cecília Pereira Melo do Curso de Direito do Unicesp de Brasília.

Resumo: O presente artigo propôs um estudo analítico acerca da culpabilidade penal em face da liberdade de ação - esta advinda do sistema finalista sustentado principalmente por Hans Welzel - frente ao neurodeterminismo (pré-determinação da ação) iniciado a partir dos experimentos de Benjamin Libet e reforçando a filosofia determinista. Sendo a liberdade de ação o fundamento basilar do finalismo, a afirmação pelos neurocientistas de que o indivíduo não é plenamente livre para decidir sobre suas ações fragiliza a atributividade da culpa realizada pelo sistema penal, o qual se baseia no livre arbítrio. O objetivo do trabalho consiste em analisar a evolução da culpabilidade e questionar: a partir das descobertas neurocientíficas, a base finalista deveria ser modificada de modo a recepcionar um novo modelo de livre arbítrio? O método científico utilizado para cumprir o fito do trabalho foi o dialético visto que analisou a tese sobre a liberdade de ação do sistema finalista e, após, tratou de sua antítese para se chegar a uma conclusão lógica. Para o desenvolvimento do trabalho foram utilizados livros jurídicos (e não jurídicos), leis brasileiras pertinentes e artigos científicos.

Palavras-chave: Neurodireito; Culpabilidade penal; Direito Penal; Liberdade de ação; Sistema finalista; Neurodeterminismo.

Abstract: This article proposed an analytical study about criminal guilt in the face of freedom of action - this coming from the finalist system supported mainly by Hans Welzel - in the face of neurodeterminism (pre-determination of action) initiated from the experiments of Benjamin Libet and reinforcing the deterministic philosophy. Since freedom of action is the basic foundation of finalism, the claim by neuroscientists that the individual is not fully free to decide on his actions weakens the attributivity of guilt carried out by the penal system, which is based on free will. The objective of the work is to analyze the evolution of culpability and to ask: from the neuroscientific discoveries, should the finalist base be modified in order to receive a new model of free will? The scientific method used to fulfill the purpose of the work was the dialectical one, since it analyzed the thesis on the freedom of action of the finalist system and, afterwards, dealt with its antithesis to reach a logical conclusion. For the development of the work, legal (and non-legal) books, relevant Brazilian laws and scientific articles were used.

Keywords: Neurodright; Criminal guilt; Criminal law; Freedom of action; Finalist system; Neurodeterminism.

Sumário: Introdução. 1. O caminho até o finalismo. 1.1. Da objetividade à subjetividade da culpa. 1.1.1. Vinganças penais e momentos na história. 1.1.2. Escolas penais e o livre arbítrio. 2. A hodierna doutrina penal. 2.1. O sistema causal e as teorias da culpabilidade. 2.2. Doutrina

da ação finalista e a teoria normativa pura da culpabilidade. 2.2.1. As críticas decorrentes e o pós-finalismo. 3. Neurodeterminismo. 3.1. O experimento de Benjamin Libet. 3.2. O experimento de Stefan Bode. 4. Neurodeterminismo e Direito. Considerações finais. Referências.

Introdução

Uma das questões mais complexas que os cientistas penais contemporâneos se propõem a debater é: como se determina a culpa de alguém?

Entender como se determina a culpabilidade é conseguir aproximar Direito e Justiça. No entanto, a culpabilidade não foi originariamente um conceito detalhadamente discutido, visto que o Direito Penal passou por períodos em que a punição do indivíduo agente de um comportamento desviante da moral coletiva não se vinculava à análise de sua culpabilidade. Nesse sentido, a culpabilidade era confundida com a responsabilidade objetiva.

O conceito finalista - defendido principalmente por Hans Welzel - é aceito, contemporaneamente, em diversos países como forma racional de determinar a culpabilidade do indivíduo. O finalismo dita, em síntese, que a culpabilidade a qual se atribui ao indivíduo é medida pela finalidade a qual ele buscava concretizar por meio de sua ação. Essa foi uma inovação no Direito Penal, pois, adotando o finalismo, o olhar para analisar a culpa passa a ser voltado para o indivíduo internamente (sua volição) e não para o seu exterior (o resultado exclusivamente). Porém, em oposição ao finalismo, os críticos alegam, por motivos diversos, que o indivíduo não é dotado de autonomia de ação. Esses críticos são chamados deterministas, pois seus argumentos sustentam a ideia de que o indivíduo tem seus atos determinados, ou seja, sua liberdade volitiva seria inexistente.

Nota-se que, principalmente, desde os estudos feitos por Benjamin Libet no artigo intitulado “*Do We Have Free Will?*”, iniciou-se a soma de parcela dos neurocientistas à classe dos deterministas. Isso porque, a partir do experimento de Libet, chegou-se ao resultado da inexistência da liberdade de ação na fase inicial da volição: em seu experimento, Libet constatou que as decisões são tomadas antes que o indivíduo possuísse consciência acerca delas, ou seja, o processo de volição é iniciado inconscientemente.

Neste segmento, estudos posteriores de neurocientistas incitaram a retomada do debate acerca da liberdade de ação e, a partir de seus resultados, fortaleceram a base neurodeterminista seja de forma direta ou indireta. Todavia, as descobertas neurocientíficas

são inconclusivas, isto é, ainda não chegaram a uma resposta inquestionável. Fato esse que resulta em grande divergência científica: de um lado, aqueles que acreditam na liberdade do indivíduo em suas escolhas; do outro, aqueles que veem como consequências pré-determinadas.

A problemática da pesquisa consiste na divergência surgida entre o finalismo – dotado de livre arbítrio – e o avanço da Neurociência frente aos estudos acerca da iniciativa volitiva do indivíduo. Portanto, nesse artigo, observam-se ambos os lados: (I) aqueles que defendem a liberdade de ação; (II) aqueles que defendem o determinismo.

Logo, o objetivo geral do artigo é: formar base científica, a qual relata o contraste entre o sistema finalista e o avanço neurocientífico. Para isso, têm-se como objetivos específicos: perscrutar a evolução do entendimento acerca da culpa; analisar o livre arbítrio como base para um sistema de atribuição de culpa; verificar as inconsistências entre o atual sistema e os estudos neurocientíficos; perquirir as críticas ao atual sistema.

Assim, surgem algumas hipóteses, como: o Direito, como ciência social, diverge-se da evolução da Neurociência e, portanto, o sistema finalista deve ser mantido; as ciências formam o conjunto do todo, logo, o sistema finalista entender-se-ia superado, uma vez considerados os resultados dos estudos neurocientíficos; caberia ao Direito, diante dos resultados já evidenciados, modificar o sistema finalista – ou até mutacioná-lo com novas interpretações de premissas – de modo a encaixar-se em uma nova natureza da culpa.

Nessa linha, o trabalho versa acerca da evolução da culpabilidade na história e do entendimento contemporâneo de culpabilidade no pós-finalismo. Após, versa acerca dos resultados das pesquisas de cunho neurocientífico. Por fim, versa sobre esses resultados evidenciados e suas implicações no Direito Penal.

O artigo possui natureza comum, uma vez que procurou gerar conhecimentos úteis para o avanço da ciência, isto é, não houve aplicação prática prévia (natureza aplicada) posto que a problemática central da pesquisa tratou do avanço neurocientífico conflitando com uma das ideologias basilares do sistema penal.

O método científico utilizado no trabalho foi o dialético, visto que se analisou a tese da liberdade de ação do sistema finalista e, por conseguinte, tratou-se a antítese para chegar a uma conclusão lógica. A abordagem adotada na pesquisa é de propriedade qualitativa em razão da interpretação de conceitos e atribuição de significados.

No que se refere ao procedimento técnico, fizeram-se pesquisas em doutrinas penalistas – tanto clássicas como atuais –, na lei brasileira e em trabalhos científicos sobre a temática, como Araújo (2017) e Sant’anna (2014), os quais representam o início da abordagem no estudo brasileiro. Estes pesquisados por intermédio do sítio: SciELO. Neste foram utilizados os descritores: culpabilidade, Hans Welzel, Benjamin Libet, sistema finalista e liberdade de ação. Os descritores foram traduzidos também para a língua inglesa para expandir o rol de resultados.

1. O caminho até o finalismo

O estudo acerca da culpabilidade é de suma importância conforme destacou o jurista alemão Franz Von Liszt ao afirmar que “pelo aperfeiçoamento da teoria da culpabilidade mede-se o progresso do Direito Penal” (1927, p. 390 apud BITENCOURT, 2018, p. 639). Logo, ao saber classificar a culpabilidade do indivíduo de acordo com sua conduta contrária ao Direito, pode-se fundamentar um elemento de justificação da punição por parte do Estado que tenha como uma das principais finalidades o alcance da Justiça.

O problema existe quando se busca conceituar a culpabilidade para utilizá-la no Direito Penal, pois esta questão procura, além de resolver os conflitos sociais, responder acerca do autoconhecimento do indivíduo e da sociedade. Destaque-se que a teoria geral do delito (onde se discute inclusive a culpabilidade) não é uma construção dogmática acabada, uma vez que é fruto de contínuo desenvolvimento (BITENCOURT, 2018). Desse modo, para o bom entendimento do fito almejado pela teoria finalista se faz necessário analisar a culpabilidade no que tange ao seu momento predecessor na história.

1.1. Da objetividade à subjetividade da culpa

A culpa passou de um elemento olvidado – ou atribuído de maneira automática – até um dos compostos próprios do conceito analítico do crime. À vista disso, para um adequado entendimento daquilo que, hodiernamente, se entende como culpa – ou culpabilidade – a evolução histórica mostra-se como o ponto de partida essencial.

Nesse diapasão, comente-se acerca da história da culpabilidade, iniciando com as vinganças penais - as quais se subdividem, e não necessariamente compõem sucessão cronológica – e alguns momentos da história da humanidade – Grécia, Roma e Alemanha. Após, comenta-se das Escolas Penais e os primeiros passos das concepções do livre arbítrio até culminar no entendimento hodierno sobre a culpa.

1.1.1. Vinganças penais e momentos na história

A culpabilidade não foi fator de atenção nos primeiros anos da humanidade. A culpa analisada como integrante do conceito analítico de crime (*stricto e lato sensu*) ou como instituto medidor da pena surgiu em tempos póstumos ao início da aplicação de penas pelos modelos de sociedade precedentes. Neste sentido, Greco (2017) assevera que todo grupo social possuía regramento próprio o qual era responsável por determinar a medida de punição do indivíduo de comportamento desviante, pois era uma questão de sobrevivência do grupo ter meios para punir, e se possível impedir, que fossem cometidos atos que colocassem em perigo a paz social. Entretanto, a medida de responsabilização do indivíduo infrator - ou grupo infrator - foi determinada de modos diversos durante o decorrer da história da humanidade.

Em princípio, trata-se da vingança penal. Todavia, não se pode, conforme afirma Bitencourt (2018), analisar a vingança penal – e conseqüentemente a atribuição da culpa – como uma progressão sistemática na história da humanidade. À vista disso, a doutrina majoritária classifica as fases iniciais da vingança penal em: divina (totêmica), privada e pública.

No período da vingança divina, a sociedade era marcada por forte influência de suas crenças e misticismos, isto é, em eventos sobrenaturais. Nessa linha, a sociedade possuía um totem representativo da crença predominante, e caso algum fenômeno místico ocorresse causando prejuízo àquela, após o indivíduo desrespeitar as regras totêmicas, se não houvesse a sanção, presumir-se-ia que a ira dos deuses recairiam sobre todo o grupo (NUCCI, 2019). Nesse sentido, a pena, na vingança divina, era o sacrifício humano (GRECO, 2017) ou aquela que correspondesse à grandeza da divindade ofendida (BITENCOURT, 2018).

Nesse período observa-se que a culpa era vinculada à simples indicação do desrespeito ao regramento totêmico. A suposta agressão sofrida pela sociedade era retribuída ao infrator de modo desproporcional, almejando-se a satisfação da divindade (BITENCOURT, 2018), ou seja, nota-se a culpa objetiva e desproporcional, pois era suficiente o desrespeito à divindade para que o indivíduo se tornasse culpado.

Nos demais períodos – vingança privada¹ e vingança pública -, a culpa objetiva também era um traço evidente para a atribuição da vingança penal. No entanto, no período da vingança privada, iniciava-se a ideia de proporcionalidade da pena com o surgimento da Lei de Talião² (CAPEZ, 2018). Embora esse ato fosse um dos primeiros passos para a busca de uma pena vinculada à Justiça, a proporcionalidade nesse período não buscou analisar a culpa do sujeito infrator. Nesse sentido, expõe Greco (2017, p. 48): “O ‘olho por olho’ e o ‘dente por dente’ traduziam um conceito de Justiça, embora ainda atrelada à vingança privada”. Logo, compreende-se que se tratava de uma tentativa de reparação do dano, não de tratativa do mal causado ou almejado.

A culpabilidade também não foi o foco de análise no período da vingança pública, uma vez que o objetivo máximo buscado nesse período era a proteção do soberano – o qual se vinculava à influência religiosa – por intermédio da aplicação de sanções penais cruéis e desumanas (BITENCOURT, 2018) as quais possuíam o fito de intimidar a sociedade perante o poder do governante (GRECO, 2017).

Como uma das grandes referências da evolução histórica da humanidade, destaque-se a Grécia Antiga, a qual evoluiu seu sistema penal até assentar-se sobre uma base moral e civil desvinculada da religião. Com a contribuição de Pitágoras, a lógica lidada na matemática foi utilizada analogamente nas formas de punição jurídica no que tange à proporcionalidade³ (CUNHA, 2019). Diga-se ainda que, no sistema penal grego, iniciaram-se os primeiros passos para a individualização da pena. Nesse sentido, comenta Luís Jiménez de Asúa:

[...] durante o transcurso de vários séculos passou de sua índole coletiva, do *genos*, à individual. Certo que, inclusive nas épocas mais antigas, o direito grego somente castigou o autor, quando se tratava de delitos comuns. Mas, no tocante às ofensas de caráter religioso e político, existiram durante longos períodos sanções de caráter coletivo. Os traidores e os tiranos eram mortos e com eles toda sua família. Glotz assinala episódios históricos de pena de morte coletiva, de privação coletiva de direitos, de expulsão coletiva da paz, chamada pelos gregos *atimia*, que acarretava terríveis consequências: qualquer um podia matar o excluído da comunidade e apoderar-se de seus bens (1964, p. 275 apud GRECO, 2017, p. 50).

¹ No período da vingança privada, esta se fundamentava fulcralmente na retribuição pelo mal praticado ao particular, sendo que essa podia ser exercida tanto por aquele que sofreu o dano quanto pelos seus parentes ou grupo social a que estivesse inserido (GRECO, 2017).

² A lei de talião foi um marco para o sistema penal da época, sendo utilizada pelo Código de Hamurabi – Babilônia -, no Êxodo – hebreus – e na Lei das XII Tábuas – romanos (BITENCOURT, 2018).

³ Apesar da propositura da lógica na forma de punição entendendo esta como forma de retribuição pelo malefício cometido, divergentemente, Protágoras e Platão entendiam a pena como forma de intimidação para que o mal fosse reprimido (CUNHA, 2019).

Ainda assim, somente foi na Roma Antiga⁴ - especificamente com a Lei das Doze Tábuas - que surgiu o princípio da responsabilidade individual propriamente dito, ou seja, um marco para o desenvolvimento da culpabilidade o qual garantiu a responsabilidade subjetiva (CAPEZ, 2018), porém a culpabilidade em si ainda não era o foco.

Todavia, diferente dos avanços conquistados pelos gregos e romanos, no Direito Germânico a proporcionalidade e a individualização da pena não se faziam presentes, pois a pena era vista como uma vingança de sangue⁵ (*Blutrache*) a qual se estendia a todo o tronco familiar do transgressor (CAPEZ, 2018). Nesse sentido, a culpabilidade não encontrava espaço para sua individualização, pois “a responsabilidade era puramente objetiva, não tendo a menor importância o elemento subjetivo, mas tão somente o dano causado” (CAPEZ, 2018, p.464).

No período da Idade Média, diferentemente dos demais, a justiça passou a ter por base o livre arbítrio humano⁶, uma vez que esse período⁷ sofrera forte influência da filosofia cristã: punia-se somente aquele que pecara (responsabilidade subjetiva) e punia-se proporcionalmente ao pecado cometido (proporcionalidade da pena). Porém, essa base de crenças e mistificações foi minimizada no período moderno, visto que fora nesse período que existiram descobertas inovadoras acerca do universo trazidas, principalmente, por Nicolau Copérnico (1473-1543), Johannes Kepler (1571-1630), Galileu Galilei (1564-1642) e outros (CAPEZ, 2018).

Nesse período, conforme destaca Cunha (2019, p.50): “o Direito Penal e a concepção do crime e do delinquentes sofrem grande influência do pensamento humanitário e iluminista”. O período iluminista⁸ – século das luzes (meados do século XVIII) – contribuiu

⁴ Segundo Alves (2018), no período da Roma Antiga, os juristas classificaram os delitos em duas categorias: delitos públicos, violação de norma jurídica relevante para a sociedade e punido com *poena publica*; delitos privados, ofensa à pessoa natural ou aos seus bens e punido com *poena priuata* – ressarcimento do dano.

⁵ A pena mais grave era a *Friedlosigkeit*, a qual disciplinava que quando a ofensa cometida pelo sujeito infrator atingisse os interesses da comunidade, ele perderia o direito à vida, logo, qualquer cidadão era habilitado para matá-lo (CUNHA, 2019).

⁶ Segundo Cunha (2019), tendo por base a filosofia de Santo Agostinho (354-430), a noção de liberdade considerava-se parcial, uma vez que se acreditava que o homem não nasce totalmente livre – trazia com ele o pecado original. Somente a partir da filosofia canônica de Santo Tomás de Aquino (1225-1274) entendeu-se que o homem porta liberdade plena.

⁷ Importa-se comentar que a doutrina majoritária também comenta um período histórico chamado de direito penal comum. Este tivera vigência em várias regiões da Europa medieval e agregara para si as bases dos demais períodos – romano, grego, germânico e canônico (NUCCI, 2019). Desse modo, fora o nascimento dos Direitos Nacionais (BITENCOURT, 2018).

⁸ Anteriormente ao iluminismo, conforme explica Bitencourt (2019), o Direito Penal era inspirado em crueldade e tido como instrumento gerador de privilégios – os juízes exerciam poderes arbitrários.

revolucionariamente para o Direito Penal, dado que os pensadores buscavam ter por fundamento a razão e a humanidade (BITENCOURT, 2018). Importa dizer que, nesse período humanitário, destacou-se a obra de Cesare Bonesana (1738-1794) – também conhecido como Marquês de Beccaria – intitulada *Dei delitti e delle pene*, a qual repudiou, em diversos pontos, o sistema penal de seu tempo – como desproporcionalidade, crueldade exacerbada e outros. Nesse sentido, ensina Beccaria (1764, p.62):

Essas leis são simplesmente o ruído das impressões tumultuosas que produzem certos fatos particulares; não podem ser o resultado de combinações sábias que pesam numa mesma balança os males e os bens; não é para prevenir os delitos, mas pelo vil sentimento do medo, que se fazem tais leis.

Logo, a partir do exibido alhures, nota-se o início do declínio da aceitação das penas injustas⁹ e, sobretudo, da responsabilização do sujeito sem culpa¹⁰ (CAPEZ, 2018). Consequentemente, a culpabilidade tem seus primeiros passos como ponto fulcral subjetivo na existência do crime. Nessa linha, também se destacam: John Howard¹¹ (1725-1790), o qual contribuiu para a racionalização do Direito Penal no que tange os apenados; Jeremias Bentham (1748-1832), o qual fora responsável por procurar uma metodologia capaz de controlar o comportamento humano em bases éticas¹².

1.1.2. Escolas penais e o livre arbítrio

Mais adiante, dois núcleos foram essenciais para a evolução da culpabilidade: a Escola Clássica e a Escola Positiva. Sob o que a doutrina denomina Escola Clássica do Direito Penal, o destaque deu-se em Francesco Carrara (1805-1888). Este acreditava que o homem era dotado de liberdade de ação – livre arbítrio – a qual proporcionava a ele optar por cometer o ato ilícito ou não. Nota-se que, neste momento, não bastava o nexos causal objetivo entre o ato cometido e a infração (dano) visto que as penas eram aplicáveis após a análise da conduta

⁹ Um novo Código Penal fora firmado por Leopoldo II na Toscana em 1786 o qual não contemplara a existência da pena capital e da pena de tortura. Isto graças à influência de Cesare Beccaria (CUNHA, 2019).

¹⁰ Cumpre destacar que Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) e Montesquieu (1689-1755) também contribuíram indiretamente para o caminhar da culpabilidade, pois foram opositores à justiça absoluta da época – a qual não observava a culpabilidade subjetiva (CUNHA, 2019). Montesquieu fora o autor das renomadas obras: *Letres persanes* (1721) e *L'Esprit des lois* (1748).

¹¹ Segundo Bitencourt (2018), Howard era muito avançado para o seu tempo. Propôs incipientes princípios de classificação aos encarcerados – os processados, os condenados e os devedores –, isto é, fora um dos primeiros a querer observar o dano, a reparação e o meio para tal de modo proporcional.

¹² De acordo com Bitencourt (2018), essas bases (princípio ético) foram proporcionadas pelo utilitarismo - o qual significava alcançar a felicidade da maioria.

subjetiva¹³ (CAPEZ, 2018). Nesse sentido, Francesco repudiava as penas cruéis e a pena capital defendendo a emenda do infrator. Logo, dissera Carrara:

[...] o espetáculo de um delinquente emendado é edificante, é utilíssimo à moral pública: nisso convenho. E por isso abomino e me oponho à pena de morte; porque acredito firmemente na força moralizadora do espetáculo de um delinquente emendado; e não acredito, absolutamente, na força, que com temerário cinismo ouvi chamar moralizadora, do espetáculo de uma cabeça decepada, exibida ao povo. Nessa cena de circo eu vejo, ao invés, todos os embriões da depravação do povo. Um criminoso emendado, porém, ao preço da atenuação da pena merecida é uma excitação à delinquência; é um escândalo político. Considero, pois, utilíssima a reforma do réu, a ser procurada com toda diligência, mas completamente fora do círculo do magistério penal (1957, p. 92 apud NUCCI, 2019, p. 129-130).

Nesse diapasão, conforme disciplina Greco (2017), considera-se, nesse contexto, que a Escola Clássica estava fundada em livre arbítrio, dissuasão, prevenção e retribuição. Importante ponto, para o que no futuro seria fulcral para o estudo da culpabilidade, foi o entendimento dentro do Direito Penal acerca do livre arbítrio. Sobre ele, afirmou Moniz Sodré:

Na opinião dos criminalistas clássicos, o livre-arbítrio é o apanágio de todos os homens psicicamente desenvolvidos e mentalmente sãos. E desde que possuem essa faculdade, esse poder de escolha entre motivos diversos e opostos, eles são moralmente responsáveis por todos os seus atos, visto estes serem filhos exclusivamente dessa vontade livre e soberana (1955, p. 71 apud GRECO, 2017, p. 80).

Contudo, a Escola Clássica recebeu críticas por conta de seus argumentos basilares. Nesse sentido, comenta Viveiros de Castro:

Os juristas, os escritores da escola clássica definem o crime como violação voluntária e livre de um princípio da justiça absoluta sancionado na legislação positiva. **Há nesta definição dois princípios que a caracterizam – a eternidade de uma justiça imutável, pairando sobre o tempo e as sociedades, e o livre -arbítrio como guia da conduta humana.** Ambos estes alicerces em que os juristas repousam seu conceito de crime são falsos. Nem a justiça é absoluta e imutável, **nem o livre-arbítrio, a faculdade de querer ou deixar de querer, é verdadeiro.** **O homem determina sua conduta pelo motivo mais forte e o princípio da justiça é relativo, muda e varia segundo o nível ético dos diferentes estados sociais.** Basta lançar um rápido olhar retrospectivo sobre o desenvolvimento histórico da humanidade para compreender que a ideia da justiça somente se apura e se aperfeiçoa à proporção que a evolução mental do homem progride corrigindo e educando o sentimento. Os povos selvagens

¹³ Na Escola Clássica, também foram importantes para a corrente proporcionalista Immanuel Kant (1724-1804) e Hegel (1770-1831), embora continuassem mantendo o caráter retribucionista da pena (CUNHA, 2019).

não possuem absolutamente a noção de justiça. E isto demonstra -se pelo seu modo de proceder sobre as três manifestações principais da noção da justiça, o respeito à vida, o respeito à propriedade e o sentimento da família. O Dr. Charles Letourneau em seu interessante livro – A Sociologia – nos ensina que entre os povos ainda em estado primitivo é geral o costume de matarem os velhos e as crianças; são instituições nacionais o parricídio e o infanticídio. Na Melanésia, diz ele, tem-se o costume de matar os velhos e enfermos, as bocas inúteis. Os Neocaledônios, que contudo consideram sagradas as cabeças de seus pais, desterram para lugares desertos os velhos e os enfermos, deixando-os morrer em abandono. Chegam mesmo algumas vezes a enterrá-los vivos. As vítimas acham a coisa muito natural. Caminham impassíveis para o túmulo onde são atiradas, depois de lhes aturdirem a cabeça com uma pancada formidável (1913, p. 26-28 apud GRECO, 2017, p. 81-82, grifo nosso).

Destarte, conforme conclui Estefam (2018), na concepção da Escola Clássica, se uma pessoa agir de modo livre e consciente violando uma lei, ela sofrerá o castigo correspondente – possuindo como instrumento para seu fito a pena a qual almejará emendar o sujeito de comportamento desviante.

Diferentemente foi o período da Escola Positivista. Nesta época, as ideias acerca da evolução do homem trazidas por Charles Darwin (1809-1882), Jean Baptiste Lamarck (1744-1829) e Ernst Haeckel (1834-1919) influenciaram os pensadores de todas as áreas do saber. No que concerne à Escola Clássica, se opôs ao pensamento racional naturalístico - baseado no livre arbítrio - e procurou explicar os fatos sociais por intermédio do princípio da causalidade (CUNHA, 2019). Nesse período, destacaram-se os pensadores Cesare Lombroso (1836-1909), Enrico Ferri (1856-1929) e Raffaele Garofalo¹⁴ (1851-1934). Estes todos foram marcados pelo pensamento determinista, isto é, contrários ao livre arbítrio. Nesse sentido, doutrina Capez (2018, p.465):

Há um determinismo absoluto, no qual não tem lugar a vontade humana, pois o indivíduo já vem ao mundo estigmatizado por sinais de degenerescência, malformações e anomalias anatômicas e funcionais relacionadas ao seu psiquismo. Surgiu a figura do criminoso nato. A pena não se relacionava com a ideia de castigo; era concebida como um remédio social aplicável a um ser doente.

¹⁴ Considerado figura de destaque na área da antropologia criminal, Garofalo sistematizou suas ideias na obra *Criminologia* (1885) da seguinte forma: “a) a periculosidade como fundamento da responsabilidade do delinquente; b) a prevenção especial como fim da pena, que, aliás, é uma característica comum da corrente positivista; c) fundamentou o direito de punir sobre a teoria da Defesa Social, deixando, por isso, em segundo plano os objetivos reabilitadores; d) formulou uma definição sociológica do crime natural, uma vez que pretendia superar a noção jurídica. A importância do conceito natural de delito residia em permitir ao cientista criminólogo a possibilidade de identificar a conduta que lhe interessasse mais” (BITENCOURT, 2018, p. 159-160).

Segundo Enrico Ferri (1996, p. 65 apud ESTEFAM, 2018), a principal distinção entre a Escola Clássica e a Escola Positivista reside no método utilizado: na clássica, o método dedutivo e com lógica abstrata; na positiva, o método indutivo com a observância dos eventos. Por consequência, a Escola Positivista não baseou a função da pena como retributiva, mas sim com caráter preventivo – a sanção não se voltava para o ilícito cometido, mas para a periculosidade do agente (ESTEFAM, 2018).

A Escola Clássica e a Escola Positiva ocupam posições de destaque, pois foram as únicas que possuíram definições inaugurais (epistemológicas) em suas posições filosóficas – as quais foram extremas em pólos opostos. Contudo, posteriormente surgiram outras correntes, as quais procuraram conciliar a filosofia das anteriores (BITENCOURT, 2018). Nesse sentido, citam-se como exemplo: a Escola Alemã, A *Terza Scuola*, a Escola Técnico-Jurídica, a Escola correcionalista e a Escola da Nova Defesa Social. Todavia, em questão de culpabilidade do indivíduo, essas Escolas não produziram significativo avanço individual sendo que, como anteriormente citado, apenas tentaram o concílio de filosofias da Positivista e da Clássica.

2. A hodierna doutrina penal

Atualmente, uma das concepções da culpabilidade é dita como a possibilidade de reprovação do indivíduo de comportamento desviante (comportamento ilícito) que podia ou devia agir de modo diverso no momento da ação (CAPEZ, 2018). Essa possibilidade irá resultar na proporcionalidade (ou cabimento) da pena¹⁵. Logo, é notável que a relação objetiva de culpa seja insustentável no sistema penal vigente¹⁶.

Contudo, para o presente artigo torna-se necessário analisar as teorias da ação – clássica, neoclássica e finalista – para que se possa compreender a base de apoio para o desenvolvimento das teorias da culpabilidade.

¹⁵ Importante destacar nesse sentido alguns dos axiomas de Luigi Ferrajoli como: *nulla poena sine culpa* – sem culpa não há pena -, *nullum crimen sine culpa* – sem a vontade (dolo) ou culpa (*stricto sensu*) não há crime (GRECO, 2018).

¹⁶ No Brasil, a Constituição Federal de 1988 – especificamente no art. 5º inciso LVII – normatiza que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (BRASIL, 1988). Nessa lógica, é atribuição do Estado brasileiro apurar provas suficientes para atribuir culpa a alguém – exercendo o *jus puniendi* (cite-se que o ônus da prova compete ao acusador - art. 156 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941)). Portanto, fica claro que a objetividade da culpa não encontra espaço nesse sistema legal, uma vez que a culpa integra um dos requisitos para a imputação de pena.

2.1. O sistema causal e as teorias da culpabilidade

As teorias acerca da culpabilidade podem ser divididas em três correntes: causalista - teoria psicológica; neokantista - psicológica normativa da culpabilidade; finalista - teoria normativa pura, teoria limitada¹⁷ e teoria da coculpabilidade¹⁸. De início, se faz necessário analisar essas correntes que procuraram conceituar a conduta.

A corrente da teoria causalista – também chamada de teoria causal naturalista, teoria clássica, teoria naturalística ou teoria mecanicista - fora idealizada por Franz Von Liszt (1851-1919), Ernst von Beling (1866-1932) e Gustav Radbruch (1878-1949) em meados do século XIX. Neste período, havia a valorização do método da causalidade marcado pelos ideais do positivismo (CUNHA, 2019). Nesse sentido, a explicação para os fenômenos do mundo se dava através de experimentações, ou seja, da materialidade – ideia de causa e efeito.

Nessa corrente, considerar-se-ia uma conduta legítima de punição aquela em que a vontade humana preenchesse o conteúdo do tipo, isto é, uma conduta contrária ao direito (ilícita) e culpável, praticada por um indivíduo responsável (imputável) e que não fosse resultado de caso fortuito. Logo, afirma-se que a teoria causal vinculava-se ao conceito analítico de crime (fato típico, antijurídico e culpável). Nessa linha, explica Nucci (2019, p. 437):

Alicerçada em conceitos naturais, o fato, para se tornar típico, seria formado por uma ação ou omissão voluntária e consciente, que produzisse movimentos corpóreos. Dessa movimentação natural do corpo humano chegava-se a um resultado. Caso a junção da conduta com o resultado fosse lesiva a um bem jurídico penal, encaixar-se-ia no tipo penal (modelo de conduta proibida). Eis o fato típico.

Nessa corrente, a vontade era composta de um aspecto interno (a finalidade almejada) e um externo (movimento corporal). Posto isso, a ação seria composta da vontade, movimento corporal e resultado (CUNHA, 2019). Contudo, a vontade – sem finalidade -, movimento corpóreo e resultado encaixar-se-iam no fato típico enquanto que a finalidade – vontade com conteúdo – seria analisada na culpabilidade (terceiro substrato do crime).

¹⁷ Comenta Masson (2019) que o Código Penal Brasileiro optou pela teoria normativa pura em sua corrente limitada, uma vez que procurou tratar os erros – conforme se verifica nos arts. 20 e 21 do Código Penal.

¹⁸ Ensina Greco (2017) que a coculpabilidade trata de apontar a parcela da responsabilidade da culpa atribuindo-la à sociedade.

Essa concepção¹⁹ recebeu críticas em relação ao seu conceito de ação, pois, por encará-la como natural, cumpria a função de explicar a ação em *stricto sensu*, mas não conseguia cumprir a função de explicar a omissão do agente.

Em outra vista, houve a teoria neokantista²⁰ – também denominada de teoria causal-valorativa ou teoria neoclássica. Essa teoria marca-se pela superação do positivismo - não necessariamente negando-o - por intermédio da introdução da racionalização do método (CUNHA, 2019). Nucci (2019) entende a citada teoria como uma segunda fase do causalismo e, desse modo, não incita a erroneidade absoluta deste, mas sim sua insuficiência. Nesse sentido, expõe o autor:

A filosofia neokantista afastava-se do jusnaturalismo, apegando-se a ideias positivistas, contribuindo, então, para se detectarem no ambiente do delito certos valores, não mais compatíveis com a pureza do conceito clássico tradicional (NUCCI, 2019, p. 438).

Nesse raciocínio, esse novo entendimento epistemológico baseou-se na reflexão de que não se podia ter o mesmo tratamento gnosiológico para diferentes contornos de ciências (ciências naturais e ciências culturais). Desse modo, aduz Cláudio Brandão:

A distinção entre natureza e cultura, que deita suas raízes na dicotomia kantiana da crítica da razão pura e da crítica da razão prática, faz com que os atos gnosiológicos para o conhecimento dos objetos sejam diferentes: enquanto para as ciências da natureza se explicará o objeto (pressupondo a não relação dele com o sujeito *congno-scendi*), para as ciências da cultura se compreenderá o objeto (o que traduz uma inter-relação entre o objeto do conhecimento e o sujeito *cogno-scendi*). O direito penal – aliás, como todo o direito – é visto pelo neokantismo como uma ciência cultural (2012, p. 138 apud NUCCI, 2019, p. 463).

Nessa continuidade, apesar do rompimento do monismo da metodologia, a teoria neokantiana mantém o conceito analítico de crime (fato típico, ilícito e culpável). A conduta, aqui, continua como elemento integrante do fato típico, contudo, diverge-se da teoria causalista visto que, agora, não se compreende a conduta como ação, mas sim como um comportamento – expande-se a conduta, a qual passa a englobar a omissão. A antijuricidade passa de seu aspecto meramente formal para seu novo aspecto material – se não houver lesão de interesse algum, não há antijuricidade (CUNHA, 2019).

¹⁹ Ressalte-se que, no Brasil, parcela da doutrina era adepta da corrente causalista (Basileu Garcia, por exemplo), mas atualmente não há quem a defenda conforme expõe Nucci (2019). Aníbal Bruno fora partidário da teoria causalista, porém também não dera respostas aos problemas encontrados na teoria psicológica. (CUNHA, 2019).

²⁰ A teoria neokantista foi desenvolvida nas primeiras décadas do século XX e teve como um dos maiores nomes Edmund Mezger (1883-1962) (CUNHA, 2019).

Entretanto, apesar dos avanços da teoria neokantista, esta foi bastante criticada por ser contraditória (reconhecia elementos normativos e subjetivos do tipo) e por permanecer considerando o dolo e a culpa como elementos da culpabilidade (CUNHA, 2019).

Desse modo, postas as teorias da ação de base causalista e neokantista, importa-se comentar as teorias da culpabilidade correspondentes – teoria psicológica e teoria psicológico-normativa. Destarte, Liszt, ao comentar acerca da teoria psicológica da culpabilidade, conceituou que: “culpabilidade é a responsabilidade do autor pelo ilícito que realizou” (1927, p. 375 apud BITENCOURT, 2018, p. 647), isto é, a culpabilidade é interpretada como o elo psicológico entre o autor e o resultado produzido de sua ação. Nesse sentido, entende-se ser a teoria psicológica da culpabilidade uma correspondente direta do naturalismo causal – teoria clássica da ação.

Cabe comentar que nessa corrente, no que tange à culpabilidade, o dolo e a culpa integravam esta compondo a sua totalidade. A relação para a punição (imputabilidade) deveria observar o indivíduo em dois momentos: aspecto externo e o aspecto interno – conforme exposto alhures. Nesse sentido, aduz Bitencourt (2018, p. 647):

[...] essa concepção partia da distinção entre externo e interno, ou seja, de um lado, a parte exterior do fato punível — aspecto objetivo —, que era representada, primeiramente, pela antijuridicidade e, posteriormente, também pela tipicidade, e, de outro lado, sua parte interior, isto é, seus componentes psíquicos — aspecto subjetivo —, representada pela culpabilidade.

Logo, a culpabilidade poderia ser afastada somente naqueles casos em que o elo psicológico fosse suprimido. Portanto, em razão da culpabilidade, não se explicavam nessa teoria os crimes culposos, os crimes de omissão e a causas de exculpação²¹ (BITENCOURT, 2018).

Todavia, conforme citado alhures, o sistema naturalista de Liszt entrou em declínio como resultado da introdução dos elementos subjetivos do tipo. Nessa sequência, Reinhard Frank (1860-1934) foi o principal nome nas inovações trazidas no campo da culpabilidade, desse modo, criou em 1907 a teoria psicológica normativa da culpabilidade²² (CAPEZ, 2018).

²¹ Convém destacar que para parcela doutrinária – com expoente em Damásio de Jesus -, o erro da doutrina da teoria psicológica consiste classificar como espécies de culpabilidade o dolo e a culpa. Entende a parcela que esses são completamente diferentes (CAPEZ, 2018).

²² Também chamada de teoria psicológico-normativa da culpabilidade.

De acordo com essa nova teoria, o dolo e a culpa continuam integrando a culpabilidade sem, entretanto, qualificarem-se como espécies, mas sim como elementos. Dado isso, passam a constituir elementos da culpabilidade: dolo, culpa, imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa.

A exigibilidade de conduta diversa foi introduzida em razão da ineficácia da teoria psicológica (de base causalista) em fundamentar logicamente certas situações, como, por exemplo, a coação moral irresistível (CAPEZ, 2019).

O dolo nessa teoria sofre nova interpretação, sendo reconhecido agora como dolo normativo (CUNHA, 2019). Este agora é interpretado como sendo constituído pela consciência, vontade e consciência da ilicitude. Nesse sentido, aduz Capez:

[...] se acaso o agente tivesse a consciência e a vontade de realizar uma conduta, mas não soubesse que, aos olhos da coletividade, ela era tida como injusta, não poderia ser responsabilizado. Algo parecido com uma pessoa que conviveu toda a sua existência com traficantes de drogas e, por essa razão, vende cocaína como se fosse uma mercadoria qualquer. Para essa teoria, não há dolo nessa conduta (2018, p. 468).

Portanto, algumas observações a partir do exposto são importantes: a ação deixa de ser totalmente natural, possuindo certo sentido normativo (passa a ser possível a explicação da omissão); elementos subjetivos são incluídos no tipo (os *animus*); a antijuricidade passa a ter em consideração o desfavor material, e não apenas formal; a tipicidade passa a ser a razão da existência da antijuricidade – teoria da *ratio essendi* (PAZ AGUADO, 1998, p. 48-50 apud GRECO, 2017).

Cumprido destacar ainda que, conforme ensina Cunha (2019), a teoria psicológica normativa está no campo do causalismo, porém, levando-se em conta que a referida teoria provocou drásticas mudanças na estrutura e entendimento da culpabilidade, diz-se ter dado início ao sistema neoclássico (base neokantista).

2.2. Doutrina da ação finalista e a teoria normativa pura da culpabilidade

A teoria da ação finalista²³, a qual foi criada por Hans Welzel (1904-1977), disciplina a

²³ O finalismo foi criado em meados do século XX, entre 1930 e 1960 (CUNHA, 2019) e influenciou, na doutrina nacional, trabalhos como de Luiz Luisi, René Ariel Dotti e Damásio de Jesus (ESTEFAM, 2018).
Virtù: Direito e Humanismo | Brasília | Ano 8 | n. 23 | v. 1 | jan.-abr. 2018 | ISSN 2238-0779

conduta humana como comportamento optativo²⁴ o qual almeja certa finalidade. Nesse sentido, observa-se que uma nova concepção de ação surge a partir da introdução da finalidade da ação – entende-se agora que toda ação possui finalidade, isto é, toda conduta é orientada por um querer. Dado o exposto, mostra-se que a noção “cegueira” do causalismo – nesta a conduta enxerga nada, não é destinada a um fim – é substituída pela noção “vidente” do finalismo (CUNHA, 2019). Em face disso, convém salientar o ensinamento de Welzel (2015, p.31-32, grifo nosso):

[...] A finalidade, o caráter final da ação, baseia-se no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis consequências de sua conduta, designar-lhe fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins. Graças ao seu saber causal prévio, pode dirigir seus diversos atos de modo que oriente o suceder causal externo a um fim e o domine finalisticamente. **A atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em razão de um fim, enquanto o acontecer causal não está dirigido em razão de um fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existente em cada momento.**

O ensinamento de Welzel ao destacar as diferenças entre resultantes causais e finalidade enseja na reflexão acerca das duas fases da ação: primeira, na esfera do pensamento; segunda, no mundo real. Nesta fase é possível que ocorram os resultados concomitantes - os quais não foram almejados -, porém não se nega a sua existência, e, justamente por isso, cabe a distinção entre voluntarismo e finalidade. Esta encontra sua essência na pretensão enquanto aquele encontra no resultado – o qual podia ser pretendido ou não (WELZEL, 2015). Como exemplo elucidativo, diz-se: “A enfermeira que, sem suspeitar de nada, aplica uma injeção de morfina demasiadamente forte, de consequências mortais, realiza, sem dúvida, uma ação final de injetar, mas não uma ação final de matar” (WELZEL, 2015, p.35). Nesse sentido, a finalidade era a injeção do medicamento, porém a morte não foi pretendida, ou seja, a produção do resultado morte foi causal. Portanto, de maneira ontológica, essencial, fundamental, o ser humano age almejando um objetivo, o qual pode ser criminoso ou não (NUCCI, 2019).

Diante do exposto, tem-se a noção: a partir da conduta e do resultado consequencial, há um fato; este será típico ou não; sendo típico, restaria a análise da antijuricidade e da

²⁴ Souza (2018) apresenta que, anteriormente ao finalismo, houve a perspectiva totalizadora (a Escola de Kiev). Nesse sentido, explica: “[...] propuseram uma perspectiva intuitiva, baseada na noção de infração do dever, restringindo as possibilidades de causas de justificação e de exculpação, introduzindo a teoria do tipo de autor (Direito Penal do autor). Isso possibilitou a manipulação de vários conceitos, culminando no irracionalismo, no decisionismo, no arbítrio protagonizado pela *Gestapo* e, com isso, na autossupressão da própria Ciência do Direito Penal” (SCHUNEMANN, 2009, p. 294 apud SOUZA e JAPIASSÚ 2018, p. 194).

culpabilidade para, somente então, existir o crime; não sendo típico, não há que se falar em infração penal (NUCCI, 2019).

Com efeito, afirma-se que a doutrina finalista desenvolvida por Welzel baseou-se no método fenomenológico de investigação, isto é, afirmava-se um conceito pré-jurídico (que dispusera conjectura material) o qual possuíra existência predecessora a qualquer valoração jurídica (BITENCOURT, 2018). Dado isso, aduz Mir Puig:

[...] para contrapor-se ao subjetivismo epistemológico do neokantismo, afirmava Welzel que não é o homem, com a colaboração de suas categorias mentais, quem determina a ordem do real, mas sim o próprio homem que se encontra inserido numa ordem real correspondente a estruturas lógico-objetivas (não subjetivas) (2010, p. 155-156 apud BITENCOURT, 2018, p. 179).

Logo, divergentemente dos sistemas predecessores, o finalismo permitiu a busca pela identificação das estruturas lógico-subjetivas (por intermédio do método fenomenológico – referente ao ontologismo) para que, a partir delas, houvesse a construção dogmática – fundada sem juízo de valoração prévia arbitrária do legislador (BITENCOURT, 2018).

O finalismo foi responsável pela modificação do entendimento da estrutura analítica do crime, uma vez que, nesse sistema, o dolo e a culpa - *stricto sensu* – saíram da culpabilidade e migraram para o tipo penal. Esse fato deu-se, pois:

Se a finalidade caminha com a conduta, quando o autor de um crime começa a executá-lo, já se pode captar o dolo ou a culpa (ambos consistentes em vontades humanas). Assim sendo, o lugar mais adequado para estudar o elemento subjetivo do crime é o tipo penal (NUCCI, 2019, p. 440).

Nessa linha, comente-se acerca do surgimento da teoria normativa pura da culpabilidade²⁵. Esta surgida a partir do finalismo e que teve como precursores²⁶ Hartmann e Graf Zu Dohna (CAPEZ, 2018). Baseando-se no finalismo e analisando a migração do dolo para o fato típico, ilustra o raciocínio com o seguinte exemplo de Assis Toledo²⁷:

²⁵ Nomenclatura justificada pela afirmação de que a culpabilidade perdeu seu traço psicológico, existindo, agora, somente fatores de valoração (NUCCI, 2019).

²⁶ A teoria normativa pura teve como principal defensor Hans Welzel (CAPEZ, 2018).

²⁷ Na realidade prática, caso o Ministério Público, de acordo com o sistema causalista, constata-se inquestionavelmente que referida mãe não agiu dolosamente, dever-se-ia denunciá-la pelo crime do art. 124 do Código Penal brasileiro (o qual disciplina *in verbis*: “Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque” (BRASIL, 1940)), desse modo, caber-se-ia ao juiz (sustentado pelo art. 415, inciso IV do Código de Processo Penal, o qual disciplina *in verbis*: “Art. 415 - O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando: IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime” (BRASIL, 1941)) ou ao Júri absolvê-la. Contudo, de acordo com o sistema finalista, quando o Ministério Público chega à conclusão da inexistência de dolo – fato atípico – poder-se-á postular o arquivamento do inquérito policial (ESTEFAM, 2018).

[...] o que torna atípico o autoaborto culposo é a falta de dolo na ação praticada. Como o tipo legal é doloso, isto é, contém o dolo, a ação praticada culposamente não se subsume, não confere com a do tipo legal do crime. Ora, se o dolo do delito em exame não estivesse no tipo, teríamos de concluir que, para o tipo de delito de autoaborto, é indiferente que a mulher grávida pratique o fato dolosa ou culposamente (1994, p. 231 apud CAPEZ, 2018, p. 469).

Não obstante, a culpabilidade, apesar de não compreender mais os dois elementos citados algures, não ficou vazia. Isso visto que a culpabilidade continua a ser um juízo de reprovação o qual a sociedade detém em face do sujeito de comportamento desviante sob a condição de que ele seja imputável, tenha tido potencial consciência da ilicitude e poderia atuar de modo diverso a fim de evitar que se realizasse a infração (NUCCI, 2019).

Em se tratando da consciência potencial da ilicitude, quando esta é alocada na culpabilidade, se diferenciando do dolo, afirma-se que o dolo perde seu elemento normativo, isto é, o dolo passa agora a ser dolo natural: despido de valoração – *dolus bonus* (CUNHA, 2019). Nesse sentido, explica Nucci (2019) que, de acordo com Welzel, o agente detém a volição de preencher os elementos que compõem o tipo penal, contudo, não detém necessariamente a consciência de que age ilicitamente²⁸. Em seguida, expõe o exemplo:

[...] o soldado, na guerra, mata o seu inimigo de modo voluntário e consciente. A sua finalidade é matar o adversário, pois constitui seu dever. Ora, ele pratica o fato típico (matar alguém), mas considera perfeitamente lícito o que realizou. Portanto, a vontade de cometer um fato típico não traz, necessariamente, a consciência da ilicitude (NUCCI, 2019, p. 440).

Dessarte, o finalismo diverge-se do causalismo, uma vez que nesse há a existência do dolo normativo (*dolus malus*); os elementos do dolo são compostos pela consciência atual da ilicitude e vontade de praticar a conduta; o dolo situa-se na culpabilidade. Enquanto que naquele há a existência do dolo natural (*dolus bonus*); o dolo é composto pela consciência da conduta²⁹ e vontade de praticar a conduta dirigida a uma finalidade; o dolo situa-se no fato típico (CUNHA, 2019).

²⁸ Segundo Estefam (2018, p. 220): “[...] o cerne da questão não era examinar se o agente possuía consciência atual da ilicitude do ato praticado, mas sim se possuía consciência potencial do caráter de ilicitude de seu comportamento. Significa dizer que o decisivo não é saber se o agente tinha ou não conhecimento do caráter ilícito do ato, mas se tal informação lhe era acessível”.

²⁹ Registre-se o disciplinado por Goldschmidt, o qual propôs a “distinção entre norma de direito (*Rechtsnorm*), como exigência objetiva de comportamento exterior, e norma de dever (*Pflichtnorm*), como exigência subjetiva de atitude pessoal conforme a norma de direito – o que permite reprovar o autor pela violação da norma de dever, mas admite exculpar o autor por inexigibilidade de motivação conforme a norma de dever (1913, p. 442 apud CIRINO, 2012, p. 276).

Por fim, comente-se que, a partir da migração do dolo e da culpa para o fato típico³⁰, houve diferenciação, pela doutrina, na construção do fato típico do crime doloso e do fato típico do crime culposo. Diferenciando-se, principalmente, por neste haver a conduta voluntária, mas com resultado involuntário e com previsibilidade objetiva do resultado (ESTEFAM, 2018).

2.2.1. As críticas decorrentes e o pós-finalismo

Apesar de o finalismo ter sido considerado um marco para o progresso do Direito Penal, ele recebeu diversas críticas, as quais algumas foram responsáveis pela reformulação da teoria da ação final. Nesse diapasão, no presente artigo, são citadas algumas das principais críticas à referida teoria.

Inicialmente, conforme expõe Estefam (2018), comentem-se as críticas dos adeptos do pensamento causal (clássico e neoclássico). Nestas os questionamentos eram intersistemáticos, isto é, diziam respeito à incompatibilidade entre o finalismo e o texto legal. Nesse sentido, destaque-se o disciplinado por Nelson Hungria:

Ninguém jamais contestou que a ação voluntária se dirija necessariamente a um fim, devendo este, *sub specie juris*, como reconhecem os finalistas, ser juridicamente relevante; mas é bom de ver que isso não impede, de modo algum, que, na análise conceitual da estrutura jurídica do crime, se separe da ‘ação’ a sua ‘direção finalística’, para, atendendo-se ao critério de classificar homoganeamente os elementos de um todo, inserir a direção finalística (representada no pensamento do agente) no elemento subjetivo ou psíquico, enquanto a ação se há de incluir no elemento objetivo ou físico. Não há razão alguma, de irredutível necessidade, para que o dolo dos finalistas, de caráter puramente psicológico, não permitindo distinguir entre o estrangular uma criança e o dar uma esmola, seja indistacável da ação, como se não se pudesse tratar separadamente o espírito e o sangue, o anímico e o corporal. Com esse dolo acrômico, sob o ponto de vista ético-jurídico, os finalistas não vacilam em chegar à conclusão paradoxal de que os próprios inimputáveis (o louco, o idiota, a criança, o ébrio) poderiam praticar crimes dolosos, pois mesmo eles são capazes de ação finalística. O que até agora se chamou ‘culpabilidade’, cujas formas são o dolo e a culpa *stricto sensu*, não seria mais que a reprovabilidade da conduta e a consciência ou possibilidade de consciência da contrariedade ao direito ou da ilicitude jurídica (1967, p. 8-9 apud ESTEFAM, 2018, p. 222-223).

Em segundo momento, as críticas se deram em razão da atuação da teoria finalista no que tange aos delitos culposos. Conforme aduziu Cunha, o finalismo “não explica a contento o

³⁰ As discriminantes putativas deveriam ser analisadas no campo da culpabilidade (ESTEFAM, 2018).
Virtù: Direito e Humanismo | Brasília | Ano 8 | n. 23 | v. 1 | jan.-abr. 2018 | ISSN 2238-0779

crime culposos, pois não se concebe a ação dirigida a um fim quando o resultado naturalístico é involuntário” (2019, p.226). De modo categórico, questionou Nelson Hungria (1967, p.9 apud ABREU, 2009 p.189-190):

[...] nos crimes com dolo eventual e nos crimes culposos ou preterintencionais, o fim do agente não é o do evento ocorrido, desde que a este não era dirigida a ação, de modo que neles a finalidade não contribui para realizar o evento resultante da ação. Assim, haveria que separar a estrutura jurídica dos crimes intencionais das dos outros, com chocante quebra da unidade sistemática. Notadamente os crimes culposos são irreduzíveis à teoria finalística. Onde, no crime culposos, a finalidade juridicamente relevante?

Em reconhecimento a essa problemática encontrada pelos críticos, Welzel (1987, p.155-156 apud GRECO, 2017, p.525) explica:

[...] os tipos dos delitos culposos se ocupam da classe de execução da ação final em relação a consequências intoleráveis socialmente, que o autor ou bem confia que não se produzirão ou bem sequer pensa em sua produção, e compreendem aquelas execuções de ação (processos de direção) que lesionaram o cuidado requerido (para evitar tais consequências) no âmbito de relação.

Nesse diapasão, a doutrina (v. g. Nucci e Estefam) entende que a teoria finalista da ação encontra aplicação, inclusive, nas condutas culposas³¹, dado que: “Em momento algum defende-se que toda finalidade, nas condutas humanas, é ilícita e criminosa”(NUCCI, 2019, p. 441). Além do discutido alhures, questões como: a atuação na culpa inconsciente e nas ações de ímpeto considerar-se-iam abarcadas pelo finalismo? Nucci (2019) entende que, da mesma forma, há finalidade nessas ações, embora seja de difícil detecção³².

Em terceiro momento, questiona-se a relação ao momento – também entendido como cenário – no qual o indivíduo se encontrava no instante de sua conduta. O juiz, no momento de avaliar existência ou não de opções disponíveis ao agente perante a conduta, careceria

³¹ Nucci expõe o seguinte exemplo: “o agente pode dar tiros num alvo colocado numa árvore; a sua finalidade é acertá-lo (pode ser crime à parte ou não); de maneira imprudente, não percebe a possibilidade de acertar seu vizinho, cujo imóvel confronta com o seu; uma bala desvia-se do alvo e fere o vizinho. Extrai-se o seguinte quadro: o agente desferiu um tiro com a finalidade de acertar o alvo; a sua manifesta imprudência não o fez ver, embora pudesse, a eventualidade de um resultado danoso (atingir alguém). A culpa está presente, assim como a finalidade do agente, na conduta praticada” (2019, p. 441).

³² Nesse sentido, expõe: Valendo ainda o exemplo do atirador, ele pode se encontrar num estande de tiro, desferindo disparos contra um alvo e não perceber a entrada, na área de tiro, de uma pessoa. Por culpa inconsciente, termina por atingi-la. A sua finalidade não se desvirtua, que é desfechar tiros ao alvo. O mesmo aplica-se nas condutas de ímpeto: a finalidade do agente é instantânea e rápida o suficiente para permanecer fora do alcance visual do terceiro observador. Isso não significa que o agente tenha atuado sem finalidade alguma (NUCCI, 2019, p. 441).

substancialmente na eficácia probatória. Desse modo, entende-se que a culpabilidade atribuída, neste caso, seria mais subjetiva do que normativa (SANT'ANNA, 2014). Contudo, nessa linha, na Alemanha a questão da incapacidade substancial de prova do poder agir de outro modo foi solucionada observando-se, ou comparando-se, o comportamento do indivíduo com aquele adotado pela figura do “homem médio” (MELLO, 2010 apud SANT'ANNA 2014).

Posto isso, cumpre destacar o exposto por Bitencourt (2018) quando este diz que Welzel deixou dúvidas acerca da superioridade de seu método em relação aos outros, uma vez que admitia que um mesmo fato pudesse ser visto divergentemente por cada pessoa, isto é, cada um teria um entendimento sobre um ato que poderia convergir ou não. Logo, a ação poderia ser vista sob o ponto causal-naturalístico ou sob o espiritual – dependendo-se daquilo que se deseja examinar.

Dado o exposto, infere-se que cada sistema teve seus pontos fortes e fracos - no positivismo jurídico, voltou-se à sistematização do Direito positivo; no neokantismo, preocupou-se com a dimensão axiológica da elaboração jurídica; no finalismo, foi adjunto ao ontologismo. Assim, as correntes dogmáticas do pós-finalismo caracterizaram-se pela tentativa de unificar os “pontos fortes” dos sistemas anteriores, dentre essas se destacam as correntes do normativismo funcionalista de Roxin e Jakobs (BITENCOURT, 2018). Para Roxin, o funcionalismo tratar-se-ia da proteção subsidiária dos bens jurídicos enquanto que, para Jakobs, tratar-se-ia da garantia de vigência e respeito às normas penais (ESTEFAM, 2018).

Roxin, com o funcionalismo teleológico, propôs novos conceitos para os elementos do crime sem, entretanto, abandonar a concepção analítica do crime. Nessa sistemática, a definição da conduta passou a ser entendida como “a ação ou omissão voluntária e consciente capaz de evidenciar uma autêntica manifestação da personalidade, ou seja, explicitar a esfera anímico-espiritual do ser humano” (ROXIN, 1999, p.265 apud NUCCI, 2019, p.443). Todavia, o funcionalismo teleológico fora criticado por sua tentativa de alteração de certos conceitos. Comenta Nucci (2019, p.443):

A pretexto de eliminar traços ontológicos do crime, define-se a conduta humana como uma manifestação da personalidade de acordo com o seu caráter e, posteriormente, quando amadurecido pelos anos da vida, segundo a sua personalidade. E daí? Isso não resolve o conceito de conduta humana, ao contrário, confunde-se ainda mais o que vem a ser uma simples ação ou omissão. Ao buscar um conceito de conduta humana despidido de elementos

ontológicos, advindos da realidade, transformam-se a ação e a omissão em atos valorados normativamente, o que é ilógico.

Jakobs, com o funcionalismo sistêmico, buscou garantir a estrutura do próprio sistema penal. Por isso, separou a ação da omissão para definir a conduta. Para ele, “ação é a causação inevitável do resultado e a omissão é a não evitação evitável de um resultado. Então, a conduta pode ser vista como a evitabilidade de uma diferença de resultado” (JAKOBS, 1997, p. 32 apud NUCCI, 2019, p.447). Contudo, o funcionalismo sistêmico tornou a ser alvo de críticas, comenta Nucci (2019, p.447):

[...] pretender desvincular o lado ontológico da atuação humana significa, simplesmente, tornar ininteligível o conceito de conduta. Normatizar ou valorar o agir humano não produz nenhum fruto positivo, pois o retira do mundo real, lançando-o no virtual universo dos conceitos. E cada um trabalha conceitos como bem quer, inclusive tachando de evitável o que não é. Logo, podendo punir quem não merece.

Em razão do funcionalismo, comenta Estefam (2018) que as críticas a esse sistema, no que tange à oposição metodológica, consistem em olvidar os aspectos prévios ontológicos advindos do finalismo.

Tirante o funcionalismo em geral, surgem outras teorias/sistemas (v. g. teoria da ação significativa e teoria social da ação) as quais se voltam à mesma premissa finalista: a conduta humana dotada de finalidade. Nesse sentido, a doutrina penal majoritária entende que o finalismo continua sendo o sistema mais acertado a se seguir (v. g. Guilherme de Souza Nucci, Luiz Regis Prado), sendo que Bitencourt (2018) vê a teoria da ação significativa como uma teoria promissora que, em futuro, revolucionará a teoria geral do delito.

3. Neurodeterminismo

Hodiernamente, persiste a discussão acerca da liberdade do indivíduo como ser moralmente capaz de optar ou não pelo comportamento desviante – existência ou não do livre arbítrio (CUNHA, 2019). Conforme visto alhures, o livre arbítrio foi apregoado pela Escola Clássica, a qual entendia que o indivíduo era moralmente livre para executar suas ações. Nesse sentido, aduz Moniz Sodré:

Este livre-arbítrio é que serve, portanto, de justificação às penas que se impõem aos delinquentes como um castigo merecido, pela ação criminosa e livremente voluntária. Só é punível quem é moralmente livre e, por

consequente, moralmente responsável, porque só estes podem ser autores de delitos. Se o homem cometeu um crime deve ser punido porque estava em suas mãos abster-se ou se o quisesse, praticar ao invés dele um ato meritório (1955, p. 72 apud GRECO, 2017, p. 517).

Por outro lado, o determinismo – originado pela Escola Positivista – sustenta que o indivíduo não detém capacidade para atuar soberanamente em suas escolhas por conta de diversos fatores – internos ou externos – os quais o influenciam a tomar certa decisão (CUNHA, 2019). Nessa perspectiva, argumenta Moniz Sodré:

Admitir-se a existência de uma vontade livre, não determinada por motivos de qualquer ordem, é contestar-se o valor da herança e a influência que a educação e o meio físico e social exercem sobre os homens. Não há fugir deste dilema. Ou a herança, o meio, a educação influem poderosamente sobre os indivíduos, formando-lhes o temperamento e o caráter, transmitindo-lhes e dando-lhes ideias e sentimentos que os levarão à prática de atos maus ou bons, conforme a natureza das qualidades morais transmitidas e adquiridas; e, então, a vontade não é livre, mas francamente determinada por esses motivos de ordem biológica, física e social. Ou a vontade é livre, exerce sua ação fora da influência destes fatores, e, neste caso, existe o livre-arbítrio, mas é mister confessar que o poder da herança, do meio e da educação é mera ilusão dos cientistas (1995, p. 82 apud GRECO, 2017, p. 517).

Nesse diapasão, somando-se – direta ou indiretamente – aos deterministas, experimentos neurocientíficos também incitaram o debate acerca da liberdade do indivíduo por terem previsto, em seus resultados, que a tomada de decisão acerca das ações inicia-se inconscientemente. Nessa linha, destaquem-se os experimentos de Benjamin Libet e Stefan Bode.

3.1. O experimento de Benjamin Libet

Benjamin Libet foi o cientista responsável pelo artigo científico intitulado “*Do We Have Free Will?*”. Nesse artigo, comenta Libet (1999, p.47, tradução nossa):

Adotei uma abordagem experimental para esta questão. Atos livremente voluntários são precedidos por uma alteração elétrica específica no cérebro (o 'potencial de prontidão', PR) que começa 550 ms antes do ato. Os sujeitos humanos tomaram consciência da intenção de agir 350–400 ms após o início do RP, mas 200 ms antes do ato do motor. O processo volitivo é, portanto, iniciado inconscientemente. Mas a função consciente ainda pode controlar o resultado; pode vetar o ato. O livre arbítrio não é, portanto, excluído. Essas descobertas colocam restrições à visão de como o livre arbítrio pode operar; não iniciaria um ato voluntário mas poderia controlar

o desempenho do ato. As descobertas também afetam opiniões de culpa e responsabilidade³³.

Libet (1999) propõe inicialmente o ponto: se os seres humanos são livres ou se são regidos pela natureza minimalista das leis físicas ou de influência teológica. No artigo, Libet explora a consciência de ação por meio de experimento que tratou de observar a atividade cerebral. Para isso, tomou o cuidado de não deixar existir, no experimento, influências externas³⁴, isto é, o ato deveria ser puramente endógeno. Inclusive, também relatou que o indivíduo do experimento deveria sentir vontade de querer fazer a ação, ou seja, seria soberano em optar por fazer ou não fazer. O experimento consistiu em:

[...] se pedia a uma pessoa para que flexionasse os dedos das mãos em um momento “desejado” e que, antes de flexioná-los, comunicasse que iria adotar tal decisão. O mencionado professor, monitorando a atividade cerebral do sujeito, por meio da técnica de ressonância magnética funcional, conseguiu perceber que os neurônios do córtex motor suplementar, associados aos movimentos das mãos, acionavam alguns milissegundos antes do indivíduo estar consciente de sua vontade de realizar tal ação. Assim, concluiu Benjamin Libet, que as decisões tomadas pelos sujeitos são iniciadas no âmbito do inconsciente e só depois percebidas de maneira consciente (SANT’ANNA, 2014, p.75).

Para medir o momento de estímulo cerebral, Libet percebeu que um relógio normal seria insuficiente em seu teste por se tratar de curtos lapsos temporais entre os momentos percebidos. Portanto, o relógio tinha que ser muito mais rápido que o normal, marcando o tempo em centenas de milissegundos. Trouxe à tona, então, o osciloscópio (figura 1):

³³ Traduzido de: “*I have taken an experimental approach to this question. 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. 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; it would not initiate a voluntary act but it could control performance of the act. The findings also affect views of guilt and responsibility*”.

³⁴ Nesse sentido, argumentou que: “[...] quando a área motora primária do córtex cerebral é estimulada, contrações musculares podem ser produzidas em certos locais do corpo. Quão sempre, o sujeito (paciente neurocirúrgico) relata que essas ações foram impostas pelo estimulador, ou seja, que ele não quis esses atos. E existem inúmeras doenças clínicas nas quais ocorre uma discrepância semelhante entre ações e vontade. Esses incluem as ações involuntárias na paralisia cerebral, parkinsonismo, coreia de Huntington, Síndrome de Tourette e até compulsões obsessivas para agir.”, traduzido de: “*when the primary motor area of the cerebral cortex is stimulated, muscle contractions can be produced in certain sites in the body. However, the subject (a neurosurgical patient) reports that these actions were imposed by the stimulator, i.e. that he did not will these acts. And there are numerous clinical disorders in which a similar discrepancy between actions and will occurs. These include the involuntary actions in cerebral palsy, Parkinsonism, Huntington’s chorea, Tourette’s syndrome and even obsessive compulsions to act*” (LIBET, 1999, p. 48-49).

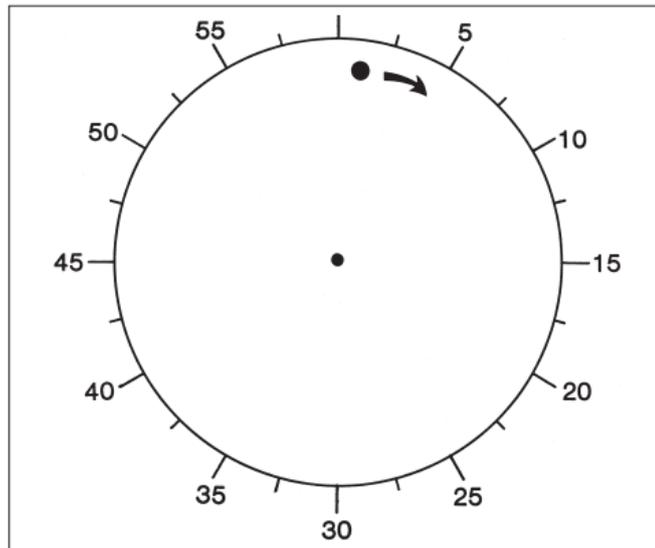


Figura 1- *Oscilloscope 'clock'* (Osciloscópio 'relógio')

Neste osciloscópio, o ponto de luz gira em torno da extremidade periférica da tela, sendo uma volta completa realizada em 2,56 segundos. Cada marcação (das 60 no total, como se fosse um relógio comum) representa 43 milissegundos. Foi pedido para que os sujeitos do experimento marcassem o ponto em que tivessem tomado conhecimento, desejo ou intenção de agir (LIBET, 1999).

O resultado obtido (figura 2) por Libet (1999) foi: o processo de volição (potencial de prontidão ou *readness potential*) começava 550 milissegundos antes do ato. Porém, os sujeitos do experimento apenas ficaram cientes da intenção de agir 350 a 400 milissegundos depois de iniciado o potencial de prontidão e 200 milissegundos antes do ato motor.

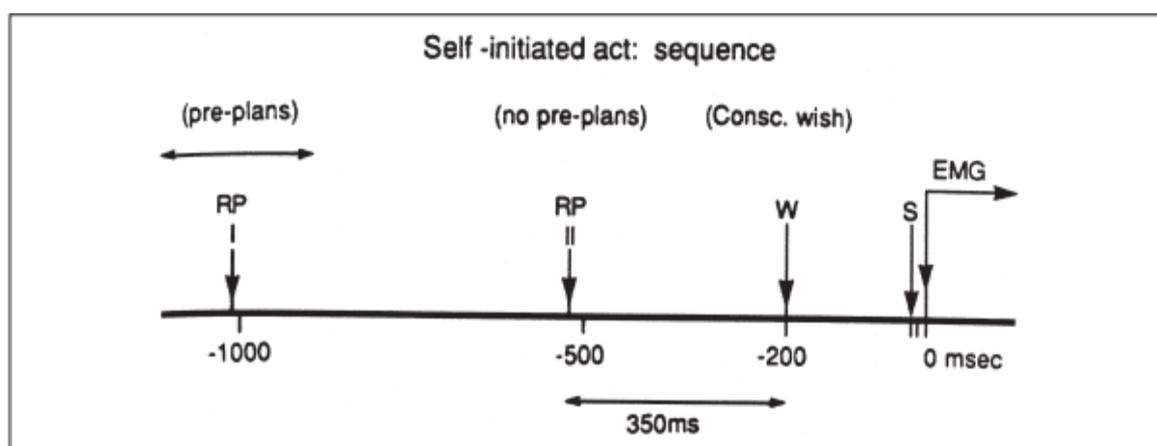


Figura 2 – Resultado de Libet

O experimento de Libet - elucide-se - não buscou contestar a inexistência do livre arbítrio, mas sim propôs a observância do momento em que a intenção consciente para a realização do ato aparece. Isso foi de encontro à consideração predecessora acerca do livre arbítrio, logo, expõe Sant’anna (2014, p.76):

Segundo a visão tradicional de livre arbítrio e vontade consciente, o desejo consciente aparece antes ou no início da denominada “*readiness potential*” e, dessa forma, direcionam o cérebro para realizar o ato pretendido. Todavia, diante dos experimentos realizados, afirma Benjamin Libet, que a vontade consciente, antes da prática do ato, se revela improvável.

Em vista disso, os resultados obtidos a partir do experimento de Libet incitam a volta ao debate acerca do livre arbítrio – como mutação de compreensão, modificação teórica ou revogação ideológica. Outros experimentos também seguiram a linha de estudar o processo de consciência e volição humanas.

3.2. O experimento de Stefan Bode

O professor e cientista Stefan Bode – em conjunto com outros cientistas - realizou experimento acerca da capacidade de escolher conscientemente nossas ações. Comenta o cientista que os experimentos de Libet foram criticados por várias razões. Dentre elas, se o julgamento de tempo eram confiáveis, uma vez que o intervalo de tempo entre a intenção relatada e o movimento era curto (por volta de meio segundo) e a atenção aos aspectos do tempo poderia causar distorções adicionais (BODE et al., 2011).

Nessa linha, em seu paradigma experimental (figura 3), Bode et al. (2011) desenvolveram do seguinte modo: os sujeitos foram apresentados com um fluxo de letras brancas em constante mudança tendo-se um fundo escuro. A tela apresentada era atualizada a cada 500 milissegundos. A tarefa era que cada sujeito decidisse, livre e espontaneamente, pressionar um “botão de resposta” com o dedo indicador esquerdo ou direito (na figura, mostra-se pelos círculos superiores – círculos preenchidos demonstram o lado escolhido) sempre que possuíssem vontade de pressioná-lo.

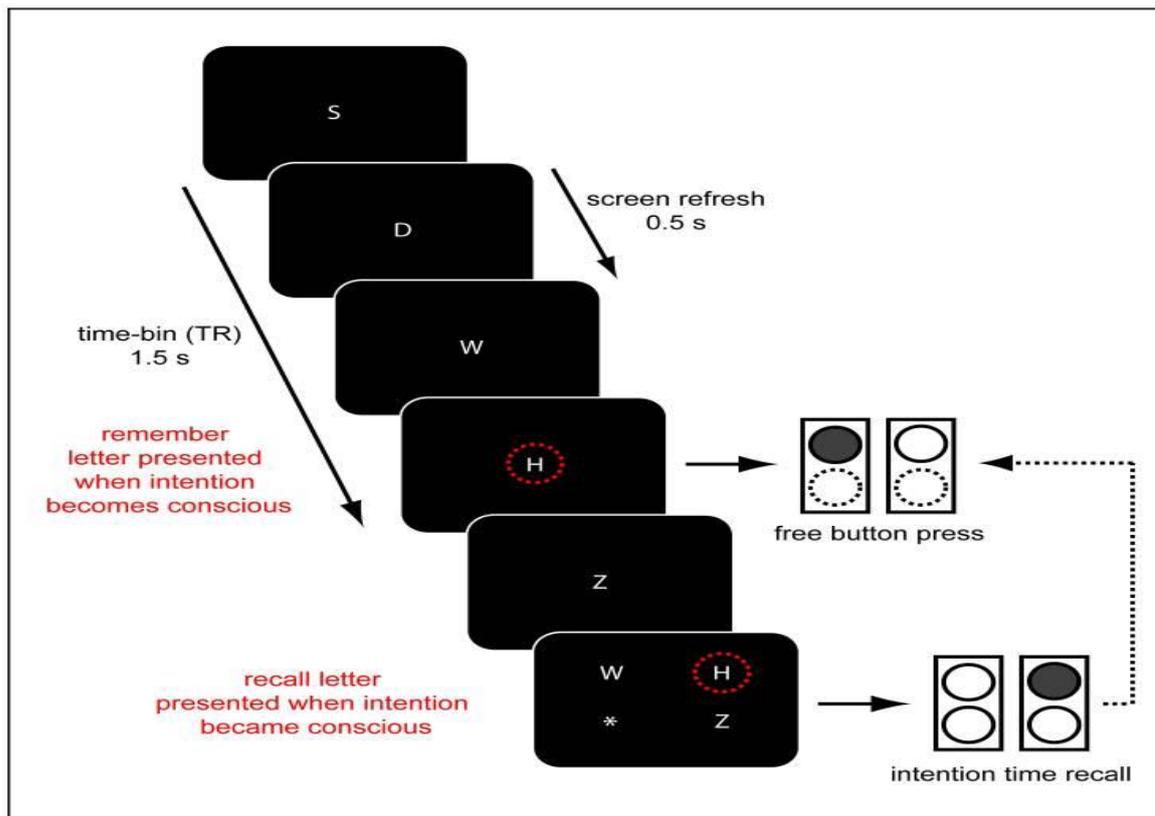


Figura 3 – Paradigma experimental.

Nesse raciocínio, os sujeitos foram orientados a anotar a letra a qual era exibida na tela quando tomasse conhecimento de sua intenção e a pressionar de imediato o botão (na imagem, a letra H – ressalte-se que os círculos vermelhos não foram apresentados). Após o sujeito pressionar o botão, uma “tela de resposta” foi apresentada. Mostraram-se três letras e um asterisco nos quatro cantos da tela – sendo as letras apresentadas durante e imediatamente antes do pressionamento do botão. Os sujeitos indicaram a letra que se apresentava no momento da decisão pressionando o botão que correspondesse à sua posição na tela (na imagem, letra H recordada, indicada pelo botão superior direito). Caso eles não conseguissem

lembrar-se da carta ou, ainda, se a carta pertinente não estava presente, eles indicariam isso com um asterisco. Depois que a resposta era dada, o julgamento seguinte começava e os sujeitos eram instruídos a retornar a um estado relaxado antes da próxima nova decisão.

A partir do experimento obteve-se o seguinte resultado:

Os sujeitos escolheram o botão esquerdo em 51% de todos os ensaios e o botão direito em 49% de todos os ensaios. Havia apenas muito poucos ensaios em que os sujeitos não conseguiram se lembrar da carta presente quando a decisão foi tomada (média de 1% de todos os ensaios). Em quase todos os ensaios, os sujeitos indicaram que a decisão alcançou a consciência durante a apresentação da mesma letra ou de uma letra antes de pressionar o botão³⁵ (BODE et al., 2011, n.p, tradução nossa).

Baseado no resultado do experimento de Bode notou-se um padrão de início de volição e reação. Fato o qual sustenta o início da ação inconsciente. Nessa linha explana Bode et al. (2011, n.p, tradução nossa):

Concluimos, portanto, que os padrões de ativação espacial informativos iniciais no córtex frontopolar estavam relacionados aos componentes inconscientes da intenção. Isso novamente apoia a hipótese de um processo lento de difusão inconsciente em direção a um padrão "prototípico" no CPF, que é então relacionado à decisão consciente. Pode ser surpreendente que as informações relacionadas à decisão sejam codificadas no cérebro alguns segundos antes que a decisão se torne consciente, dado que a tarefa era bastante simples³⁶.

Por fim, comente-se que são elucidativos os experimentos pertinentes à área de competência das decisões humanas, dado que, a partir deles, compreende-se com maior qualidade o próprio ser e, igualmente, como entender as relações tratadas entre o ser e seus semelhantes.

³⁵ Traduzido de: “*Subjects chose the left button on 51% of all trials, and the right button 49% of all trials. There were only very few trials in which subjects could not recall the letter present when their decision was made (average 1% of all trials). In nearly all trials, subjects indicated that the decision reached conscious awareness during the presentation of the same letter or one letter before they pressed the button*”.

³⁶ Traduzido de: “*We thus conclude that the early informative spatial activation patterns in frontopolar cortex were related to unconscious components of the intention. This again supports the hypothesis of a slow unconscious diffusion process towards a “prototypical” pattern in FPC, which is then related to the conscious decision. It might be surprising that decision-related information is encoded in the brain several seconds before the decision becomes conscious, given that the task was rather simple*”.

4. Neurodeterminismo e Direito

Se os atos são iniciados involuntariamente, apesar de poderem ser controlados posteriormente (como expôs Libet), como ficaria a atribuição de culpa daquele que teve o ato iniciado involuntariamente e, ao tomar consciência da ação, não poderia mais agir de modo diverso? Ou até mesmo cabe o debate de: como se interpretaria o conceito de livre arbítrio após esses novos resultados neurocientíficos? Deveria ser modificado?

A seara sociológica da ciência acrescidamente contribui para a noção do ser humano em si. Como exemplo, diz Costa (2005, p.12): “[...] para se tornar humano, o homem tem de aprender com seus semelhantes uma série de atitudes que jamais poderia desenvolver no isolamento”. Essa noção coopera para o pensamento híbrido acerca do livre arbítrio humano: os atos são resultados de escolhas por parte do indivíduo (o ser em si), mas estes podem sofrer influência pré-determinada de seu meio.

Na seara do Direito, doutrinadores vêm sustentando o argumento de que a liberdade de ação e o determinismo não são opostos, mas se completam. Greco (2018) leciona que o meio social implica na liberdade de ação do indivíduo, mas nem sempre é uma implicância absoluta. A partir disso, comenta:

Todos sabemos a influência, por exemplo, do meio social na prática de determinada infração penal. Temos, quase que diariamente, por meio da imprensa, notícias de que o tráfico de entorpecentes procura arregimentar pessoas da própria comunidade para que possam praticar o comércio ilícito de drogas. Muitos são atraídos pela ausência de oportunidades de trabalho; outros, pela falsa impressão de poder e autoridade que o tráfico de drogas transmite (GRECO, 2018, p.518).

De modo semelhante se posiciona Cunha (2019, p. 330):

É fato que, no geral, vigora o livre-arbítrio, identificando-se nos indivíduos a capacidade de avaliar a correção de sua conduta e, portanto, de agir conforme o direito. Não se pode ignorar, todavia, a existência de fatores sociais que podem tornar certos indivíduos menos aptos a escolher livremente e passíveis de se submeter a influências externas que acabam inspirando sua linha de conduta.

Contudo, doutrinadores, como Bitencourt (2018), entendem como insatisfatória a teoria finalista, já que ela não obtém com exatidão seus próprios argumentos propostos. Enquanto doutrinadores, como Araújo (2018), entendem que a teoria finalista foi um marco para o Direito Penal e não se fragiliza diante dos argumentos neurodeterministas.

Contudo, por mais que Libet (1999) tenha descoberto em seu experimento que o cérebro inicia o processo de volição estando inconsciente, ele nega a inexistência da liberdade de escolha. Argumenta ele que o indivíduo ainda poderia controlar suas volições iniciadas inconscientemente depois de certo intervalo de tempo. Não obstante, questiona-se, ainda, o momento em que essa liberdade de escolha apareceria no lapso entre decisão do cérebro e o ato propriamente dito.

Por fim, argumenta Araújo (2018) que não é admissível que o neurodeterminismo acarrete a extinção da culpabilidade, pois isso representaria um acentuado retrocesso na construção do Direito Penal liberal, logo, seria temerário acolher os resultados dos experimentos da neurociência como verdades incontestes. Argumenta o autor que é um equívoco a pretensão de detenção monopolista da verdade pela ciência. Sem embargo, Farias e Rosenvald (2017) comentam que o avanço decorrente da inteligência humana não pode ser estranho à Ciência Jurídica, pois, conseqüentemente, estabelecer-se-ia um profundo hiato entre a realidade fenomenológica da vida e as normas jurídicas.

Considerações finais

A partir do exposto no corpo do artigo, algumas considerações são pertinentes. Assim, é notável que o finalismo foi um marco para a evolução da culpabilidade. Ele trouxe à tona o indivíduo como um ser individualmente analisado – isto é, sua intenção finalística interna - para, somente então, ser considerado culpado ou não. Isso diferentemente dos sistemas anteriores, que tiveram por método de culpabilidade a causalidade atrelada ao positivismo ou como sendo valorada por um terceiro – a conduta e o resultado eram vistos como pontos fulcrais.

Em linha, Viveiros de Castro acerta ao dizer que o indivíduo tem sua conduta determinada pelo motivo mais forte, contudo, atualmente, essa motivação é objeto de análise do hodierno sistema penal. Isso, pois, além de serem conhecidas as hipóteses em que o indivíduo não detém faculdade diante de sua conduta, também há a previsão do elemento da impossibilidade de conduta diversa dentro do elemento da culpabilidade. Portanto, o indivíduo, apesar de agir podendo ser coagido, ainda detém a incapacidade de ser culpável caso não seja um ato iniciado (e continuado) por sua livre vontade.

Similarmente, compreende-se que a teoria da coculpabilidade volta a essa discussão dos meios influenciadores da conduta, observando, todavia, não o meio incapacitando o agir diverso, mas sim dificultando quase que plenamente ele.

O dolo natural, característico do finalismo, foi de suma importância, pois, a análise sobre o comportamento desviante do indivíduo seria sem ingerências valorativas. O dolo e a culpa passam a ser típicos, o que possibilita maior segurança jurídica, uma vez que a conduta ilícita passa a ser prevista pelo legislativo para, somente então, existir o crime.

O livre arbítrio sustentado inicialmente pela Escola Clássica é notadamente hegemônico em face do determinismo – predominantemente biológico – defendido pela Escola Positiva. Fato este que possibilita a adoção do sistema finalista pelo sistema penal brasileiro.

Os experimentos e estudos neurocientíficos que de alguma forma influenciam no modo de atribuição da culpa ainda não trazem verdades incontestáveis. Inclusive é nessa linha que argumenta Araújo ao dizer que a ciência não detém a presunção da verdade, ou seja, não cabe a poucos experimentos e estudos (podendo considerá-los como epistemológicos ou inaugurais) a responsabilidade de extinguir a culpabilidade fundamentada no livre arbítrio.

Convém lembrar que Libet deixou claro que, apesar de a ação iniciar inconscientemente, ainda seria possível o controle da ação no momento em que a consciência se fizesse presente. Não obstante, a crítica acerca da possibilidade de conduta diversa a depender do momento de manifestação da consciência encontra resposta no sistema judicial brasileiro e, por forma supletiva ou alternativa, na Alemanha: o indivíduo é considerado culpado somente quando, contra ele, há a presença de provas; na Alemanha, para não ocorrer a subjetividade por parte do judiciário, faz-se a medida da culpa de acordo com o agir do “homem médio”.

Por fim, convém comentar que, assim como é natural da ciência, a teoria finalista da ação de Welzel ainda é alvo de críticas as quais culminam (e culminarão) em novas teorias acerca da culpabilidade e da ação do indivíduo. Não obstante, Bitencourt encontra esse futuro na teoria da ação significativa. Porém, não há de se negar que novas teorias poderão surgir de acordo não só com o avançar dos estudos neurocientíficos, mas também com o avançar da ciência como um todo. No entanto, como é propriamente da ciência, as críticas serão inevitáveis – a menos que, eventualmente, desvincule-se o Direito das outras ciências, fato este que negaria a própria ciência do Direito. Contudo, é inevitável que o finalismo seja o sistema mais adequado para o Direito Penal brasileiro.

Referências

ABREU, Iduna Weinert. A teoria da ação finalista de Hans Welzel. **Revista de informação legislativa**, v. 13, n. 51, p. 179-198, 2009.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro digital (*ebook*).

ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico-penais da revolução neurocientífica**. Salvador: JusPodivm, 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Edição Eletrônica: Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>> Acesso em: 12 jan. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Livro digital (*ebook*).

BODE, Stefan et al. Tracking the unconscious generation of free decisions using ultra-high field fMRI. **PLoS one**, v. 6, n. 6, p. e21612, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. Decreto **lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. Decreto **lei nº 3689, de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 22 out. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. vol I. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Livro digital (*ebook*).

COSTA, Maria Cristina Castilho. **Sociologia: introdução à ciência da sociedade**. 3. ed. São Paulo: Moderna, 2005.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Livro digital (*ebook*).

FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosendal, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 15. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. vol. I. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017. Livro digital (*ebook*).

LIBET, Benjamin. Do we have free will?. **Journal of consciousness studies**, v. 6, n. 8-9, p. 47-57, 1999.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral (arts. 1º a 120). vol. 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019. Livro digital (*ebook*).

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Livro digital (*ebook*).

SANT'ANNA, Marina de Cerqueira. **Neurociências e culpabilidade**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SOUZA, Artur de Brito Guerreiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal**: volume único. São Paulo: Atlas, 2018. Livro digital (*ebook*).

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad: Luiz Regis Prado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Artigo submetido à *Virtù: Direito e Humanismo*, recebido em 27 de maio de 2020. Aprovado em 29 de junho de 2020. A construção argumentativa, a adequada utilização do referencial bibliográfico, as opiniões e as conclusões são de responsabilidade do autor.

Edição publicada em 25 de outubro de 2021.