

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL-MINTER UNISINOS/UNIDAVI
NÍVEL MESTRADO**

JULIA GABRIELA WARMLING PEREIRA

**O DIREITO PENAL E OS POSSÍVEIS EFEITOS DA NEUROCIÊNCIA:
uma investigação acerca da culpabilidade**

**SÃO LEOPOLDO
2018**

Julia Gabriela Warmling Pereira

O direito penal e os possíveis efeitos da neurociência:
uma investigação acerca da culpabilidade

Dissertação apresentada como requisito
parcial para obtenção do título de Mestre
em Direito, pelo Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade do
Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS
Área de concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Dr. Miguel Tedesco Wedy

São Leopoldo

2018

P436d Pereira, Julia Gabriela Warmling

O direito penal e os possíveis efeitos da neurociência: uma investigação acerca da culpabilidade / Julia Gabriela Warmling Pereira -- 2018.

140 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado Interinstitucional-Minter UNISINOS/UNIDAVI, São Leopoldo, RS, 2018.

Orientador: Prof. Dr. Miguel Tedesco Wedy.

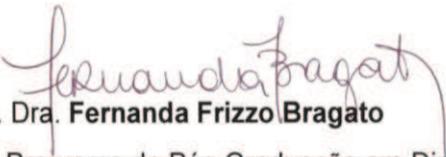
1. Direito penal. 2. Neurociências. 3. Culpabilidade. 4. Cérebro. 5. Livre-arbítrio. I. Título. II. Wedy, Miguel Tedesco.

CDU 343

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "**O DIREITO PENAL E OS POSSÍVEIS EFEITOS DA NEUROCIÊNCIA: uma investigação acerca da culpabilidade**" elaborada pela mestranda **Julia Gabriela Warmling Pereira**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 14 de janeiro de 2019.


Profa. Dra. **Fernanda Frizzo Bragato**

Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Miguel Tedesco Wedy

Membro: Dra. Clarissa Tassinari

Membro: Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

As pessoas que dão sentido a minha vida:

Meus pais, Julio e Alicia, todo meu amor e carinho, por serem os pais mais adoráveis do mundo, sempre presentes, me proporcionando amor, dedicação e apoio incondicional em todos momentos de minha trajetória.

Obrigada por tudo. Amo vocês;

Ao meu noivo Diogo, por suas inumeráveis virtudes. Sou grata pelo companheirismo, apoio e incentivo, principalmente nos momentos de incerteza. Você faz essa conquista valer a pena. Muito obrigada. Te amo;

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela saúde e pelo dom da vida.

A minha incrível e amada família, em especial aos meus pais, Julio e Alicia, ao meu noivo Diogo, por todo o estímulo e confiança a mim depositada, pelo apoio em todos os meus projetos, possibilitando que a finalização deste trabalho se tornasse menos árdua.

Ao meu orientador Prof. Dr. Miguel Tedesco Wedy, o qual expresso os mais sinceros agradecimentos, por todo o apoio e contribuição sem os quais certamente o resultado desta dissertação não seria o mesmo.

Estendo meus agradecimentos à Profa. Dra. Fernanda Frizzo Bragato, que compôs minha banca de qualificação, oportunidade em que contribuiu com valiosas observações para o término deste trabalho.

Manifesto minha gratidão a todo corpo docente, pela imprescindível contribuição para o cumprimento desta jornada.

Aos colegas do mestrado, pela parceria e incondicional amizade.

Agradeço a todos que permaneceram comigo nesta caminhada e que de alguma forma contribuíram para o aludido estudo.

Minha gratidão.

“Toda a culpa é culpa da vontade. Só aquilo contra o que o homem pode, do ponto de vista da vontade, alguma coisa, lhe pode ser censurado como culpa”¹.

¹ WELZEL, Hans. **Gedanken zur Willensfreiheit**. [S.l.], Engisch-Fests, 1969. p. 125.

RESUMO

Esta dissertação de mestrado enfrenta a tarefa de delinear os principais aspectos que contornam a neurociência e a culpabilidade sob a égide do Direito Penal. A preocupação ocupa espaço justamente nas conclusões dos experimentos neurocientíficos atuais, os quais traçam aspectos acerca do comportamento e da conduta humana, por intermédio das instigantes descobertas neurocientíficas que revelam novas informações sobre o funcionamento do cérebro humano, influenciando, sobretudo, no campo do Direito Penal, intrinsecamente em sede de culpabilidade. Para tanto, o objetivo deste trabalho é investigar os possíveis impactos produzidos pelos avanços neurocientíficos no âmbito da dogmática penal, principalmente acerca do instituto da culpabilidade. Situando-se nesse cenário de recentes descobertas, objetiva-se demonstrar, também, o quão perigoso pode ser recepcionar os resultados da ciência do cérebro que acabam por defender as bases do neurodeterminismo, o qual teria o condão de propagar a inaplicabilidade do “poder atuar do outro modo”, com isso, rechaçando a autodeterminação e, conseqüentemente, abolindo todo o sentido da existência da culpabilidade. Em decorrência disso, o caminho a ser percorrido será detalhista, pois terá como primeira abordagem a evolução dos antecedentes históricos a perspectiva contemporânea do conceito de culpa jurídico-penal. O segundo capítulo, por sua vez, apresentará as concepções atuais de culpabilidade, enquanto o último investigará como os avanços neurocientíficos poderão influenciar na questão da culpa jurídico-penal. O trabalho terá como fio condutor o método fenomenológico-hermenêutico e será desenvolvido a partir da pesquisa bibliográfica. Sob estas perspectivas, o sistema sancionatório consagrado pelo Direito Penal estaria ameaçado pela política criminal defendida pela neurociência calcada em processos de imputação exclusivamente preventivo constituído a partir de medidas de segurança, acarretando o retorno do indesejável direito penal do autor, substituindo, dessa maneira, o direito penal do fato. Em apertada síntese, não se pode olvidar que o estudo da neurociência pode, também, impactar positivamente a dogmática penal na questão da responsabilidade criminal, encontrando maior adequação nos estudos da inimputabilidade. Mesmo que ainda parem incertezas em torno dos resultados neurocientíficos, posiciona-se, ao menos em tese, em Direito Penal alicerçado na culpabilidade.

Palavras-chave: Direito penal. Neurociências. Culpabilidade. Cérebro. Livre-arbítrio.

ABSTRACT

This Master's thesis faces the task of delineating the main aspects that circumvent neuroscience and guilt under the aegis of Criminal Law. Concern takes place precisely in the conclusions of current neuroscientific experiments, which trace aspects about human behavior and behavior through the instigating neuroscientific discoveries that reveal new information about the functioning of the human brain, influencing, in the field of Criminal Law, intrinsically in guilt. Therefore, the objective of this work is to investigate the possible impacts produced by the neuroscientific advances in the scope of criminal dogmatics, mainly about the institute of guilt. In this scenario of recent discoveries, the objective is also to demonstrate how dangerous it can be to receive the results of brain science that end up defending the foundations of neurodeterminism, which would have the power to propagate the inapplicability of "being able to act the other way, "thereby rejecting self-determination and, consequently, abolishing the whole sense of guilt. As a result, the path to be covered will be detailed, since it will have as its first approach the evolution of historical antecedents to the contemporary perspective of the concept of criminal-legal guilt. The third chapter, in turn, will present the current conceptions of guilt, while the latter will investigate how neuroscientific advances can influence the issue of criminal-legal guilt. The work will have as its guiding principle the hermeneutic phenomenological method and will be developed from the bibliographical research. Under this perspective, the penal system enshrined in criminal law would be threatened by the criminal policy advocated by neuroscience based on exclusively preventive imputation processes, based on security measures, resulting in the return of the unwanted criminal law of the author, thus replacing the criminal law of fact. In a close synthesis, it can not be forgotten that the study of neuroscience can also positively impact criminal dogma in the issue of criminal responsibility, finding greater adequacy in the studies of incomputability. Even if there are still uncertainties about the neuroscientific results, it is positioned, at least in theory, in Criminal Law based on guilt.

Keywords: Criminal law. Neurosciences. Guilty. Brain. Free will.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS À PERSPECTIVA CONTEMPORÂNEA DO CONCEITO JURÍDICO-PENAL DE CULPA.	19
2.1 Antecedentes Históricos da Culpabilidade	20
2.1.1 A Culpabilidade no Medievo: Breves Considerações	22
2.1.2 Os Reflexos do Iluminismo na Culpabilidade	23
2.2 O Desenvolvimento da Ciência e as Novas Tensões no Conceito de Culpabilidade	25
2.2.1 Positivismo Científico e Criminológico	25
2.3. O Advento da Culpabilidade e o Desenvolvimento de um Conceito Material de Culpa	31
2.3.1 Teoria Psicológica da Culpabilidade	34
2.3.2 Teoria Psicológica-normativa de Culpabilidade	36
2.4 Teoria Normativa da Culpa.	40
2.4.1 Teoria Finalista e a Construção Welzeniana de Culpabilidade	40
2.4.2 Construção Welzeniana de Livre-arbítrio	45
3 PERSPECTIVAS ATUAIS DE CULPABILIDADE	49
3.1 A Culpabilidade e o Funcionalismo	51
3.1.1 Reflexos da Concepção de Culpa de Günther Jakobs	52
3.1.2 A Culpabilidade Segundo Claus Roxin	55
3.1.3 O Pensamento de Jorge Figueiredo Dias Acerca da Culpa	59
3.2 A Questão da Culpa da Vontade	63
3.3 A Culpabilidade no Contexto de uma Culpa da Pessoa ou da Personalidade	64
3.3.1 A Culpa pelo Caráter	67
3.3.2 A Objeção da Teoria da Culpabilidade pelo Caráter de Claus Roxin: As Diferenças com a Doutrina de Jorge Figueiredo Dias	68
3.4 A Pessoa Deliberativa: Contribuições de Klaus Günther	71
3.5 A Culpabilidade Segundo Francisco Muñoz Conde	74
3.6 A Culpabilidade e o Livre-arbítrio: Algumas Controvérsias em Torno do Tema	76
3.6.1 Considerações Acerca do Livre-arbítrio e sua Repercussão na Culpabilidade	79

4 NEUROCIÊNCIA E DIREITO PENAL: REFLEXÕES ACERCA DA CULPABILIDADE	84
4.1 O Desenvolvimento Histórico da Neurociência	84
4.1.1 Os Recentes Estudos no Campo da Neurociência	89
4.1.2 Incongruências Neurocientíficas em Torno do Livre-arbítrio	96
4.2 Neurociência e a Conduta Humana: Liberdade e Responsabilidade Pessoal	100
4.2.1 Reflexos Penais sobre a (In)Subsistência da Liberdade de Vontade.....	108
4.2.2 Implicações Neurocientíficas no Direito Penal: não muda nada?.....	112
4.3 Crítica Dogmática Penal a Aplicação das Teses Neurocientíficas	116
4.3.1 Será o Conhecimento Científico Detentor Monopolista da Verdade?	116
4.4 As Consequências da (Re)Construção do Sistema Punitivo	117
4.4.1 Uma "Nova" Dimensão de Seletividade: Um Direito Penal do Autor?.....	120
4.4.2 O Caráter Preventivo como Resposta Neurocientífica	122
4.4.3 O Fim da Pena: Política Criminal Fundada no Direito de Medidas de Segurança	124
4.4.4 A Necessidade da Aplicação da Culpabilidade no Direito Penal.....	126
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	129
REFERÊNCIAS	133

1 INTRODUÇÃO

A relevância sobre as descobertas neurocientíficas inaugura uma nova era. E na medida em que as suas investigações vem avançando, através de novas tecnologias de mapeamento cerebral, têm revelado localizações específicas de eventos cerebrais, os quais permitem inferir a crescente aproximação entre a neurociência e o direito.

As ambições neurocientíficas têm se expandido e impregnado na sociedade, situação que acarreta um peso maior nas leis e, diante desse fato, as questões atinentes ao direito merecem atenção para que se tenha uma inserção adequada à realidade. O direito e a neurociência constituem um tema com diversas implicações de cunho social, ontológico e metodológico, necessitando ser analisado essencialmente sob o aspecto dogmático penal, particularmente no tocante à culpabilidade penal.

No que concerne às discussões acerca do direito penal, nota-se que transcende deste âmbito as investigações a respeito do comportamento humano, compreende, também, o interesse em analisar a conduta humana e a própria questão da liberdade, igualmente relevante às neurociências.

Não há dúvida de que as possíveis repercussões para o direito penal constituem um tema que tem levado diversos doutrinadores a se debruçarem sobre as pesquisas, as quais devem ser analisadas com as cautelas devidas.

Nessa linha de raciocínio, com o cuidado necessário, não se pode deixar de observar as críticas ao livre-arbítrio com a chamada “revolução neurocientífica”, o que despertou pesquisas pelo mundo todo.

Além do mais, cumpre elucidar que, antes de adentrar na problemática, necessário se faz esclarecer os avanços da neurociência que permitem uma compreensão sobre o funcionamento interno do cérebro humano, os quais parecem querer assegurar a indemonstrabilidade da culpa fundada no livre-arbítrio.

Nessa toada, vale destacar que são muitas as perspectivas de aferição da culpabilidade, envolvendo desde autores que rechaçam a existência desse instituto,

bem como simpatizantes do compatibilismo², além de defensores ferrenhos de uma culpabilidade fruto da autodeterminação e do *poder atuar de outro modo*.

Como já dito, a culpabilidade tem sido estudada e discutida ao longo da história, desta forma explica Eduardo Crespo³ que por décadas a ciência criminal concentrou grande parte de seus esforços no desenvolvimento de um princípio conceito de culpa livre de conotações metafísicas e servindo a um propósito duplo de natureza de garantia sistemática.

Como se vê, o desenvolvimento de uma compreensão envolvendo o fundamento material da culpabilidade se estende por anos e merece ser avaliada de forma pormenorizada, a qual se apresenta como indispensável e emergente para o ordenamento jurídico-penal atual, sendo desta forma abordada na presente pesquisa desde uma fase muito primitiva da humanidade até suas concepções atuais, adstringindo-se as particularidades do referido instituto para que se tenha um entendimento acerca da importância da culpabilidade e os prováveis efeitos com sua abolição.

Nesse contexto, impõe-se como fundamental mencionar os recentes estudos neurocientíficos realizados para mapear o cérebro humano, que impulsionaram as pesquisas em torno da inexistência do livre-arbítrio, incendiando, sobretudo, as discussões acerca da culpabilidade, responsabilidade e, inclusive, da liberdade humana, cujo pioneiro é Benjamin Libet⁴, que se dedicou a observar as atividades cerebrais de alguns voluntários a partir da utilização de eletroencefalograma.

O experimento pautou-se em analisar quando surgia a decisão de atuar, e, segundo Benjamin Libet⁵, há um potencial elétrico gerado pelo cérebro cerca de 0,8 segundos antes que os indivíduos tivessem consciência de suas intenções sobre aquela situação.

²Compatibilismo se entende como uma posição que adota mas também defende a ideia do livre-arbítrio, sendo compatíveis. Para maiores informações pesquisar em: <<https://plato.stanford.edu/entries/compatibilism/>>. Acesso em 10 maio de 2018.

³CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. **Neurociencias y Derecho Penal: Nuevas perspectivas em el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad**. Montivideo - Buenos Aires: Euros, 2013. p. 33.

⁴LIBET, Benjamin. Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action. **The Behavioral and Brain Sciences**, n. 8, 1985. p. 529-534.

⁵LIBET, Benjamin. Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action. **The Behavioral and Brain Sciences**, n. 8, 1985. p. 529-534.

Desse modo, as pesquisas neurocientíficas de Benjamin Libet, segundo o entendimento de Eduardo Crespo⁶, direcionariam a dissolução de uma distinção entre atos voluntários e involuntários, ou pelo menos, a uma modificação do entendimento atual de tais conceitos importantes e nos esquemas de imputação de responsabilidade criminal

Eduardo Crespo⁷ leciona, ainda, acerca da repercussão do experimento de Benjamin Libet, que apontou para a inexistência do livre-arbítrio e a defesa do determinismo como uma espécie “chamado biológico”. Nos experimentos de Benjamin Libet, os voluntários submetidos ao teste, moviam as mãos enquanto o referenciado avaliada a atividade elétrica do cérebro. Libet descobriu que os impulsos cerebrais dos sujeitos associados ao movimento começaram aproximadamente um terço de segundo antes que os sujeitos estivessem cientes de sua intenção de fazer o movimento⁸.

Como visto, o referido experimento fora inaugurado por Benjamin Libet na década de 1980, sendo aprimorada, posteriormente, por Haynes, Soon, Brass e Heinze, que obtiveram respostas semelhantes à de Benjamin Libet, os quais concluíram que o cérebro apresentou ativação cerca de segundos antes de decidir racionalmente sobre sua vontade, chegando a uma antecedência de cinco segundos, algo muito mais ousado que Benjamin Libet⁹.

Considerando os dados obtidos com esses estudos, as decisões basicamente se reduziriam ao mecanismo cerebral, ou seja, não haveria livre-arbítrio no momento da tomada de decisão. Segundo apontamentos neurocientíficos, apesar da sensação de decidir livremente, o cérebro já estabeleceu o que devemos realizar, é como se aquela sensação de decisão consciente fosse falsa. Entretanto, não parece plausível afirmar categoricamente que caminhar sob tais pesquisas se estaria trilhando para uma possível alteração do sistema de imputação penal, pautada em um sistema punitivo de prevenção.

⁶CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. **Neurociencias y Derecho Penal: Nuevas perspectivas em el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad.** Montivideo - Buenos Aires: Euros, 2013. p. 24.

⁷CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. **Neurociencias y Derecho Penal: Nuevas perspectivas em el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad.** Montivideo - Buenos Aires: Euros, 2013. p. 25.

⁸CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. **Neurociencias y Derecho Penal: Nuevas perspectivas em el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad.** Montivideo - Buenos Aires: Euros, 2013. p. 25.

⁹BUSATO, Paulo César (org), BRITO, Alexis Couto de. Neurociência e direito penal. In: **Neurociência livre-arbítrio entre a dogmática penal e a política criminal.** São Paulo: Atlas, 2014. p.117.

Foi indispensável introduzir a respeito das pesquisas neurocientíficas, especificamente a inaugurada por Benjamin Libet, para que se pudesse compreender o panorama que se forma, alicerçado no neurodeterminismo. A partir dessa vertente, é possível notar a ausência da culpabilidade, espraiando, inevitavelmente, seus efeitos na noção de livre-arbítrio, consolidando a sua própria inexistência. As consequências são ainda mais avassaladoras, pois, além de propagar a inexistência da culpabilidade, que por si só mudaria o rumo do direito penal, essas descobertas acarretariam ainda na aplicação de um direito penal pautado na prevenção, construído sob a égide de medidas de segurança, abdicando o direito penal do fato para se vislumbrar um direito penal do autor. Essas seriam, em apertada síntese, as prováveis repercussões das prolatadas pesquisas neurocientíficas no âmbito da dogmática-penal, ou seja, se inferiria na reconstrução do sistema punitivo vigente à luz dos resultados neurocientíficos até então apontados.

Certamente debates como estes levam a diferentes posicionamentos. Os críticos dessa ideia alegam não haver nenhuma razão para crer na possibilidade apontada pela neurociência, em contrapartida, a ciência do cérebro tem demonstrado estar disposta a enfrentar diretamente o conflituoso debate acerca da culpabilidade. Desse modo, considerando o influxo que poderá trazer à dogmática penal, a presente pesquisa tem sido inspirada por essa problemática instituída pelas neurociências e que ainda se encontra em aberta, necessitando, com isso, que os operadores do direito não fiquem inertes com o cenário que se idealiza.

Diante deste fato questiona-se: Quais são os elementos fornecidos pela neurociência que podem influenciar no âmbito do direito penal no que tange à culpabilidade?

Levando em consideração que diversas leituras e pesquisas apontam para estas definições, supõe-se que a neurociência, através de suas novas tecnologias de mapeamento cerebral, possa influenciar no âmbito do direito penal por meio de suas investigações acerca da culpa jurídico-penal.

Portanto, a pretensão geral do presente trabalho reside em investigar os possíveis impactos produzidos pelos avanços neurocientíficos no âmbito da dogmática penal, principalmente acerca do instituto da culpabilidade.

E, para isso, buscar-se-á:

- a) examinar a construção e evolução dos antecedentes históricos à

perspectiva contemporânea do conceito de culpa jurídico-penal;

b) analisar as concepções atuais de culpabilidade;

c) investigar como os avanços neurocientíficos podem influenciar na questão da culpa jurídico-penal.

O presente trabalho será desenvolvido com a utilização da pesquisa bibliográfica em livros e artigos nacionais e estrangeiros publicados sobre o tema.

A pesquisa terá como fio condutor o método fenomenológico-hermenêutico¹⁰, como forma de revisão dos temas principais transmitidos através da linguagem, visando, sobretudo, aproximar o sujeito (pesquisadora) e o objeto a ser pesquisado.

O método escolhido busca demonstrar que o modelo próprio do conhecimento em que o sujeito se coloca diante de um objeto foi superado por um modelo interpretativo. Há uma relação de intersubjetividade e o processo de compreensão se dá segundo a relação sujeito- sujeito. Desta forma, a ideia de sujeito-objeto passa a um modelo sujeito-sujeito, explica Lenio Streck¹¹, havendo a perda do objeto, ganhando espaço a relação entre seres. Conforme os ensinamentos de Lenio Streck¹²:

Portanto, sem a dicotomia sujeito-objeto e superados os dualismos próprios da tradição metafísica ontoteológica, o intérprete, ao interpretar, somente o faz ou pode fazê-lo a partir dos pré-juízos oriundos da tradição, na qual está jogado. Não mais um sujeito (intérprete) isolado, contemplando o mundo e definindo-o segundo o seu cogito. Há, sim, uma comunidade de sujeitos em interação, que supera séculos de predomínio do esquema sujeito-objeto. Afinal, de terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, a linguagem passa a condição de possibilidade. E, para além dos objetivismos e subjetivismos presentes na metafísica ontoteológica, a hermenêutica filosófica abre novo espaço para a compreensão do Direito.

Assim, não se busca com esse método uma investigação alheia à pesquisadora, muito pelo contrário, se pretende inserir-se numa mesma realidade, em um mesmo mundo onde desenvolver-se-á a pesquisa. Calca-se o trabalho em comento a partir das contribuições de Martin Heidegger e Hans Gadamer.

¹⁰ENGELMANN, Wilson. **Direito Natural, Ética e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

¹¹STRECK, Lenio. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 48.

¹²STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017. p. 67.

Com efeito, é possível vislumbrar no pensamento heideggeriano, que a referida fenomenologia assume um caráter metodológico, que conduz os passos da investigação para uma melhor compreensão do fenômeno.

Em síntese, pode-se dizer que a essência desse método (fenomenológico) encontra-se lugar na compreensão, e é por esse método que se busca justificar *como se dá* algo, a existência do ser, onde a noção de *pré-compreensão*, antecede a compreensão, a interpretação. Sendo que o próprio pesquisador através de sua *pré-compreensão* do mundo poderá atribuir sentido a pesquisa.

Nesse interregno, Wilson Engelman¹³ leciona acerca dos aspectos dessa fenomenologia:

Existe uma antecipação do sentido (a pré-estrutura da compreensão como se verá mais adiante) que possibilita a análise fenomenológica, onde se olha para o passado a fim de buscar bases para a construção no presente. Esse movimento toma a forma de um círculo, que acompanha a existência humana, a qual se encontra constantemente renovada como espelho de sua finitude. É por isso que a proposta fenomenológica não busca uma resposta pronta e acabada, pois sempre trabalha com a possibilidade de um algo a mais não percebido naquele momento. Dito de outra forma, a existência humana, como vivência fática, nunca revela a essência integral remanescendo sempre algo velado, a ser descoberto.

A propósito, Ernildo Stein¹⁴ assinala que: “[...] A contribuição da fenomenologia é exatamente desvelar aquilo que, no comportamento cotidiano, nos ocultamos a nós mesmos: o exercício da transcendência”.

E é nesse aspecto que o fenômeno neurocientífico tem se expandido na sociedade contemporânea, com o advento das novas tecnologias de mapeamento cerebral - elementos que pretendem influenciar no âmbito do direito penal - tem consagrado à inexistência do livre-arbítrio repercutindo na seara penal no que tange a culpabilidade. Esse assunto tem proporcionado calorosas discussões no campo jurídico, bem como neurocientífico, demonstrando dessa forma o caráter interdisciplinar da presente pesquisa e a necessidade de investigá-la, sendo aplicáveis as contribuições desse método fenomenológico, visto a abordagem

¹³ENGELMANN, Wilson. **Direito Natural, Ética e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 106.

¹⁴STEIN, Ernildo. *Que é metafísica?* Traduzido por Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural 1999. (Coleção os Pensadores). p. 45.

interdisciplinar do trabalho, tornando-se um ato *criativo*, implicando o próprio sujeito (pesquisadora).

O segundo capítulo da pesquisa se concentrará em torno do desenvolvimento histórico do conceito material de culpabilidade, desde os primórdios do direito penal até a construção welzeniana de livre-arbítrio, delimitando-se pontualmente os seus antecedentes históricos através dos mais variados estágios e acepções, para que, posteriormente, os estudos estejam voltados a uma noção mais contemporânea do referido instituto, demonstrando as consequências de seu retrocesso histórico.

O terceiro capítulo será baseado no estudo contemporâneo de culpabilidade, através das mais variadas perspectivas doutrinárias acerca do conceito de culpa que auxiliaram decisivamente para o atual estágio de desenvolvimento do instituto da culpabilidade, reforçando o pensamento dogmático que conduziu o citado instituto ao estágio em que se apresenta.

No último capítulo será desenvolvido um aparato histórico das neurociências até o seu apogeu, com as descobertas que acabaram levando a um neurodeterminismo que, por sua vez, conduz a estudos direcionados a inaplicabilidade da culpa, com isso, podendo caminhar em direção a uma reconstrução do sistema de imputação criminal, destacando as eventuais consequências com a aplicação dos resultados neurocientíficos.

Esta pesquisa se justifica especialmente pela necessidade de se estudar a crescente aproximação destes dois âmbitos do saber: a neurociência e o direito, especialmente as possíveis repercussões para o direito penal, sobretudo para o instituto da culpabilidade.

O caráter interdisciplinar entre essas áreas do conhecimento faz com que seja fundamental a presente pesquisa, visto a provável influência exercida pelo conhecimento neurocientífico, buscando cada vez mais um modelo de progresso para a sociedade atual, haja vista que o referido assunto tem despertado interesse em grande parte da comunidade jurídica, com maior força no ordenamento jurídico-penal.

Hodiernamente, algo que não se pode negar são os importantes resultados dos estudos emanados do cérebro humano, através de pesquisas que consistem no mapeamento das células neuronais – já elucidadas, as quais possuem uma linha de raciocínio direcionada na ausência de liberdade de escolha, logo, da própria liberdade de agir, perspectiva que merece ser estudada, pois pressupõe também

questões que envolvem a ausência da noção de culpabilidade, a qual caminharia para a alteração do sistema penal. No entanto, as recentes pesquisas não podem ser simplesmente desprezadas, haja vista que o cérebro já não é mais desconhecido, assim como destaca Atahualpa Fernandez e Marly Fernandez¹⁵, “o cérebro tem importância porque a nossa existência tem importância”.

Da mesma forma, salienta-se que os resultados da presente pesquisa poderão gerar um entendimento mais sofisticado acerca das questões atinentes à culpabilidade, além da forma que poderá afetar o sistema sancionatório com os avanços e retrocessos à luz de uma abordagem neurocientífica.

Nota-se que este estudo proporcionará um desenvolvimento profissional aos operadores do direito, peculiarmente aos criminalistas, visto que parece haver chegado o momento de trabalhar com os conhecimentos neurocientíficos a respeito do funcionamento do cérebro, que poderão influenciar na seara penal estabelecendo novos parâmetros e argumentos, não esquecendo também das inúmeras refutações que estão passíveis os conhecimentos advindos da neurociência.

De toda sorte, ao passo que a neurociência vai desvendando mais uma incógnita acerca do cérebro humano, encoraja os indivíduos a entenderem a natureza humana, o que poderá influenciar no ponto de vista jurídico-penal. Equivocado é achar que as descobertas neurocientíficas, como por exemplo as técnicas de mapeamento cerebral, em nada contribuem para a seara penal. Naturalmente, o referido campo científico com todos os seus avanços podem ser muito mais salutar do que se imagina, primordialmente no que diz respeito à compreensão do cérebro desde a verificação da existência de lesões e/ou alterações em áreas do cérebro, cujas atividades são identificadas e responsáveis pela elaboração de juízos éticos-morais, além de poder auxiliar na questão da inimputabilidade. A neurociência tem muito ainda o que contribuir para o direito penal, no entanto, atribuir categoricamente a ausência da culpabilidade parece, ao menos a princípio, caminhar para um retrocesso.

Preconiza, novamente, Atahualpa Fernandez e Marly Fernandez¹⁶ que através do cérebro o ser humano é permitido dispor de habilidades necessárias para viver em sociedade e solucionar conflitos sociais, discussões, deveres, moralidade e

¹⁵FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência**: conduta humana, liberdade e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá, 2008. p. 143.

¹⁶FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência**: conduta humana, liberdade e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá, 2008. p. 210.

justiça.

Nesse passo, a fim de averiguar a problemática em tela, principalmente no que se refere às descobertas neurocientíficas realizadas no cérebro humano e a forma como elas podem repercutir criticamente no âmbito do direito penal, essencialmente na questão da culpabilidade, considerada como elemento fundamental para o direito penal, justifica-se, pois, a escolha do tema proposto.

A pesquisa se insere na linha 1 do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado- da Universidade do Vale do Rio do Sinos (UNISINOS): Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos, bem como se alinha ao projeto de pesquisa desenvolvido pelo orientador.

2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS À PERSPECTIVA CONTEMPORÂNEA DO CONCEITO JURÍDICO-PENAL DE CULPA

Na medida em que se busca analisar o conceito de culpabilidade, faz-se necessário, em um primeiro momento, encarar o estudo da construção histórica desse instituto. O intuito é compreender, de acordo com seu contexto histórico, a elaboração do conceito jurídico-penal de culpa para, a partir de então, analisá-lo sob uma perspectiva neurocientífica.

Embora se tenha diversos registros históricos sobre o desenvolvimento da culpabilidade, para Figueiredo Dias¹⁷ não se encontra estabelecida com certa clareza a história desse princípio. Assim, assinala o referido autor:

Não parece todavia aventuroso afirmar que ela revela um longo e paulatino (mas não poucas vezes, desde as civilizações antigas, sinuoso e acidentado) percurso de afastamento do princípio da responsabilidade objectiva em direção a um reconhecimento cada vez mais perfeito do princípio de culpa¹⁸.

Com efeito, de acordo com Figueiredo Dias¹⁹, a concepção de culpabilidade é fundada em exigências político-criminais, ou conforme preferiu o autor, “limitação do intervencionismo estatal”, podendo esgotar-se em um juízo de censura, porém, sem qualquer tipo de conexões com a culpa. “Afirmar que a culpa é censurabilidade nada diz sobre aquilo que materialmente se censura”²⁰.

Nesse interregno, já ficou dito introdutoriamente da inevitável análise do desenvolvimento histórico da culpabilidade até o estágio em que se encontra, para uma concepção mais profunda de um elemento limitador de mecanismos de intervenção punitiva, já que se trata de um instituto com múltiplos significados.

¹⁷DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral: Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime.** Coimbra: Coimbra, 2004. p. 472.

¹⁸DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral: Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime.** Coimbra: Coimbra, 2004. p. 472.

¹⁹DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral: Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime.** Coimbra: Coimbra, 2004. p. 474.

²⁰DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral: Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime.** Coimbra: Coimbra, 2004. p. 474.

2.1 Antecedentes Históricos da Culpabilidade

A culpabilidade jurídico-penal teve sua gênese ainda bastante incipiente com o Direito Penal Romano que acabou não criando uma teoria geral da culpa²¹. Embora essas legislações antigas, como a de Grécia e Roma, tenham contribuído fortemente para a questão da intervenção punitiva, suas raízes históricas se deram em um período muito remoto da humanidade, conhecido como “período das vinganças”²².

Fábio Roque²³ leciona que se convencionou dividir esses “períodos das vinganças” em três fases: “[...] a) vingança divina; b) vingança privada; c) vingança pública”. Assim, percebe-se que o primeiro período, denominado período da “vingança divina”, pressupõe um período marcado por uma estrutura de cunho religioso, fase a qual levava-se a sério a ideia de castigos divinos através de catástrofes naturais. Conseqüentemente, os indivíduos promoviam sacrifícios humanos para minimizar a “ira” dos deuses ou que imaginavam ter²⁴.

Após um largo período, sucedeu uma nova fase, não menos turbulenta que a do primeiro estágio, que ficou conhecida como “vingança privada”. Essa, por sua vez, constituía-se numa reação instintiva, ou seja, não analisava o elemento subjetivo, ficando conhecido o citado período. Segundo Fábio Roque²⁵, como aquele que “[...] não conheceu as distinções entre infrações intencionais e não intencionais, admitindo-se a incidência da reprimenda penal [...]”. O advento da fase “vinganças públicas” foi considerada um avanço para a época, na medida em que se considerou a legitimidade estatal, entretanto, ainda pairava sanções excessivamente cruéis²⁶.

²¹Fábio Roque explica que foi através do Direito Romano que houve o desenvolvimento do instituto da culpa, apenas de ser uma noção bastante incipiente, pois não abarcava ainda conceitos científicos. ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 35.

²²ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 29.

²³ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 29.

²⁴ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 30.

²⁵ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 30.

²⁶ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 5.ed. São Paulo: RT, 2004. p. 176.

Nesse período, importante lembrar a presença da lei de talião como meio de aproximação das legislações. Assim, lembra Fábio Roque²⁷:

Materializada na célebre máxima “olho por olho, dente por dente”, a lei de talião foi consagrada, por primeiro, pelo Código de Hamurabi, mas, logo, espalhou-se por outras legislações do período, como a Lei das XII Tábuas, em Roma, o Pentateuco hebreu e o Código de Manu, na Índia.

Nas fases ora mencionadas, cumpre frisar que as legislações em nada se referiam acerca da culpabilidade, pois sequer se fazia menção a ela. Apenas com o Direito Penal Romano houve a consagração do referenciado instituto. E, por mencionar tal direito, destaca-se a relevância trazida pelas legislações de Grécia e Roma, podendo ser visualizadas até mesmo na seara penal com distinções de importantes características de crimes.

Inclusive um importante elemento que foi objeto de estudo nessa época foi denominado de “vontade”, a despeito disso, Luiz Luisi²⁸ enfatiza que, com nas Leis de Sólon, o crime de homicídio era diferenciado em três categorias: “voluntário (morte), involuntário (exílio temporário) e o justificado (homicídio em legítima defesa)”.

Outras importantes distinções foram feitas pelos romanos que influenciaram no que mais tarde se chamaria de culpabilidade, que é o exemplo da excludente de ilicitude, a legítima defesa e o estado de necessidade. Além disso, corroboraram também para a elaboração da noção de imputabilidade e para a distinção de dolo e culpa²⁹.

Portanto, infere-se que as legislações da antiguidade, cada uma no seu local e tempo, contribuíram para o desenvolvimento da culpabilidade, por isso é considerada por muitos doutrinadores como o principal elemento do Direito Penal. Nota-se que a maior contribuição tenha vindo dos romanos que se debruçaram sob o estudo de diversos institutos, ao diferenciá-los, ao detalhá-los, sendo fundamental para uma concepção do que se denominaria de culpa.

²⁷ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 31.

²⁸LUISI, LUIZ. **Os princípios constitucionais penais**. 2. Ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. p. 33.

²⁹LUISI, LUIZ. **Os princípios constitucionais penais**. 2. Ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris r, 2003. p. 33.

Diversos estudiosos acreditam que o Direito Romano foi a peça chave para o Direito Civil, todavia, afirmar categoricamente que tal direito depreendeu-se *apenas* na área civil é se precipitar demasiadamente, visto que todas essas diferenciações e definições vieram da contribuição feita pelos romanos que, por via de consequência, influenciou nos próximos estágios da culpabilidade.

Portanto, analisar o desenvolvimento histórico do referido instituto, e o papel que desempenha no Direito Penal, torna possível compreender as consequências com a sua abolição, desta forma, se justifica a análise histórica da culpabilidade.

2.1.1 A Culpabilidade no Medievo: Breves Considerações

A Idade Média é fortemente marcada pelo pensamento religioso. Dessa forma, o Direito Penal canônico possui relevância no estágio em análise. Consoante o pensamento de Fábio Roque³⁰:

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

Merece destaque neste período o desenvolvimento de um elemento subjetivo (pecado), elemento esse que poderia influenciar no advento também da culpabilidade, pois seria considerada a distinção de dolo e culpa com a figura participativa da moral que conduzia de uma forma ou de outra para o princípio da culpabilidade, que é basilar para o Direito Penal.

Com efeito, outro importante marco nesse período foi o avanço de um importante princípio denominado *versari in re illicita*³¹, o que para Enrique

³⁰ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 37.

³¹De acordo com Tito E. Solari Peralta o referido princípio: "El principio de culpabilidad, en una de sus manifestaciones, nos conduce a decir que no hay no debe haber- delito sin que medie culpabilidad. En estricto rigor tal apreciación no es enteramente exacta pues en algunas situaciones de excepción, como en el versari y en los delitos calificados por el resultado, concurre en alguna medida la culpabilidad. Sin embargo, sometiéndonos a la tradición seguiremos planteando la cuestión en el sentido que no hay delito ni hay pena sin previa culpabilidad. La ciencia penal le reconoce el valor de "aspiración política, doctrinaria y científica". "[...]Tales excepciones, ciertamente odiosas, subsisten en mayor o menor medida dentro de algunas legislaciones penales; las más

Bacigalupo³² acabaria afrontando diretamente o próprio instituto da culpabilidade jurídico-penal.

Além da contribuição do Direito canônico com o princípio supra mencionado, é na Idade Média que possui destaque o Direito Penal germânico com o sistema de responsabilidade penal objetiva³³. Merece destaque, ainda, no Direito Penal germânico, “a relevância dos danos causados”³⁴, que não deixa de possuir um caráter subjetivista.

É nesse cenário, com o fim da Idade Média, que há uma contribuição decisiva para o Direito Penal, a qual abarca a distinção de dolo e culpa, genérico, porém de relevância³⁵. Nota-se, sobremaneira, que os períodos percorridos até o presente momento abrem espaço para uma discussão mais séria e concreta sobre o instituto da culpabilidade.

2.1.2 Os Reflexos do Iluminismo na Culpabilidade

No que toca, particularmente, o iluminismo, surge com esse pensamento a discussão sobre liberdade, igualdade e fraternidade, afastando-se de vez aquelas concepções ligadas à responsabilidade objetiva. Consoante o pensamento de Fábio Roque³⁶, “[...] a humanização concreta e instituída pelos reformadores no período posterior à Revolução também é tributária do ideal iluminista”.

É nesse contexto, com os ideais iluministas, que brotam com força as concepções de liberdade que repercutem incisivamente no âmbito do Direito Penal.

notorias son los casos de responsabilidad objetiva, el criterio de las presunciones, los delitos calificados por el resultado y el *versari in re illicita*, del que pasaremos a ocuparnos especialmente 4. La responsabilidad es objetiva, o se atribuye de este modo, cuando importa imputar a una persona un determinado evento dañoso sin demostrar culpabilidad de su parte ni asignar valor a tal demostración; la violación al principio de culpabilidad es en estos casos flagrante”. Para maiores informações pesquisar em: PERALTA, Tito E. Solari. **Versari in re illicita**. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Disponível em: <<http://www.rderecho.equipu.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/14>>. Acesso em: 22 de jun. de 2018.

³²BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**: parte general. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999.

³³FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Trad. Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 145.

³⁴ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo**: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 38.

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

³⁶BENTHAM, Jeremy. **As recompensas em matéria penal**. Tradução: Thais Miremis Sanfellppo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2007. p. 77.

Com o advento do pensamento iluminista, houve diversas mudanças no arcabouço do Direito Penal e, conseqüentemente, na própria concepção de responsabilidade, tendo como fio condutor a ideia de liberdade que recaiu sobre os pilares da culpabilidade, principal objeto de investigação.

Nesses termos, salienta Figueiredo Dias³⁷:

A liberdade humana – por mais duvidosa que ela seja no seu ser e no seu como – é o íntimo pressuposto comum de toda consideração da culpabilidade em sentido moderno; é este pressuposto, pois, que importa antes de mais nada prosseguir e esclarecer para que se determine materialmente o que é a culpabilidade de que se trata em Direito Penal.

Dessa forma, embora não se tenha dúvida dos significativos avanços alcançados pelo pensamento iluminista, questiona-se ainda as contribuições efetivas ao instituto da culpa. Algo que não se pode olvidar é o desenvolvimento em torno de elementos subjetivos, de garantias fundamentais como pilar de um sujeito. Com efeito, nas palavras de Fábio Roque³⁸, “[...] ao rechaçar a possibilidade de responsabilização penal objetiva e afirmar a intranscendência das penas, o pensamento iluminista contribui decisivamente para que se pudesse sepultar a violência penal arbitrária”.

Com esse raciocínio leciona Marina Cerqueira³⁹:

A partir do Iluminismo e da concepção liberal clássica de homem como ser livre no século XIX, instaurou-se uma polêmica no Direito e no Direito Penal sobre a liberdade e o determinismo. A concepção sobre liberdade- afirmando-a ou negando-a consolidou-se como fundamento da responsabilidade penal.

Demonstra ainda a referida autora que a partir dessas concepções – “o que se funda a responsabilidade penal do criminoso”⁴⁰, o Direito Penal decidiu abraçar as noções de liberdade e com ela todas as suas conseqüências⁴¹.

³⁷DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de Direito Penal revisadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 232.

³⁸ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 41.

³⁹SANT’ANNA, Marina Cerqueira. **Neurociências e culpabilidade**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 25.

⁴⁰SANT’ANNA, Marina Cerqueira. **Neurociências e culpabilidade**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 25..

⁴¹SANT’ANNA, Marina Cerqueira. **Neurociências e culpabilidade**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 25.

A vista disso, o pensamento iluminista auxiliou no plano jurídico-penal, especialmente no que tange a valorização humana e, com isso, a abolição de abusos e a aplicação de garantias, objetivando proteger os cidadãos e, mutuamente, implementando alterações legislativas significativas que repercutem no Direito Penal e na culpabilidade como elemento fundamental.

2.2 O Desenvolvimento da Ciência e as Novas Tensões no Conceito de Culpabilidade

Com o advento do período moderno e com as descobertas de Copérnico além das de Galileu, a ciência desencadeia uma revolução e inicia outros movimentos. Será a partir do positivismo científico no contexto penal que dará ensejo à escola positiva italiana e com ela o positivismo criminológico. Nas palavras de Gabriel Anitua⁴²:

A ideia de “ciência” como centro do naturalismo positivista- coberta, obviamente, por outras ideias com uma roupagem mistificadora da ciência – daria lugar ao pressuposto básico da anormalidade individual do autor do comportamento delinquencial como explicação universal da criminologia. As novas justificativas teriam como objeto de estudo não mais a sociedade nem o Estado nem as leis e nem como eles afetavam os indivíduos, mais sim o comportamento singular e desviado de que, além do mais, deveria ter uma base patológica no próprio indivíduo que o adotava.

Com todos estes desenvolvimentos que focalizou cada vez mais na figura do homem e a exaltação do pensamento positivo, influência nas ciências sociais, sobretudo nos pilares do Direito Penal.

2.2.1 Positivismo Científico e Criminológico

As discussões acerca do futuro do Direito Penal ganharam outras bases. Foi durante o século XIX com as grandes invenções que o pensamento científico tornou-se um importante meio para o conhecimento humano, um conhecimento em detrimento dos demais. Foi nesse século que a ciência alcança seu apogeu⁴³.

⁴²ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 297.

⁴³Neste século que o positivismo científico vai encontrar um representante – Augusto Comte. Este autor, importante ícone para as ciências neste momento, aborda três formas de Estado, entre elas a

E foi também no referido período que o positivismo científico vai encontrar um representante – Augusto Comte⁴⁴. O referido autor, importante ícone para as ciências nesse momento, aborda três formas de Estado que as pessoas passariam. Elas são abordadas por Auguste Comte⁴⁵ na sua célebre *Lei dos Três Estados*:

[...] o espírito humano, por sua natureza, emprega sucessivamente, em cada uma de suas investigações, três métodos de filosofar, cujo caráter é essencialmente diferente e mesmo radicalmente oposto: primeiro, o método teológico, em seguida, o método metafísico, finalmente, o método positivo. Daí três sortes de filosofia, ou de sistemas gerais de concepções sobre o conjunto de fenômenos, que se excluem mutuamente: a primeira é o ponto de partida necessário da inteligência humana; a terceira, seu estado fixo e definitivo; a segunda, unicamente destinada a servir de transição.

Para Augusto Comte⁴⁶, a ideia de “método teológico”, estaria vinculado com a noção espírito humano, “[...] dirigindo essencialmente suas investigações para a natureza íntima dos seres, as causas primeiras e finais de todos os efeitos que o tocam numa palavra, para os conhecimentos absolutos, apresenta os fenômenos como produzidos pela ação direta e contínua de agentes sobrenaturais [...]”. Enquanto o “método metafísica” modifica-se em linhas gerais do primeiro “[...] os agentes sobrenaturais são substituídos por forças abstratas, verdadeiras entidades (abstrações personificadas) inerentes aos diversos seres do mundo, e concebidas como capazes de engendrar por elas próprias todos os fenômenos observados”⁴⁷. Já

noção de positivismo. ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 47.

⁴⁴Auguste Comte (1798-1857) é o fundador do positivismo, um movimento filosófico e político que desfrutou de uma ampla difusão na segunda metade do século XIX. Afundou-se em um quase completo esquecimento durante o século XX, quando foi eclipsado pelo neopositivismo. No entanto, a decisão de Comte de desenvolver sucessivamente uma filosofia da matemática, uma filosofia da física, uma filosofia da química e uma filosofia da biologia, faz dele o primeiro filósofo da ciência no sentido moderno, e sua constante atenção à dimensão social da ciência ressoa em muitos aspectos com pontos de vista atuais. Sua filosofia política, por outro lado, é ainda menos conhecida, porque difere substancialmente da filosofia política clássica que herdamos. Para maiores informações pesquisar em: <<https://plato.stanford.edu/entries/determinism-causal/#ConlssDet>> Acesso em: 11 de jun. de 2018.

⁴⁵COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista**. Traduções de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 35-36.

⁴⁶COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista**. Traduções de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 36.

⁴⁷COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista**. Traduções de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 36.

o estado ou método “positivo”, é considerado por Augusto Comte⁴⁸ como o “espírito humano”, com o porém de não ser possível reconhecer noções absolutas e “enuncia a procurar a origem e o destino do universo, a conhecer as causas íntimas dos fenômenos, para preocupar-se unicamente em descobrir, graças ao uso bem combinado do raciocínio e da observação, suas leis efetivas, a saber, suas relações invariáveis de sucessão e de similitude”.

Fábio Roque⁴⁹ reforça ainda o movimento do pensamento em comentário, “[...] os positivistas invocam o método experimental das ciências naturais como método científico, conferindo-lhe, portanto, a aplicação ao campo das ciências sociais”. Por isso que as ideias de Augusto Comte foram precursoras no século XIX, destacando-se, sobretudo, nas ciências sociais.

É nesse cenário histórico, sob o ápice do positivismo científico que ocasionou o advento da Escola positiva italiana⁵⁰ que foi adepta ao determinismo⁵¹. Nessa fase também há o surgimento da importante figura para o Direito Penal - Cesare Lombroso⁵², que se dedicou a pesquisar os motivos que levam o sujeito à prática de

⁴⁸COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista**. Traduções de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 36.

⁴⁹ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 47-48.

⁵⁰“A Escola positiva italiana – identificada com a Escola do positivismo criminológico ficou marcada pela distinção entre o pensamento de Francesco Carrara com os seus autores italianos”. “[...] E a negativa do livre-arbítrio foi a tônica dos discursos positivistas italianos.” Para maiores informações: ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 46.

⁵¹A ideia de determinismo tem suas raízes “em uma ideia filosófica muito comum: a ideia de que tudo pode, em princípio, ser explicado, ou que tudo o que é, tem uma razão suficiente para ser e ser como é, e não o contrário. Em outras palavras, as raízes do determinismo estão no que Leibniz chamou de Princípio da Razão Suficiente. Mas desde que teorias físicas precisas começaram a ser formuladas com caráter aparentemente determinista, a noção tornou-se separável dessas raízes. Os filósofos da ciência estão frequentemente interessados no determinismo ou indeterminismo de várias teorias, sem necessariamente partir de uma visão sobre o Princípio de Leibniz.” Para maiores informações pesquisar em: <<https://plato.stanford.edu/entries/determinism-causal/#ConlssDet>> Acesso em: 20 de jun. de 2018.

⁵²Cesare Lombroso (1836-1909) importante figura para o Direito Penal, “foi o principal fundador da Escola Positiva, ao lado de Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, responsáveis por inaugurar a etapa científica da criminologia no final do século XX. Essa Escola surge como uma crítica à Escola Clássica, oportunizando uma mudança radical na análise do delito. Lombroso marcou esse período devido às suas ideias a respeito da relação entre o delito e o criminoso. Preocupou-se em estudar o homem delinquente conferindo-lhe características morfológicas, influenciando uma série de estudiosos a realizarem pesquisas mais profundas acerca do coeficiente humano existente na ação delituosa. [...] Com a publicação da obra “Tratado Antropológico Experimental do Homem Delinquente”, em 1876, de Cesare Lombroso, a criminologia passa para o período denominado “científico”. Tal mobilização resultou na criação da Antropologia Criminal, que teve o referido médico por fundador. FERNANDES, Bianca da Silva. **Cesare Lombroso e a teoria do criminoso nato**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/cesare-lombroso-criminoso-nato/>> Acesso em: 20 de jun. de 2018.

um ato típico, sendo, com isso, desenvolvida sua concepção sobre o “criminoso nato”. Tal teoria, de acordo com o pensamento de Basileu Garcia⁵³, os indivíduos nascem propensos a praticar crimes e os que nascem loucos, inteiramente conectadas com seu caráter psicológico. Importante destacar um primeiro trabalho de Cesare Lombroso, baseou-se no pensamento de um fisiólogo, o qual afirmava que o “homem é o que come”⁵⁴. A partir disso, o referenciado autor começou a utilizar a concepção de que as diferenças entre “louco” e “doente” eram dadas justamente na distinção de alimentação distintas⁵⁵. Nestes termos, ensina Gabriel Ignácio Anitua⁵⁶ que: “A teoria criminológica que o faria famoso seria apenas uma das suas múltiplas preocupações, as quais sempre dedicavam profundos estudos que pretendia justificar mediante o método científico”.

O método inicialmente abordado por Cesare Lombroso buscou, também, encarar a problemática da delinquência, em que transferiu o foco do delito para o delinquente, chegando a concluir que as características de um delinquente não se distanciaria das de um louco ou insano moral⁵⁷. Através disso, pode-se analisar que “tanto uns quanto outros são como são devido à sua natureza e essas características são psicossomaticamente reconhecíveis e têm como causa um atavismo”⁵⁸.

Com isso o autor em comento desenvolveu estudos através de autópsias realizadas (destaque na autópsia do delinquente Vilella), nas quais garantiu ter encontrado no crânio algumas peculiaridades anatômicas próprias do ser antes de alcançar seu pleno desenvolvimento, resultando na peça chave para os seus escritos nos anos seguintes que tratou do atraso evolutivo como responsável pela delinquência, comparando, inclusive, com comportamentos de macacos e homens pré-históricos, publicando todo seu material em um livro conhecido como “*O homem*

⁵³ GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. São Paulo: Max Limonad, 1973. V.1, t.1. p.89.

⁵⁴ ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 303.

⁵⁵ ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 303.

⁵⁶ ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 303.

⁵⁷ ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 303.

⁵⁸ ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 303.

*delinquente*⁵⁹. Tais abordagens fizeram o referido autor ficar ainda mais conhecido em uma esfera mundial.

Cesare Lombroso, através de suas ideias conquistou e ao mesmo tempo polemizou o campo jurídico e religioso, haja vista que suas teorias eram inseridas como “novas” frente às velhas concepções morais, para as quais o livre-arbítrio era tido como “artigo de fé”⁶⁰. O referenciado autor ficou conhecido por conta do simplismo utilizado em suas primeiras teorias, “juntamente com o fato de ter criado uma escola integrada por um importante grupo de discípulos e partidários pelo mundo”⁶¹. Conforme as palavras de Gabriel Ignácio Anitua⁶²:

Por tudo isso, as ideias de Lombroso exerceram grande influência em todo o mundo. Tal afirmação pode ser comprovada tanto na literatura do final do século XIX quanto na obra de todos os cientistas da época, em especial os psiquiatras que lhe permitirão corrigir os defeitos de sua teoria.

Nesse contexto lombrosiano de teorias de cunho racial-etiológica, observa-se a forma como repercutiu no Brasil. Primeiramente faz-se necessário recordar que tal teoria possui o condão de associar o negro ao criminoso e tal concepção ganhou força e se proliferou de tal maneira que gerou deveras traduções em um cenário brasileiro⁶³. Com isso, explica Luciano Góes⁶⁴: “[...] resultou em inúmeras traduções mesmo antes da abolição da escravatura quando o medo branco, da perda de sua hegemonia absoluta nos espaços físicos, políticos e sociais, e da desestruturação da ordem social fundante de uma nação excludente, se agigantava [...]”. Revela ainda Luciano Góes⁶⁵ que a margem brasileira foi forjada pelo racismo, enquanto os “tradutores mestiços negaram sua própria história e origem, que os caracterizava como inferiores perante o centro”. Nestes termos, a própria noção de racismo, foi a

⁵⁹ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 304.

⁶⁰ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 305.

⁶¹ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 306.

⁶²ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 305.

⁶³GÓES, Luciano. **A “tradução” de Lombroso na obra de Nina Rodrigues**: o racismo como base estruturante da criminologia brasileira. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 201. p.145.

⁶⁴GÓES, Luciano. **A “tradução” de Lombroso na obra de Nina Rodrigues**: o racismo como base estruturante da criminologia brasileira. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 201. p.145.

⁶⁵GÓES, Luciano. **A “tradução” de Lombroso na obra de Nina Rodrigues**: o racismo como base estruturante da criminologia brasileira. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 201. p.145.

espinha dorsal da Criminologia Positivista, como uma forma de “bússola” que orientava as traduções.⁶⁶

Ainda nesse cenário, nasce um campo fértil com a Escola positiva e com ela a negativa ao livre-arbítrio (determinismo), cuja temática é discutida ainda nos dias atuais, haja vista que possui a tarefa de investigar como o indivíduo possui certas peculiaridades de caráter pessoal que podem influenciar na prática delitiva. Assunto temerário, mas imprescindível para o presente estudo.

Ante aos ensinamentos de Alessandro Baratta⁶⁷, percebe-se novamente a importância da Escola positiva para o desenvolvimento de teses com respaldos no ato de vontade livre e consciente, buscando, sobretudo, solucionar os fatos através da totalidade biológica e psicológica do agente.

Nessa fase, é possível perceber a forte presença de ideais advindos do campo psicológico, biológico e social que ocasionaram, após uma avalanche de concepções, em uma crise na seara penal. Nesse contexto, a figura de Cesare Lombroso aparece com bastante assiduidade, visto que seus ensinamentos usufruíram de grande prestígio em várias partes do mundo como já elencado anteriormente.

No Brasil, a doutrina nacional, que difundiu as teses lombrosianas, foi essencialmente Nina Rodrigues, importante nome da medicina brasileira, e seus diversos documentos estão ligados a temas de grande impacto na dogmática penal.

Ainda na esteira das teses do positivismo criminológico⁶⁸, nota-se que as obras de Cesare Lombroso repercutiram no estudo da culpabilidade no tocante a própria crise do fundamento calcado na questão do livre-arbítrio.

Por seu turno, os adeptos da Escola Positiva, ao apoiar a ideia determinista, contrário ao livre-arbítrio, adotam também uma perspectiva prevencionista⁶⁹, linha contrária à noção de retribuição. É nesse contexto que aborda Alessandro Baratta⁷⁰ acerca da aludida Escola, considerando que muitos simpáticos ao positivismo

⁶⁶GÓES, Luciano. **A “tradução” de Lombroso na obra de Nina Rodrigues**: o racismo como base estruturante da criminologia brasileira. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p.145.

⁶⁷BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal**: introducción a la sociología jurídico-penal. Traducción: Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2004. p. 32.

⁶⁸As teses do positivismo criminológico buscou analisar sob o pálio do delito e do delinquente através de informações/dados naturais.

⁶⁹BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal**: introducción a la sociología jurídico-penal. Traducción: Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2004. p. 34.

⁷⁰BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal**. Traducción: Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2004. p. 34.

criminológico, por força disso, sufragaram, a indeterminabilidade no cumprimento da pena.

2.3 O Advento da Culpabilidade e o Desenvolvimento de um Conceito Material de Culpa

As discussões que envolveram o conceito material de culpa passaram por um estágio árduo e intrigante até chegar ao seu estágio atual, pois cada autor desenvolveu e propôs seu próprio conceito material de culpa e, isso só foi possível, com a trajetória percorrida pelo próprio Direito Penal.

Por essa razão, importante lembrar novamente o aprimoramento dos fundamentos e limites das atribuições de responsabilidade gestadas em bases iluministas, que acabaram culminando na Revolução Francesa⁷¹, posteriormente consagrando a construção de um Direito Penal liberal que foi aprimorado no século XIX⁷².

Nota-se, porém, que apesar de diversos avanços conquistados sob o pilar de um Direito Penal liberal, pautado em direitos fundamentais, ainda não se tinha algo definido acerca da autonomia da culpabilidade, apesar de perceber-se a figura da liberdade.

Francesco Carrara⁷³ (1805-1888), importante nome para o período liberal, têm convicções que relacionam o crime como um ente jurídico e não como um fato propriamente dito, enaltecendo a ideia de crime com duas forças: física e moral. Como se percebe, não há aportes nesse período que definam uma noção clara de culpabilidade, no entanto, com a concepção de “força moral” elencada por Francesco Carrara, é possível notar um resquício de defesa de vontade livre. Esse será o ponto crucial que diferenciará a compreensão do referido autor dos demais do referido período.

⁷¹Importante fazer um adendo nessa fase histórica, pois não há dúvidas que a Revolução Francesa foi um marco histórico que culminou em diversos avanços.

⁷²Fábio Roque lembra neste século na Itália, um importante nome para o Direito Penal – Francesco Carrara, nas palavras de Fábio Roque: “Além de jurista, Carrara foi político de convicções liberais, tendo atuado efusivamente na defesa da abolição da pena de morte”. Carrara entendia que “[...] o crime como um ente jurídico e não um ente de fato”. ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo**: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 45.

⁷³CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. v.1. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002. p. 85.

Para o referenciado autor, a noção de delito pressupõe “[...] a infração da lei do Estado promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente impugnável e politicamente danoso”⁷⁴. Nessa linha de raciocínio, Francesco Carrara⁷⁵ é categórico ao enfatizar que a ação humana na verdade nada mais é do que a própria “vontade livre e inteligente do homem”.

Assim, nesse compasso, no final do século XIX, ainda sob a influência do positivismo científico, começam a surgir teses ancoradas na culpabilidade, tornando-se cada vez mais um fundamento plausível para o Direito Penal. Para Fábio Roque⁷⁶, “[...] não se deve, porém, imaginar que o desenvolvimento da culpabilidade como categoria autônoma, iniciou-se juntamente com este crescimento da dogmática penal”.

Nesse contexto, a culpabilidade começa a ser analisada com maior precisão e ganha autonomia, evoluindo conceitualmente. Entretanto, dúvidas insistem atordoar as pesquisas nesse campo - será a liberdade considerada critério para elaboração do conceito material de culpa?

Figueiredo Dias⁷⁷ salienta que:

[...] Para apreensão tanto quanto possível exacta do conteúdo material do conceito de culpa que destas duas exigências (à primeira vista provenientes de quadrantes contrapostos) deriva, necessário se torna dar ainda um passo – por mais que ele venha dificultar a tarefa referida- na explicação do valor de garantia e da função limitadora ínsitos no apelo à *dignidade humana*. Uma tal explicação costuma ser feita através das ideias de liberdade, da igualdade e da solidariedade, que assim se tornam em atributos dominantes da disciplina de todas as relações sociais. E se perguntássemos qual dessas ideias é a que assume mais directa relevância para a culpa, a resposta não pode deixar de identificar a da liberdade, concebida não apenas como característica do actuar no âmbito político, mas como autodeterminação da pessoa na sociedade, e, assim, como expressão da autonomia e da inviolabilidade na regência de sua conduta pessoal.

⁷⁴CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. v.1. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002. p. 58.

⁷⁵CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. v.1. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002. p. 60.

⁷⁶ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 52.

⁷⁷DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral: Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 475.

Na contramão de direção, tem-se o entendimento de estudiosos deterministas, que negam veementemente a existência da liberdade humana. Estabelecem, assim, Marina Cerqueira e Rafaela Alban⁷⁸:

[...] sustentam tais autores que os indivíduos são determinados pelo inconsciente e que a ideia de livre-arbítrio é uma ilusão, o que acaba por reduzir o ser humano a verdadeiro autômato ou, mesmo, por que não dizer, em autêntico “relógio sofisticado”.

Registre-se a participação de uma parte da doutrina que defende a impossibilidade do livre-arbítrio e a incongruência da culpabilidade. Todavia, há outra parte da doutrina que, para suprir as críticas e não negar a liberdade, apresenta definições importantes a respeito da liberdade. Figueiredo Dias⁷⁹ apresenta sustentações acerca da liberdade humana:

[...] por mais duvidosa que ela seja no seu se e no seu como- é o íntimo pressuposto comum a toda a consideração da culpa em sentido moderno; é este pressuposto, pois, que importa antes de mais perseguir e esclarecer para que se determine o que é materialmente a culpa de que se trata o Direito Penal.

Sobre o tema, o autor supra citado assevera que “a liberdade não é um estado, mas um acto: o acto de libertação da coacção causa dos impulsos para uma autodeterminação adequada ao sentido”⁸⁰.

Nesse contexto, apesar de diversos autores sugerirem conceitos que prescindem da liberdade, movimentos deterministas também produziam influxos no âmbito da dogmática penal, essencialmente na parte conceitual de culpa, acarretando, como já elencado outras propostas, que podem ser válidas e discutíveis.

Dessa maneira, para Sebastián Mello⁸¹, após ser percorrido um longo período histórico, o conceito de culpabilidade foi procedido significativamente pela denominada Teoria Psicológica da Culpa, que caminha pelos mesmos trilhos das ciências naturais.

⁷⁸CERQUEIRA, Marina, ALBAN, Rafaela. Neurociência e direito penal. In: **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurociências**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 240.

⁷⁹DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral: Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 476.

⁸⁰DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p.45.

⁸¹MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana**. Salvador: JusPodivm, 2010. p.117.

2.3.1 Teoria Psicológica da Culpabilidade

Esse período ficou marcado por grandes expoentes, especialmente Franz Liszt⁸² e Ernst Beling⁸³. Àquele ligado a teoria determinista, recebeu forte influência dos resultados científicos da sua época e acabou se contrapondo ao livre-arbítrio como fundamento da pena⁸⁴. Nas palavras do autor:

[...] Culpa é a responsabilidade pelo resultado produzido. No Direito Penal, trata-se somente do fato de incorrer o agente em responsabilidade criminal; a desaprovação da ação ao mesmo tempo pronunciada, o juízo sobre o seu valor jurídico ou moral é- em relação àquele fato e, portanto, à ideia da culpabilidade circunstanciada, completamente acessória [...].⁸⁵

Já acerca de Ernst Beling, Sebastián Mello⁸⁶ destaca que: “Com nítido influxo hegeliano, Ernst Beling constrói seu conceito de culpabilidade como sendo uma característica do ilícito, tendo como elementos essenciais a vontade e a capacidade de ação”. Ernst Beling⁸⁷ conduzia a ideia de culpa com a relação obtida entre o autor com o resultado, a vinculação subjetiva existente com o fato praticado.

Entrementes, seguindo os ensinamentos de Juarez Tavares⁸⁸, que leciona acerca da conceitualização de culpabilidade atrelada a uma espécie de vínculo psicológico, que, por sua vez, liga-se a noção de imputação, pois “[...] uma vez realizado o fato com dolo ou culpa, estão preenchidas as condições de tornar seu autor responsável por essa modalidade de produção”.

Ressaltam-se ainda as contribuições de Ernst Beling, com a teoria do tipo, que foi primordial para o desenvolvimento do delito⁸⁹. Nesse diapasão, como se

⁸²LISZR, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. V.1. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e C. Editores. 1899.

⁸³BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho Penal**. Trad. de Sebastián Soler. Depalma. Buenos Aires: Ed.Depalma, 1994.

⁸⁴ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 53.

⁸⁵LISZR, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. V.1. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Campinas, São Paulo: Russell, 2003. p. 260.

⁸⁶MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana**. Salvador: JusPodivm, 2010. p.118.

⁸⁷BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho Penal**. Trad. de Sebastián Soler. Depalma. Buenos Aires: Ed.Depalma, 1994. p. 114.

⁸⁸TAVARES, Juarez. **Culpabilidade: a incongruência dos métodos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano. 6, n. 145-146, out/dez, 1998.

⁸⁹LISZR, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. V.1. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e C. Editores, 1899. p. 207-208.

percebe, Franz Liszt defendia a ideia de que a culpabilidade estaria ligada a elementos psicológicos, como a ideia de dolo e culpa, ao mesmo tempo rejeitava quaisquer noções em torno da autonomia da consciência da ilicitude, diferente de Ernst Beling, que a acatava.

Tudo isso quer dizer que a teoria psicológica da culpabilidade nesse cenário representa uma relação subjetiva do sujeito para com o fato praticado, sejam estes fatos por dolo ou culpa, estando presente, sobretudo, a subjetividade do indivíduo. Portanto, a culpabilidade fica reduzida à mera relação subjetiva do sujeito com o resultado.

Sobre o assunto, assinala Jaime Couso⁹⁰:

Em relação à concepção psicológica da culpabilidade, há de se refletir sobre o seu fundamento garantista, vez que vincula a possibilidade de imposição de pena a critérios completamente objetiváveis e verificáveis, com os métodos das ciências naturais, com o que a intervenção punitiva se submete a limites mais certos que os que derivariam da especulação metafísica: deve-se comprovar a existência da relação psicológica concreta em que consiste a culpabilidade.

Apesar de uma parte da doutrina rechaçar os ideais dessa teoria, especialmente pela questão subjetiva do indivíduo e o fato, que acabam por si só não se graduando, não há como negar as contribuições da teoria psicológica para a evolução da própria culpabilidade, que permitiu a elaboração de uma ideia determinista para analisar a questão subjetiva, todavia, tais concepções não foram muito bem recepcionadas. Um grande crítico dessa noção psicológica é Reinhard Frank.

Para Reinhard Frank⁹¹, a culpabilidade, baseada na teoria psicológica, não envolveria nada mais que o dolo e a culpa, sendo justificável sua exclusão. O referenciado autor ainda afirmava que tal teoria seria uma forma de círculo vicioso, pois em nada esclarecia sobre quando um sujeito é penalizado pelo seu comportamento, pela sua “subjetividade”.⁹² Nesses termos, Reinhard Frank⁹³

⁹⁰COUSO, Jaime Salas. **Fundamentos del derecho penal de culpabilidad**. Historia, Teoría y metodología. Tirant lo blanch: Valencia, 2006. p. 63.

⁹¹FRANK, Reinhart. **Sobre la estructura del conceto de la culpabilidad**. 2. Reimp. Buenos Aires:B de F, 2002. p.122.

⁹²FRANK, Reinhart. **Sobre la estructura del conceto de la culpabilidad**. 2. Reimp. Buenos Aires:B de F, 2002. p.122.

⁹³FRANK, Reinhart. **Sobre la estructura del conceto de la culpabilidad**. 2. Reimp. Buenos Aires:B de F, 2002. p.35.

considerou a teoria da culpabilidade psicológica um fracasso, justamente por essa noção psicológica de culpabilidade ser limitada.

Em que pese exista críticos dessa teoria, Luiz Gomes e Antônio Molina⁹⁴ asseguram que há também uma parte da doutrina nacional que aderiu a essa perspectiva psicológica da culpabilidade, destacando alguns deles: Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Basileu Garcia e Magalhães Noronha, dentre outros autores.

Com efeito, outras ponderações que merecem destaque nesse cenário é a questão da imputabilidade, inclusive concepções feitas pelo próprio Reinhard Frank. Esse último considera totalmente inviável a forma como a imputabilidade era vista e aplicada, considerando que tal instituto era simplesmente ignorado, não compondo os elementos individuais da culpa, podendo assim, por exemplo, os inimputáveis atuarem em relação ao fato e não serem considerados culpados.⁹⁵ No entanto, Reinhard Frank relacionou a concepção de imputabilidade como um elemento e/ou pressuposto da própria culpabilidade. Foi com o aludido autor que houve a criação da teoria psicológica-normativa da culpabilidade que se será tratada a seguir.

2.3.2 Teoria Psicológica-normativa de Culpabilidade

Nesse panorama, viabilizou-se uma importante alteração, onde se estabeleceu outro sistema denominado de psicológico-normativo, visto a insuficiência da teoria e/ou período que antecederam.

É inaugurada, também, uma postura valorativa apresentada por Reinhard Frank, em que o referido traz à tona a insuficiência do conceito até então discutido acerca da culpabilidade, sendo reconhecido por muitos, como o fundador do referido período⁹⁶.

A par disso, Marina Cerqueira e Rafaela Alban⁹⁷ lecionam que:

Na concepção psicológica-normativa, a ação perde seu caráter naturalístico e é concebida de forma social valorativa e genérica como sendo um comportamento humano provocar de um resultado socialmente relevante. O conceito de crime, formado pelo injusta

⁹⁴GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. **Direito Penal: parte geral**. v.2 São Paulo: RT, 2007. p. 547.

⁹⁵PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 10.ed. São Paulo: RT, 2011. p. 99.

⁹⁶FRANK, Reinhart. **Sobre la estructura del conceto de la culpabilidade**. 2. Reimp. Buenos Aires: B de F, 2002. p. 27.

⁹⁷CERQUEIRA, Marina, ALBAN, Rafaela. Neurociência e direito penal. In: **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurociências**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 242

penal e pela culpabilidade, rechaça a divisão categórica objetivo-subjetiva do modelo causal-naturalista e introduz uma perspectiva valorativa, avaliada por meio do método teleológico.

Já para Jaime Couso⁹⁸, este período foi marcado pela própria alteração da noção de culpabilidade, que se afastou daquela ideia psicológica ligada ao autor e o fato praticado, e passa a ser concebida como um juízo de valor em face do injusto. O citado autor assinala, ainda, que Reinhard Frank está conectado com a estrutura do conceito de culpabilidade que se esgotava nos conceitos de culpa e dolo. E os novos elementos iniciados por ele, compõem um caráter valorativo e principalmente normativo⁹⁹.

Foi também nesse período histórico que as concepções positivistas foram deixadas de lado, passando a sofrer severas críticas e mudanças, sendo reintroduzidos outros valores de natureza jurídica. E nesse ínterim iniciam-se dois importantes movimentos: o historicismo e o neokantismo. Para isso assinala Fábio Roque¹⁰⁰:

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

Imperioso recordar que o período em questão contemplou-se sob a égide de elementos de cunho valorativo, contribuindo para o reconhecimento do instituto da culpabilidade até seu estágio atual, inclusive influenciando e inovando na própria teoria do delito.

Pautando-se ainda sob um viés neokantiano, sobreleva notar que a mudança causada no modelo positivista, bem como aliado às insuficiências da teoria psicológica da culpabilidade – que acabou sendo abandonada, viabilizou-se um

⁹⁸COUSO, Jaime Salas. **Fundamentos del derecho penal de culpabilidad**. Historia, Teoría y metodología. Tirant lo blanch: Valencia, 2006. p. 83.

⁹⁹COUSO, Jaime Salas. **Fundamentos del derecho penal de culpabilidad**. Historia, Teoría y metodología. Tirant lo blanch: Valencia, 2006. p. 87-88.

¹⁰⁰ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 59.

cenário que iria influir na teoria do delito e sob os elementos constitutivos da culpabilidade¹⁰¹. Nota-se com essa corrente de pensamento, surge como uma reação ao positivismo “[...] questionando o “título” de ciência apenas as ciências denominadas naturais”¹⁰².

A concepção normativa da culpabilidade conquista sua forma definitiva e complexa com as figuras de James Goldschmidt e Edmund Mezger. Com isso, posteriormente, debruçar-se-á sob os postulados fundamentais do conceito de culpabilidade, abordando o que realmente objetivou a teoria psicologia-normativa em análise.

É nesse contexto que surge a forte participação valorativa da culpabilidade, como já introduzido anteriormente, contrariando o pensamento positivista, importante para sua compreensão. Os neokantianos¹⁰³ objetivavam um novo aporte teórico para as ciências sociais com o mesmo compromisso desenvolvido nas ciências da natureza.

Conforme entendimento Sebastián Mello¹⁰⁴, há certa probabilidade de localizar três tipos de normativismo na primeira metade do século: “a) tendências etizantes; b) concepções segundo as quais a culpabilidade possui um elemento normativo; c) concepções nas quais a culpabilidade é, em si, normativa”.

¹⁰¹ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo**: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 61.

¹⁰²SANT’ANNA, Marina Cerqueira. Neurociências e culpabilidade. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 42.

¹⁰³Os neokantianos nem sempre se consideravam membros de um movimento comum. Embora os membros da escola de Marburg se identificassem claramente uns com os outros, e os membros da escola do Sudoeste se identificaram, as duas escolas inicialmente, fizeram pouco esforço para se apresentar como parte de um movimento comum. Suas doutrinas eram diferentes em alguns aspectos fundamentais e frequentemente criticavam as posições uns dos outros. No entanto, havia algumas características comuns dos neokantianos de ambas as escolas - características comuns que tornaram natural para seus contemporâneos e para os historiadores de hoje falar sobre eles juntos. Esta seção apresenta sete características comuns dos neokantiano. [...] Mais obviamente, os neokantianos pensavam em si mesmos como revivendo, defendendo e estendendo a filosofia de Kant. Eles conscientemente adotaram o vocabulário de Kant e algumas de suas principais ideias e argumentos. Escreviam comentários sobre os principais escritos de Kant e, com frequência, apresentavam suas próprias opiniões positivas na forma de comentários ou interpretações de Kant. [...] Há uma característica final comum dos filósofos neokantianos que não deve ser menosprezada: os neokantianos eram grandes historiadores da filosofia. Não é de surpreender que os neokantianos escrevessem extensivamente sobre Kant, produzindo comentários (por exemplo, Cohen, 1885; Cassirer, 1918) e edições críticas de seus escritos. Mas os neokantianos também escreveram extensivamente sobre outros filósofos, antigos e modernos, e sobre a história da ciência e da matemática (por exemplo, Windelband 1891; Cassirer 1906, 1907a). Para maiores informações pesquisar em: <<https://plato.stanford.edu/entries/compatibilism/>>. Acesso em 16 jun. de 2018.

¹⁰⁴MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade**: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 133.

O primeiro deles denominado “tendências etizantes” estaria vinculada a uma ideia contrária ao dever ético determinado¹⁰⁵; já o segundo elemento ficou conhecido por atribuir um caráter iminente normativo à culpabilidade, o qual atribui também nesse tipo uma valoração. Na esteira do pensando de Fábio Roque¹⁰⁶, a derradeira concepção determina que a culpabilidade possuísse em seu bojo, além de um aspecto psicológico, dois outros importantes valores: “exigibilidade de conduta diversa” e “potencial consciência da ilicitude”.

A partir dos aludidos elementos, pode-se notar a presença de fatores valorativos e certo distanciamento com a relação psíquica que até então prevalecia. Grandes lições para este período vieram novamente com James Goldschmidt e, posteriormente, de Berthold Freudenthal. Àquele estabelece que, a concepção normativa impregnada na culpabilidade, denota a conduta do autor e uma norma de dever¹⁰⁷.

Destaca-se, ainda, nesse interregno, um importante trabalho para a concepção psicológica-normativa de culpa de autoria de Berthold Freudenthal¹⁰⁸, que contribuiu para aquilo que se chama de “poder agir de outro modo ou maneira”¹⁰⁹ tão discutido no âmbito jurídico-penal. Tal trabalho tratou do desenvolvimento da teoria denominada “inexigibilidade de conduta diversa”, se inserindo integralmente ao instituto da culpabilidade.

Não se pode deixar de demonstrar as conclusões filtradas do conceito de culpabilidade sob a perspectiva psicológico-normativa de Carlos Balestra¹¹⁰:

¹⁰⁵MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade**: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: JusPodivm, 2010. p 133.

¹⁰⁶ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo**: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 62-63.

¹⁰⁷GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. 2 ed. Montevideo. Buenos Aires: Editor Julio César Faira, 200.. p.90.

¹⁰⁸FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche em el derecho penal**. Tradução: José Luiz Guzman Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2003.

¹⁰⁹Jorge de Figueiredo Dias ensina que o “poder de agir de outro maneira” demonstra “[...] deste modo requisito irrenunciável do conceito de culpa: quer esta se veja diretamente na decisão livre e consciente da vontade a favor do ilícito, de que o poder de agir de outra maneira é pressuposto; quer ela se veja no cometimento do ilícito por um agente que detinha capacidade para se determinar de acordo com a norma, ou era permeável ao apelo normativo; caso em que o poder de agir de outra maneira é simultaneamente pressuposto e conteúdo material da culpa. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 477.

¹¹⁰BALESTRA, Carlos Fontán. **Derecho Penal**: introducción y parte general. Actualizado por Guilherme A.C. Ledesma. Buenos Aires: Abelado Perrot, 1998. p. 315.

[...] a) a culpabilidade fundamentada, frente ao autor, a reprovabilidade da conduta antijurídica; b) são objeto de estudo dentro da culpabilidade, todos os elementos que a excluem; c) o dolo e a culpa não são formas de culpabilidade, mas elementos que a constituem, que, junto com os demais pressupostos da pena, servem de base ao juízo de reprovação.

É necessário que se frise, por fim, que todos os postulados trazidos à baila tornam possível um avanço na compreensão da concepção de pessoa, da mesma maneira que a própria teoria psicológica-normativa de culpa, que através dos trabalhos dos mencionados normativistas (James Goldschmidt e Berthold Freudenthal), proporcionou a análise dos elementos individualizados que constituem e que são pressupostos da ideia de culpabilidade, demonstrando, por sua vez, que o instituto da culpabilidade não se limita nos elementos do dolo e da culpa, ou seja, não são formas de culpa.

2.4 Teoria Normativa da Culpa

O nascimento da teoria normativa da culpabilidade pode ser explicado, em grande medida, pela insustentabilidade da teoria psicológica. Reinhard Frank, seu criador, propôs a criação um novo espaço capaz de apresentar a ideia valorativa na dogmática frente ao conceito de culpa existente, ultrapassado e insuficiente, buscando uma teoria capaz de abarcar uma estrutura normativa e valorativa que possa ser consistente e ao mesmo tempo rechaçar uma culpa vulnerável a espécies e inseridas ao psique humano com o fato praticado (exterior).

2.4.1 Teoria Finalista e a Construção Welzeniana de Culpabilidade

Quanto ao advento da teoria normativa de culpa, importante se faz destacar o surgimento da teoria finalista, em meados da década de 30, que foi considerada um influente pensamento para a dogmática penal. Nesse contexto, surge como nos demais períodos, importante(s) precursor(s), como Alexander Dohna, Hans Welzel¹¹¹, Hellmuth Weber, dentre outros¹¹².

¹¹¹WELZEL, Hans. **Derecho Penal**. Parte General. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Editor Roque Depalma, 1956.

¹¹²ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo**: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 69.

Corroborando para o entendimento das origens finalistas, é possível identificar interferência do pensamento aristotélico e de Max Weber, que visam conservar os resultados do raciocínio científico¹¹³. Além disso, impulsiona-se o pensamento do próprio Hans Wezel, que demonstra a necessidade de se retornar às concepções advindas da compreensão aristotélica, porquanto, haja vista que escrevera “Ética a Nicômaco”, Aristóteles revelou sua tendência à estrutura da finalidade¹¹⁴.

Os pensamentos e obras de Alexander Dohna¹¹⁵ angariaram relevantes alterações no modelo psicológico, bem como para a concepção do pensamento de Hans Welzel¹¹⁶.

Alexander Dohna¹¹⁷ contribui para a distinção entre “objeto da valoração e valoração do objeto”. Todavia, menciona-se ainda que a doutrina finalista de Hans Welzel não reside nessa diferenciação de Alexander Dohna, mas sim conferir ao dolo o seu contexto adequado na ação e/ou fato caracterizado¹¹⁸.

E, por assim dizer, o dolo estaria desprovido de consciência da ilicitude e, conseqüentemente, considerado o elemento normativo, não integraria a culpabilidade, que residiria na valoração do tipo subjetivo¹¹⁹, passando a ser um elemento constitutivo da ação humana.

Diferentemente das teorias já analisadas, a teoria finalista primou pela utilização de critérios ontológicos. Hans Welzel, pela primeira vez em 1930, apresentou suas ideias acerca da teoria da ação finalista, em um artigo denominado “Causalidade e ação”¹²⁰.

Através dos ensinamentos do aludido autor é possível notar que o sujeito legislador estaria condicionado por estruturas lógicas ou reais, referindo-se a

¹¹³ ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo**: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 72-73.

¹¹⁴ WELZEL, Hans. **Derecho Penal**. Parte General. Tradución de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Editor Roque Depalma, 1956. p. 18.

¹¹⁵ DOHNA, Alexander Graf zu. La estructura de la teoria del delito. 4ª ed. Tradución de Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958.

¹¹⁶ ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo**: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 70.

¹¹⁷ DOHNA, Alexander Graf zu. La estructura de la teoria del delito. 4ª ed. Tradución de Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958.

¹¹⁸ WELZEL, Hans. **Derecho Penal**. Parte General. Tradución de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Editor Roque Depalma, 1956. p. 152.

¹¹⁹ DOHNA, Alexander Graf zu. La estructura de la teoria del delito. 4ª ed. Tradución de Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958. p. 71.

¹²⁰ ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo**: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 71.

natureza das coisas. Já no que diz respeito ao Direito Penal, essa “natureza” resultaria na característica final da ação¹²¹.

Em apertada síntese, o que se pretende demonstrar com o modelo finalista é a adoção da citada categoria “lógica-objetiva¹²²”, ou seja, o ser como verdadeiramente se apresenta na realidade, materializado na própria ação que se revela como produto final, concepção esta idealizada por Hans Welzel.

De acordo com o pensamento defendido por Hans Welzel¹²³, a ideia finalista estaria vinculada a uma vontade de obter a concretização dos objetivos do autor, sendo que essa ação somente poderia ser considerada como finalista se abarcasse resultados propostos pela vontade do sujeito, caso contrário, seria apenas uma ação causal.

Ressalta-se ainda o pensamento Marina Cerqueira e Rafaela Alban¹²⁴, ao abordarem a doutrina finalista de Hans Welzen, que propôs uma reestruturação pautada na base lógica-objetiva, representado também:

“[...] pela ação finalística e pelo reconhecimento do livre-arbítrio para conceber a ação, ontologicamente, de forma pré-jurídica, como o exercício de uma atividade finalística, como um movimento humano dirigido a uma determinada finalidade”¹²⁵.

Nessa vereda, é salutar destacar que a presença do Direito Penal neste contexto almejaria do sujeito à observação da teoria finalista como forma de alcance dos objetivos pretendidos. Hans Welzel¹²⁶ destaca a importância da incidência do modelo finalista nas ações individuais frente ao próprio direito, para evitar qualquer tipo de lesão jurídica.

¹²¹WELZEL, Hans. **Derecho Penal**. Parte General. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Editor Roque Depalma, 1956. p.36.

¹²²WELZEL, Hans. **Derecho Penal**. Parte General. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Editor Roque Depalma, 1956. p.82.

¹²³WELZEL, Hans. **Derecho Penal**. Parte General. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Editor Roque Depalma, 1956. p.41.

¹²⁴CERQUEIRA, Marina, ALBAN, Rafaela. Neurociência e direito penal. In: **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurociências**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 243.

¹²⁵CERQUEIRA, Marina, ALBAN, Rafaela. Neurociência e direito penal. In: **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurociências**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 243.

¹²⁶WELZEL, Hans. **Derecho Penal**. Parte General. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Editor Roque Depalma, 1956. p.42.

É verdade que a noção finalista trouxe importantes definições para o Direito Penal, logo para a própria noção de culpabilidade. Para Fábio Roque¹²⁷, a teoria finalista:

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

A doutrina welzeniana deslocou o elemento psicológico para dentro da própria ação humana – que seria possível o fato típico, segundo os ensinamentos de Fábio Roque¹²⁸: “Com efeito, a ação humana seria destinada a uma finalidade e esta finalidade seria ilícita (dolo) ou lícita, mas perpetrada mediante a ausência de observância de um dever objetivo de cuidado (culpa)”. Dessa forma, como já explanado anteriormente, a subjetiva deixa de englobar a culpabilidade fazendo parte da própria ação do sujeito.

No entanto, é perceptível que a ação humana poderá ser lícita ou ilícita, logo dolosa ou culpada, no entanto, de acordo com a doutrina de Hans Welzel¹²⁹, não havendo nem dolo e nem culpa, ela seria simplesmente atípica, visto que não é possível ser recepcionada como “típica” sem que seja dolosa ou culposa.

Nesse contexto, em complementação ao que já restou reportado, Marina Cerqueira e Rafaela Alban¹³⁰ doutrinam que:

[...] os elementos volitivo passaram a ser analisados no âmbito da tipicidade, já que, como o dolo e a culpa pertencem à ação humana, não poderia haver a configuração de uma conduta típica sem a sua constatação”.

Com efeito, a culpabilidade tornou-se um instituto exclusivamente normativo e composto ainda pela ideia de imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e

¹²⁷ ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo**: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 70.

¹²⁸ ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo**: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 73.

¹²⁹ WELZEL, Hans. **Derecho Penal**. Parte General. Tradución de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Editor Roque Depalma, 1956. p. 18-19.

¹³⁰ CERQUEIRA, Marina, ALBAN, Rafaela. Neurociência e direito penal. In: **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurociências**. São Paulo: Atlas, 2014. p.243.

exigibilidade de conduta diversa¹³¹. Nessa feição, sob a ótica da teoria finalista, denota-se que a culpabilidade é identificada como a concepção de reprovabilidade. Assim, nas palavras de Marina Cerqueira e Rafaela Alban¹³²:

A culpabilidade é conceituada como uma reprovação normativa e relaciona-se com a capacidade do homem de se orientar conforme a norma e controlar o seus próprios impulsos.

Sobreleva notar nesse cenário de definições, a lição de através da doutrina de Hans Welzel¹³³ que assinala a ideia de que a culpabilidade de vontade está direcionada aquilo que depende do homem, podendo, dessa forma, ser culpável ou reprovável, e com isso todas as suas qualidades e defeitos, como o verdadeiramente é, resultando em algo valioso ou não, sendo levado em consideração apenas esses fatores diante da culpabilidade.

Outra importante contribuição esboçada pela teoria finalista concerne com a noção de antijuridicidade dentro do referido sistema. De acordo com os preceitos de Hans Welzel¹³⁴, “[...] a antijuridicidade é o desacordo da ação final com as exigências de que o direito dispõe para as ações que realizam na vida social. É o desvalor que corresponde à ação a consequência dessa vigência”. O referenciado autor deixa muito claro sua posição quanto à questão da culpabilidade, pois para ele a culpabilidade é pautada na censurabilidade, conforme seu pensando: “[...] é aquela que qualidade a ação antijurídica que possibilita fazer uma censura pessoal ao autor, porque não a omitiu”¹³⁵. Hans Welzel¹³⁶ considera a antijuridicidade como uma espécie de “ordem jurídica personificada pelo legislador ou pelo juiz”, sendo vista efetivamente visualizada como censura da culpabilidade.

¹³¹CERQUEIRA, Marina, ALBAN, Rafaela. Neurociência e direito penal. In: **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurociências**. São Paulo: Atlas, 2014. p.244.

¹³²CERQUEIRA, Marina, ALBAN, Rafaela. Neurociência e direito penal. In: **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurociências**. São Paulo: Atlas, 2014. p.244.

¹³³WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal: introducción a la doctrina d la acción finalista**. Traducción y notas: José Cerezo Mir, 4. Ed. 2º. Reimp. Buenos Aires: B de F; 2004. p. 126.

¹³⁴WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal: introducción a la doctrina d la acción finalista**. Traducción y notas: José Cerezo Mir, 4. Ed. 2º. Reimp. Buenos Aires: B de F; 2004. p. 126.

¹³⁵WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal: introducción a la doctrina d la acción finalista**. Traducción y notas: José Cerezo Mir, 4. Ed. 2º. Reimp. Buenos Aires: B de F; 2004. p. 215.

¹³⁶WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal: introducción a la doctrina d la acción finalista**. Traducción y notas: José Cerezo Mir, 4. Ed. 2º. Reimp. Buenos Aires: B de F; 2004. p. 215.

Ainda sob a égide do precursor da teoria finalista – Hans Welzel¹³⁷, destaca-se o duplo aspecto de seu pensamento, o primeiro demonstrado pelo conteúdo de finalidade (objeto) e uma força, visto que os objetos fornecidos não existem por si mesmos.

A despeito de todos os episódios perpassados pela teoria finalista da ação, pode-se mensurar que foi uma teoria de grande notoriedade da teoria do delito. Sem dúvidas, todas as doutrinas possuem seus críticos e seus defensores, porém, os próprios precursores desta teoria buscaram reestruturar suas concepções que foram objeto de questionamentos. Nessa esteira, a teoria em evidência tornou-se de grande importância, até mesmo as teorias vindouras permaneceram com algumas concepções finalistas.

De toda sorte, abordar-se-á respectivamente nessa concepção finalística a participação do livre-arbítrio, discussão que proverá grandes repercussões no âmbito jurídico-penal, cujos efeitos ainda surtem até hoje.

2.4.2 Construção Welzeniana de Livre-arbítrio

Após muitas discussões acerca da culpabilidade, analisa-se, em linhas gerais, a inacabável discussão sobre o livre-arbítrio através da doutrina welzeniana.

Em outra oportunidade, relatou-se sobre a presença do juízo de valor consubstanciado pelo “poder atuar de outro modo”, que acabou sendo representada pela culpabilidade que refletirá também no campo neurocientífico, considerando que a neurociência no seu atual agir rechaça a citada expressão. Hans Welzel¹³⁸ ressalta que o “poder agir de outro modo”, como um instituto facilmente influenciado pela própria pena.

Desta forma, Hans Welzel¹³⁹ apresenta o problema do livre-arbítrio sob três aspectos distintos: antropológico, caracteriológico e categorial. Para explanar acerca de cada um destes aspectos Marina Cerqueira e Rafaela Alban¹⁴⁰:

¹³⁷WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico penal**. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 98.

¹³⁸WELZEL, Hans. Reflexiones sobre el libre albedrío. In: **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 45.

¹³⁹WELZEL, Hans. Reflexiones sobre el libre albedrío. In: **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 45.

¹⁴⁰CERQUEIRA, Marina, ALBAN, Rafaela. Neurociência e direito penal. In: **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurociências**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 244.

O aspecto antropológico se fundamenta na consideração do homem como um ser responsável, em contraste com as demais espécies animais, O homem será responsável por suas ações, pois é portador de um pensamento racional ordenado categoricamente e dotado de liberdade existencial.

O segundo aspecto tratado por Hans Welzel¹⁴¹ chamado “caracteriológico”, “indica que o homem é capaz de dirigir a sua vontade, por meio de uma estrutura anímica formada pelo estrato profunda, pelo intermediário (ou estrato da personalidade) e pelo estrato do eu.”

Por derradeiro, o último aspecto, o requisito categorial, empregando a percepção de Marina Cerqueira e Rafaela Alban¹⁴²:

O último aspecto analisado na teoria finalista para o reconhecimento do livre-arbítrio – denota-se que a liberdade não é concebida como um estado, senão como um ato de liberação da coação causal dos impulsos e demonstra-se que haveria a possibilidade de autodeterminação de acordo com um determinado sentido.

De acordo com a doutrina welzeniana, é através da liberdade humana que se torna possível a determinação de atuar de outra maneira, e também a liberdade de vontade (livre-arbítrio) constitui fundamento material do conceito de culpa, assunto esse alvo de diversas críticas, constituindo uma vasta discussão essencialmente para os neurocientistas.

Sob esta perspectiva, indubitáveis são as contribuições da doutrina de Hans Welzel, especialmente para o estudo da culpabilidade, logo, para o livre-arbítrio. Nessa toada, importante se faz mencionar as lições de Fábio Roque¹⁴³ sobre a importância do pensamento de Hans Welzel trouxe para esse período:

[...] no que concerne particularmente ao estudo da culpabilidade, o finalismo promove uma ruptura paradigmática na doutrina do seu tempo. A estrutura da culpabilidade como terceiro elemento constitutivo da formação analítica do delito permanecerá incólume por muitos anos, alcançando os dias de hoje. O deslocamento do elemento subjetivo para a conduta humana penalmente relevante é considerado um grande avanço, que, atualmente, já não encontra

¹⁴¹CERQUEIRA, Marina, ALBAN, Rafaela. Neurociência e direito penal. In: **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurociências**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 245.

¹⁴²CERQUEIRA, Marina, ALBAN, Rafaela. Neurociência e direito penal. In: **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurociências**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 245.

¹⁴³ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo**: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 84.

opositores. O desmembramento da potencial consciência da ilicitude do conteúdo do dolo parece indene de dúvidas.

A propósito, Figueiredo Dias¹⁴⁴ explana acerca da questão da liberdade, do poder de agir de outro modo, e também do conceito de culpa à luz da doutrina welzeniana:

A liberdade pode ser simultaneamente auto-determinação e determinação pelo sentido porque e só porque também a liberdade (e não apenas a culpa) pressupõe o poder de determinar-se pelo sentido, porque ela é, ao mesmo tempo, capacidade de determinação, poder agir *de acordo* com o sentido e, por conseguinte, poder de agir também *contra* o sentido. Só assim, de resto, se compreende o problema da culpa no enquadramento da questão da liberdade, Se a liberdade fosse só determinação pelo sentido, a falta de liberdade só determinação pelos impulsos indiferentes ao sentido, e culpa [...]

Com efeito, nota-se que a construção da teoria do livre-arbítrio repousa sob o pressuposto da culpabilidade que supõe o poder agir de outra maneira. Em síntese, nas palavras de Figueiredo Dias¹⁴⁵, “[...] a culpa supõe o poder de agir de outra maneira porque a liberdade o supõe igualmente – o poder de agir de acordo com o sentido ou contra ele.”

Como já mencionado, a doutrina welzeniana recebe críticas contundentes, as quais não se pretende esgotar no presente trabalho, não obstante, nada impede de assegurar a importância das contribuições desse pensamento que consagra o livre-arbítrio com ponto central da culpabilidade, sobretudo, preza por um compromisso sério com a própria dogmática-jurídica penal que necessita avançar em buscas de novos e melhores aportes teóricos. E justamente por isso se fez necessário esse caminhar histórico para uma compreensão mais profunda de culpabilidade.

Na sequência analisar-se-á as concepções atuais de culpabilidade para a posterior discussão envolvendo o desenvolvimento das neurociências, bem como as suas descobertas e elementos que podem influenciar na culpabilidade, considerando que até o presente momento não se tem uma resposta conclusiva sobre o tema. Porém, é necessário investigar as repercussões das referidas pesquisas, haja vista que há muito que refletir acerca do futuro do Direito Penal, visto a angústia que paira no âmago do ser, máxime no que diz respeito à culpabilidade.

¹⁴⁴DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p.48.

¹⁴⁵DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 49.

3 PERSPECTIVAS ATUAIS DE CULPABILIDADE

O panorama apresentado até aqui se mostrou longo e árduo até o crescimento vertiginoso da doutrina da culpabilidade alicerçada na doutrina final da ação. Adotou-se por bem um caminhar detalhista no que concerne ao desenvolver da culpabilidade, tendo em vista a importância das particularidades do presente instituto para desenvolver do trabalho, abordando todas as suas vertentes - desde os caminhos mais primitivos e avassaladores até uma perspectiva entusiasta pró-welzeniana pautada especialmente na figura do livre-arbítrio como próprio fundamento da culpa.

Para logo se vê que se buscou conferir um retrospecto no desenvolvimento histórico da culpabilidade até o pensamento em que se encontra, para que se possa, a partir de então, entender a sua relevância para o Direito Penal como um elemento constitutivo da própria estrutura analítica do crime e a extensão da sua eventual abolição com a insurgência das propostas neurocientíficas cada vez mais inseridas no contexto moderno.

Ao longo de toda a história, observaram-se diversos momentos que passaram por importantes e fundamentais mudanças em termos de direitos e garantias, modelos que começaram a traçar direitos como a liberdade, a igualdade. Assim, a teoria finalista alcança seu grande momento em um período após o fim da Segunda Guerra, visto a extrema urgência e necessidade de se estabelecer novos direitos e uma transformação na intervenção punitiva diante daquele cenário catastrófico vivenciado por ocasião da guerra¹⁴⁶.

Percebe-se, dessa maneira, que a seara penal começa a ser compreendida de outra forma com o surgimento da teoria finalista que pautou-se em axiomas antropológicos, conforme leciona Marina Cerqueira¹⁴⁷ “[...] isto é, estrutura do ser como efetivamente se revela na realidade, e materializadas na ação como produto de finalidade e, na atuação, conforme o sentido”.

¹⁴⁶ ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo**: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 87.

¹⁴⁷ SANT'ANNA, Marina Cerqueira. Neurociências e culpabilidade. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 49.

O modelo finalista manteve-se dominante no cenário penal em uma fase de construção de conhecimento e de críticas em torno do conteúdo material da culpa e do livre-arbítrio, conduzindo, dessa forma, a um período pós-finalista.

As críticas à culpabilidade não se esgotam tão facilmente, entusiastas como Karl Engisch, trouxe teses ancoradas na ideia de que a ação culposa não é final¹⁴⁸. Já o criador da teoria finalista, Hans Welzel¹⁴⁹, buscou aprimorar seu entendimento em virtude da discussão travada por Karl Engisch, em relação aos crimes culposos, em que eles estariam pautados no Direito, levando em conta principalmente os meios utilizados pelo sujeito.

As maiores repercussões de Karl Engisch se deram através da questão “poder agir de outro modo”, pois a sua crítica se apoiava justamente na ideia de que em uma situação concreta, embora pudesse agir de forma diversa, não seria plausível reproduzir a situação com o mesmo indivíduo.¹⁵⁰

Outro importante estágio é marcado pela presença de Günter Stratenwerth e o pensamento jurídico-penal alemão, mais precisamente o projeto alternativo do Código Penal alemão de 1966. Segundo entendimento de Carlos Loebenfelder¹⁵¹, a compreensão de Günter Stratenwerth caminharia em direção ao fortalecimento desse período, o qual aboliria ideias voltados ao retribucionismo.

Demais disso, diversas doutrinas acerca do conteúdo da culpabilidade foram adotadas por autores consagrados, como, por exemplo, Arthur Kaufmann, Reinhart Maurach entre outros. As concepções de Maurach adotam uma linha de raciocínio voltada à concepção normativa de culpabilidade e, segundo Fábio Roque¹⁵², é o único autor que “[...] propõe uma alteração significativa na estrutura do delito”. Embora a doutrina do citado autor não tenha sido amplamente aceita, sendo regada por críticas, ela foi seguida e adotada por importantes figuras do Direito Penal que reconhecem a responsabilidade pelo fato abordada por Maurach como categorias próprias.

¹⁴⁸ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 5.ed. São Paulo: RT, 2004. p. 299.

¹⁴⁹WELZEL, Hans. **Derecho Penal**. Parte General. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Editor Roque Depalma, 1956. p. 41.

¹⁵⁰MANZANO, Mercedes Pérez. **Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena**. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1990. p. 93.

¹⁵¹LOEBENFELDER, Carlos K. **Culpabilidad y pena**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001. p. 50.

¹⁵²ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 94.

É possível notar um enquadramento de autores que se debruçaram sobre a teoria final da ação que inevitavelmente acrescentou para os estudos em Direito Penal, que geraram discussões de cunho ontológico que, por sua vez, levaram ao que se chama de perspectiva funcionalista.

3.1 A Culpabilidade e o Funcionalismo

Um dos principais temas do presente trabalho – a culpabilidade, impreterivelmente aborda a questão do livre-arbítrio com toda a preocupação e angústia que lhe é peculiar, almejando os mais coerentes e adequados fundamentos da culpa em meio ao vasto âmbito jurídico-penal. Dessa forma, ensina Marina Cerqueira¹⁵³:

Os diversos questionamentos sobre a indemonstrabilidade do livre-arbítrio propiciou a aparição de diversas teses que, em linhas gerais, substituem a culpabilidade por outro instituto jurídico ou indicam um novo fundamento material para a culpabilidade ou buscam a atribuição de um sentido à compreensão sobre liberdade.

O funcionalismo representa uma fase com características próprias diferente dos demais períodos, pois analisa o direito a partir do sistema social, ou seja, através do pensamento sistemático de Niklas Luhmann.

De acordo com o pensamento de Fábio Roque¹⁵⁴:

Para a perspectiva funcionalista, o Direito seria um dos (sub) sistemas sociais, e deveria cumprir as suas funções. Trata-se de um retorno ao enfoque normativista, tal como era apregoado pelos neokantianos. A rigor, não é possível falar em funcionalismo, mas sim em funcionalismos, pois há flagrantes distinções entre as vertentes mais em voga na dogmática penal.

Os pressupostos luhmannianos direcionam a teoria de Günther Jakobs a um funcionalismo sistêmico, entretanto, o citado autor não está sozinho, existe uma vasta doutrina que agasalha essa corrente, como, por exemplo, Claus Roxin, cada qual com seus ajustes, todavia, sem desfazer com os seus ideais sistemáticos, os quais serão analisados a seguir.

¹⁵³SANT'ANNA, Marina Cerqueira. Neurociências e culpabilidade. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 62.

¹⁵⁴ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo**: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 99.

3.1.1 Reflexos da Concepção de Culpa de Günther Jakobs

Günther Jakobs¹⁵⁵, como já apontado, ancora-se em Niklas Luhman, visando sobremaneira, cumprir com a função de preservar o sistema social, defendendo ser o Direito Penal um sistema com função própria¹⁵⁶. Nas palavras de Mara Correio¹⁵⁷: “[...] o sistema penal jakobsiano é concebido a partir da manutenção das expectativas de que as normas não sejam violadas”.

Nesse contexto, seguindo ainda a linha de raciocínio de Günther Jakobs, depara-se com um conceito de culpabilidade que só poderia ser reconhecido se fosse desenvolvido funcionalmente, ou seja, a partir de seu fim, como uma forma de restabelecimento da ordem violada.

Günther Jakobs¹⁵⁸, ao abordar a problemática da culpabilidade, constata que:

[...] el concepto de culpabilidad, por tanto, há de configurarse funcionalmente, es decir, como concepto que ride um fruto de regulación, conforme a determinados principios de regulación, para una sociedad de estructura determinada. En fin da pena es, según la concepción aqui desarrollada, de tipo preventivo-general; se trata de mantener el reconocimiento general de la norma [...].

Defende ainda o mencionado autor quatro requisitos positivos da culpabilidade em sua obra *Derecho Penal: Parte General: fundamentos y teoria de la imputación*: o comportamento antijurídico; sujeito imputável; um atuar em desrespeito ao fundamento e validade da norma; caracterização de elementos

¹⁵⁵O referido autor, ex-aluno de Hans Welzel entende que “sendo o fim do Direito Penal a estabilização do conteúdo da norma; não se trata de proteção dos bens jurídicos, mas, sim, na manutenção e confirmação da vigência da norma. Para ele, o bem jurídico-penal é a expectativa normativa essencial à subsistência da configuração social e estatal frente às violações das normas, destacando que a proteção de bens jurídicos se constitui em um resultado meramente mediato da função da pena de asseguramento da vigência da norma. Ele diferencia o bem jurídico (objeto de proteção de algumas normas – normas em geral) do bem jurídico-penal (aquele que visa manter as expectativas normativas essenciais)”. Para maiores informações, disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br/funcionalismo-sistematico-jakobs/>>. Acesso em: 09 de set. de 2018.

¹⁵⁶CORREIO, Mara Rubia Marques. **Da dogmática penal funcionalista de Günther Jakobs e Claus Roxin no âmbito da culpabilidade**: uma contraposição teórica. Revista Eletrônica do Curso de Direito (UFSM), v. 8, n.2. p. 430, 2013.

¹⁵⁷CORREIO, Mara Rubia Marques. **Da dogmática penal funcionalista de Günther Jakobs e Claus Roxin no âmbito da culpabilidade**: uma contraposição teórica. Revista Eletrônica do Curso de Direito (UFSM), v. 8, n.2. p. 430, 2013.

¹⁵⁸JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: parte general. Tradução de Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial pons Ediciones Jurídicas, 1995. p. 584.

especiais da culpabilidade dependendo do delito¹⁵⁹. Reforça, ainda, Günther Jakobs¹⁶⁰ que a culpabilidade deve se preocupar com o orientar para o presente, assim como o próprio Direito Penal orienta o ordenamento.

Com isso, observa o próprio Günther Jakobs¹⁶¹:

[...] O conceito de culpabilidade não apenas há de se orientar no futuro por essa finalidade da pena, mas já está presentemente por ela orientado de fato, na medida em que o direito penal funciona, contribui para a estabilização da ordem. Trata-se, assim, de que, do círculo das múltiplas condições de qualquer ação antijurídica, deve-se poder designar o déficit de motivação jurídica junto ao autor do motivo relevante, se este tiver que ser punido [...].

Dessa maneira, a forma que Günther Jakobs adota a noção de culpabilidade demonstra que não está vinculada com as limitações do poder estatal, mas sim com advertência a pratica de atos ou acatamento de normas. O autor em comento é alvo de deveras críticas, todavia, a sua abordagem acerca da culpabilidade adentra em território mais amplo do Direito Penal, adquirindo diversos adeptos dessa corrente.

Nessa perspectiva, Günther Jakobs¹⁶² previne que, sem o acatamento da teoria da culpabilidade, a pena seria de um todo ilegítima, limitando, dessa maneira, a utilização dos meios sociais funcionais.

Com efeito, leciona Fábio Roque¹⁶³ que “a forma como Jakobs aborda a culpabilidade faz parte de uma análise mais ampla do Direito Penal, em que a pena desempenha a função de estabilização do sistema normativo, dentro de uma perspectiva de prevenção geral positiva”.

Como se percebe, Günther Jakobs, ao se debruçar sobre a análise da culpabilidade, assevera que tal instituto tem por função um caráter estabilizador da norma desestabilizada, restabelecendo a confiança/estabilidade da norma uma vez ameaça pelo indivíduo da sociedade. Já a prevenção geral positiva menciona por Günther Jakobs é alcançada mediante o exercício da fidelidade das normas. Em

¹⁵⁹ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte General**: fundamentos y teoria de la imputación. 2 ed. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1997. p. 567.

¹⁶⁰ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte General**: fundamentos y teoria de la imputación. 2 ed. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1997. p. 567.

¹⁶¹ JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal - teoria do injusto penal e culpabilidade**. Belo horizonte: Del Rey, 2009. p. 687.

¹⁶² JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte General**: fundamentos y teoria de la imputación. 2 ed. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1997. p. 1.052.

¹⁶³ ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 113.

linhas gerais, o que Günther Jakobs pretende dizer que o indivíduo na sociedade, logo submetido à norma, deve buscar a melhor forma de alcançar a sua fidelidade, levando assim ao fundamento básico da culpa.

Acerca da dogmática penal de Günther Jakobs, assevera Sebastián Mello¹⁶⁴ “[...] a tese de Jakobs permite que um homem seja utilizado como mecanismo estabilizador da ordem normativa, deslocando o centro da ordem jurídica, que não é mais o ser humano, mas sim a prevalência do sistema”. Sob esse prisma, a culpabilidade, por sua vez, também teria a incumbência de estabilizar as normas que padecem de estabilidade. Assim, a forma adotada pelo indivíduo compensaria a desestabilização da norma. Dessa maneira, a teoria da prevenção geral é alcançada pela atenção às normas e ao ordenamento jurídico.

Demais disso, o que esse entendimento quer dizer é que o indivíduo está sujeito às normas e, portanto, deverá respeitá-la, sendo dessa forma fiel ao próprio ordenamento jurídico, para, a partir de então, alcançar a competência básica para o fundamento da culpabilidade¹⁶⁵, com isso se tornaria o equivalente funcional do livre-arbítrio¹⁶⁶.

Ao se referir ao livre-arbítrio, importante enfatizar as concepções que as envolvem sob o viés da doutrina de Günther Jakobs. Para o referido autor, ao se discutir a culpabilidade, não há como não tocar no âmbito do livre-arbítrio, esse, por sua vez, requisito da própria culpabilidade, implicando, também, na responsabilidade em virtude dos atos praticados pelo indivíduo na sociedade¹⁶⁷.

Todavia, conforme registra Günther Jakobs¹⁶⁸, o que leva a prática do ato ilícito em nada tem a ver com o livre-arbítrio, visto que esse último é isento de representação social, ou seja, para o autor, as discussões não giram em torno de saber se o indivíduo tinha outra alternativa quando da prática da ação, não se confundindo com a noção de liberdade do agente, considerando que a imputação só

¹⁶⁴MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade**: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 285.

¹⁶⁵JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: Parte General: fundamentos y teoría de la imputación. 2 ed. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1997. p. 687.

¹⁶⁶JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: Parte General: fundamentos y teoría de la imputación. 2 ed. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1997. p. 687.

¹⁶⁷JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: Parte General: fundamentos y teoría de la imputación. 2 ed. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1997. p. 687.

¹⁶⁸JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: Parte General: fundamentos y teoría de la imputación. 2 ed. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1997. p. 587.

surge em uma perspectiva preventiva-positiva¹⁶⁹. De acordo com essa teoria, o próprio conceito de pessoa está vinculado à perspectiva de liberdade, e somente em um ser humano livre pode ser atribuído fatores normativos.

A partir dessas concepções, Günther Jakobs acaba incorporando em sua teoria uma questão muito polêmica: “o Direito Penal do inimigo”¹⁷⁰, tese a qual não será analisada no presente trabalho, porém merece ser citada como destaque no pensamento de Günther Jakobs.

Dessa maneira, o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs demonstra um importante período para o Direito Penal, logo para o estudo em culpabilidade, haja vista a necessidade de investigar a evolução do pensamento que conduziu a culpabilidade no período em que se encontra. Para tanto, imprescindível traçar perspectivas atuais deste instituto, as quais contribuem incisivamente para a observância desse estudo.

Sob este prima, é possível notar em escritos de Günther Jakobs seu caráter defensivo a prevenção geral positiva, que tem ocasionado calorosos debates junto à comunidade neurocientífica - perspectiva abordada no presente trabalho - já que exige a liberdade humana afetando a visão neurocientífica e o determinismo. Por isso, a prevenção geral deve ser posta com cautela, já que adota a pessoa como ser livre, adotando também as críticas neurocientíficas, tornando-se assim perigoso afirmar que através da presunção geral positiva imposta por Günther Jakobs, ter-se-ia o caminho para a fundamentação da pena.

A fim de dar continuidade no estudo da culpabilidade, abordar-se-á o pensamento de Claus Roxin, importante autor que contribuiu para as concepções contemporâneas de culpabilidade.

3.1.2 A Culpabilidade Segundo Claus Roxin

Na contramão de direção da teoria jakobsiniana, caminha a proposta de Claus Roxin, o qual pretende demonstrar a aproximação entre a realidade e a prática

¹⁶⁹JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte General: fundamentos y teoria de la imputación**. 2 ed. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1997. p. 587.

¹⁷⁰Para Fábio Roque: “[...] Jakobs recorre ao pensamento de Thomas Hobbes para asseverar que há pessoas que afrontam o pacto social de forma tão violenta, que devem ser consideradas inimigas do grupamento social. Na obra de Jakobs, esse inimigo teria sua esfera de direitos flexibilizada”. ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 114.

penalista, haja vista que as soluções até então apresentadas não se demonstram suficientes neste aspecto.

A importância de se abordar o citado autor, demonstra ainda mais o aprofundamento no âmbito da culpabilidade sob a visão de um dos mais importantes e influentes funcionalistas do período atual.

Claus Roxin¹⁷¹ evidencia uma percepção de culpabilidade direcionada a um aparato normativo capaz de proteger o indivíduo. Dessa forma, para o autor, quem atua culpavelmente está sob um comando de um injusto penal¹⁷².

Nas palavras de Marina Cerqueira¹⁷³:

De acordo com Claus Roxin, deve-se entender a culpabilidade como atuação injusta, apesar da existência de acessibilidade normativa. Deve-se afirmar que a culpabilidade de um sujeito desde que ele possa atender ao comando normativo segundo seu estado mental e anímico, quando lhe eram psiquicamente acessíveis as possibilidades de decisão por uma conduta orientada conforme a norma, assim como quando a possibilidade (seja livre ou determinada) psíquica de controle que existe nos adultos, exista na situação em concreto.

Ademais, o autor em questão cria uma categoria a qual propõe a substituição da culpabilidade pela responsabilidade. Consoante ao pensamento de Claus Roxin¹⁷⁴, a responsabilidade depende da conjuntura de outros dois dados, a culpabilidade e a necessidade preventiva da sanção penal.

Tudo isso quer dizer que o conceito de culpabilidade defendido por Claus Roxin figura como uma criação normativa, que conduz o indivíduo a orientar-se em conformidade com a norma. Dessa forma, ao agir culposamente, o sujeito pratica um injusto penal, o qual será submetido a sanções, apesar de sua acessibilidade normativa, contemplando, assim, a justificação social da pena¹⁷⁵.

Leciona nesse sentido Marina Cerqueira¹⁷⁶:

¹⁷¹ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Ed. Thomsom-Civitas, 2003. p. 805.

¹⁷²ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Ed. Thomsom-Civitas, 2003. p. 805.

¹⁷³SANT'ANNA, Marina Cerqueira. Neurociências e culpabilidade. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p.67.

¹⁷⁴ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Ed. Thomsom-Civitas, 2003. p. 797.

¹⁷⁵ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Ed. Thomsom-Civitas, 2003. p. 797.

¹⁷⁶SANT'ANNA, Marina Cerqueira. Neurociências e culpabilidade. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 67.

Observa-se, portanto, que o conceito de culpabilidade defendido por Claus Roxin, se apoia em uma justificação social da pena. Propõe reafirmar a função de proteção liberal de um Estado de Direito, fundado no princípio da culpabilidade. De acordo com o seu pensamento, a culpabilidade não depende de necessidades preventivo-especiais ou preventivo-gerais vagas, reais ou presumidas, mas da capacidade de controle do sujeito [...].

Frente a esse cenário, ao tratar da questão da culpabilidade, Claus Roxin se aproxima com a discussão da “capacidade de controle do sujeito”, o qual, por sua vez, acaba inevitavelmente adentrando no território do “livre-arbítrio”. Nas palavras de Fábio Roque¹⁷⁷:

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

Sobre esse problema, Claus Roxin¹⁷⁸ é categórico ao afirmar que o livre-arbítrio aplicado ao caso não possui qualquer ligação com o objetivo da criação do instituto da culpabilidade, que está direcionado a proteção do sujeito através de um comando normativo, acionado segundo seu estado psíquico ou controle como sugere o autor, não havendo, no entanto, conexão com o livre-arbítrio.

Ainda nesse passo, sob a ótica de seu funcionalismo teleológico, o autor em comento observa o papel do legislador em sede de culpabilidade, verificando que é justamente com a atuação do legislador que se buscará a responsabilização do indivíduo¹⁷⁹, daí por que a ideia de substituição da culpabilidade pela responsabilidade anteriormente aludida.

Nesses termos, assevera Claus Roxin¹⁸⁰:

A pesar de todo, mi tesis de que la suposición de libertad es una aserción normativa independiente de los datos empíricos y admisible por igual para deterministas e indeterministas ha hallado una enérgica oposición del lado indeterminista. Dreher opina que para el

¹⁷⁷ ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo**: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 106.

¹⁷⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Ed. Thomsom-Civitas, 2003. p. 808.

¹⁷⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Ed. Thomsom-Civitas, 2003. p. 808.

¹⁸⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Ed. Thomsom-Civitas, 2003. p. 808.

Derecho penal el problema de la libertad no es "una cuestión que se pueda bordear, sino que es la cuestión decisiva por excelencia". La libertad y la responsabilidad serían "un elemento irrenunciable de la convivencia humana. Puesto que no poseemos otra realidad que la vivida por nosotros, el principio no necesita una prueba ni ideológica ni empírica, sino que está fuera de un ámbito susceptible de prueba".

Observa-se, portanto, que para Claus Roxin há indubitavelmente uma aproximação entre a noção de responsabilidade e a teoria dos fins da pena, todavia, o que realmente lhe preocupa é a forma como a culpabilidade é empregada, ou seja, utilizando-a como algo dependente e intrínseco do poder estatal ou um princípio associado à necessidade preventiva¹⁸¹.

Nessa perspectiva, Claus Roxin navega contra ventos e marés, haja vista que por vezes critica a culpabilidade como princípio norteador e fundamentador da pena, mas ao mesmo tempo lhe defende enquanto limitador, pois ao descartá-lo comprometeria a própria liberdade individual do sujeito. Através da culpabilidade, o referenciado autor entende que seria possível evitar abusos e/ou absurdos relacionados às prevenções, além de se mostrar um critério que garanta a proporcionalidade a pena aplicada.

Nota-se, com isso, a necessidade de se analisar a sistemática de Claus Roxin, o qual através de seu funcionalismo possibilita verificar uma nova categoria que, por sua vez, contempla princípios políticos-criminais da teoria dos fins da pena, não abrangendo a problemática do livre-arbítrio ou o poder atuar de outro modo, mas a própria responsabilidade que é dependente da culpabilidade e da sanção penal.

Ademais, segundo o referenciado autor alemão:

Por lo demás, ese concepto de culpabilidad tiene la ventaja de que se corresponde con la concepción que restringe el Derecho penal a lo absolutamente indispensable socialmente. La paz y la seguridad jurídicas en una sociedad resultan de la expectativa de que a los seres humanos se les induce por regla general a la conducta fiel al Derecho mediante prohibiciones y mandatos. Por ello, cuando alguien infringe las leyes penales se produce una conmoción de la conciencia jurídica general (y con ella descontento e inseguridad) que se solventa de nuevo cuando las normas se afirman en su vigencia mediante la punición del sujeto. Si los delitos quedaran por regla general impunes, las normas perderían ampliamente su poder

¹⁸¹CORREIO, Mara Rubia Marques. **Da dogmática penal funcionalista de Günther Jakobs e Claus Roxin no âmbito da culpabilidade**: uma contraposição teórica. Revista Eletrônica do Curso de Direito (UFSM), v. 8, n.2. p. 438, 2013.

de motivación, y la sociedad se hundiría más y más en la anarquía. o anímico o por las circunstancias de la situación. Así sucede con las personas mental o psíquicamente enfermas y gravemente perturbadas en su capacidad de motivación, así como con las inmaduras o con aquellas que no podían alcanzar a conocer las normas. De ellas no se espera en general que observen las normas. Si infringen la ley, no se defrauda ninguna expectativa social y la conciencia social no se conmueve. Nadie resulta estimulado a imitarlos, porque la vigencia de la norma a los ojos de la opinión pública no resulta disminuida por tales hechos¹⁸².

O acréscimo que a teoria de Claus Roxin traz para o presente estudo é imprescindível, considerando as contribuições e manutenções propostas pelo doutrinador no âmbito da culpabilidade conexa aos fins da pena, a responsabilidade e até mesmo da problemática do poder agir de outro modo. Claus Roxin deu um importante passo ao abraçar o estudo da culpabilidade como limitar da prevenção e deslocar o indivíduo no centro de proteção do ordenamento jurídico. Assim, mergulhar nas profundezas do conteúdo da culpabilidade sem passar pelo citado autor é um erro que se preferiu não cometer.

Nesse caminho de inteligência, encontra-se outro indispensável doutrinador-Figueiredo Dias - também traz contribuições fundamentais para a análise aqui desenvolvida.

3.1.3 O Pensamento de Jorge Figueiredo Dias Acerca da Culpa

Figueiredo Dias¹⁸³ aduz que o princípio da culpabilidade está conectado a uma noção retributiva ou expiatória da pena. Para o autor “todo o Direito Penal há de ser de alguma forma um ‘Direito Penal de culpa’, sendo que esta última constitui o pressuposto e o fundamento, ao menos o limite da pena e da sua medida”¹⁸⁴.

Nessa perspectiva afirma Figueiredo dias¹⁸⁵:

A aceitação deste postulado causará estranheza a muitos dos que hoje pensam não ser uma culpa assente na ideia de liberdade, mas a necessidade de criar condições de vida social suportáveis a verdadeira justificação da pena e fundamento do Direito Penal.

¹⁸²ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Ed. Thomsom-Civitas, 2003. p. 811.

¹⁸³DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p.17.

¹⁸⁴DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p.17.

¹⁸⁵DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p.17.

Com efeito, o professor de Coimbra sustenta que o princípio da culpa representa um papel primordial no Direito Penal como na moral. Para Figueiredo Dias¹⁸⁶, só se pode falar de culpa “[...] quando o agente, na situação, poderia ter agido de maneira diferente; e se um tal poder é inverificável em concreto, então a sua aceitação ou negação, sob certos pressupostos, há de constituir uma daquelas verdades de crença ou de adesão [...]”.

Ao se referir à expressão “verdade de adesão” ou ainda “hipótese de trabalho”, pretende o referenciado autor demonstrar que grande parte dos penalistas, por vezes, se bastam com tais denominações, no entanto, a sua tarefa vai além de se julgar habilitado, é realmente analisar como verdadeiramente se alcança no âmbito jurídico-penal um conceito adequado de culpa¹⁸⁷.

Nesse aspecto leciona Figueiredo Dias¹⁸⁸:

Será exato que só um conceito de culpa jurídico-penal como culpa de vontade, iluminada pelo poder do agente de atuar de outra maneira, resolve e resolve corretamente os problemas concretos que se suscitam como problemas de culpa? Ou, pelo contrário, serão insuficientes as respostas que fornece- tão insuficientes, porventura, como insuficiente é o esclarecimento do pressuposto em que assenta? Eis a difícil e complexa problemática que agora não poderemos furtar-nos a encarar.

A despeito da importância da teoria da culpabilidade em todas as suas particularidades, em seu retrospecto histórico, a evolução e desenvolvimento de seu pensamento, o qual conduziu ao estágio em que hoje se encontra, passou pela compreensão e análise de Figueiredo Dias, que se debruçou no estudo de um conceito de culpa como sinônimo de culpabilidade, se contrapondo ao funcionalismo exacerbado, o qual apenas enxerga finalidades preventivas, além de deixar muito claro a sua objeção a propensão de um “Direito Penal do autor”.

Nesse sentido, o referenciado autor busca elucidar que a culpa jurídica ou culpa jurídico-penal é uma dimensão particular da própria perspectiva da culpa ético-existencial¹⁸⁹. É nesse contexto que o professor de Coimbra liga o problema da culpa

¹⁸⁶DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p.56.

¹⁸⁷DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p.57.

¹⁸⁸DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p.57.

¹⁸⁹DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 160.

ao da liberdade¹⁹⁰ e a “violação pelo homem do dever de conformar o seu existir por forma a que, na sua atuação na vida, não viole ou ponha em perigo bens juridicamente protegidos”¹⁹¹.

A culpa jurídico-penal abordada por Figueiredo Dias não desvenda a personalidade do indivíduo integralmente, considerando que a *qualidade* dessa personalidade é o que realmente interessa, ou seja, o “dever-ser” jurídico-penal ou “atitude pessoal”. O critério da culpabilidade utilizado pelo autor diz respeito ao “interior” frente a esse “dever ser”¹⁹². Nesse sentido, Figueiredo Dias¹⁹³ demonstra que “[...] a pessoa ou a personalidade do homem é o puro efeito da sua liberdade essencial, abarcando embora também a multidão de ligações, de condicionamentos e de limitações perante qual aquela se afirma”.

Nesse interregno, ilustra Figueiredo Dias¹⁹⁴:

Mas a pessoa e personalidade é também o fazer, o comportamento através do qual o ser-livre se realiza no mundo e que, por isso, ele considera seu e fundamenta. Assim, a personalidade total, com todos os estratos que lhe pertencem, é o puro efeito da liberdade; por outro lado ela fundamenta o seu facto.

Em apertada síntese, o autor em questão busca esclarecer que a culpa jurídico-penal possui como pressuposto a noção de liberdade e, como critério relevante, a personalidade. Conforme suas palavras, “[...] a personalidade aparece-nos como objectivação realizada da decisão ético-existencial, do ser-livre; e como, por outro lado, fundamenta o facto, é ela – a personalidade ‘ética’ não o carácter naturalístico- o mais idóneo substrato a que pode ligar-se o juízo da culpa jurídico-penal”¹⁹⁵.

Observa-se que a ideia de liberdade existencial adotada pelo autor não possui incongruências com os conhecimentos neurocientíficos, no que diz respeito aos dados científicos acerca do funcionamento do cérebro, que atribui a este

¹⁹⁰DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 160.

¹⁹¹DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 160-161.

¹⁹²DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 164.

¹⁹³DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 164.

¹⁹⁴DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 164.

¹⁹⁵DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 171.

funções como a elaboração de decisões, condutas morais e o próprio comportamento humano, informações que implicam diretamente no presente estudo.

Outra questão que possui relação com a pesquisa e auxilia no aprofundamento do conceito de culpa, objeto de discussão de Figueiredo Dias, é a *responsabilidade*. Para o autor em questão, a responsabilidade muito além do que o indivíduo está acostumado a enfrentar, responsabilidade é “[...] o ter que responder pelo seu comportamento no fundamento do seu existir, cuja essência é o ser-livre, de outra maneira: é o substrato que permite imputar ao existir, e ao ser-livre, o seu próprio comportamento, a sua própria ação ou omissão”¹⁹⁶. Explica ainda o professor de Coimbra que a responsabilidade se caracteriza como um mediador entre liberdade e a culpa¹⁹⁷. De acordo com o raciocínio de Figueiredo Dias¹⁹⁸, é possível verificar o encontro ou a constituição da própria responsabilidade em culpa quando “[...] o ser livre, no comportamento que fundamenta, infringe ou viola determinações que o envolvem como seu dever-ser e que, como tal, pertencem já ao seu próprio ‘Ser’”.

Dessa forma, Figueiredo Dias desenvolveu uma teoria da culpabilidade que repercutiu tanto positiva como negativamente em todo o âmbito jurídico-penal. O autor elabora uma teoria a qual pretende alcançar uma culpabilidade da personalidade. A vista disso assevera Figueiredo Dias¹⁹⁹:

Culpa é assim – tomada neste seu sentido mais compreensivo- a própria autoria ou participação do existir (e do ser-livre) em uma contradição com as exigências do dever-ser que lhe são dirigidas logo a partir do seu característico modo-de-ser (do ser-livre). Aqui reside o fundamento que torna possível falar de uma qualquer culpa do homem, e portanto também o fundamento- só o fundamento- para que possa falar-se de uma culpa jurídico e jurídico-penal e para que, em último termo, o Direito Penal arranque da plena responsabilidade do homem pelo seu comportamento e pela sua personalidade juridicamente relevantes: porque o existir, visto primariamente, é ser-livre, e portanto responsável, e portanto capaz de culpa.

¹⁹⁶DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 152.

¹⁹⁷DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 152.

¹⁹⁸DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 152.

¹⁹⁹DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 152- 153.

Portanto, Figueiredo Dias faz uma longa e árdua abordagem sobre a construção do conceito de culpa, a exigência da liberdade e também da responsabilidade. Refletir acerca desses institutos exige uma investigação iminentemente interdisciplinar, pois exige esclarecimento da própria dimensão biológica do ser humano. A presente análise não se esgota por aqui, ainda será alvo de indagações em outros momentos deste trabalho.

3.2 A Questão da Culpa da Vontade

No contexto da culpa-jurídico penal, Figueiredo Dias, desenvolve uma discussão em torno de uma “culpa da vontade” e verifica que tal teoria se alcança no âmbito penal, um conceito que possa responder as exigências dessa dogmática. Assim, o referenciado autor menciona que:

A nossa tarefa será pois agora a de saber se, com uma tal <verdade> ou <hipótese de trabalho>, se alcança, no domínio do direito penal, um conceito de culpa, que resposta vitoriosamente às exigências que lhe são feitas, por maneira tal que possa dizer-se que a aceitação daquela verdade ou hipótese é irrenunciável para o direito penal²⁰⁰.

A primeira e relevante questão levantada por Figueiredo Dias neste tópico da “culpa da vontade”, apresenta a ambição dessa concepção. Consoante suas palavras: “Toda a culpa é culpa da vontade. Só aquilo contra o que homem pode, do ponto de vista da vontade, alguma coisa, lhe pode ser censurado como culpa”²⁰¹.

Ao apreciar a referida afirmação e/ou tese, sugere o autor o raciocínio de duas diferentes compreensões, a primeira pautada na ideia de que somente a vontade livre pode ser alvo de imputações nos limites do consentimento do poder agir de outra maneira, considerando a importância moral da ação e valorando o querer efetivo do sujeito e ao seu conteúdo²⁰². Já a segunda tese subtrai dessa abordagem e a sustenta como critério de valor ético só “a medida e o grau em que o querer se afasta da determinação pelo dever-ser, dentro do âmbito de possibilidades que lhe era dado”²⁰³, diferentemente da primeira compreensão.

²⁰⁰DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 57.

²⁰¹DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 57-58.

²⁰²DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 58.

²⁰³DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 58.

A respeito das interpretações acima, o autor em questão extrai da primeira tese o raciocínio de que a culpa nada mais é do que a decisão da vontade livre pelo ato ilícito dentro da noção do poder agir de outra maneira²⁰⁴, enquanto a segunda teoria está direcionada a ideia de que culpa é “um juízo de censura que torna passível uma manifestação de vontade, na medida em que o autor desta poderia ter agido de maneira diversa”²⁰⁵.

Figueiredo Dias, ao mesmo tempo que apresenta a ambiciosidade das duas teses, também elenca as dificuldades encontradas por ambas. A primeira, distanciada do poder de agir de outra maneira é baseada na necessidade de uma decisão da vontade pelo ilícito. A segunda, por sua vez, parte do pressuposto que encontrado o poder de agir de outra maneira também encontrará a culpa da vontade. Para o autor as duas compreensões são passíveis de dificuldades e a dificuldade de uma poderá ser também será a dificuldade de outra²⁰⁶.

Destaca-se, contudo, que esta problemática não é evidentemente esgotada na presente pesquisa. Foram adotados os pontos mais sensíveis e exigentes para a dogmática da culpa jurídico-penal que refletirá também na análise posterior da negação do livre-arbítrio com as descobertas neurocientíficas. A próxima exposição também sofrerá um exame fragmentado, haja vista que não haverá o esgotamento bibliográfico considerando a complexidade do tema.

3.3 A Culpabilidade no Contexto de uma Culpa da Pessoa ou da Personalidade

O estudo da culpabilidade por mais remoto e complexo que demonstra ser, ainda orienta a dogmática penal moderna. Dessa forma, teorias referentes à personalidade, acabam, por sua vez, ocupando espaço com sua pretensão de alcançar uma culpa da personalidade.

Figueiredo Dias²⁰⁷, ao lançar esse desafio, narra que seria mais viável para o ordenamento jurídico-penal deslocar uma concepção pautada no indeterminismo – aquele que se baseia na noção de livre-arbítrio e autodeterminação por uma

²⁰⁴DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 58-59.

²⁰⁵DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 58-59.

²⁰⁶DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 59.

²⁰⁷DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral: Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 522.

liberdade inserida em uma característica do “ser-total que age”. Dessa forma, a doutrina do mencionado autor supera o empasse travado entre o determinismo e o indeterminismo, abrindo-se um novo campo de possibilidades.

Além disso, Figueiredo Dias também rechaçou a tese do “poder agir de outro modo”, visto que para o referido autor, o indivíduo e a conduta praticada por ele formam a mesma coisa. Nesse sentido, leciona o professor de Coimbra “[...] através da liberdade a pessoa e o seu facto são uma e a mesma coisa, a expressão de uma vida onde o ‘eu’ e o mundo são pertença do mesmo existir”²⁰⁸.

Explica, ainda, Figueiredo Dias²⁰⁹ que:

[...] a culpa se depara onde o homem é tomado em ‘dever’, onde ele é atingido, no seu existir e no seu ser-livre, por um dever-ser ao qual não responde mas pelo qual é responsável, pelo qual tem-que-responder. Assim, a determinação do que seja materialmente a culpa como que abre em leque, numa plurissignificativdade corresponde aos diferentes níveis em que o homem é chamado a responder.

Assegura o autor que o foco é justamente lograr êxito no conceito de culpa da pessoa (ou da personalidade), que seja “dogmaticamente exequível e político-criminalmente correto”²¹⁰. Nesse sentido, sustenta Figueiredo Dias²¹¹:

No sentido dessa superação fala logo a imagem que agora fazemos do homem: não indivíduo abstracto e isolado, “cidadão de dois mundos”, mas pessoa concreta e situada, homem socializado, no sentido que vive em um mundo e de que é, assim, aquilo que através da ação objetiva no mundo e que o mundo subjetiva nele.

Por essa via, pretende demonstrar o autor que essa ideia de “homem” ou “indivíduo” determina sua ação através de sua livre decisão sobre si mesmo²¹². Assim, aquilo que se mostra no plano da ação, nos ensinamentos do professor de Coimbra pode parecer: “[...] liberdade de indiferença, livre-arbítrio, nada mais é que no plano de existir a liberdade de decisão pelo próprio ser e sentido, a opção

²⁰⁸DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 165.

²⁰⁹DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 156.

²¹⁰DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral: Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 483.

²¹¹DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral: Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 483.

²¹²DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral: Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 485.

fundamental pela conformação da sua vida: a liberdade daquele que tem de agir assim por ser como é”²¹³.

Esclarecedora se revela outra ponderação realizada Figueiredo Dias²¹⁴ acerca da culpa da pessoa, pois para este último é através da decisão do homem sobre si mesmo que se pode chamar *personalidade*. Assim, toda culpa analisada em Direito Penal que seja material é o “ter que responder pela personalidade que fundamenta um facto ilícito-típico e nele se exprime”²¹⁵.

Sob a égide desse viés, também se centra nesta discussão a *culpa no existir*. O citado autor trabalha com esta expressão para justamente tratar como culpa do homem na decisão da sua própria essência²¹⁶ ou como preferiu denominar “culpa existencial, essencial ou ‘ética’”²¹⁷. Essa ideia de culpa no existir que Figueiredo Dias²¹⁸ aborda, tem, conforme o autor “[...] lugar no fáctico existir do homem e portanto também no seu comportamento, dentro mesmo das condições da sua própria existência”.

Aliás, o mencionado professor explica que essa culpa existencial ou culpa ético-existencial tem como objetivo “tratar da violação pelo homem do dever de conformar o seu existir, afirmando sua própria essência, de acordo com o sentido revelado dos bens ou valores comunitários em vista da máxima possibilidade de realização do ser-livre”²¹⁹.

Sob esse aspecto, conforme já elucidado no item anterior, o critério da culpa é atitude pessoal ou interior e se o “conceito jurídico penal de culpa tem de ser, como todos concordam, *pessoal*, a culpa só pode ser dada, materialmente como *culpa da pessoa*”²²⁰. Portanto, ao se referir em pessoa e personalidade, Figueiredo Dias²²¹

²¹³DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral: Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 485.

²¹⁴DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral: Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 486.

²¹⁵DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral: Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 486.

²¹⁶DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 158.

²¹⁷DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 158.

²¹⁸DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 158.

²¹⁹DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 164.

²²⁰DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 165.

²²¹DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 164.

busca abarcar também a liberdade e o “[...] comportamento através do qual o ser-livre se realiza no mundo e que, por isso, ele considera seu e fundamenta”.

Com efeito, refletir sobre as teorias referentes à personalidade não tem se demonstrado uma tarefa fácil. A rigor, as teses desenvolvidas pelo autor direcionadas a personalidade do sujeito, demonstra uma perspectiva pertinente às dificuldades encontradas na dogmática moderna, sendo necessária uma análise do homem como ser socializado, reavaliando seu entendimento acerca da liberdade e da personalidade, sem que seja necessário aderir à tese do poder agir de outro modo. A partir dessa ideia, parte-se para uma nova discussão, dessa vez envolvendo a *culpa pelo caráter*, de modo que o estudo da culpabilidade seja analisado profundamente, para que se tenha uma real noção do papel que desempenha na dogmática penal da atualidade.

3.3.1 A Culpa pelo Caráter

Nesse momento, sem abandonar o estudo da culpa referida à pessoa, aborda-se a culpabilidade pelo caráter. Consoante à doutrina de Fábio Roque²²² “A culpabilidade pelo caráter, em momento algum, objetiva legitimar a imposição de uma sanção penal destituída da prática de ação típica e antijurídica”.

Com a teoria da culpabilidade pelo caráter pretende demonstrar Figueiredo Dias que o caráter é o núcleo de identificação da culpabilidade e não se revela na vontade que regeu a conduta, mas sim na existência do caráter na conduta do indivíduo, sendo irrelevante a demonstração ou não do “poder agir de outro modo”, como já antecipado no item anterior.

Outra perspectiva, trazida pelo autor em comentário, está associada à culpa do caráter não como uma culpa autonomizada da culpa do fato²²³, mas como:

[...] uma outra óptica mais anterior e profunda, da própria culpa do facto. Quer dizer: da única perspectiva que aqui está em causa, a culpa do caráter só pode ser tomada como uma particular luz que ilumina a culpa do facto e que assim fornece, porventura em última instância, os critérios decisivos para aferição e medida desta. A

²²²ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 123.

²²³DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 90.

referência da culpa ao caráter do agente servirá, nesta visão das coisas, para fundamentar a própria culpa do facto²²⁴.

Figueiredo Dias²²⁵, ao lançar mão da culpa do caráter, propõe que a culpa do indivíduo seja caracterizada pela conquista de elementos culposos da própria noção de caráter e “[...] ela não dirige a um modo de ser como tal, empiricamente dado em certo momento, antes sim – a uma aquisição de certo modo de ser, o que supõe no agente a capacidade de se não ter tornado naquilo que é ou de se não ter deixado chegar a isso”²²⁶.

O autor em comento, ao apresentar a teoria da culpa do caráter, busca movê-la no mesmo plano que da culpa de ‘facto’²²⁷, ou seja, no plano “do poder agir de outra maneira, no plano da concreta capacidade de o agente se motivar de acordo com uma norma”²²⁸. Dessa maneira, Figueiredo Dias deixa muito claro com sua teoria da culpabilidade pelo caráter, a alteração no conceito material de culpa, focando através de sua doutrina, na personalidade do agente.

Em que pese o trabalho realizado por Figueiredo Dias tenha atraído muitos adeptos do assunto, recebeu também objeções por suas teorias, um de seus críticos foi Claus Roxin, discussão esta que será analisada no item posterior.

3.3.2. A Objeção da Teoria da Culpabilidade pelo Caráter de Claus Roxin: As Diferenças com a Doutrina de Jorge Figueiredo Dias

Uma compreensão das teorias referentes à personalidade ou ao caráter foi, e ainda é realizada, no pensamento jurídico-penal. Como já salientado, Figueiredo Dias, em determinados tópicos, tratou de teses que desenvolveram uma correlação entre culpabilidade e caráter e culpabilidade e personalidade. Todavia, Claus Roxin, também já abordado no presente trabalho, é um crítico dessas concepções. Assim sustenta Fábio Roque²²⁹ que: “Claus Roxin, crítico da teoria da culpabilidade pelo

²²⁴DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 90.

²²⁵DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 92.

²²⁶DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 92.

²²⁷DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 100.

²²⁸DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 100.

²²⁹ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 122-123.

caráter, assevera que ela possui uma base determinista²³⁰, fundada na ideia de que cada pessoa é responsável sim, mas pelas características ou propriedades que a induzem à prática do ato”.

Outro ponto que Claus Roxin analisa criticamente é a questão de endereçar a culpabilidade a um indivíduo considerando apenas elementos caracterológicos, de que não é culpado. A objeção feita pelo referenciado autor, conforme deduzido por ele mesmo, não foi muito bem recebida por seus criadores, sendo que estes por deveras vezes recorreram a critérios metafísicos²³¹.

Demonstra, assim, Claus Roxin²³²:

[...] Figueiredo Dias caracteriza la culpabilidad como el "deber responder por la personeidad, en la que tiene su fundamento la comisión de un tipo de injusto"; el sujeto es culpable "cuando manifiesta en el hecho sus características personales contrarias a los valores jurídicos penales — y en este sentido una personalidad censurable.

Em que pese o referido autor faça menção a Figueiredo Dias, a grande parte dessas menções são objeções, essencialmente quando o professor de Coimbra atribui em seus escritos culpa por uma disposição caracterológica. Consoante as palavras de Claus Roxin²³³:

La primera objeción contra tal concepción es que resultaría paradójico atribuir a alguien la culpabilidad por un dato — su disposición caracterológica— del que no es responsable, respecto del cual nada puede hacer [^]*. Los defensores de esta doctrina salvan en parte la dificultad con construcciones metafísicas. Así,

²³⁰Como já destacado no trabalho acerca do conceito de determinismo “desde as primeiras articulações claras do conceito, tem havido uma tendência entre os filósofos para acreditar na verdade de algum tipo de doutrina determinista. Houve também uma tendência, no entanto, a confundir o determinismo propriamente dito com duas noções relacionadas: previsibilidade e destino.” Para maiores informações pesquisar em: <<https://plato.stanford.edu/entries/determinism-causal/#ConlssDet>> Acesso em: 20 de set. de 2018.

²³¹O conceito de metafísica é difícil de ser definido, muitos buscam “traduzi-la”. No entanto, “este é o significado provável do título porque a metafísica é sobre coisas que não mudam. Em um lugar, Aristóteles identifica o assunto da primeira filosofia como “ser como tal” e, em outro, como “primeiras causas”. É uma boa - e vexatória - pergunta qual é a conexão entre essas duas definições. Talvez esta seja a resposta: as primeiras causas imutáveis não têm nada além de estarem em comum com as coisas mutáveis que causam. Como nós e os objetos de nossa experiência - eles são, e aí a semelhança cessa”. Para maiores informações pesquisar em: <<https://plato.stanford.edu/entries/determinism-causal/#ConlssDet>> Acesso em: 20 de set. de 2018.

²³²ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Ed. Thomsom-Civitas, 2003. p. 803.

²³³ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Ed. Thomsom-Civitas, 2003. p. 803.

Schopenhauer distingue, tras un carácter empírico completamente determinado, un carácter inteligible que se determina a sí mismo con libertad de elección, y aún Figueiredo Dias ²³⁴ recurre de forma similar, modificada en sentido existencialista, a una "elección fundamental", "mediante la cual el ser humano se decide a sí mismo y con ello crea su propio ser o establece su propia manera de ser". Pero tales hipótesis son tan poco demostrables como el poder actuar de otro modo en el momento del hecho y pueden por ello ser materia de la creencia filosófica, pero no servir de base a una concepción empírico-racional del Derecho penal.

Como se pode perceber, a doutrina no geral de Figueiredo Dias foi alvo de críticas de Claus Roxin, acrescentando-o objeções também na noção de “liberdade”. Assim, assegura Fábio Roque²³⁴:

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

Como se pode notar, as bases adotadas por Figueiredo Dias para fundamentar sua teoria da culpabilidade pelo caráter – ou personalidade, não atribui qualquer predileção a um “Direito Penal do autor”, isso o autor pretende deixar esclarecido aos seus leitores. No entanto, seus críticos atribuem as suas teorias propensões a esse “Direito Penal do autor”, recaindo sobre elementos caracterológicos do agente.

Com efeito, apesar de todo o estudo realizado à luz das teorias referentes à personalidade ou ao caráter, exprimindo-as da conduta do agente e consequentemente alterando o conceito que orienta a dogmática moderna, não há como negar que fora de extrema grandiosidade. Em que pese tenha recebido objeções em torno de sua doutrina, Figueiredo Dias, manteve-se centrado em seu conceito de culpabilidade, o qual se apoiou na doutrina de grandes nomes da filosofia como Platão, Aristóteles, Kant, Schopenhauer, entre outros e, nem por isso, as críticas a sua teoria cessaram. Já Claus Roxin tem levantado importantes críticas à abordagem do autor que merecem também ser consideradas. Assim, importantes

²³⁴ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo**: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica. Salvador: JusPodivm, 2017. p.125.

teorias elevam construtivas críticas necessárias à devida orientação da dogmática penal moderna.

Mas ao trazer à baila o desenvolvimento do conceito de culpabilidade e a forma como distintas doutrinas abordam o tema, bem como a importação de posturas de outras áreas do conhecimento pautadas nas concepções deterministas, demonstram a influência na dogmática penal atual. De igual sorte, nos últimos tempos, a dogmática penal tem sofrido grande impacto advindo de correntes ligadas às neurociências com concepções plasmadas no neurodeterminismo, as quais, sem sombra de dúvidas, têm acalorado ainda mais os debates neste âmbito. Ademais, toda a análise realizada até aqui, mostrou-se como necessária para que pudesse entender as consequências da negação da culpabilidade no estágio atual, direcionando possivelmente a um retrocesso histórico.

3.4 A Pessoa Deliberativa: Contribuições de Klaus Günther

Ao tratar do problema da culpabilidade ao longo da história da dogmática penal, tem-se deparado com diversas concepções e, a grande maioria dos estudiosos, buscou compreender o real significado da teoria da culpabilidade, como se chegou ao estágio em que se contra e quais as melhores formas de trabalhar com a questão do livre-arbítrio e também do poder agir de outro modo. Somado a tudo isso, surgiram as neurociências, que põe em xeque todas essas discussões que perduram há anos.

Dessa forma, para que seja possível dar continuidade ao estudo da presente problemática, necessário se faz também analisar a concepção de culpabilidade e todas as suas repercussões sob a ótica de Klaus Günther²³⁵, autor que despendeu relevantes considerações ao posicionar-se criticamente acerca da noção de culpa.

Foi Klaus Günther que desenvolveu a teoria da pessoa deliberativa a partir dos estudos e do fundamento da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas, que, por sua vez, influenciou o pensamento de vários estudiosos, grande e importante herdeiro para a dogmática-penal.

²³⁵De acordo com Marina Cerqueira e Rafaela Alban, “Klaus Günther, catedrático da Universidade e Frankfurt, também afasta os ideais finalistas e examina a culpabilidade como base na ideia de legitimação democrática das normas jurídicas, extraíndo, na linha defendida por Adolf Merkel, a definição de culpabilidade da noção de pessoa deliberativa inserida em um Estado Democrático de Direito. CERQUEIRA, Marina, ALBAN, Rafaela. Neurociência e direito penal. In: **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurociências**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 260.

O autor em comento ensina que apesar de sua teoria ter como núcleo central na noção de “obediência às normas”, em nada influencia que o sujeito possa apresentar objeções ao ordenamento jurídico, inclusive em caráter público, pois é exatamente a concepção que se pretende demonstrar com a teoria desenvolvida pelo autor²³⁶.

Ao contrário de Jürgen Habermas, Klaus Günther²³⁷ dedicou-se com vários escritos ao problema da culpabilidade, entendendo-a como:

[...] no conceito de culpabilidade está em jogo o próprio entendimento do cidadão como pessoa capaz de direito, livre e igual. Certamente salienta-se aqui também uma singular assimetria entre os cidadãos e pessoas capazes de direito na função de destinatários da norma. Enquanto a explicação jurídica do conceito de pessoa deliberativa e sua capacidade de imputação, interpretada teórica-discursivamente à luz da pessoa capaz de direito, é complexa e diferenciada, do lado do cidadão é ela mais implícita.

O citado autor abraça também as discussões envolvendo o problema da responsabilidade²³⁸, o qual pretende demonstrar e alertar acerca da função social dessa responsabilidade, considerando especialmente sua estrutura formal. O que Klaus Günther²³⁹ pretende dizer é que a mencionada responsabilidade poderá adotar um caráter infinito de acontecimentos, na medida em que o indivíduo se responsabilizará por um ato feito por terceiro ou até mesmo ser responsável perante outro indivíduo, formalizando um fluxo de acontecimentos, seguidos de determinadas consequências.

Nessa perspectiva, a ideia central de Klaus Günther é de utilizar a referenciada teoria como meio de solucionar todos os problemas que envolvem a ideia de culpabilidade. De modo crítico, o citado autor busca, como já referido, um conceito de “pessoa deliberativa” embasada na percepção de fundamentar o dever de obediência a norma. Dado essa circunstância, ao ser fiel à norma, o sujeito teria

²³⁶GÜNTHER, Klaus. **A culpabilidade do Direito Penal atual e no futuro**. Trad. Juarez Tavares. Revista brasileira de ciências criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 6, n.24, 1998. p. 86.

²³⁷GÜNTHER, Klaus. **A culpabilidade do Direito Penal atual e no futuro**. Trad. Juarez Tavares. Revista brasileira de ciências criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 6, n.24, 1998. p. 92.

²³⁸GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. In: PÜSCHEL, Flávia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (orgs.). **Teoria da responsabilidade no estado democrático de direito**. Texto de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 6.

²³⁹GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. In: PÜSCHEL, Flávia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (orgs.). **Teoria da responsabilidade no estado democrático de direito**. Texto de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 6.

a possibilidade de observá-la segundo duas próprias concepções, inclusive criticá-la²⁴⁰.

Vale registrar que na obra de Klaus Günther - *A culpabilidade do Direito Penal atual e no futuro*²⁴¹ – o referenciado através da teoria da pessoa deliberativa divide-a em duas figuras. Uma primeira figura do sujeito centrado na autoria das leis e ao mesmo tempo detentor de direitos e uma segunda figura que também seria destinatária das próprias leis ou normas, ou seja, ao mesmo tempo que o indivíduo participa criticamente no processo democrático ele também aceite seu próprio dever de obediências a essas leis ou normas²⁴².

Consoante ao que já foi destacado, é possível notar a grande influência que o pensamento de Klaus Günther ainda exerce no Direito Penal, inclusive para outras questões de cunho criminal, como é o caso da imputação da responsabilidade ao indivíduo²⁴³, que de uma forma ou de outra está inserida na questão da participação democrática.

Todavia, assim como criou influências, o pensamento do autor também gerou críticas no que diz respeito a inaplicabilidade de sua teoria (pessoa deliberativa) aos indivíduos que não possuem condições de participar de processos deliberativos, logo, não poderiam ser consideradas “pessoas deliberativas” e, por sua vez, não seriam legítimas ou detedoras de culpabilidade²⁴⁴.

Não obstante as críticas apontadas ao pensamento do autor, necessário se faz reconhecer toda a construção trazida através das concepções de Klaus Günther que conduziu a um discurso alicerçado em uma Democracia Deliberativa, compartilhando outras ideias tanto debatidas no âmbito do Direito Penal.

²⁴⁰GÜNTHER, Klaus. **A culpabilidade do Direito Penal atual e no futuro**. Trad. Juarez Tavares. Revista brasileira de ciências criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 6, n.24, 1998. p. 86.

²⁴¹Klaus Günther, autor de diversas obras em especial *A culpabilidade do direito penal atual e no futuro*, importante marco para a história do Direito Penal que busca incansavelmente busca superar o problema da culpabilidade ou o problema do conceito material de culpa.

²⁴²GÜNTHER, Klaus. **A culpabilidade do Direito Penal atual e no futuro**. Trad. Juarez Tavares. Revista brasileira de ciências criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 6, n.24, 1998. p. 72-82.

²⁴³SANT'ANNA, Marina Cerqueira. **Neurociências e culpabilidade**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 72.

²⁴⁴ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 127-128.

3.5 A Culpabilidade Segundo Francisco Muñoz Conde

As inúmeras teorias da culpabilidade ao discutirem sobre o alcance de um ideal conceito material de culpabilidade, impreterivelmente, acabam mergulhando nas profundezas do “poder de agir de outro modo”. Muñoz Conde, crítico desta teoria, afirma categoricamente a impossibilidade concreta do “poder de agir de outro modo”. Muñoz Conde²⁴⁵, defensor das teorias da culpabilidade referida à motivabilidade, leciona acerca do conceito material de culpabilidade, segundo seu entendimento:

Una vez superada la originaria concepción de la culpabilidad, que veía en esta categoría únicamente la relación psicológica entre el autor y su acto, diferenciando según se tratase de una relación dolosa o imprudente (concepción psicológica de la culpabilidad) surgió una concepción normativa que veía en la culpabilidad un reproche que se hacía al autor del delito por haber actuado en la forma en que actuó, pudiendo actuar en forma distinta.

Ainda em relação a conceitualização de culpa, Muñoz Conde ressalta que não há culpa em si mesma, mas uma culpa em referência aos outros indivíduos. Enfatiza que a culpa não é um fenômeno individual, mas sim social. Além disso, também não pode ser considerada uma qualidade da ação, mas uma característica que é atribuída, tendo a capacidade de imputar a alguém como seu autor e fazê-lo responder por ela²⁴⁶. Nesses termos, assevera o autor:

[...] De ahí se deriva que el concepto de culpabilidad tiene un fundamento social, antes que psicológico, y que no es una categoría abstracta o ahistórica al margen o incluso, como algunos creen, contraria a las finalidades preventivas del Derecho penal, sino la culminación de todo un proceso de elaboración conceptual destinado a explicar por qué y para qué, en un momento histórico determinado, se recurre a un medio defensivo de la sociedad tan grave como la pena y en qué medida debe hacerse uso de ese medio.²⁴⁷

Muñoz Conde também desenvolve estudos envolvendo o questionável “poder agir de outro modo”. Para o aludido autor, essa ideia é indemonstrável e

²⁴⁵ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal** – parte general. 8.ed. Revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 347.

²⁴⁶ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal** – parte general. 8.ed. Revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 353.

²⁴⁷ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal** – parte general. 8.ed. Revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 353.

científicamente insustentável, por levar em seu bojo argumentos de cunho indetectáveis²⁴⁸. Assim demonstra o estudioso:

Según la concepción normativa, actúa culpablemente el que pudo proceder de otra manera. Esta definición refleja claramente el concepto tradicional de culpabilidad que se encuentra en cualquier manual o tratado de Derecho penal. Pero esta concepción es científicamente insostenible, ya que se basa en argumentos racionalmente inde mostrables: la capacidad de poder actuar de un modo distinto a como realmente se hizo; algo en lo que se puede creer, pero que no se puede demostrar²⁴⁹.

Muñoz Conde em sua obra “Introducción al derecho penal”, aborda entre outra coisas a noção e a proteção de bens jurídicos²⁵⁰, no entanto, o desenvolvimento da proteção desses bens jurídicos se dá de uma maneira inusitada, conforme sugere o autor “através de certos processos psicológicos”, tornam-se possível o desencadeamento do “respeito aos bens jurídicos”²⁵¹. Segundo entendimento de Muñoz Conde²⁵², a ideia de processos psicológicos está conectado à “motivação” e esta última é a própria função ou controle da norma.

Essas noções apresentados pelo aludido autor demonstram o controle social como sendo algo necessário para o convívio em uma sociedade. E a partir disso, se conquistará o cumprimento dos interesses escritos na própria norma jurídica²⁵³.

Logo, a partir da ideia de que a função motivadora (psicológica) da norma penal determina que o sujeito respeite os bens jurídicos, de modo que não realize a conduta criminosa, ao realizá-la, estaria concorrendo a denominação de - incapaz de respeitar ou reagir à norma penal, ou seja, não é “motivado” por ela. Com isso poderia haver a atenuação, ou, até mesmo, a exclusão da noção de culpa²⁵⁴.

²⁴⁸ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal** – parte general. 8.ed. Revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 351.

²⁴⁹ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal** – parte general. 8.ed. Revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 351.

²⁵⁰ Para Francisco Muñoz Conde bens jurídicos “[...] são aqueles pressupostos de que a pessoa necessita para sua autorrealização da vida social”. CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al derecho penal*. 2.ed. Buenos Aires: B de F, 2001. p. 90-91.

²⁵¹ CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al derecho penal**. 2.ed. Buenos Aires: B de F, 2001. p. 90.

²⁵² CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al derecho penal**. 2.ed. Buenos Aires: B de F, 2001. p. 90.

²⁵³ CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al derecho penal**. 2.ed. Buenos Aires: B de F, 2001. p. 96.

²⁵⁴ CONDE, Francisco Muñoz. **La objeción de conciencia en derecho penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996. p. 87-102.

Outras características também marcaram a obra de Muñoz Conde. O autor em estudo adota uma postura de maior tolerância para com os grupos sociais vulneráveis. A exclusão desses grupos levaria a uma intervenção punitiva, que deveria ser abolida desse contexto²⁵⁵.

Esse estudo levantado por Muñoz Conde conquistou maiores adeptos do que as várias outras ponderações formuladas à noção de motivabilidade. Tais análises não repercutiram positivamente em relação à crítica desenvolvida por Muñoz Conde, a qual foi a tônica das teorias da culpabilidade referida à motivabilidade.

Com efeito, outras importantes teorias que também abarcam a ideia de motivabilidade normativa na noção de culpabilidade são investigadas, todavia, não desfrutam de grande prestígio como a concepção adotada por Muñoz Conde, a qual é assinalada como um importante momento na construção e desenvolvimento deste instituto na dogmática penal.

3.6 A Culpabilidade e o Livre-arbítrio: Algumas Controvérsias em Torno do Tema

Não se pode olvidar que todo o desenvolvimento do conceito de culpabilidade fora necessário para perceber que a questão central que ensejou grande discussão foi o debate acerca do real fundamento material da culpabilidade. Conforme doutrina Fábio Roque²⁵⁶:

O desenvolvimento do conceito de culpabilidade não transcorreu, como se depreende das doutrinas modernas em torno do tema, de forma linear. Questões em torno da necessidade da culpabilidade, ou sua substituição por alguma outra categoria própria da teoria do delito, ou, ainda, por alguma pretensão prevencionista da pena, deram o tom das questões mais palpitantes, nos últimos anos.

Nesse diapasão, os questionamentos em torno da culpabilidade tem ganhado força conjuntamente com as reflexões a respeito do livre-arbítrio, cada vez mais

²⁵⁵ CONDE, Francisco Muñoz. **La objeción de conciencia en derecho penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996. p. 87-102.

²⁵⁶ ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 141.

impulsionadas por estudiosos de diversas áreas do conhecimento. Nesses termos, destaca Marina Cerqueira²⁵⁷:

O tema sobre a questão do livre-arbítrio e todas as curiosidades e angústias que ele propicia são fundamentais para a tentativa de compreensão do homem no mundo e, como não poderia deixar de ser, para a busca por um sistema jurídico-penal mais atento com as contingências do ser complexo.

Todavia, ao mesmo tempo em que se tem mostrado necessário a investigação acerca do livre-arbítrio, é bastante claro que se trata de uma análise conflituosa e tende a caminhar por uma questão não concluída, assim como sugere Figueiredo Dias²⁵⁸: “uma pergunta sem resposta”.

Buscar esclarecimento sobre algumas questões como a do livre-arbítrio tende a levar para questionamentos acerca de “quando” o sujeito estará diante de uma vontade livre. Novamente retrata Figueiredo Dias²⁵⁹:

Com a prevenção adicional de que não poderemos bastar-nos com uma decisão puramente ‘teórica’ sobre o problema de saber se a vontade humana pode ou não considerar-se como livre, mas teremos de nos entretecer também com a questão ‘prática’ de saber *como* e *quando* estamos perante uma vontade livre. Só então se encontrarão definidos os pressupostos dentro dos quais se pode afirmar um concreto e efectivo poder agir de outra maneira na situação que possa servir, como se pretende, de conteúdo material ao conceito de culpa em Direito Penal.

Refletir sobre a dificuldade de se demonstrar o livre-arbítrio tem se tornado um problema concreto que submete a uma apreciação crítica, visto as exigências do Direito Penal contemporâneo. Assim, inserido nesse contexto, ao abdicar o livre-arbítrio conseqüentemente abandonaria toda e qualquer doutrina e/ou conceito que centraliza o conceito de culpabilidade como fundamento e imposição de uma determinada pena a um indivíduo.

De mais a mais, as longas discussões que abarcam as possibilidades de negação do livre-arbítrio e os julgamentos acerca da sua existência ou inexistência prosseguem controversas e não cientificamente comprovada, em que pese às

²⁵⁷ SANT’ANNA, Marina Cerqueira. **Neurociências e culpabilidade**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 61.

²⁵⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 33.

²⁵⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 23.

neurociências apontem para outro norte, tem influenciado sobretudo a seara do Direito Penal em cada descoberta.

Nesse sentido, pode-se fazer menção à percepção de Figueiredo Dias²⁶⁰ sobre o assunto:

De todas as vias possíveis de acesso à solução do nosso problema (e elas são quase tantas quantos os autores que com ele se têm debatido) só nos interessam aquelas que não procura apenas uma liberdade meramente ideal, mas querem em todo o caso alcançar uma liberdade real e concreta que pertence a cada um dos actos de vontade livre do homem e que, nesta medida, podem mostrar-se aptas a definir o critério e os limites do poder de agir de outra maneira. Porque só assim – ao que, pelo menos por agora, parece – a liberdade da vontade poderá servir de fundamento ao conceito de culpa.

Convém pôr em relevo que as maiores controversas giram em torno de um conceito material de culpa e das fundamentações positivas e negativas do livre-arbítrio. Nos últimos tempos, não se pode deixar de reconhecer os avanços científicos, mais especificamente os das neurociências. Com isso, negar as descobertas neurocientíficas é adotar uma postura ingênua e alheia à evolução da ciência moderna. Por isso a importância da existência de uma interdisciplinaridade, haja vista a essencialidade de um diálogo entre o Direito Penal e outras áreas do conhecimento.

Nessa mesma esteira de argumentação preconiza Marina Cerqueira²⁶¹:

Vale dizer, o Direito Penal, assim como os demais ramos do conhecimento, deve assumir uma postura de eterno diálogo com os demais setores, seja como um exercício de simples oxigenação, de resignificação de suas estruturas ou, até mesmo, de sua completa modificação.

A partir de tal premissa, nota-se a importância de impulsionar novas reflexões críticas que envolvam os desafios da neurociência e os influxos advindos dessa área. A discussão acerca da culpabilidade e do livre-arbítrio proporciona decisivamente um novo modo de pensar, que inevitavelmente intervém na dogmática penal.

²⁶⁰DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 38.

²⁶¹SANT'ANNA, Marina Cerqueira. **Neurociências e culpabilidade**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 95.

Portanto, à luz de tal parâmetro, Mercedes Manzano²⁶² aborda que, para os estudiosos do Direito Penal, toda a problemática envolvendo o livre-arbítrio refere-se a um instrumento para o trabalho, o qual depende da própria existência, já que a ideia de responsabilidade também está inserida na concepção de liberdade do sujeito.

Indubitavelmente, toda essa discussão referente à culpabilidade e o livre-arbítrio torna possível uma intelecção entre vários âmbitos do saber, entretanto, a investigação em torno desse tema é fundamentalmente condizente à seara penal, considerando, mais uma vez, a importância de se analisar todo arcabouço histórico da culpabilidade, da mesma maneira os avanços das ciências, para, a partir de então, compreender as prováveis modificações que estão sujeitas todo ordenamento jurídico-penal.

3.6.1 Considerações Acerca do Livre-arbítrio e sua Repercussão na Culpabilidade

Não se pode perder de vista em um contexto como esse qualquer indagação que traga contribuições plausíveis ao problema enfrentado, desde que bem-intencionadas deverão ser consideradas. O problema do livre-arbítrio há séculos vem sendo alvo de investigações, considerar se os indivíduos são dotados de livre-arbítrio ou se as suas ações são determinadas, não é apenas um debate entre os estudiosos do direito, mas também é objeto de estudo de pesquisadores de diversas áreas, tomando um rumo inteiramente interdisciplinar.

Nesse contexto, Alexis Brito²⁶³ leciona que: “Resumidamente, o embate entre livre-arbítrio e determinismo pressupõe a oposição entre poder comandar a decisão diante de uma situação fática por sua livre vontade ou simplesmente atender a um chamado biológico sobre a decisão”. Essa perspectiva tem levado a outros debates, os quais, inevitavelmente, têm desembocado na teoria da culpabilidade, haja vista a perspectiva tradicional de que a culpabilidade é pautada na liberdade de vontade, de decisão e na possibilidade de livremente agir de outro modo.

²⁶²MANZANO, Mercedes Pérez. **El tiempo de la consciencia y la libertad de decisión**: bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal. In: CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. **Neurociencias y Derecho Penal**: Nuevas perspectivas em el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Montivideo - Buenos Aires: Euros, 2013. p. 107.

²⁶³BUSATO, Paulo César (org), BRITO, Alexis Couto de. Neurociência e direito penal. In: **Neurociência livre-arbítrio entre a dogmática penal e a política criminal**. São Paulo: Atlas, 2014. p.122.

Com efeito, assevera Marina Cerqueira e Rafaela Alban²⁶⁴:

Registra-se que diversos autores defendem a impossibilidade de demonstrar o livre-arbítrio, sob o fundamento de que não seria possível repetir a experiência daquele determinado sujeito, que atuou de maneira contrária ao comando normativo, haja vista que, na situação posterior, já não existiriam as mesmas circunstâncias de outrora e que o indivíduo já teria a experiência de ter passado pela situação pretérita e, nesse sentido, já não seria mais o mesmo.

Como se percebe, há críticas que envolvem o conceito material de culpa e junto delas várias indagações acerca da indemonstrabilidade do livre-arbítrio. Dessa forma, explica Günther Jakobs²⁶⁵ que a culpabilidade aos poucos vai diminuindo a sua importância e seu conteúdo, podendo, inclusive, desaparecer. É caracterizada como o simples dever de fidelidade à norma e limitada ao necessário sob o ponto de vista preventivo, tendo em vista que será orientada pela expectativa organizacional e pela prevenção geral²⁶⁶.

Inserido nesse panorama, assegura também Fábio Roque²⁶⁷:

O desenvolvimento do conceito de culpabilidade não transcorreu, como se depreende das doutrinas modernas em torno do tema, de forma linear. Questões em torno da necessidade da culpabilidade, ou sua substituição por alguma outra categoria própria da teoria do delito, ou, ainda, por alguma pretensão prevencionista da pena, deram o tom das questões mais palpitantes, nos últimos tempos.

Diante das novas repercussões alavancadas pela comunidade científica de que o livre-arbítrio seria uma ilusão, estaria o Direito vivendo em meio desta ilusão? Há, portanto, alguns pensamentos de importantes autores que desejam admitir que a existência do livre-arbítrio devesse ser considerada algo ilusório, conforme concepção do filósofo americano Sam Harris²⁶⁸:

O livre-arbítrio é uma ilusão. Simplesmente não somos os criadores de nossas vontades. Pensamentos e intenções emergem de causas

²⁶⁴CERQUEIRA, Marina, ALBAN, Rafaela. Neurociência e direito penal. In: **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurociências**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 249.

²⁶⁵JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: parte general**. Tradução de Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial pons Ediciones Jurídicas, 1995. p. 567.

²⁶⁶JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: parte general**. Tradução de Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial pons Ediciones Jurídicas, 1995. p. 567.

²⁶⁷ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 141.

²⁶⁸HARRIS, Sam. **Um caso contra o Livre-Arbítrio**. Disponível em: <<http://rebeldiametafisica.wordpress.com/2012/12/26/um-caso-contra-o->> Acesso em: 30 out. 2018.

de fundo das quais estamos inconscientes e sobre as quais não exercemos nenhum controle consciente. Não possuímos a liberdade que pensamos possuir.

O livre-arbítrio é na verdade mais do que uma ilusão (ou menos), no sentido de que ele não pode sequer ser tornado conceitualmente coerente. Ou nossas vontades são determinadas por causas anteriores e não somos responsáveis por elas, ou elas são o produto do acaso e não somos responsáveis por elas. Se a decisão de um homem de baleiar o presidente é determinada por certo padrão de atividade neural, que por sua vez é o produto de causas anteriores – talvez uma desafortunada coincidência de genes ruins, uma infância infeliz, noites mal dormidas e bombardeamento por raios cósmicos – o que pode possivelmente significa que sua vontade é “livre”? Ninguém jamais descreveu um modo pelo qual processos físicos e mentais poderiam surgir que atestaria a existência de tal liberdade. A maioria das ilusões assenta-se sobre bases menos frágeis do que esta.

Em que pese esta concepção não seja predominante em consideração as demais teorias que envolvem o problema do livre-arbítrio, faz-se necessário também elencar tal visão, visto que estudiosos de vários âmbitos revelam preocupações latentes em torno de um adequado fundamento material da culpabilidade pautado no livre-arbítrio, embora as recentes técnicas neurocientíficas buscam demonstrar, nos últimos tempos, que o livre-arbítrio não existe²⁶⁹.

De mais a mais, ao trazer à baila indagações em torno da indemonstrabilidade do livre-arbítrio, conforme pressupõe a comunidade científica, é desafiar os ditames da culpabilidade e a capacidade de autodeterminação. Por isso, faz-se necessário adotar um paradigma que conduza a um Direito Penal capaz de lidar com as invariáveis humanas, sem que se perca de toda a sua construção.

Nesse sentido, elucida novamente Fábio Roque²⁷⁰: “Se se quiser abdicar das categorias lógico-objetivas que tanto influenciam o finalismo, este seria um argumento assaz razoável para manter o livre-arbítrio como fundamento material da culpabilidade, não como categoria pré-jurídica, mas como construção normativa do ordenamento”.

Ademais, imaginar um Direito Penal que não tenha como seu epicentro a teoria da culpabilidade, é trabalhar com a possibilidade de um retrocesso pragmático. No entanto, não se pode olvidar que os avanços das neurociências

²⁶⁹A discussão envolvendo a participação neurocientífica será abordada de modo mais preciso no próximo capítulo dedicado aos reflexos desses estudos no Direito Penal, logo, na própria questão de culpabilidade.

²⁷⁰ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo**: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 143.

propugnaram um novo repensar que conduz a uma reflexão crítica acerca do futuro do ordenamento jurídico-penal.

Nesse viés demonstram Marina Cerqueira e Rafaela Alban²⁷¹:

Nessa perspectiva, observa-se que o Direito Penal não pode fechar os olhos para tais recentes pesquisas neurocientíficas, mas deve estabelecer um essencial diálogo, a fim de refletir sobre esses métodos científicos e verificar os seus possíveis influxos no âmbito da sua dogmática.

Como demonstrado expressamente, toda discussão acerca do livre-arbítrio leva a outras abordagens, principalmente com as novas experiências neurocientíficas, sendo de qualquer forma plausível aceitar o livre-arbítrio como pressuposto de toda a culpa, embora a solução deste problema esteja longe de ser esgotada. Conforme dispõe Marina Cerqueira²⁷²:

[...] as recentes pesquisas neurocientíficas produzem, mais uma vez, novos questionamentos sobre o livre-arbítrio na construção do conceito material da culpabilidade, já que as conclusões apresentadas ainda que de forma incipiente, prometem uma verdadeira revolução na imagem que o homem faz de si e com possíveis repercussões no âmbito da teoria da culpabilidade defendida pelos finalistas.

Ainda que não pairassem dúvidas acerca da presente discussão, os avanços neurocientíficos consagrariam mais cedo ou mais tarde descobertas significativas e decisivas para a dogmática-penal, que refletiriam no fundamento da culpabilidade e consequentemente no livre-arbítrio.

Diante das investigações até então compartilhadas, se reconhece a necessidade da adoção de uma postura que oriente a dogmática-penal à luz da liberdade de vontade. Com isso, defende Marina Cerqueira²⁷³:

Assim, deve-se compreender a liberdade de ação como produto de construção social, a partir de uma incessante relação interpretativa do sujeito com a norma e da norma com o sujeito. Desde o paradigma da filosofia da linguagem e, nessa perspectiva, do giro linguístico pragmático, a ideia de liberdade representa um essencial

²⁷¹CERQUEIRA, Marina, ALBAN, Rafaela. Neurociência e direito penal. In: **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurociências**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 267.

²⁷²SANT'ANNA, Marina Cerqueira. **Neurociências e culpabilidade**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 72.

²⁷³SANT'ANNA, Marina Cerqueira. **Neurociências e culpabilidade**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 103.

atributo do mundo e, consoante já sustentado, possui várias raízes na concepção significativa da ação.

De fato, todas essas compreensões, desde as origens da culpabilidade, constituiu-se na necessidade de um direito fundamental à liberdade, com limites ao poder do Estado, sofrendo adaptações ao longo dos anos, inclusive na própria demonstração da (in) existência do livre-arbítrio. Nesse contexto de ideias, observaram-se também vários fundamentos materiais de culpabilidade, além da noção do poder agir de outro modo que, por sua vez, insere-se também na concepção de livre-arbítrio. Ressalta-se ainda que todos esses aspectos foram analisados primeiramente sob o olhar dos principais estudiosos sobre o assunto, para só a partir de então provocar o âmbito do Direito Penal com a progressão geométrica verificada no avanço das neurociências, descobertas que serão analisadas a seguir com a devida cautela que lhe é peculiar.

4 NEUROCIÊNCIA E DIREITO PENAL: REFLEXÕES ACERCA DA CULPABILIDADE

Não há dúvidas de que as neurociências tem influenciado ostensivamente no âmbito da dogmática-penal, no que se refere particularmente na questão da culpabilidade. A partir daí, com o desenvolvimento geométrico das ciências do cérebro, designou o surgimento de diversas pesquisas acerca do funcionamento interno do cérebro, as quais põe em xeque a subsistência do livre-arbítrio, logo, na própria aplicação da culpabilidade, objetivando, sobretudo, alteração do sistema de imputação e responsabilização penal.

Despiciendo destacar a necessidade de se adentrar cautelosamente o campo neurocientífico, analisando seus avanços, teorias e descobertas, para que se possa a partir de então julgar suas premissas como passíveis ou não de refutações frente à discussão enfrentada da culpabilidade.

4.1 O Desenvolvimento Histórico da Neurociência

Por neurociência se entende como “o estudo do sistema nervoso de maneira ampla. Os estudos da neurociência se dividem em cinco disciplinas: molecular, celular, sistêmica, comportamental e cognitiva”²⁷⁴. Sobretudo, seu principal objetivo é “compreender como ocorre o fluxo de sinais elétricos através de circuitos neurais que origina a mente – como percebemos, agimos, pensamos e lembramos”²⁷⁵.

No entanto, foi com o fim do positivismo criminológico, que o cenário começa a se alterar com o advento das pesquisas neurocientíficas, movimento que ficou conhecido como “revolução neurocientífica”. Apesar do crescimento da neurociência ter se dado na época da “década do cérebro”, suas primeiras aparições se deram ainda na antiguidade. Assim, Pedro Primo²⁷⁶ assinala que já na antiguidade o ser humano “correlacionava a mente com a cabeça (cérebro), pois quando alguém sofria

²⁷⁴FERNANDES, Paula Teixeira; SILVEIRA Regina (org). **Conceitos gerais Neurociências**. São Paulo: e-Aulas USP, 2012. 1 vídeo player (13 min), son., color. Disponível em: <<http://eaulas.usp.br/portal/video.action?idItem=600>>. Acesso em: 15 de out. de 2018.

²⁷⁵KANDEL, Eric R; JESSELL, Thomas M; SIEGELBAUM, Steven A; HUDSPETH. A.J. Prefácio In: KANDEL, Eric R. et. al. **Princípios neurocientíficos**. 5 ed. Porto Alegre: AMGH, 2014.

²⁷⁶PRIMO, Pedro Carlos. **História da Neurociência**. Disponível em: <http://www.institutotelepsi.med.br/Links_imagens/cursodehistoria.htm> Acesso em: 15 de out. de 2018.

uma pancada nessa área do corpo e desmaiava, a relação estava evidente”.
Consoante seus ensinamentos:

Entre os gregos, predominava a teoria de que os ventrículos cerebrais eram órgãos sede dos humores e nos quais estava localizada também a capacidade intelectual do homem. Essa doutrina foi reforçada por Galeno (177, DC), no segundo século do cristianismo, e somente foi refutada por Andreas Vesalius no séc. XVI, também já na era moderna. Vesalius afirmou que não podiam estar nos ventrículos a capacidade intelectual do homem, pois os asnos possuíam ventrículos e não tinham esta capacidade. Até então se considerava que a mente residia nos espaços ventriculares do cérebro. Era a doutrina ventricular, iniciada no século 4º d.C. quando a Igreja Católica incorporou os ensinamentos anatômicos do romano Galeno (130-200 d.C.). Provavelmente considerando as partes sólidas do cérebro como sujas ou terrenas demais para agir como intermediaras entre o corpo e alma, enquanto as funções superiores eram atribuídas aos ventrículos cerebrais, confundidos com espaços vazios e, portanto, mais "puros e nobres" para receber espíritos etéreos do que a carne da matéria cerebral. Ao longo dos séculos, essa doutrina postulou para as funções cerebrais três etapas sucessivas correspondendo aos três ventrículos. A primeira etapa era a colheita de informações do ambiente e correspondia às sensações; a segunda, o processamento de informações em imaginação ou pensamento e a terceira eram o seu armazenamento em memória²⁷⁷.

Nesse contexto de dados, é possível perceber que a primeira etapa, podendo assim afirmar, que a humanidade teve com assuntos ligados ao cérebro humano, foi no período da antiguidade, em que se discutiu acerca de descobertas relacionadas às funções cerebrais, como, por exemplo, a noção de psique humana. Todavia, até a chegada dessas noções mais básicas transcorreram séculos, considerando tantas dúvidas e questionamentos em torno das funções cerebrais²⁷⁸.

Nessa linha de horizonte, pode-se lembrar que por um longo período, em diferentes civilizações, as funções primordiais da psique humana eram desenvolvidas e/ou orientadas pelo coração, ou seja, uma concepção exclusivamente cardiocêntrica²⁷⁹.

²⁷⁷PRIMO, Pedro Carlos. **História da Neurociência**. Disponível em: <http://www.institutotelepsi.med.br/Links_imagens/cursodehistoria.htm> Acesso em: 15 de out. de 2018.

²⁷⁸BLANCO, Carlos. **Historia de la neurociencia**: el conocimiento del cerebro y la mente desde una perspectiva interdisciplinar. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2014. p. 308 e ss.

²⁷⁹BLANCO, Carlos. **Historia de la neurociencia**: el conocimiento del cerebro y la mente desde una perspectiva interdisciplinar. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2014. p. 308 e ss.

Posteriormente com o nascimento e desenvolvimento da medicina clássica, a perspectiva cardiocêntrica afastou-se da figura central e responsável pelas principais atividades humanas e consolidou-se outra perspectiva conhecida como encefalocêntrica, atribuindo ao cérebro a responsabilidade pelas ações/faculdades do ser humano. O primeiro registro que se tem do encefalocentrismo foi a meados de 450 a.C.²⁸⁰.

Nota-se através dos ensinamentos de Carlos Blanco, que diversos renomes da história da filosofia e também da ciência pautaram-se na noção do cérebro como fonte de todo o comportamento humano, seja na sensação de dor, prazer, percepção, imaginação e o próprio raciocínio. Um alvo de grande destaque para Carlos Blanco foi Galeno de Pérgamo²⁸¹ (130-200 d.C), o qual desenvolveu uma teoria que tornou-se tão dominante, que acabou impactando a medicina oriental por aproximadamente 1.500 anos²⁸².

Outro importante momento para o desenvolvimento dos estudos cerebrais que repercutiu na neurociência moderna é relatada por Carlos Blanco e diz respeito ao surgimento da anatomia, a qual se estendeu até o período moderno. O estudo da anatomia moderna influenciou diversos pesquisadores que se basearam em tal estudo para descrições acerca do sistema nervoso bem como ao método científico experimental²⁸³.

Com efeito, todos os avanços obtidos até o momento foram sendo aos poucos substituídas por outras concepções e teorias, estas centrada nos processos

²⁸⁰BLANCO, Carlos. **Historia de la neurociencia: el conocimiento del cerebro y la mente desde una perspectiva interdisciplinar**. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2014. p. 308 e ss.

²⁸¹Cláudio Galeno ou mais conhecido como Galeno de Pérgamo foi “principalmente um autor médico, mas teve um profundo envolvimento e influência sobre os debates filosóficos de seu tempo. Ele escreveu muitas obras de lógica e ética, e também abordou essas e outras questões filosóficas - especialmente de epistemologia, causalidade no mundo natural e filosofia da mente - em seus escritos médico-científicos. Sua obra médica, e em alguns contextos filosóficos, exerceu enorme influência durante todo o período medieval e, mais tarde, tanto na Europa quanto (através da transmissão árabe-islâmica) além. Amplamente ignorado pelo mundo intelectual, incluindo filósofos, desde a Revolução Científica, ele recentemente atraiu considerável atenção acadêmica, especialmente por seu trabalho no conhecimento científico, sua contribuição à lógica e suas discussões sobre ética, psicologia moral e o problema mente-corpo. Galeno foi um dos intelectuais mais prolíficos da antiguidade ocidental, estendendo seus trabalhos para 21 volumes de aproximadamente 1000 páginas cada na edição grega padrão (com alguns trabalhos adicionais sobrevivendo apenas em traduções em árabe, siríaco, hebraico ou latim) - um total de mais de 4 milhões de palavras. Para maiores informações pesquisar em: <<https://plato.stanford.edu/entries/determinism-causal/#ConlssDet>> Acesso em: 11 de out. de 2018.

²⁸²BLANCO, Carlos. **Historia de la neurociencia: el conocimiento del cerebro y la mente desde una perspectiva interdisciplinar**. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2014. p. 308 e ss.

²⁸³BLANCO, Carlos. **Historia de la neurociencia: el conocimiento del cerebro y la mente desde una perspectiva interdisciplinar**. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2014. p. 308 e ss.

empíricos. Dessa forma, acabou sendo consagrado em meados do século XVII René Descartes²⁸⁴ (1596-1650), que impactou vários debates, especialmente os direcionados na questão mente-cérebro²⁸⁵.

Um novo rumo tomou os estudos do cérebro a partir das descobertas acerca da atividade elétrica do sistema nervoso, que acabou resultando também na eletrofisiologia neural e na neuroquímica, as quais contribuíram demasiadamente no descobrimento e estimulação elétrica de áreas cerebrais como é o exemplo do córtex cerebral²⁸⁶.

Convém ressaltar que todas essas descobertas converteram-se na base de estudo de outros métodos e experimentos que cederam lugar as investigações de cunho empírico, resultando também na formação da psicologia experimental. O campo da psicologia experimental, conjuntamente com a psiquiatria, tiveram um grande progresso já no final do século XIX com o impulso das novas descobertas do funcionamento cerebral²⁸⁷.

²⁸⁴René Descartes considerado um matemático de renome “um importante pensador científico e um metafísico original. Durante o curso de sua vida, ele foi um matemático em primeiro lugar, um cientista natural ou “filósofo natural” segundo e um terceiro metafísico. Em matemática, ele desenvolveu as técnicas que tornaram possível a geometria algébrica (ou “analítica”). Na filosofia natural, ele pode ser creditado com várias realizações específicas: co-framer da lei seno de refração, desenvolvedor de uma importante conta empírica do arco-íris e proponente de uma conta naturalista da formação da terra e planetas (um precursor à hipótese nebular). Mais importante, ele ofereceu uma nova visão do mundo natural que continua a moldar nosso pensamento hoje: um mundo de matéria que possui algumas propriedades fundamentais e interage de acordo com algumas leis universais. Esse mundo natural incluía uma mente imaterial que, nos seres humanos, estava diretamente relacionada ao cérebro; dessa maneira, Descartes formulou a versão moderna do problema mente-corpo. Na metafísica, ele forneceu argumentos para a existência de Deus, para mostrar que a essência da matéria é a extensão e que a essência da mente é pensada. Descartes reivindicou, no início, possuir um método especial, que foi exposto de várias formas em matemática, filosofia natural e metafísica, e que, na última parte de sua vida, incluiu ou foi suplementado por um método de dúvida. Descartes formulou a versão moderna do problema mente-corpo. Na metafísica, ele forneceu argumentos para a existência de Deus, para mostrar que a essência da matéria é a extensão e que a essência da mente é pensada. Descartes reivindicou, no início, possuir um método especial, que foi exposto de várias formas em matemática, filosofia natural e metafísica, e que, na última parte de sua vida, incluiu ou foi suplementado por um método de dúvida. Descartes formulou a versão moderna do problema mente-corpo”. Para maiores informações pesquisar em: <<https://plato.stanford.edu/entries/determinism-causal/#ConlssDet>> Acesso em: 11 de out. de 2018.

²⁸⁵BLANCO, Carlos. **Historia de la neurociencia**: el conocimiento del cerebro y la mente desde una perspectiva interdisciplinar. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2014. p. 308 e ss.

²⁸⁶BLANCO, Carlos. **Historia de la neurociencia**: el conocimiento del cerebro y la mente desde una perspectiva interdisciplinar. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2014. p. 308 e ss.

²⁸⁷BLANCO, Carlos. **Historia de la neurociencia**: el conocimiento del cerebro y la mente desde una perspectiva interdisciplinar. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2014. p. 308 e ss.

Nessa linha de raciocínio, Pedro Primo²⁸⁸ aborda um breve histórico acerca da evolução tecnológica do século XX:

O próximo século testemunharia o uso de técnicas sofisticadas em animais e em humanos, as quais seriam capazes de construir mapas detalhados das funções cerebrais. Em 1902, Fedor Krauze publica 142 casos em humanos, e também é publicada a citoarquitetura do córtex, com 47 áreas. Os estudos de pesquisas na área de bioeletricidade e do localizacionismo cerebrais se incrementaram com os avanços técnicos, com a descoberta de novos aparelhos: como Eletrômetros, Galvanômetros, Comutadores e Indutores.

Não tardou para que através da evolução dos estudos do cérebro resultasse no nascimento da neurociência, a qual efetivamente ocorreu em meados de 1960, embora exista discrepância quanto ao período de seu surgimento. Assim, foi somente na década de 1990 que a referida área teve essencialmente seu marco na tão conhecida "década do cérebro". Neste período, buscou-se desvendar as grandes questões levantadas por Descartes, que cada vez mais atordoavam estudiosos de diversos âmbitos.

Avanços notáveis foram feitos, além de novas concepções sobre as ciências humanas. Sobre o assunto, João Teixeira²⁸⁹ corrobora:

A década do cérebro já terminou, grandes avanços foram alcançados, mas a natureza da consciência ainda continua sendo um mistério. Desta década ficaram, entretanto, marcas profundas: nela, mais do que em qualquer época, tentou-se tornar a ciência da mente uma ciência do cérebro.

A despeito do incremento dos estudos neurocientíficos, leciona Alexis de Brito²⁹⁰ que “a neurociência promete fornecer novas formas de entendermos as sociedades, as relações sociais e a nós mesmos. E, atualmente, promete mudar radicalmente a forma como devemos enxergar os criminosos”.

Nesse sentido, destaca ainda João Teixeira²⁹¹:

²⁸⁸PRIMO, Pedro Carlos. **História da Neurociência**. Disponível em: <http://www.institutotelepsi.med.br/Links_imagens/cursodehistoria.htm> Acesso em: 15 de out. de 2018.

²⁸⁹TEIXEIRA, João de Fernandes. **Mente, cérebro e cognição**. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 11.

²⁹⁰BUSATO, Paulo César (org), BRITO, Alexis Couto de. Neurociência e direito penal. In: **Neurociência livre-arbítrio entre a dogmática penal e a política criminal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 113.

²⁹¹TEIXEIRA, João de Fernandes. **Filosofia do cérebro**. São Paulo: Paulus, 2012. p. 13.

Para a nova neurociência, que surgiu na década do cérebro, somos apenas uma imensa coleção de neurônios que evoluiu ao longo de milhares de anos, e cuja atividade é, em última análise, regida por genes e proteínas que, em sua interação com o meio ambiente, acabam tendo um papel decisivo sobre nossa mente e nosso comportamento.

Portanto, com o avanço das ciências do cérebro e todos os seus apontamentos, simplesmente ignorá-las não seria o caminho para a solução dos problemas, seria o mesmo que dar as costas para a própria existência humana. Nesse passo, não se pode deixar de perceber a influência exercida por essas perspectivas no âmbito do Direito Penal.

Nas palavras de Fábio Roque²⁹²:

Em síntese, a constatação a que se chega é a de que a revolução neurocientífica propõe uma similar revolução na esfera da imputação de responsabilidade penal; e, a procedem os argumento trazidos pela neurociência, os resultados das suas pesquisas deveriam ser dimensionados pelos penalistas, inclusive aqueles que sufragam a construção normativa da culpabilidade.

É verdade que os conhecimentos neurocientíficos têm influído no conhecimento jurídico-penal através de seus apontamentos oriundos das investigações neuronais. E o que parece mais significativo, porém, é o fato de tal ciência busca reformular e/ou configurar o sistema jurídico-penal, um tanto ousado e ao mesmo tempo perturbador. De igual sorte, o presente estudo analisará também as principais descobertas advindas da revolução neurocientíficas, as quais acolhem o discurso da inexistência do livre-arbítrio.

4.1.1 Os Recentes Estudos no Campo da Neurociência

O caminho percorrido até aqui demonstra o cenário em que a culpabilidade alcançou em meio a tantos paradigmas, sobrevivendo, por ora, aos avanços neurocientíficos. Nesse interregno, antes dos mencionados avanços conquistarem o seu apogeu, as ciências tinham a sua disposição para análise cerebral apenas exames *pós mortem* conhecidos como autópsias.

²⁹²ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo**: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 168.

Alexis Brito²⁹³ compartilha seu entendimento acerca das modernas técnicas neurocientíficas e o faz com um questionamento: “Quais são os principais métodos e técnicas da neurociência? Atualmente o recurso que mais encanta os neurocientistas é a ressonância magnética funcional (fMRI). Mas esta não é única forma de fazer imagens do cérebro e explorá-los [...]”.

Com os avanços das ciências do cérebro, os modernos estudos advindos desse âmbito tem causado grande impacto em toda a humanidade.

Nesse sentido, corrobora Paulo Busato²⁹⁴:

Resultados de recentes pesquisas neurocientíficas aprofundaram e confirmaram, no âmbito das ciências naturais, certas premissas de estudos anteriores, provocando que se reacendesse opiniões que pretendem pôr em xeque certos paradigmas utilizados pelo Direito Penal, em especial, pretendem questionar os fundamentos da culpabilidade.

Sob esse pálio, as mais relevantes tecnologias referem-se ao mapeamento do funcionamento da atividade cerebral. A neurociência alcançou novos adeptos com a contribuição adicional trazida a partir das investigações de Benjamin Libet, apoiadas no próprio determinismo, reafirmando-se ainda mais, a crise da culpabilidade baseada na noção de livre-arbítrio. O embate tem conduzido diferentes autores a se debruçarem sobre o tema. Conforme dispõe Bernardo Sánchez²⁹⁵:

A partir de los experimentos en la Universidad de California del neuropsicólogo Libet- un dualista tan convencido como el neurofisiólogo John Eccles o Karl Popper -,mejorados por otros como los de Patrick Haggard y Martin Eimer, los científicos citados consideran que en la medida en que no existe escisión entre mente y cérebro, y que nuestra actuación consciente representa una ínfima parte de nuestra actividad cerebral, todos estamos determinados en nuestros comportamientos por procesos que no podemos controlar y de los que, por tanto, no se nos debería hacer responsables en la medida en que no hacemos lo que decidimos, sino que decidimos lo que vamos a hacer de todas maneras.

²⁹³BUSATO, Paulo César (org), BRITO, Alexis Couto de. Neurociência e direito penal. In: **Neurociência livre-arbítrio entre a dogmática penal e a política criminal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 113.

²⁹⁴BUSATO, Paulo César. Neurociência e direito penal. In **Uma visão crítica das implicações dos estudos neurocientíficos em Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 49.

²⁹⁵SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. **Culpabilidad Jurídico-Penal y Neurociencias**. In: CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. Neurociencias y Derecho Penal: Nuevas perspectivas em el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Montivideo: Ed. B.de F.; Buenos Aires: Euros Ed. 2013. p. 275.

Releva notar, portanto, a importância do experimento de Benjamin Libet, que acabou conduzindo os estudos realizados no cérebro humano. Explica assim, Eduardo Crespo²⁹⁶:

En los mencionados experimentos de Libet, sobre los que se han realizado numerosos estudios con posterioridad (Sinnott-Armstrong, W./ Nadel, L. (eds.), 2010), él les pedía a los sujetos sometidos a la prueba que movieran la mano mientras medía la actividad eléctrica del cerebro, descubriendo que los impulsos cerebrales de los sujetos asociados al movimiento empezaban aproximadamente un tercio de segundo antes que los sujetos fueran conscientes de su intención de hacer el movimiento.

Alexis de Brito²⁹⁷ também busca enfatizar o importante estudo conduzido por Benjamin Libet, o qual levou diversos estudiosos a questionarem a possibilidade do livre-arbítrio não passar de uma mera ilusão:

O primeiro estudo tido como o pioneiro a impulsionar a neurociência jurídica e a discussão sobre a existência de um livre-arbítrio foi o de Benjamin Libet, pelo qual media, em um eletroencefalograma, a atividade elétrica do cérebro quando os voluntários movimentavam uma falange dos dedos. O exame demonstrou que alguns milissegundos antes da decisão já havia atividade cerebral. Por isso, pela antecipação da atividade cerebral à decisão não haveria livre-arbítrio na sua tomada, mas apenas a possibilidade de vetar algo já definido no cérebro.

Todavia, para entender o real grau de complexidade, bem como o desenvolvimento do estudo realizado Benjamin Libet, assinala o próprio precursor de Benjamin Libet, além de Gleason, Wright e Pearl²⁹⁸ que:

A natureza dos potenciais de prontidão (PRs) que podem ser associados a atos voluntários 'livremente' totalmente endógenos foi investigada. A restrição sobre quando agir foi eliminada e as instruções fomentaram a espontaneidade. Os RPs "auto-iniciados" exibidos nessas condições eram categorizados em dois

²⁹⁶CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. **Neurociencias y Derecho Penal: Nuevas perspectivas em el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad**. Montivideo - Buenos Aires: Euros, 2013. p.25.

²⁹⁷BUSATO, Paulo César (org), BRITO, Alexis Couto de. Neurociência e direito penal. In: **Neurociência livre-arbítrio entre a dogmática penal e a política criminal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 116.

²⁹⁸LIBET, Benjamin; GLEASON, Curtis A.; WRIGHT, Elwood.W.; PEARL, Dennis K. **Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity. The unconscious initiation of a freely voluntary act**. Brain, n. 106. p. 623-642, Sept. 1983. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/6640273>>. Acesso em: 17 out. de 2018. Tradução da autora.

(possivelmente três) tipos, todos os quais poderiam ser exibidos pelo mesmo sujeito. O tipo I teve um início precoce em cerca de -1050 +/- 175 msec e uma forma de rampa longa, parecida com RPs individualizados. No tipo II, o principal desvio negativo começou em cerca de -575 +/- 150 msec e em cerca de -240 +/- 50 msec no tipo III. O tipo II assemelhou-se parcialmente ao componente de NS 'em tempo similar em RPs individualizados. Para atos produzidos em horários conhecidos e predefinidos, nos quais a liberdade de escolha foi eliminada, mas o planejamento para agir era necessário, Os RPs se pareciam com RPs de tipo I auto iniciados e RPs individualizados. Todos os RPs foram máximos no vértice, especialmente o tipo II, embora também tenha sido bilateralmente assimétrico. Essas distribuições sugerem que áreas corticais além das áreas 4 e 6 contribuem de maneira importante, especialmente para o tipo II. Todos os RPs, seja em atos auto iniciados ou pré-planejados, aparecem relacionados especificamente à preparação para uma ação motora. Quando os estímulos cutâneos relacionados à tarefa substituíram os movimentos auto iniciados, sob condições semelhantes de atenção (e expectativa), houve um evento relativamente pequeno ou um evento relativamente pequeno - mudanças de potencial lentas anteriores. Todas as ondas P300 pós-estímulo eram muito grandes. Dois processos volitivos são postulados: processo I está associado ao desenvolvimento de pré-planejamento ou preparação para atuar no futuro próximo (segundos), se a escolha voluntária está presente (RPs tipo I) ou ausente (PRs pré-estabelecidos); o processo II, com um início de aproximadamente 0,5 segundos antes do ato, é associado de forma mais exclusiva à escolha voluntária e à necessidade ou vontade mais específica e endógena de agir; pode estar presente na ausência comparativa de ou em sequência e se sobrepondo ao processo I.

Tudo isso quer dizer que os experimentos de Benjamin Libet pressupõem que as decisões tomadas pelos indivíduos são iniciadas no inconsciente e só posteriormente percebidas de maneira consciente, ou seja, “o cérebro é ativado antes da intenção consciente de agir e tudo se passa como se essa intenção não fosse nada mais o que um subproduto da atividade cerebral”²⁹⁹.

Nesse prisma, elucida o filósofo da mente João Teixeira³⁰⁰:

As consequências filosóficas da descoberta de Libet são discutidas até hoje. Há quem sustente que ela seria uma prova de que nada mais somos do que nossos cérebros e que o livre-arbítrio não passaria de uma ilusão. A neurociência estaria dando uma resposta definitiva (e negativa) a uma questão filosófica milenar.

Supor que as decisões de executar ou não determinadas ações se dão unicamente por eventos cerebrais, parece, ao menos a primeira vista, que estaria

²⁹⁹TEIXEIRA, João de Fernandes. **Filosofia do cérebro**. São Paulo: Paulos, 2012. p. 33.

³⁰⁰TEIXEIRA, João de Fernandes. **Filosofia do cérebro**. São Paulo: Paulos, 2012. p. 34.

caminhando para um determinismo forte, onde a figura do “eu” se tornaria um simples coadjuvante e que tornaria o indivíduo numa espécie de “marionete” ou até mesmo um “piloto automático”. João Teixeira³⁰¹ identifica que: “Se Libet estiver certo, e se houvesse um código cerebral no qual a intenção estivesse registrada, seria razoável esperar que houvesse um relato único sobre o seu papel na determinação da ação”.

Com relação aos recentes avanços neurocientífico já preconizados anteriormente, destacam Fábio Guaragni e Rodrigo Guimarães³⁰² sobre o assunto:

Como se vê, as conclusões das pesquisas, de certa forma, têm procurado demonstrar a diferença temporal entre a tomada de decisão em sua consciência. Em 2008, em torno de 10 segundos; em 2011, em torno de 07 segundos, com a “descoberta” adicional de que há uma “evolução lenta” ou uma “estabilidade” entre um momento e outro. Seja como for, também é possível constatar que a relativa oscilação dos resultados e novas descobertas aca acompanhando o desenvolvimento da tecnologia. Surge uma máquina nova, com melhor tecnologia, e os resultados podem ser “confirmados”, “revistos”, “ampliados” e, quiçá, até “desmentidos”.

Na verdade, Benjamin Libet pressupõe uma relação causal pautada na existência de eventos cerebrais correspondentes a determinadas intenções, todavia, tal concepção também é coberta de lacunas que adeptos desse posicionamento preferem não respondê-las, deixando-as em *standby*.

De acordo com tais premissas, alguns autores revelam que, apesar do caminho que levou os estudos de Benjamin Libet, este acabou não negando a existência do livre-arbítrio, por mais estranho que parece ser. Dessa forma, o aludido experimento de Benjamin Libet, conforme conclusão do próprio autor demonstrou que o processo de vontade é iniciado de forma inconsciente, mas a função consciente poderia ter o controle do resultado, ventando, inclusive, a consumação do ato. Todavia, não quer dizer que o livre-arbítrio estaria de um todo excluído³⁰³.

Contudo, diversos pesquisadores concluem que nos estudos do referido autor “o determinismo é o pano de fundo na construção e interpretação de seu experimento, que, na verdade, acaba pressupondo aquilo que ele quer

³⁰¹TEIXEIRA, João de Fernandes. **Filosofia do cérebro**. São Paulo: Paulos, 2012. p. 35.

³⁰²BUSATO, Paulo César (org), GUARAGNI, Fábio André, GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. Neurociência e direito penal. In: **Neurociência, livre-arbítrio e Direito Penal: precipitação científica e alternativas para a sustentação da culpabilidade**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 165.

³⁰³LIBET, Benjamin. **Do we have free will?** Disponível em: <<https://philpapers.org/rec/LIBDWH>> Acesso em: 17 out. de 2018.

demonstrar³⁰⁴. João Teixeira³⁰⁵ faz uma crítica acerca do experimento de Benjamin Libet e seus reflexos no período atual:

Nesse sentido, o experimento de Libet pouco contribuiu para o esclarecimento do debate filosófico que opõe livre-arbítrio e determinismo. As conclusões que ele quer extrair de seu experimento extrapolam o que ele efetivamente pode comprovar. Na verdade, seu experimento só nos permite, concluir, no máximo, que podemos reconstruir uma história causal entre uma ação, o evento que a precede no cérebro e seu relato posterior.

Nessa toada, assim como autores criticaram os estudos de Benjamin Libet, há outros que agasalharam o estudo em questão e aperfeiçoaram os experimentos iniciados pelo aludido autor, como, por exemplo, Patrick Haggard e Martin Eimer no Reino Unido e por John Heynes em Berlim, e Judy Trevena e Jeff Miller, confirmando e detalhando os resultados obtidos por Benjamin Libet, ou seja, acabaram concluindo após longas pesquisas que o cérebro apresentou ativação cerca de segundos antes de decidir racionalmente sobre sua vontade, chegando a uma antecedência de cinco segundos, algo muito mais ousado do que Benjamin Libet apresentou³⁰⁶.

Nesse sentido, Alexis de Brito³⁰⁷ assevera que outros muitos estudiosos seguiram a doutrina de Benjamin Libet, entretanto, mais tecnológicos e determinados, buscaram associar determinadas áreas do cérebro a comportamentos mentais ou de personalidade. Esses tipos de características associadas a comportamentos e personalidades analisadas sob o viés desses avanços, possuem extrema relevância no campo jurídico-penal.

Portanto, Fábio Guaragni e Rodrigo Guimarães³⁰⁸ indicam observações importantes em torno dos avanços das descobertas neurocientíficas nos últimos tempos:

³⁰⁴ TEIXEIRA, João de Fernandes. **Filosofia do cérebro**. São Paulo: Paulos, 2012. p. 35.

³⁰⁵ TEIXEIRA, João de Fernandes. **Filosofia do cérebro**. São Paulo: Paulos, 2012. p. 35.

³⁰⁶ BUSATO, Paulo César. Neurociência e direito penal. In **Uma visão crítica das implicações dos estudos neurocientíficos em Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 52.

³⁰⁷ BUSATO, Paulo César (org), BRITO, Alexis Couto de. Neurociência e direito penal. In: **Neurociência livre-arbítrio entre a dogmática penal e a política criminal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 117.

³⁰⁸ BUSATO, Paulo César (org), CARUNCHO, Alexey Choi; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Neurociência e direito penal. In: **A neurociência e as consequências sancionatórias a partir de uma desconsideração da linguagem**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 190.

O relevante a ser pontuado diante das pesquisas realizadas é que, mesmo considerando o seu resultado como vem sendo colocado, ou seja, como demonstração de inexistência do livre-arbítrio, também é prudente levar em conta que já ocorreu com as “certezas” científicas ao longo da história da humanidade: as certezas científicas de uma época são por vezes desmentidas em outros tempos e aqui a situação não parece ser muito diferente.

Não se podem olvidar as flagrantes repercussões dos avanços da ciência do cérebro, especialmente ao destacar os estudos do comportamento e da personalidade do indivíduo – associados ao córtex pré-frontal³⁰⁹, merece ênfase o caso emblemático de Phineas Gage³¹⁰, assim como de outros sujeitos que registraram lesões na área do córtex pré-frontal e tiveram seu comportamento e personalidade misteriosamente modificada.

Novamente Fábio Guaragni e Rodrigo Guimarães³¹¹ estão com razão ao afirmar acerca do caráter temporal de aceitação das descobertas das neurociências:

Portanto, esse quadro indica ser ainda muito cedo para a aceitação universal das “descobertas” da neurociência e, mais do que isso, para admitir-se que elas possam provocar revisões completas de compreensão a respeito do “livre-arbítrio”, ainda mais considerando o ritmo de progressão geométrica verificando no avanço tecnológico, permitindo antever que novas conclusões seguramente surgirão num futuro próximo.

Além do mais, com todos esses avanços e conquistas já enfatizados, o presente assunto, de uma maneira mais ampla, tem despertado o interesse de

³⁰⁹Córtex pré-frontal é uma área que ocupa cerca de 30% do cérebro. Considerada uma das mais importantes regiões cerebrais, com a capacidade de tornar possível a atividade racional. Michael Gazzaniga trata do córtex pré-frontal como algo crítico e ao mesmo tempo responsável por "interpretar deixas sociais e se comportar de maneira apropriada." Esta área cerebral também é considerada como um "grande reservatório". GAZZANIGA, Michael S.; IVRY, Richard B; MANGUN, George R. **Neurociência cognitiva: a biologia da mente**. Tradução de: Angelica Rosat Consiglio et al. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2006. p. 555.

³¹⁰Phineas Gage, trabalhador ferroviário, registra um caso emblemático que marcou a histórica neurocientífica, depois de ter sua personalidade totalmente modificada após um acidente que resultou em uma séria lesão em seu crânio. Michael Gazzaniga relata que: “Quando Gage empurrou sua barra de ferro, as consequências foram desastrosas. O ferro disparou uma faísca, e a explosão irrompeu pelo local de trabalho. A equipe correu para o local e encontrou Gage esparramado no chão. Eles se horrorizavam, chocados pelo sangue que vazava de dois grandes buracos, um onde era sua bochecha esquerda e outro uma abertura no topo da cabeça. Igualmente chocante foi o fato de seu chefe não ter morrido. Apesar de atordoado, Gage estava consciente. GAZZANIGA, Michael S.; IVRY, Richard B; MANGUN, George R. **Neurociência cognitiva: a biologia da mente**. Tradução de: Angelica Rosat Consiglio et al. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2006. p. 555.

³¹¹BUSATO, Paulo César (org), GUARAGNI, Fábio André, GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. Neurociência e direito penal. In: **Neurociência, livre-arbítrio e Direito Penal: precipitação científica e alternativas para a sustentação da culpabilidade**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 191.

estudiosos de outras áreas como, por exemplo, a neurobiologia, fisiologia, psicologia, psiquiatria e também na medicina. Um debate iminentemente interdisciplinar, todavia com grande repercussão na seara do Direito Penal.

4.1.2 Incongruências Neurocientíficas em Torno do Livre-arbítrio

Com os avanços neurocientíficos, novamente controvérsias em torno da questão do livre-arbítrio e de um viés determinista entram em cena e inevitavelmente produzem efeitos no cenário jurídico-penal.

Portanto, destaca-se ainda que o calcanhar de Aquiles do presente tópico em debate se localiza justamente na discussão entre o livre-arbítrio e o determinismo inaugurado com o avanço da neurociência. Destaca Marina Cerqueira³¹² que: “Será possível afirmar que a consciência, nessa perspectiva, seria apenas um componente de menor importância diante das operações cerebrais relacionadas com a tomada de decisões”, ou seja, o que realmente está em discussão é a resposta que o livre-arbítrio tem para esse problema.

Nesse ponto, sobreleva notar que apesar de Benjamin Libet não ter diretamente negado o livre-arbítrio, apontando um meio de “controlar o resultado”, as neurociências, por sua vez, não compartilham desse entendimento. Não é novidade que, para a maioria dos estudiosos de hoje, a maior ambição da ciência do cérebro é “comprovar o determinismo científico do comportamento humano. E com isso suplanta-se a ideia de livre-arbítrio e fortalece-se a de periculosidade”³¹³.

Há séculos as incongruências em torno do livre-arbítrio são complexas e resistentes. Têm-se de um lado os adeptos à existência de um livre-arbítrio, também chamados de libertistas³¹⁴ e, do outro, os que defendem o determinismo³¹⁵, ou seja,

³¹²SANT’ANNA, Marina Cerqueira. **Neurociências e culpabilidade**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 78.

³¹³BUSATO, Paulo César (org), BRITO, Alexis Couto de. Neurociência e direito penal. In: **Neurociência livre-arbítrio entre a dogmática penal e a política criminal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 120.

³¹⁴Os chamados libertistas ou também indeterministas negam que o determinismo seja verdadeiro. “O libertismo é o ponto de vista segundo o qual as escolhas morais são em geral livres; isto é, não-causadas (ou autocausadas) e que, portanto, temos razões para considerar que as pessoas são moralmente responsáveis pelas suas ações. Isto é outra forma de dizer que o determinismo é falso, pelo que há liberdade da vontade e, portanto, a moralidade faz de facto sentido [...] Os libertistas sabem que não podemos fazer exactamente qualquer coisa — é completamente impossível ter poderes sobre-humanos. Mas, afirmam, somos geralmente livres nas situações morais típicas em que podemos escolher fazer ou não o mal, que é o que importa para justificarmos a prática da moralidade”. KAHANE, Howard. **Livre-arbítrio, determinismo e responsabilidade**

os seres humanos têm liberdade para fazer ou não fazer o que queiram ou não possuem vontade própria e que tudo o que ocorre é determinado por algum acontecimento anterior.

Nessa linha de raciocínio ensina Marly e Atahualpa Fernandez³¹⁶: “[...] o livre-arbítrio é um fenômeno natural e parte da condição humana ordinária, mas ao mesmo tempo, concedem que o determinismo é uma possibilidade real”.

Como efeito direito, existem estudiosos que fundamentam o livre-arbítrio e o determinismo são concepções incompatíveis e os que, em contrapartida, entendem que há uma compatibilidade entre eles. Estes últimos, na verdade, acreditam serem compatíveis sem ser contraditório, considerar que os indivíduos possam ser responsabilizados pelas suas decisões embora elas sejam determinadas. Assim, esclarece Alexis de Brito³¹⁷:

No campo jurídico, toda a construção da sanção penal tem sido influenciada por essa diferenciação, e reconhecer um ou outro demanda a criação de um sistema penal próprio. Cientistas, advogados e especialistas em ética argumentam que “a neurociência é poderosamente esclarecedora e até desafia perspectivas filosóficas dominantes [...]”.

O problema ao qual se depara - um compatibilismo entre o livre-arbítrio e determinismo - parece ganhar força em meio a um cenário normativo, ou seja, o compatibilismo parece ainda prevalecer, considerando que adota a concepção de que o livre-arbítrio pode ser compatível com a ideia determinista. Seguindo essa percepção, preconiza Eduardo Crespo³¹⁸:

peçoal. Disponível em: <<https://criticanarede.com/hkahanelivre-arbitriodeterminismo.html>>. Acesso em: 29 out. 2018. Tradução de Álvaro Nunes.

³¹⁵A visão determinista é pautada em três importantes princípios que regem sua concepção. Howard Kahane os classifica como: “1- O princípio do determinismo — que tudo o que acontece tem uma causa; 2- O princípio de que se uma ação é determinada, então não é livre (a pessoa não poderia realmente ter escolhido não a fazer); e 3- O princípio de que a pessoa é moralmente responsável apenas por ações livres”. KAHANE, Howard. **Livre-arbítrio, determinismo e responsabilidade pessoal**. Disponível em: <<https://criticanarede.com/hkahanelivre-arbitriodeterminismo.html>>. Acesso em: 29 out. 2018. Tradução de Álvaro Nunes.

³¹⁶FERNANDEZ, Marly; FERNANDEZ, Atahualpa. **Neuroética, direito e neurociência: conduta humana, liberdade e racionalidade jurídica**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 129.

³¹⁷BUSATO, Paulo César (org), BRITO, Alexis Couto de. **Neurociência e direito penal**. In: **Neurociência livre-arbítrio entre a dogmática penal e a política criminal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 121.

³¹⁸CRESPO, Eduardo Demétrio. **Compatibilismo Humanista: uma propuesta de conciliación entre Neurociencias y Derecho Penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad**. Montevideo: B. de. F.; Buenos Aires: Euros Ed., 2013. p. 28.

Entiendo que ni el "neurodeterminismo" ni el "indeterminismo librearbitrista" son capaces de ofrecer una respuesta adecuada en el ámbito del Derecho penal, por lo que creo que el "compatibilismo" supone una buena "salida". Por su propia naturaleza el compatibilismo se sitúa en algún punto intermedio entre el determinismo fuerte, para el que no es consecuente, por admitir la libertad (o, al menos, un margen de libertad), y el puro indeterminismo, para el que tampoco resulta convincente, por admitir, al menos parcialmente, la premisa de que nuestros actos están previamente determinados (o, al menos, condicionados por muchos factores que los determinan en gran parte). Se habla en ocasiones asimismo de un "determinismo" o "indeterminismo" relativo.

Todavía, a neurociência não se baseia em um caráter normativo, ao contrário, é pautada em um viés descritivo. Essa perspectiva descritiva da neurociência diz respeito, nas palavras de Alexis de Brito³¹⁹ “[...] a critérios empíricos, que permanecem meramente descritivos, pois não implicam em qualquer norma ou valores. Como os criminosos violam normas e valores, a psiquiatria forense é forçada a se concentrar no nível normativo e da tomada de decisão”.

As consequências extraídas desse impasse tomam dimensões consideráveis, já que existem alegações das mais variadas possíveis, as quais em um determinado momento concordam que a neurociência poderá modificar significativamente o sistema jurídico-penal, em outros, abraçam a ideia de que todo esse discurso não passa de uma falácia. As questões conceituais são discutidas fervorosamente por libertistas, deterministas, compatibilistas e continuarão em discussão nas próximas décadas considerando os avanços em progressão geométrica da neurociência. Alexis de Brito³²⁰ menciona a importante passagem de Michael Gazzaniga ao assegurar que:

[...] chega a ser mais contundente afirmar que um determinismo neurobiológico não compromete o livre-arbítrio e conseqüentemente a responsabilidade penal, pois nossa liberdade é relacionada à ação interativa que os seres humanos possuem dentro da sociedade em que vivem e o determinismo neurobiológico não exerce nenhum papel na estrutura normativa e social do nosso sistema judiciário pela relativa especificidade de cada um dos âmbitos.

³¹⁹BUSATO, Paulo César (org), BRITO, Alexis Couto de. Neurociência e direito penal. In: **Neurociência livre-arbítrio entre a dogmática penal e a política criminal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 122.

³²⁰BUSATO, Paulo César (org), BRITO, Alexis Couto de. Neurociência e direito penal. In: **Neurociência livre-arbítrio entre a dogmática penal e a política criminal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 131.

Desse ponto de partida, reconhecem-se a complexidade da discussão inaugurada pelas neurociências ao sistema penal e sua proposta reducionista a qual: “[...] se lastreia no postulado de que o pensamento humano e seu comportamento são causados apenas pela força de um processo físico que tem lugar no interior do cérebro das pessoas”³²¹. É inegável, portanto, uma clara propensão de estudiosos (e aqui se insere tanto neurocientistas quanto juristas) ao neurodeterminismo³²².

Nesse cenário, mencionam-se as perspectivas de Eduardo Crespo³²³:

Entiendo que ni el “neurodeterminismo” ni el “indeterminismo librearbitrista” son capaces de ofrecer una respuesta adecuada en el ámbito del Derecho Penal, por lo que creo que el “compatibilismo” supone una buena “salida”. Por su propia naturaleza el compatibilismo se sitúa em algún punto intermedio entre el determinismo flerte, para el que no es consecuente, por admitir la libertad (o, al menos, um margen de libertad), y el puro indeterminismo, para el que tampoco resulta convincente, por admitir, al menos parcialmente, la premisa de que nuestros actos están previamente determinados (o, al menos, condicionados por muchos factores que los determinan em gran parte). Se habla em ocasiones asimismo de um “determinismo” o “indeterminismo” relativo.

Outro renomado expoente que contribui para o problema em questão é o Gerhard Roth que, assim como outros autores, rechaça a existência do livre-arbítrio e que o princípio de culpabilidade é insustentável, pois carece de fundamento³²⁴.

Enquanto isso, na Espanha, compartilha também desse entendimento Francisco Rubia, verdadeiro crítico a ideia de livre-arbítrio. Em sua opinião, a

³²¹BUSATO, Paulo César (org), CARUNCHO, Alexey Choi; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Neurociência e direito penal. In: **A neurociência e as consequências sancionatórias a partir de uma desconsideração da linguagem**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 148.

³²²O neurodeterminismo é considerado hoje como um “novo determinismo”, o qual acredita poder identificar a vontade livre do agente como mero reflexo de atividades neuronais e sua consequência seria abolição do conceito de culpabilidade, logo, da vontade livre. ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 23.

³²³CRESPO, Eduardo Demétrio. **Compatibilismo Humanista: uma propuesta de conciliación entre Neurociencias y Derecho Penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad**. Montevideo: B. de. F.; Buenos Aires: Euros Ed., 2013. p. 28.

³²⁴CRESPO, Eduardo Demétrio. Presentación. In: CRESPO, Eduardo Demétrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). **Neurociencias y Derecho Penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad**. Montevideo: B. de. F.; Buenos Aires: Euros Ed., 2013. p. 17.

existência do livre-arbítrio poderia ser apenas uma impressão subjetiva e o livre-arbítrio uma ilusão explicável apenas a partir da neurociência³²⁵.

Ainda entre os professores de Direito Penal, tem-se Claus Roxin, já destacado em outra oportunidade, ressalta-se ainda que apesar de ser um crítico do livre-arbítrio, o autor não o rechaça como Gerhard Roth, no entanto, enfatiza que discussões em torno do tema devem ser deixadas para o campo da filosofia, diminuindo a importância do livre-arbítrio e defendendo que as questões referentes à existência do livre-arbítrio não foram ainda solucionadas cientificamente³²⁶.

É evidente que o sistema jurídico especialmente o penal, detém autores com variadas perspectivas em torno da questão da culpabilidade e inevitavelmente do livre-arbítrio, além do influxo dos próprios avanços neurocientíficos que desafiam o Direito Penal no que diz respeito à existência ou inexistência do livre-arbítrio. Precisamente por não haver um resultado conclusivo sobre o assunto, a questão permanece controversa, reconhecendo, contudo, as importantes conquistas da ciência do cérebro e seus desafios na esfera da dogmática-penal.

4.2 Neurociência e a Conduta Humana: Liberdade e Responsabilidade Pessoal

Os dilemas entabulados são objeto de estudo e reflexão por parte de diversos estudiosos, já que as novas perspectivas inauguradas pela neurociência se preocupam com questões antigas e que agora novamente são trazidas à tona, como é o caso da responsabilidade. Nesse contexto, Atahualpa Fernandez e Marly Fernandez³²⁷ explicam acerca da definição de responsabilidade pessoal:

A responsabilidade pessoal é um conceito público. Existe dentro de um grupo, não no contexto de um indivíduo. Se você fosse a única pessoa na Terra, não seria pertinente o conceito de responsabilidade pessoal. A responsabilidade é um conceito que cada um forma em torno das ações próprias e alheias.

³²⁵CRESPO, Eduardo Demétrio. Presentación. In: CRESPO, Eduardo Demétrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto (coordinador). **Neurociencias y Derecho Penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad**. Montevideo: B. de. F.; Buenos Aires: Euros Ed., 2013. p. 17.

³²⁶ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico-penais da revolução neurocientífica**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 167.

³²⁷FERNANDEZ, Marly; FERNANDEZ, Atahualpa. **Neuroética, direito e neurociência: conduta humana, liberdade e racionalidade jurídica**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 75.

Dessa forma, a responsabilidade está tanto para o próprio atuar quanto em torno das ações de outros indivíduos, Atahualpa e Marly Fernandez entendem que o seu conceito é algo público e não individual³²⁸. Os referenciados autores explicam que: “[...] a responsabilidade é um constructo humano que existe somente no mundo social, donde há mais de uma pessoa; é uma regra construída socialmente, que existe somente no contexto da interação humana”³²⁹. Segue a mesma linha de raciocínio Michael Gazzaniga³³⁰, o qual leciona que:

[...] nenhum pixel de uma imagem cerebral poderá manifestar culpabilidade ou não culpabilidade. Dito de outro modo, a neurociência nunca encontrará o correlato cerebral de responsabilidade, porque é algo que atribuímos aos humanos – às pessoas –, não aos cérebros. É um valor moral que exigimos das pessoas de nosso entorno, os seres humanos que se regem por regras.

Nesse íterim, a neurociência aparentemente não se manifesta diretamente acerca da responsabilidade pessoal, entretanto, busca contribuir com as novas descobertas acerca do comportamento e da conduta humana que inevitavelmente repercutirá também na discussão acerca da responsabilidade.

Cabe ilustrar o pensamento de Eduardo Crespo³³¹ que, ao abordar a questão da responsabilidade, remete novamente aos estudos de Benjamin Libet, conforme seu entendimento:

En el ámbito de la responsabilidad penal podría llevar, a partir de las ya famosas investigaciones de Libet (1985, 1987), a la disolución de la distinción entre actos voluntarios e involuntarios, o cuando menos, a modificar nuestra comprensión actual de conceptos tan importantes en nuestro esquema de imputación de responsabilidad penal como el dolo, y a su vez, el conocimiento o la intencionalidad.

Em uma linha de raciocínio não tão distante, localiza-se também Winfried Hassemer³³², estudioso que aborda a questão da culpabilidade e responsabilidade através de um viés advindo da biologia humana:

³²⁸FERNANDEZ, Marly; FERNANDEZ, Atahualpa. **Neuroética, direito e neurociência: conduta humana, liberdade e racionalidade jurídica**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 75.

³²⁹FERNANDEZ, Marly; FERNANDEZ, Atahualpa. **Neuroética, direito e neurociência: conduta humana, liberdade e racionalidade jurídica**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 75.

³³⁰GAZZANIGA, Michael S.; IVRY, Richard B; MANGUN, George R. **Neurociência cognitiva: a biologia da mente**. Tradução de: Angelica Rosat Consiglio et al. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2006. p. 555.

³³¹CRESPO, Eduardo Demétrio. **Prevención general e individualización judicial de la pena**, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999. p. 24.

Sin embargo, éste es el cajón de la biología humana – no de la psicología, no de la antropología filosófica, de la ciencia de la historia, de la teología, de la pedagogía, de la ciencia del Derecho Penal o de las demás ocupaciones, disciplinas e instituciones que en nuestro mundo trabajan con la libertad y la responsabilidad. Quisiera mostrar que las ciencias empíricas del ser humano no son las únicas llamadas a hablar sobre la libertad, y mucho menos, a decir la última palabra. Pues esta palabra no existe en este mundo.

O autor em comento sustenta a participação dos institutos da culpabilidade e da responsabilidade pessoal através de um viés ainda não mencionado, ou seja, considera pontualmente que a neurociência não possui qualquer influência sob o Direito Penal, na medida em que se fundamenta em outras bases e não em razões exclusivamente de ordem biológica, embora através deste último se encontre a realização e a eficácia³³³.

Castanheira Neves³³⁴ também argumenta que as neurociências se referem ao indivíduo dirigindo-se à sua dimensão biológica e, assim, a consideração da noção de responsabilidade e culpabilidade conduz o sujeito a trilhar “a segunda natureza do homem” e sua “criação cultural”.

Acompanhando as lições de José Costa³³⁵, o qual também demonstra a participação da responsabilidade jurídico-penal ou responsabilidade pessoal, como “manutenção das condições fundamentais a convivência dos sujeitos livres enquanto pessoas”. Sob o pálio da concepção do mencionado autor, é possível notar uma intelecção entre os institutos da culpabilidade e da responsabilidade, como forma de pressupostos para o alcance da noção de liberdade ou da ideia de “sujeitos livres” como preferiu o autor³³⁶.

³³²HASSEMER, Winfried. **Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal**. El texto se corresponde con la conferencia dictada por el autor ante la Sección de Derecho penal de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación . Tradução de Manuel Cancio Meliá. Madri, 2011. p. 06.

³³³HASSEMER, Winfried. **Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal**. El texto se corresponde con la conferencia dictada por el autor ante la Sección de Derecho penal de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación . Tradução de Manuel Cancio Meliá. Madri, 2011. p. 01-12.

³³⁴NEVES, Antônio Castanheira. **O direito como alternativa humana**. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito. In: *Digesta*, Vol. 1.º, Coimbra: Coimbra, 1995. p. 298.

³³⁵COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal (Fragmenta iuris poenalis)*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra, 2009. p. 70.

³³⁶COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal (Fragmenta iuris poenalis)*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra, 2009. p. 70.

Fábio Roque³³⁷, por sua vez, relembra os experimentos de Benjamin Libet e a noção de neurodeterminismo e a forma como esses podem inferir na presente problemática:

O que se parece mais significativo, porém, é o fato de o neurodeterminismo pretender a reformulação de todo o sistema de imputação de responsabilidade penal com fundamento em experimentos que se apoiam em adoção de decisões que em nada – ou quase nada – poderiam influir na configuração do injusto. De forma mais clara, há uma distância himalaica entre a aferição do livre-arbítrio no momento em que se exige que a pessoa pressione a mão – como nos experimentos de Libet – e a aferição da vontade livre em um crime devidamente planejado e executado com observância das minúcias pré-concebidas.

Contudo, embora em um cenário como esse, é importante e razoável admitir mesmo que diversos estudiosos revelam que a neurociência é incapaz de produzir um correlato neuronal da responsabilidade, necessário se faz reconhecer, ao menos a princípio, que a neurociência deve contribuir para o encontro de soluções mais corretas para a definição de responsabilidade pessoal, permitindo com isso mais “justiça nos juízos, castigos, tratamentos e liberdade condicional dos culpáveis”³³⁸.

Nessa linha de pensamento, Marly e Atahualpa Fernandez³³⁹ demonstram, através do entendimento de Morse (2004), as repercussões e contribuições dos avanços das neurociências para o instituto da responsabilidade:

Que é responsabilidade? A responsabilidade é o que atribui uma pessoa a outra acerca de uma ação realizada. E quando digo ação, o que quero aqui é dar-lhe três critérios para apreciar a responsabilidade no Direito. Primeiro, basicamente deve haver uma ação. Segundo, deve haver um estado mental culpável que acompanhe a ação. E o terceiro, o culpável deve ser um agente moral e responsável, sendo critério básico que o indivíduo tenha a capacidade de raciocinar e atuar livremente. Sem dúvida que a neurociência pode ajudar, e muito, a estabelecer estes parâmetros como funciona o cérebro humano.

De fato, pretende Morse demonstrar que a neurociência no estágio em que se encontra é capaz de definir ou organizar áreas cerebrais que operam para direcionar

³³⁷ ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo**: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 180.

³³⁸ FERNANDEZ, Marly; FERNANDEZ, Atahualpa. **Neuroética, direito e neurociência**: conduta humana, liberdade e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá, 2008. p. 64.

³³⁹ FERNANDEZ, Marly; FERNANDEZ, Atahualpa. **Neuroética, direito e neurociência**: conduta humana, liberdade e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá, 2008. p. 64.

determinados pensamentos éticos, raciocínios, dinâmicas que conduzirão ao agir do sujeito e conseqüentemente a intencionalidade da ação para um estágio cerebral em relação à culpabilidade, bem como à responsabilidade jurídico-penal.

Daí por que lecionam Marly e Atahualpa Fernandez³⁴⁰:

Responsabilidade não implica que somos motores imóveis no sentido aristotélico, que estejamos de fora da cadeia de causa e efeito, mas significa que, como agentes de ações intencionais, estamos numa peculiar posição em uma longa cadeia de causas. Somos agentes capazes de controlar nossas ações e não um sistema ato-reflexo que transforma estímulo em resposta.

Com efeito, após desmistificar toda a construção histórica da culpabilidade, a concepção atual de culpa, ao grosso modo, está relacionada ao vínculo subjetivo existente entre o autor do fato e a existência de uma ação livre e intencionada, através do exercício da inteligência e da vontade, sendo plausível, nessa hipótese, atribuir responsabilidade pelo fato criminoso praticado, ao menos a grande parte da doutrina prefere adotar esse entendimento. Nessa toada, esclarecem Marly e Atahualpa Fernandez³⁴¹:

[...] a lei pune crimes que são o resultado da deliberação e da vontade e é indulgente com os acidentes ou aqueles agentes incapazes de ações racionais (p.e., os menos incapazes). Essa seletividade só pode estar baseada na ideia de prevenção: seria um absurdo dizer a alguém para não matar se ele não fosse capaz de deixar de fazê-lo tanto quanto seria absurdo dizer a alguém para parar seu próprio coração. Da mesma forma, a lei pune crimes que resultam de ações que podemos controlar e podemos, então, evitar no futuro.

Claro está, portanto, que a larga e difícil aceitação histórica por parte dos tribunais de reconhecer os avanços tecnológicos das ciências do cérebro está se modificando, haja vista o desenvolvimento de um novo capítulo iniciado pelas descobertas neurocientíficas, a qual está adentrando cada vez mais no campo jurídico-penal.

Sem sombra de dúvidas, questionamentos acerca das dificuldades encontradas pelos indivíduos na predileção do perigo, ou seja, na realização ou não

³⁴⁰FERNANDEZ, Marly; FERNANDEZ, Atahualpa. **Neuroética, direito e neurociência**: conduta humana, liberdade e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá, 2008. p. 99.

³⁴¹FERNANDEZ, Marly; FERNANDEZ, Atahualpa. **Neuroética, direito e neurociência**: conduta humana, liberdade e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá, 2008. p. 99.

de atos criminosos e a conseqüente imputação pela ação praticada, é alvo de investigações constantes, já que essa concepção de responsabilidade adotou o fundamento subjetivo, em conformidade com o grau de culpabilidade. Justamente por isso, ao atribuir um fundamento subjetivo que acaba relacionando a própria culpabilidade com o juízo de reprovação pelo fato criminoso, os avanços das neurociências elencam que a culpabilidade por si só não é suficiente para fundamentar ou sustentar a responsabilidade, já que é comum uma parte dos estudiosos consideraram a culpabilidade como um princípio da responsabilidade penal.

Assegura Sebastián Mello³⁴², acerca da responsabilidade penal a partir de uma concepção fundamentada pela culpabilidade, possibilitando:

[...] conceder e estruturar a responsabilidade penal a partir do juízo de culpabilidade caso se admita, como verdadeiro pressuposto *sine qua non*, um âmbito de liberdade ao indivíduo. Esse âmbito de liberdade permite que a culpabilidade cumpra suas missões mais importantes na esfera jurídico-penal: permite que se estabeleça um limite à potestade punitiva do Estado; consegue fixar um juízo individualizador e subjetivo da imputação (em face do injusto penal); e possibilita estabelecer critérios normativos e valorativos no juízo de imputação, sem que se recorra ao caráter moralizante das noções de censura e reprovação.

Assim, dessa interação, surgem diversos questionamentos que invariavelmente se esbarram com a questão da culpabilidade, da liberdade humana e dos processos cerebrais subjacentes, propondo às neurociências novos modos de entender a conduta humana e, “[...] em última instância, devemos compreender que, ainda que a causa de um ato (criminoso ou de outra ordem) seja explicável em termos de funções cerebrais isto não significa que a pessoa que leva a cabo a ação seja exculpável”³⁴³.

Em que pese já se possa perceber um amadurecimento da humanidade, muitas discussões ainda são atordoantes para a comunidade acadêmica, no entanto, considerar, no sentido de recepcionar tais avanços, é abrir as portas para

³⁴²BUSATO, Paulo César (org), MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. Neurociência e direito penal. In: **Culpabilidade e neurociências: Entre problemas reais e imaginários**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 106.

³⁴³FERNANDEZ, Marly; FERNANDEZ, Atahualpa. **Neuroética, direito e neurociência: conduta humana, liberdade e racionalidade jurídica**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 75.

novas concepções, novos aportes teóricos, embora ainda demonstrem certa vulnerabilidade na seara penal. Alexis de Brito³⁴⁴ relata esta situação:

Todavia, com a neurociência cognitiva, a previsão legal de responsabilidade (ou imputabilidade) fica em “terreno frágil”, pois sua legitimidade depende de seu adequando reflexo das instituições morais e dos comportamentos sociais. Se a neurociência pode alterar essas instituições então a neurociência pode mudar a lei.

Reflexões como essas merecem uma análise muito detida, pois ao aderirem às percepções neurocientíficas se está acolhendo também o discurso neurodeterminista já abordado em outro momento, além da noção de inexistência de livre-arbítrio, premissas que abduzem uma conduta consciente e livre e se apoiam na abolição da culpabilidade, que, por sua vez, conduzem à reconstrução do sistema de imputação de responsabilidade penal.

Hassemer Winfried³⁴⁵ demonstra, por sua vez, que o fardo de superar um Direito Penal baseado em uma liberdade inexistente é tormentoso demais, pois embora Benjamin Libet e outros estudiosos tenham suportado o fardo, para que seja possível se encontrar um meio termo entre a intervenção do Estado e as conquistas históricas.

Nesses moldes, pautado nas descobertas neurocientíficas, Sebastián Mello³⁴⁶ demonstra as críticas apontadas a estes avanços:

Em síntese, os estudos da neurociência têm dificuldades em estabelecer critérios individualizados que excluam a responsabilidade pelo acaso; não fornecem parâmetros seguros para separar os culpáveis dos não culpáveis; não conseguem fixar quais os fatores causais que interferem na conduta humana que são relevantes e irrelevantes, além de serem incapazes de fundamentar a prevenção geral.

³⁴⁴BUSATO, Paulo César (org), BRITO, Alexis Couto de. Neurociência e direito penal. In: **Neurociência livre-arbítrio entre a dogmática penal e a política criminal**. São Paulo: Atlas, 2014. p.126.

³⁴⁵HASSEMER, Winfried. **Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal**. El texto se corresponde con la conferencia dictada por el autor ante la Sección de Derecho penal de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación . Tradução de Manuel Cancio Meliá. Madri, 2011. p. 01-12.

³⁴⁶BUSATO, Paulo César (org), MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. Neurociência e direito penal. In: **Culpabilidade e neurociências: Entre problemas reais e imaginários**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 102.

Fábio Roque³⁴⁷ traz à tona a influência das pesquisas de Benjamin Libet para a responsabilidade, em um cenário com postulados neurocientíficos frente às consequências no sistema jurídico-penal:

O que parece mais significativo, porém, é o fato de o neurodeterminismo pretender a reformulação de todo o sistema de imputação de responsabilidade penal com fundamento em experimentos que se apoiam em adoção de decisões que em nada ou quase nada- poderiam influir na configuração do injusto. De forma mais clara, há uma distância himalaica entre a aferição do livre-arbítrio no momento em que se exige que a pessoa pressione a mão- como nos experimentos de Libet- e a aferição da vontade livre em um crime devidamente planejado e executado com observância das minúcias pré-concebidas.

Não se pode deixar de perceber que as infinidades das pesquisas científicas culminam em uma mudança considerável no paradigma jurídico-penal, conforme pressupõe as pesquisas elencadas por Benjamin Libet e outros, alterando, por sua vez, a noção de culpabilidade, a qual se afirma em processos de imputação de responsabilidade pessoal que sofrerá também mudanças em seu arcabouço. Sob esse aspecto, compreendem Alexey Carunho e Rodrigo Cabral³⁴⁸ que, “[...] toda base para a responsabilização penal deve girar em torno da ideia de liberdade de ação, rechaçando-se, por incompatível, qualquer crença determinista”.

Por esse ângulo também analisa Marina Cerqueira³⁴⁹ sobre a relação entre os institutos da liberdade e da responsabilidade:

[...] a questão do livre-arbítrio representa algo além do que para as outras pessoas, pois é um instrumento de trabalho do qual parece depender sua própria existência, enquanto profissional do Direito, vez que a fundamentação da responsabilidade reside na liberdade do ser humano.

Nessa esteira de argumentação, com todos os paradigmas já estabelecidos, dúvidas cercam demasiadamente o campo jurídico-penal e, considerando a pertinência de tais indagações, a questão que se instaura neste contexto e,

³⁴⁷ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo**: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 180.

³⁴⁸BUSATO, Paulo César (org), CARUNCHO, Alexey Choi; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Neurociência e direito penal. In: **A neurociência e as consequências sancionatórias a partir de uma desconsideração da linguagem**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 158.

³⁴⁹SANT'ANNA, Marina Cerqueira. **Neurociências e culpabilidade**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 81.

consequentemente, será analisada em um momento oportuno é: caso se aceite que o livre-arbítrio ou a liberdade de vontade é inexistente ou uma ilusão restaria espaço para a responsabilidade pessoal? Ou seria a sua exclusão?

4.2.1 Reflexos Penais Sobre a (In)Subsistência da Liberdade de Vontade

No transcorrer do trabalho foram vistas inúmeras manifestações que conduziram ao estágio atual, do qual a revolução neurocientífica tem se instalado. De igual sorte, o Direito Penal e todo o sistema de responsabilização tem sentido o caráter aflitivo dessas descobertas. Neste passo, adota Fábio Roque³⁵⁰ o seguinte posicionamento:

O que mais preocupa o Direito Penal que se fundamente exclusivamente em critérios de prevenção é a ideia de se subtrair seu conteúdo ético, substituindo-o por critérios de mera conveniência política-criminal. Ou, ainda, a exasperação do modelo de defesa social que se valha da prevenção irrestrita, fazendo sobrepujar o interesse coletivo de segurança sobre o interesse individual –e, em certa medida, também coletivo – de uma incriminação pautada na observância da correspondência entre a gravidade do crime e a gravidade da sanção.

Com o advento do “neurodeterminismo”, os alicerces da liberdade de vontade têm sofrido abalos de grande monta, os danos ocasionados são ainda mais preocupantes quando direcionam a construção de um Direito Penal formado por medidas de segurança ou ainda em um cenário pior, pautado em um Direito Penal do autor. Pelos baluartes do neurodeterminismo estaria em jogo todo o esforço empenhado, todo o tratamento dedicado pelas legislações e a propagação de um caráter aflitivo. Acerca dessas bases neurodeterminista atesta ainda Eduardo Crespo³⁵¹:

En primer lugar, cabe preguntarse qué hay que entender por "neurodeterminismo" como especie de determinismo científico. No se puede decir que se trate de una corriente unitaria, sino que sus representantes han ido dibujando una cierta imagen del ser humano a partir de unas características comunes que contradicen la idea

³⁵⁰ ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo**: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 182.

³⁵¹ CRESPO, Eduardo Demétrio. **Compatibilismo Humanista**: uma proposta de conciliación entre Neurociencias y Derecho Penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penale la peligrosidad. Montevideo: B. de. F.; Buenos Aires: Euros, 2013. p. 22.

tradicional de la libertad de voluntad, sin extraer en todos los casos las mismas consecuencias a efectos de la responsabilidad de los individuos en la sociedad.

As bases do neurodeterminismo também são propugnadas por diversos autores, Fábio Roque³⁵² considera que:

[...] deve ter em conta que a ficção pode bailar com o absurdo, o que o conhecimento científico não permite. Mas, a rigor, o “neurodeterminismo” palmilha o caminho que consiste em enaltecer o conhecimento científico como idôneo à comprovação empírica da ausência de liberdade humana – tal qual ocorre no filme. E aqueles que pretendem a reconstrução do sistema punitivo com base nestas “descobertas”, não chegarão a outra conclusão, senão da intervenção estatal exclusivamente preventiva, com fundamento na defesa social.

Essas reflexões tendem a conduzir a uma avaliação crítica sob a vertente da inexistência da liberdade de vontade, já que se construiu uma teoria que enseja na reconstrução à luz das descobertas neurocientíficas.

Não é necessário despender maiores esforços para extrair os reflexos penais da aplicação da inexistência ou abolição do livre-arbítrio com a dispensa de uma conduta humana baseada na liberdade de vontade, que representa também a eliminação da própria noção de culpabilidade. As consequências penais desses acontecimentos são evidentes, embora os resultados neurocientíficos tenham estimulado diversos estudiosos a debruçarem sob essas descobertas neurocientíficas como meio de desvendar a natureza do homem.

A partir disso, pondera Sebastián Mello³⁵³:

Os aportes da neurociência sobre o funcionamento do cérebro e do sistema límbico podem estabelecer parâmetros para que se questione a existência ou não do citado e criticado livre-arbítrio; mas não podem deixar de reconhecer que o moderno Estado Constitucional reflete uma visão de ser humano livre, e que a democracia moderna pressupõe o exercício individual e coletivo do direito de liberdade, sem o qual não é possível conceber a dignidade humana.

³⁵² ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo**: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 184.

³⁵³ BUSATO, Paulo César (org), MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. Neurociência e direito penal. In: **Culpabilidade e neurociências. Entre problemas reais e imaginários**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 105.

Sob esse prisma, elucida Eduardo Crespo³⁵⁴, acerca do problema da liberdade como uma premissa metafísica, frente ao panorama do Direito Penal:

El problema de la libertad es demasiado amplio como para que el Dere-clw penal o la Neurociencia pretendan agotarlo. Desde luego el Derecho penal no puede tratar de resolver el problema de la libertad, sino que desde hace tiempo sabemos que su objetivo es mucho más modesto, menos metafísico. La elección del mejor modelo de Derecho penal (o de algo mejor que el Derecho penal) para tratar de cumplir de manera óptima con ese cometido - que no es otro que hacer posible la convivencia mediante la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más intolerables- no debe hacerse de-pender de una premissa metafísica. La libertad de voluntad es, en este sentido, una premissa metafísica.

Em outras palavras, o referenciado autor pretende demonstrar que a liberdade como um ideal ou como algo que rege a existência fundamental como uma espécie de pedra angular do sistema penal e não impediria o compartilhamento por aqueles que rejeitam o livre-arbítrio como metafísica para justificar a punição e impor pena³⁵⁵.

Todavia, é fundamental reconhecer que os estudos da neurociência também demonstram ser úteis além da aferição neuronal, sobretudo, para estabelecer critérios quanto à capacidade do sujeito, considerando-o culpável ou não para a imposição da pena, sendo aplicáveis tais descobertas para fundamentar bem como justificar a conduta humana³⁵⁶. Nesse aspecto, demonstra Sebastián Mello³⁵⁷:

A liberdade, se existe ou não no plano ontológico, é uma questão de alta indagação para a qual ainda não há resposta. Mas o direito à liberdade existe. É a liberdade um bem jurídico-penal protegido através de normas penais; é a perda da liberdade a consequência jurídica mais frequente imposta ao condenado pela prática da infração penal; a Constituição reconhece a liberdade como um dos princípios e garantias fundamentais; é pela liberdade que se luta

³⁵⁴CRESPO, Eduardo Demétrio. **Compatibilismo Humanista**: uma propuesta de conciliación entre Neurociencias y Derecho Penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal la peligrosidad. Montevideo: B. de. F.; Buenos Aires: Euros, 2013. p. 32.

³⁵⁵CRESPO, Eduardo Demétrio. **Compatibilismo Humanista**: uma propuesta de conciliación entre Neurociencias y Derecho Penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal la peligrosidad. Montevideo: B. de. F.; Buenos Aires: Euros, 2013. p. 34.

³⁵⁶BUSATO, Paulo César (org), MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. Neurociência e direito penal. In: **Culpabilidade e neurociências**: Entre problemas reais e imaginários. São Paulo: Atlas, 2014. p. 105.

³⁵⁷BUSATO, Paulo César (org), MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. Neurociência e direito penal. In: **Culpabilidade e neurociências**: Entre problemas reais e imaginários. São Paulo: Atlas, 2014. p. 105.

quando o homem se vê oprimido pela violência ou pelo arbítrio; o sofrimento e a vulnerabilidade humana quando há perda de liberdade são facilmente perceptíveis.

Desse modo, nota-se a dificuldade de se demonstrar empiricamente a liberdade de vontade, no entanto, isso não implica necessariamente no fim do seu conceito e na possibilidade do indivíduo pautar sua vida com liberdade, pois é desta forma que o homem se vê: fundamentalmente livre. *A contrario sensu*, causaria mudanças flagrantes no sistema jurídico-penal que podem decorrer para o âmbito sancionatório, ou seja, resultariam na reprovabilidade das condutas penais existentes.

Nesse sentido é a linha de raciocínio de Alexey Carunho e Rodrigo Cabral³⁵⁸ “[...] o horizonte que se desenha com o uso da neurociência pelo Direito Penal revela não só a existência de graves problemas políticos-criminais, como ainda assenta-se em premissas ingênuas e equivocadas sob uma perspectiva filosófica”.

Claro está, portanto, o comprometimento do Direito Penal com premissas da liberdade de ação, haja vista que sua negação ocasionará forte impacto nesse âmbito, reformulando suas principais bases de sustentação. Como atrever-se a negar aquilo que a sociedade se apoia e o Direito Penal deposita como modo ser linguístico ou agir comunicativo³⁵⁹. Ressalta nesse sentido Alexey Cabral³⁶⁰:

Só com a perspectiva de que as pessoas têm a capacidade de autodeterminação, de escolher seus caminhos, será possível realizar, por meio do Direito Penal, um juízo de valor acerca da conduta humana. Adotar posições deterministas, nesse sentido, seria decretar a morte do próprio Direito Penal, pois, diante da inexistência da liberdade, não haveria culpabilidade, nem conseqüentemente a possibilidade de reprovar alguém por algo, já que não existiria uma “culpa” pela conduta a ser valorada.

É temerário acolher, diante toda construção histórica da culpabilidade, das noções de autodeterminação, livre-arbítrio e até mesmo das bases da teoria do delito, os resultados já obtidos pelo campo neurocientífico. Dentre as várias

³⁵⁸BUSATO, Paulo César (org), CARUNCHO, Alexey Choi; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Neurociência e direito penal. In: **A neurociência e as conseqüências sancionatórias a partir de uma desconsideração da linguagem**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 160.

³⁵⁹BUSATO, Paulo César (org), CARUNCHO, Alexey Choi; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Neurociência e direito penal. In: **A neurociência e as conseqüências sancionatórias a partir de uma desconsideração da linguagem**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 159.

³⁶⁰BUSATO, Paulo César (org), CARUNCHO, Alexey Choi; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Neurociência e direito penal. In: **A neurociência e as conseqüências sancionatórias a partir de uma desconsideração da linguagem**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 159.

manifestações desses avanços, a discussão que mais viceja controvérsias diz respeito a (in)existência da liberdade de vontade, inclusive no próprio âmbito das ciências do cérebro.

Os reflexos penais da (in)subsistência da liberdade de vontade abala os alicerces da culpabilidade que, por sua vez, afetaria os pilares de sustentação do Direito Penal, o qual caminharia em direção a uma intervenção punitiva baseada em medidas de segurança, entretanto, com adoções como essas está se prevendo também um Direito Penal do autor e não mais um Direito Penal do fato. Não obstante todos esses argumentos, suposições e constatações devem ser estudados cuidadosamente. Nas palavras de Fábio Roque³⁶¹, “estas são reflexões que merecem uma análise muito detida, sobretudo por parte daqueles quem de inopino, passam a aderir ao discurso do neurodeterminismo”. E é necessário muito esforço para compreender e analisar o que isso representa especialmente na esfera do Direito Penal.

4.2.2 Implicações Neurocientíficas no Direito Penal: não muda nada?

Com o embasamento das teses de cunho neurocientífico, ventilam-se perigosas “contribuições” que sujeitam o livre-arbítrio, a culpabilidade, bem como a responsabilidade há uma análise crítica. A celeuma reside normalmente nas discussões em sede de culpabilidade jurídico-penal, ou como preferem alguns estudiosos, na inexistência de um conceito válido acerca da culpabilidade.

Com isso, aborda Alexis de Brito³⁶²:

Tanto a lei quanto nosso senso de justiça iriam mudar. Segundo Greene e Cohen, a neurociência cognitiva vai afetar a lei, não fornecendo novas ideias ou argumentos sobre a natureza da ação humana, mas dando vida nova a velhos argumento, pois no meio da identificação dos mecanismos orgânicos responsáveis pelo comportamento ilustrará por imagens o que até agora só podia ser apreciado através de teorização esotérica [...]

³⁶¹ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo**: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 185.

³⁶²BUSATO, Paulo César (org), BRITO, Alexis Couto de. Neurociência e direito penal. In: **Neurociência livre-arbítrio entre a dogmática penal e a política criminal**. São Paulo: Atlas, 2014. p.125.

Seguindo nessa esteira, há em meio desse cenário de mudanças tanto um excesso de otimismo quanto de pessimismo, considerando que a neurociência ameaça transformar o arcabouço do sistema penal atual, encontra-se adeptos e opositores especulando soluções e retrocessos, em um debate de análise consequencialista a fim de evitar outros futuros danos sociais, dos dois lados. Contribui para essa discussão Martyn Pickersgill³⁶³, o qual prevê um impacto em grande escala no âmbito do sistema penal que necessitará ser reformado para incorporar a neurociência cognitiva e suas previsões precisas, culminando em intervenções mais eficazes e menos preconceituosas. Com isso, a sociedade poderia ter menos crimes e menos pessoas nas prisões.

A guisa desse entendimento, Eduardo Crespo³⁶⁴ ressalta sobre os influxos da neurociência no Direito Penal:

Los focos de influencia de la Neuro-ciencia sobre el Derecho son enormemente amplios y van desde aspectos relacionados con el tipo de conocimiento asociado a la investigación neu-rocientífica y sus límites empíricos, pasando por el problema crucial de cómo cohonestar estos "saberes" con el estado de conocimiento actual

Sobreleva notar que, embora sejam tentadoras as propostas neurocientíficas, o sistema penal estaria direcionado a postura de cunho excessivamente preventivo. O Direito Penal precisa estar voltado, segundo a concepção de Alexis de Brito³⁶⁵, a um conteúdo social, conforme suas palavras: “O Direito Penal converte-se em um instrumento de controle social formalizado, que pretende evitar a realização de comportamentos desviados ou não desejados”.

A luz das bases de abordagem da neurociência argumenta novamente Eduardo Crespo³⁶⁶:

³⁶³PICKERSGILL, Martyn. **Connecting neuroscience and law: anticipatory discourse and the role of sociotechnical imaginaries**. In: *New Genetics and Society*. Routledge, v. 30.n.01, mar. 2010. p. 30.

³⁶⁴CRESPO, Eduardo Demétrio. **Compatibilismo Humanista: uma propuesta de conciliación entre Neurociencias y Derecho Penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal la peligrosidad**. Montevideo: B. de. F.; Buenos Aires: Euros, 2013. p. 18.

³⁶⁵BUSATO, Paulo César (org), BRITO, Alexis Couto de. **Neurociência e direito penal**. In: **Neurociência livre-arbítrio entre a dogmática penal e a política criminal**. São Paulo: Atlas, 2014. p.136.

³⁶⁶CRESPO, Eduardo Demétrio. **Compatibilismo Humanista: uma propuesta de conciliación entre Neurociencias y Derecho Penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal la peligrosidad**. Montevideo: B. de. F.; Buenos Aires: Euros, 2013. p. 19.

Con todo, es improbable que la llamada "revolución neurocientífica" lleve consigo un "cambio de paradigma" cultural en el sentido del pensamiento "kuhniano" sobre el desarrollo científico (Kuhn, 1976) que haga tambalear los principios jurídicos fundamentales. Esto no significa, sin embargo, que no haya que estar alertas ante la evolución que pueda llegar a producirse, porque los eventuales efectos positivos pueden también convertirse en enormemente perniciosos si no aprendemos las lecciones del pasado.

Certamente a comunidade acadêmica impressiona-se com as descobertas das ciências do cérebro e tem seus motivos, haja vista que os neurocientistas pretendem demonstrar por meio de suas técnicas o porquê de determinados comportamentos, ações e decisões. E não se pode olvidar que o ordenamento jurídico como um todo, está preocupado com a forma como os sujeitos se comportam e, nesse quesito, as neurociências tem cumprido seu papel.

Alexis de Brito³⁶⁷ atesta novamente sobre a desavença Direito Penal x Neurociências:

Quando a neurociência cognitiva é levada ao sistema legal, as complexidades se aprofundam, pois os operadores do sistema podem estar esperando a descoberta de uma estrutura ou conjunto de estruturas cerebrais que seriam as responsáveis pelo comportamento criminoso. Mas não há e nem poderá haver nenhuma estrutura assim, porque o que é comportamento criminoso é definido socialmente.

De fato, considerando o panorama atual, é inegável a incidência das descobertas e avanços neurocientíficos no Direito Penal e a inevitável mudança acerca das antigas concepções em relação a conduta humana, comportamento, responsabilidade e a vontade livre. Nesse sentido também demonstram José de Castro e Fernando de Souza³⁶⁸ que “[...] não se pode negar que a crise inicial das conclusões da Neurociência fez os estudos sobre a liberdade no Direito Penal evoluírem, devido à reflexão trazida, principalmente no que se refere à legitimidade de aplicação da pena”.

A despeito disso, em grande medida, as neurociências mudam e tendem a mudar em progressão geométrica os primados da dogmática penal. Cabe,

³⁶⁷BUSATO, Paulo César (org), BRITO, Alexis Couto de. Neurociência e direito penal. In: **Neurociência livre-arbítrio entre a dogmática penal e a política criminal**. São Paulo: Atlas, 2014. p.138.

³⁶⁸BUSATO, Paulo César (org), CASTRO, José Roberto Wanderley de, SOUZA, Fernando Antônio C. Alves. Neurociência e direito penal. In: **O retorno do discurso determinista no Direito Penal: uma introdução ao debate entre neurociências e dogmática penal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 289.

entretanto, a esse sistema “[...] demonstrar dogmaticamente que as categorias do delito foram preenchidas (merecimento) e se a aplicação da sanção penal é necessária ao caso”³⁶⁹.

O debate entre a neurociência e o Direito Penal, como já destacado, põe em xeque a possibilidade de reformulação dos pilares do sistema penal, com um provável retorno de um Direito Penal do autor e não do fato. Nesse horizonte que se desenha um debate fervoroso, elencam Alexey Carunho e Rodrigo Cabral³⁷⁰:

Embora esse discurso tenha operado nos mais diversos ramos do Direito, fácil identificar que a presa mais vulnerável desses ataques tem sido o Direito Penal, pois se trata de um ramo que vem demonstrando grandes dificuldades na apresentação de explicações estáveis para alguns de seus elementos. Pense-se, a esse respeito, na configuração da conduta, do dolo ou da própria culpabilidade no âmbito da teoria do delito. O cenário que se tem, por isto, é bastante favorável para assistir que a neurociência colonize pontos estratégicos do Direito Penal.

Não obstante, as maiores preocupações em torno desse âmbito é a aplicação das teses deterministas em um panorama penal atual. Atesta, nesse interregno, Eduardo Crespo³⁷¹ que o maior obstáculo encontrado estaria nos efeitos da aplicação das teses deterministas da Neurociência no Direito Penal, já que isso conduziria em uma política criminal mais cruel, levando à punição meramente pelo resultado, sendo totalmente relevante a reprovação social da conduta.

Convém pôr em relevo que, apesar de tantas divergências e debates, é indispensável o diálogo entre a neurociência e o Direito Penal, tendo em vista a necessidade de fundamentações/conceitualizações plausíveis e devidamente orientadas dos seus institutos e teorias. Todos os resultados neurocientíficos possibilitam, sem qualquer resquício de dúvidas, uma reflexão acerca da conduta e comportamento humano e outros parâmetros ligados ao sujeito no âmbito da responsabilidade criminal.

³⁶⁹ BUSATO, Paulo César (org), BRITO, Alexis Couto de. Neurociência e direito penal. In: **Neurociência livre-arbítrio entre a dogmática penal e a política criminal**. São Paulo: Atlas, 2014. p.139.

³⁷⁰ BUSATO, Paulo César (org), CARUNCHO, Alexey Choi; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Neurociência e direito penal. In: **A neurociência e as consequências sancionatórias a partir de uma desconsideração da linguagem**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 160.

³⁷¹ CRESPO, Eduardo Demétrio. **Compatibilismo Humanista**: uma propuesta de conciliación entre Neurociencias y Derecho Penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Montevideo: B. de. F.; Buenos Aires: Euros, 2013. p. 23.

Assim, compreende Marina Cerqueira³⁷²:

[...] a oxigenação do Direito Penal com as mencionadas descobertas da neurociência cognitiva é extremamente valiosa, pois permite a sua afirmação situada a partir de parâmetros linguísticos e possibilita compreender os seus institutos, principalmente no âmbito da teoria do delito e, naturalmente, na ação e na culpabilidade, a partir da concepção significativa ou comunicativa de ação, o que, indubitavelmente, o revela pertinente como o giro linguístico pragmático e em conformidade com os postulados constitucionais.

Reconhecer que os avanços neurocientíficos são importantes para o Direito Penal não é o mesmo que abraçar as teses deterministas e concluir que o livre-arbítrio não existe, é admitir que tais descobertas podem ser de alguma forma salutar, seja na descobertas de patologias ou distúrbios cerebrais o que auxiliaria o Direito Penal em outras projeções. O que não se quer assumir é justamente um retrocesso depois de tantas conquistas.

4.3 Crítica Dogmática Penal a Aplicação das Teses Neurocientíficas

Enfrenta-se, pois, um importante e denso momento na dogmática penal com as teses neurocientíficas. Rechaçar já de antemão a contribuição da revolução neurocientífica parece uma atitude ingênua, já que tem se mostrado de algum modo salutar. Curiosamente, é necessário perceber que teses ancoradas na ausência de livre-arbítrio tem levado a um caminho obscuro, o qual não tem convencido, ao menos a princípio, a grande parte da doutrina penal, que tem preferido não acolher seus dogmas e abolir prematuramente a ideia de livre-arbítrio com a eclosão dessas teses neurocientíficas. Não negando, todavia, que tais descobertas podem de alguma forma influenciar a dogmática penal, mas não necessariamente na discussão da culpabilidade.

4.3.1 Será o Conhecimento Científico Detentor Monopolista da Verdade?

A noção de monopólio da verdade é assunto já muito discutido ao longo do tempo e o medo de incorrer no mesmo equívoco também se repete. Fábio Roque³⁷³ suscita essa noção:

³⁷²SANT'ANNA, Marina Cerqueira. **Neurociências e culpabilidade**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 103.

E, assim, a pretensão de monopólio da verdade acaba por transformar um movimento revolucionário, que incluirá a fraternidade no seu lema, em um arbitrário governo que prometeu espetáculos tenebrosos de execuções públicas e insuflou sua população a sangrentos embates fraticidas.

É possível perpassar por diferentes momentos históricos os quais se assentaram em concepções no sentido da primazia da ciência como detentora da verdade. Têm-se inúmeras manifestações que vão desde os movimentos do período renascentista, redescoberta do humanismo, o período marcado pelas navegações, a invenção da imprensa, a eclosão do positivismo e o surgimento e crescimento da própria ciência, recordando-se da figura de Augusto Comte e seu fundamento na religião. No século XIX com as ciências sociais que iram tidas como exatas – equivaleriam como comprovação científica da verdade³⁷⁴.

De fato, nesse novo cenário, de um discurso de cunho científico, com todas as descobertas e invenções, tem-se afastado da pretensão de ser o conhecimento neurocientífico detentor monopolista da verdade, considerando ser perigoso demais vender os olhos e aceitar os resultados das descobertas neurocientíficas como verdades incontestáveis. A vista disso, a pretensão de detenção monopolista da verdade, por parte da ciência é um equívoco que não deve ser reiterado, visto todo o histórico percorrido por este âmbito.

4.4 As Consequências da (Re)Construção do Sistema Punitivo

Não se pode deixar de perceber, a construção realizada em torno dos conhecimentos neurocientíficos, a qual naturalmente conduz aos aportes da teoria neurodeterminista e aqui que residem todas as consequências para a dogmática penal.

Indubitavelmente, não existindo o livre-arbítrio, ensejaria na reconstrução normativa de culpabilidade, ou seja, não seria possível admitir a culpabilidade com base na ideia de um ser humano livre dotado de uma conduta consciente. Por sua vez, sendo a culpabilidade desprovida de liberdade, haverá de destituir-lhe também do caráter de autodeterminação e, conseqüentemente, retirar-lhe a reprovabilidade e

³⁷³ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo**: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 177.

³⁷⁴ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo**: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 177-178.

extinguir com qualquer tipo de responsabilização penal, ou seja, se estaria caminhando em direção à abolição do Direito Penal, ao argumento de que não pode ser estabelecida qualquer espécie de pena para aqueles que não possuem liberdade de vontade.

Adotando esse cenário como parâmetro, é fácil perceber que se estaria diante de um modelo preventivo irrestrito, deixando de lado toda a construção de um modelo pautado em princípios éticos por “critérios de mera conveniência de política-criminal”³⁷⁵.

Em um cenário como esse, com sérias implicações no âmbito do Direito Penal, Fábio Guaragni e Rodrigo Guimarães³⁷⁶ designam os riscos com a incidência do neurodeterminismo:

Para o Direito Penal, o risco desse “neurodeterminismo” será representado ou pela absoluta deslegitimação; ou pela possibilidade de legitimar uma excessiva atuação penal preventiva com aplicação de medidas de segurança antecipadas. De logo, ambos podem ser afastados: (1) – pelo apelo ao homem como instância moral; (2) pela maneira como os homens reconstróem socialmente o mundo, tratando-se reciprocamente como livres; (3) – pela força constitutiva do eu-consciente derivada da sensação de liberdade, presente em juízos sobre os demais e em autocríticas.

A construção da dogmática penal sempre sofreu críticas, principalmente a ideia de livre-arbítrio. No entanto, apesar de todos os debates alavancados com as descobertas neurocientíficas, o conceito de liberdade evoluiu com todas as reflexões endereçadas a esse estudo. Não obstante, evoluir não significa dizer que se chegaram às mesmas conclusões, pelo contrário, possuem considerações e definições distintas.

Nesse diapasão, José de Castro e Fernando de Souza³⁷⁷ comentam sobre essa reformulação no âmbito da dogmática penal:

A negação de uma conduta voluntária é um retrocesso ao sistema determinista. A sedução de um discurso legitimado pelas ciências

³⁷⁵ ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo**: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 182.

³⁷⁶ BUSATO, Paulo César (org), GUARAGNI, Fábio André, GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. Neurociência e direito penal. In: **Neurociência, livre-arbítrio e Direito Penal**: precipitação científica e alternativas para a sustentação da culpabilidade. São Paulo: Atlas, 2014. p. 205.

³⁷⁷ BUSATO, Paulo César (org), CASTRO, José Roberto Wanderley de, SOUZA, Fernando Antônio C. Alves. Neurociência e direito penal. In: **O retorno do discurso determinista no Direito Penal**: uma introdução ao debate entre neurociências e dogmática penal. São Paulo: Atlas, 2014. p. 290.

médicas traz uma segurança na aplicação do Direito Penal. Todavia, esse discurso tem um impacto perverso na aplicação de um Direito Penal baseado em uma dogmática voltada à tese da defesa social, possibilitando o retorno do Direito Penal do autor e não do fato. Ademais, a reformulação da culpabilidade voltadas ao determinismo radical levará ao fim do livre-arbítrio como base da culpabilidade, reformulando seus elementos como a exigibilidade da conduta diversa. Tal teoria traria reflexo em toda a dogmática, interferindo em institutos como o dolo e a culpa, além da reformulação da teoria da pena.

Portanto, o que se pretende demonstrar são as possíveis aplicações das premissas neurocientíficas em um contexto penal. Mesmo cumprindo com sua seriedade e compromisso, as neurociências têm demonstrando ser ilusória e dotada de incongruências frente à complexidade do tema. Novamente asseveram Alexey Carunho e Rodrigo Cabral³⁷⁸: “[...] aceitar a aplicação das premissas neurocientíficas no âmbito penal é legitimá-las em toda a sua extensão, com graves consequências que daí poderão decorrer para o âmbito sancionatório”.

Na direção contrária, embora seja notória toda a reconstrução do sistema punitivo com a eclosão dos avanços neurocientíficos, por meio de suas tentadoras promessas, deve-se, ao menos, considerar como uma reflexão madura e na altura dos tempos hodiernos. Para demonstrar esse entendimento, menciona-se Eduardo Crespo³⁷⁹:

En otras palabras, ¿qué nos legitima para decir que las Neurociencias no deberían opinar sobre las bases de imputación de la responsabilidad jurídico-penal?, ¿qué nos hace pensar que ellas deberían ocuparse de lo suyo y nosotros de lo nuestro? Desde luego no creo que sea suficiente aducir que nuestros métodos de investigación son diferentes, sino que, en todo caso, estamos obligados a revisar nuestros planteamientos si es necesario, y a ofrecer respuestas.

Embora haja ainda um pequeno resíduo otimista em torno do tema, é salutar assumir que se forma um cenário dirigido à prevenção discriminatória e excludente. E, assim, a noção responsabilidade penal se tornaria inalcançável como a própria

³⁷⁸BUSATO, Paulo César (org), CARUNCHO, Alexey Choi; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Neurociência e direito penal. In: **A neurociência e as consequências sancionatórias a partir de uma desconsideração da linguagem**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 160.

³⁷⁹CRESPO, Eduardo Demétrio. **Compatibilismo Humanista**: uma propuesta de conciliación entre Neurociencias y Derecho Penal: nevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penale la peligrosidad. Montevideo: B. de. F.; Buenos Aires: Euros, 2013. p. 19.

culpabilidade, promovendo, desse modo, preocupações apenas com futuras ofensas sociais. Denotam Alexey Carunho e Rodrigo Cabral³⁸⁰ que:

O sonho de uma prevenção total, por isso, pode facilmente passar a ser um pesadelo. Um pesadelo voltado a apartar fatores sociais e culturais que contribuem para fazer de nós aquilo que somos, ignorando o peso das desigualdades econômicas e políticas na determinação daquilo em que podemos nos tornar.

Nesse passo, seria audacioso realizar a alteração de toda a dogmática penal em relação ao sistema de responsabilidade penal a partir de pesquisas ainda prematuras e passíveis de inúmeras e consideráveis refutações, ainda se tem muito que discutir sobre o assunto, algo tão temerário pede uma abordagem flagrantemente cuidadosa.

4.4.1 Uma "Nova" Dimensão de Seletividade: um Direito Penal do Autor?

O resultado das pesquisas neurocientíficas vem provocando influências dogmáticas questionáveis no Direito Penal. É necessário, como já dito, serem lidos com outros olhos e não da mesma maneira que são vistos pelos neurocientistas, justamente para que não se percorra um caminho sem volta. Adotando um parâmetro preocupando, informa Fábio Roque³⁸¹ sobre a aplicação de um Direito Penal do autor:

A pretensão neurodeterminista poderia, então, conduzir, a uma intervenção punitiva que não apenas estivesse fundamentada em medidas de segurança, mas que, pior que isto, se pautasse por um Direito Penal do autor. Neste caso, se as pesquisas neurobiológicas conduzissem à constatação de que a células cerebrais de determinado indivíduo irão insuflar um pendor à prática de crimes violentos, e não tendo ele o livre-arbítrio necessário sequer para a contenção de tal pendor, a intervenção estatal se anteciparia à prática do fato, como forma de fazer valer a defesa social.

Uma das maiores preocupações do Direito Penal, conjuntamente com aplicação de um sistema pautado exclusivamente na prevenção, é a substituição de

³⁸⁰BUSATO, Paulo César (org), CARUNCHO, Alexey Choi; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Neurociência e direito penal. In: **A neurociência e as consequências sancionatórias a partir de uma desconsideração da linguagem**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 153.

³⁸¹ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo**: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 183.

um Direito Penal do fato para um aflitivo Direito Penal do autor³⁸², quase que, necessariamente, a um Direito Penal de periculosidade.

Assinalam Alexandre Morais da Rosa e Salah Junior³⁸³ sobre o assunto:

Certamente que um Direito Penal do autor não é desejável (e nem sequer aceitável) em um Estado Democrático de Direito. Entretanto, o fato é que o conceito de culpabilidade embasado na autodeterminação (e, portanto, no livre-arbítrio) mostra-se ele próprio insustentável (em virtude de sua indemonstrabilidade) a não ser que a dogmática insista (futilmente) em manter-se isolada em uma redoma de vidro hermeticamente fechada. Definitivamente são necessários novos aportes teóricos e uma nova fundamentação para a culpabilidade. Não são poucos os penalistas que estão cientes da fragilidade inerente ao conceito, como já referimos anteriormente. Daí a importância de ampliarmos os horizontes, buscando um diálogo que não se converta em submetimento etiológico.

Nesse compasso, refletir sobre as drásticas repercussões provenientes dos avanços das ciências do cérebro, inevitavelmente se esbarraria no vetusto Direito Penal do autor que não traz em seu bojo soluções para esse problema, pelo contrário, seu fundamento é insustentável argumentativamente.

Além do mais, trazer-se à tona a obsoleta tese lombrosiana, ultrapassada para o período atual, embora tenha desfrutado de muito interesse no fim do século XIX, entretanto, o período hodierno não está preparado para o retorno de um determinismo biológico.

Uma grande crítica a essa teoria do Direito Penal do autor é realizada pelo professor de Coimbra Figueiredo Dias, já menciona em outra oportunidade, que acaba negando qualquer possibilidade de aplicação das pesquisas neurobiológicas ao revés de aplicar a teoria da culpabilidade. Nesse compasso, a intervenção punitiva não recairia mais sobre o fato em si e sim em características neurobiológicas.

³⁸² Alexandre Morais da Rosa e Salah H. Khaled Jr, explicam a diferente do que pretende o direito penal atual - reprovação pelo ato- e o que às pesquisas neurocientíficas parecem conduzir – direito penal do autor. Conforme suas palavras: “[...] reprova-se o sujeito pelo que fez, na medida de sua autodeterminação no caso concreto ou a reprovação pela personalidade (reprova-se não pelo que se fez, mas pelo que se é, o que se diz que ele é”, nessa última situação ilustrando o caso de um direito penal do autor, o qual pretende-se se afastar. ROSA, Alexandre Morais da, JUNIOR, Salah H. Khaled. **A culpabilidade jurídico-penal diante do “novo sujeito” da neurociência**. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2014/07/29/culpabilidade-juridico-penal-diante-novo-sujeito-da-neurociencia/>>. Acesso em: 02 de nov. de 2018.

³⁸³ ROSA, Alexandre Morais da, JUNIOR, Salah H. Khaled. **A culpabilidade jurídico-penal diante do “novo sujeito” da neurociência**. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2014/07/29/culpabilidade-juridico-penal-diante-novo-sujeito-da-neurociencia/>>. Acesso em: 02 de nov. de 2018.

Com isso, parece desastroso demais depois de tantas conquistas regressarem a uma dimensão de seletividade. Entrementes, deve-se ter mente que se em algum momento os argumentos neurocientíficos como, por exemplo, o neurodeterminismo for acolhido, direta ou indiretamente, acarretará a afirmação de um Direito Penal do autor, algo indesejável, ao menos para maioria da comunidade jurídica.

4.4.2 O Caráter Preventivo como Resposta Neurocientífica

Apesar da maioria dos estudiosos da área jurídico-penal considerar por diversos motivos a inaplicabilidade dos resultados neurocientíficos especialmente no que diz respeito ao neurodeterminismo, é inegável, ao mesmo tempo, que essa introdução neurocientífica na seara criminal é vista por alguns pesquisadores como uma resposta para acalmar os ânimos da sociedade atual que ignora as discussões desses avanços, e, visa por uma reconstrução do sistema punitivo como um meio mais ágil ao alcance da justiça. Mas o que a grande parte não sabe ou busca não saber é que não é tão simples como aparenta ser. Haverá consequências e não serão poucas.

Ao que tudo indica, a neurociência estaria empregando premissas de cunho preventivo. Dessa forma, Alexey Caruncho e Rodrigo Cabral³⁸⁴ ensinam acerca do prevenir dentro da problemática sancionatória:

O prevenir, por sua vez, refere-se necessariamente a algo que ainda não ocorreu, ou seja, está voltado à ameaça de um mal futuro. Daí a possibilidade de reter, deter ou incapacitar uma pessoa perigosa a título de prevenção, mas jamais punir propriamente o perigo que ela possa representar.

Ademais, ao se asseverar um caráter exclusivamente preventivo, como forma mais justa e correta de compreender as políticas sancionatórias aos olhos do sistema penal atual, emergiria afirmações das mais remotas possíveis, impondo desafios os quais a sociedade não está preparada para encarar, de caráter aflitivo e de teorias ainda muito ingênuas, fortalecidas pela noção já apresentada – o Direito Penal do autor.

³⁸⁴BUSATO, Paulo César (org), CARUNHO, Alexey Choi Caruncho, CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Neurociência e direito penal. In: **A neurociência e as consequências sancionatórias a partir de uma desconsideração da linguagem**. São Paulo: Atlas, 2014. p.150.

Não se pode olvidar que, mesmo não se admitindo as teses do neurodeterminismo, os resultados neurocientíficos não se tornam de um todo inválidos. Assim como sugere Alexey Caruncho e Rodrigo Cabral³⁸⁵:

[...] não é difícil notar quão atraente se apresenta o discurso neurocientíficos para fins sancionatórios, ao dar ensejo à possibilidade da adoção de providências preventivas de toda sorte, desde a utilização por tempo indeterminado de medidas privativas da liberdade, até o uso de técnicas de intervenções cirúrgicas forçadas.

Mas o problema é maior que a solução. São evidentes que os avanços das ciências do cérebro podem contribuir para o sistema penal, visto todas as suas descobertas e resultados; todavia, essas contribuições não são em larga escala, ou seja, são limitadas na questão da responsabilização penal, mas não na abolição da culpabilidade e com ela a liberdade e a autodeterminação, já que esses últimos são considerados pela doutrina como pilares de sustentação para a imposição da pena. Em relação às contribuições da neurociência, assinala Fábio Roque³⁸⁶:

[...] As pesquisas da neurociência poderão, por exemplo, identificar novas patologias – ou facilitar a identificação das patologias já conhecidas – oriundas de distúrbios nas células neuronais. Isto, obviamente, haverá de influir, sob o ponto de vista jurídico-penal, na identificação das hipóteses de inimputabilidade por doença mental. Pode ser o caso, ainda, de atenuação da responsabilidade penal.

De fato, nesse novo cenário inaugurado pela neurociência e enfrentado pela dogmática penal, fomentam-se como já antecipado, teses prevencionistas. Essas, por sua vez, conforme ensinamento de Alexey Caruncho e Rodrigo Cabral³⁸⁷:

De fato, ao se fundamentarem na desconstrução da noção de livre-arbítrio, as propostas neurocientíficas assumem como inalcançáveis a responsabilidade moral e o sentimento de culpa. E, desse modo, passam a viabilizar a aceitação pacífica de que a imposição de sanções buscaria, única e exclusivamente, evitar futuras ofensas sociais.

³⁸⁵BUSATO, Paulo César (org), CARUNHO, Alexey Choi Caruncho, CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Neurociência e direito penal. In: **A neurociência e as consequências sancionatórias a partir de uma desconsideração da linguagem**. São Paulo: Atlas, 2014. p.152

³⁸⁶ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo**: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 202.

³⁸⁷BUSATO, Paulo César (org), CARUNHO, Alexey Choi Caruncho, CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Neurociência e direito penal. In: **A neurociência e as consequências sancionatórias a partir de uma desconsideração da linguagem**. São Paulo: Atlas, 2014. p.152.

A partir daí vislumbra-se que a prevenção, aparentemente preocupada com futuras ofensas ou contratempos, propaga uma espécie de sonho de uma prevenção total no sistema jurídico penal, no entanto, esse sonho pode virar um pesadelo no sentido de “[...] apartar os fatores sociais e culturais que contribuem para fazer de nós aquilo que somos, ignorando o peso das desigualdades econômicas e políticas na determinação daquilo em que podemos nos tornar”³⁸⁸.

A ideia de prevenção por mais bem intencional que parece ser, acaba enfraquecendo justamente a ideia de prevenção social, não cultivando/ preservando o que deveria, desviando por diversas vezes do sonho inicial e, adentrando, em uma prevenção enraizada em modalidades discriminatórias e preconceituosas, aproximando-se paulatinamente de direitos penais do autor, de intervenções estatais totalmente desproporcionais.

Nessa toada, lecionam de maneira cristalina Alexey Caruncho e Rodrigo Cabral³⁸⁹: “[...] o horizonte que se desenha com o uso da neurociência pelo Direito Penal revela não só a existência de graves problemas políticos- criminais, como ainda assenta-se em premissas ingênuas e equivocadas sob uma perspectiva filosófica”.

Portanto, o cenário que se desenha conduz a outras posturas que, pelo modo e circunstância que se apresentam, demonstram não constituir uma resposta adequada ao problema penal que se instala nesse horizonte.

4.4.3 O Fim da Pena: Política Criminal Fundada no Direito de Medidas de Segurança

Diversos estudiosos têm buscado aprofundar as questões envolvendo o sistema de justiça criminal que só se arvoraram com a propensão a criminalidade. Em um cenário como esse menos sentido se faz ainda um Direito Penal aplicado em medidas de segurança. Assim sustenta Alexis de Brito³⁹⁰: “O Direito Penal tem tarefas outras além do que comumente se definiu por proteção de bens jurídicos

³⁸⁸BUSATO, Paulo César (org), CARUNHO, Alexey Choi Caruncho, CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Neurociência e direito penal. In: **A neurociência e as consequências sancionatórias a partir de uma desconsideração da linguagem**. São Paulo: Atlas, 2014. p.153.

³⁸⁹BUSATO, Paulo César (org), CARUNHO, Alexey Choi Caruncho, CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Neurociência e direito penal. In: **A neurociência e as consequências sancionatórias a partir de uma desconsideração da linguagem**. São Paulo: Atlas, 2014. p.160.

³⁹⁰BUSATO, Paulo César (org), BRITO, Alexis Couto de. Neurociência e direito penal. In: **Neurociência livre-arbítrio entre a dogmática penal e a política criminal**. São Paulo: Atlas, 2014. p.136.

penais, e a pena mais do que finalidades preventivas. Envolve, com sua consequência invasiva de restrição da liberdade, um manifesto político-social de configuração da forma de convívio”.

Em contrapartida, há pesquisadores que sustentam ser coerente a aplicação de medidas de segurança, pois seriam capazes de apreciar a “periculosidade criminal”³⁹¹. Em conformidade com o pensamento de Carlos Casabona³⁹²:

La cuestión no se plantea en los mismos términos cuando se trata de acudir a la otra vía de reacción penal: las medidas de seguridad. Éstas tienen como presupuesto irrenunciable la peligrosidad criminal del delincuente, que, como es sabido, consiste en la probabilidad de que el autor de un delito vuelva a delinquir -a cometer un hecho típico y antijurídico, siendo más precisos- en un futuro más o menos determinado.

Esse discurso desperta interesse em estudiosos que acabam adotando a ideia de aplicação de medidas de segurança e rejeitando qualquer tipo de punição que não seja de cunho preventivo. Nesse sentido afirma Diego Luzón-Peña³⁹³:

La consecuencia es prescindir asimismo de la pena como castigo como reacción frente al delito culpable y sustituirla por un Derecho de medidas preventivas (Derecho penal sin culpabilidad y sin penas), o mantener formalmente la pena pero sin connotación de castigo justo por la culpabilidad y concebida materialmente con la misma función preventiva -sobre todo, preventivo-especial- que las medidas de seguridad (Derecho penal sin culpabilidad y con penas-medidas).

Ao refletir sobre essa alternativa calcada em um sistema preventivo, sobretudo, em medidas de segurança, é previsível uma danosidade social. Fábio Roque³⁹⁴, mais uma vez, assegura que:

³⁹¹CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto; CASABONA, Carlos María Romeo. Neurociencias y Derecho Penal: Nuevas perspectivas em el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. In: **Presupuestos biológicos y culpabilidad penal**. Montivideo - Buenos Aires: Euros, 2013. p. 441.

³⁹²CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto; CASABONA, Carlos María Romeo. Neurociencias y Derecho Penal: Nuevas perspectivas em el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. In: **Presupuestos biológicos y culpabilidad penal**. Montivideo - Buenos Aires: Euros, 2013. p. 441.

³⁹³CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto;. Neurociencias y Derecho Penal: Nuevas perspectivas em el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. In: **Libertad, culpabilidad y Neurociencias**. Montivideo - Buenos Aires: Euros, 2013. p. 347.

³⁹⁴ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo**: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 201.

A extinção da culpabilidade, como propugnado por alguns defensores do neurodeterminismo, acabariam por consagrar um sistema punitivo de cunho exclusivamente preventivo, erigido, seguramente, a partir de medidas de segurança. Com efeito, se não se puder reconhecer a capacidade de autodeterminação do agente, não haveria que se falar em reprovabilidade da sua conduta, e, portanto, não faria sentido afirmar o caráter aflitivo da intervenção punitiva.

Em virtude das repercussões neurocientíficas constituídas através de um arcabouço voltado a extinção da culpabilidade, a fim de atingir uma dogmática baseada na defesa social, não poderá dessa maneira, o estudioso do Direito Penal ficar inerte diante dessas informações.

Não obstante, para José de Castro e Fernando Souza³⁹⁵, não há qualquer novidade nas teses ora apresentadas, assim como não há na noção de reestruturação de um sistema penal, por isso, conforme os ensinamentos dos autores: “A metodologia da ciência do Direito Penal é capaz de superar os dilemas apresentados pela Neurociência e a construção de uma dogmática penal moderna e garantista. Não há lugar para o pessimismo. A história já demonstrou que o sistema humanista sempre sobreviveu aos avanços da ciência”³⁹⁶.

4.4.4 A Necessidade da Aplicação da Culpabilidade no Direito Penal

Como já referido, o Direito Penal vive uma nova fase, fase essa inaugurada pela neurociência a qual adota por vários motivos a inexistência da capacidade de autodeterminação, da mesma forma que o poder atuar de outro modo, que assume o paradigma do neurodeterminismo. Com essa concepção, pretende os neurocientistas abolir a culpabilidade (excluindo, com isso, a própria noção de liberdade de vontade) e substituí-la por outro caminho. No entanto, ao percorrer o referido caminho, depara-se com categorias sancionatórias calcadas exclusivamente na prevenção a partir das medidas de segurança, ou seja, troca-se um Direito Penal do fato por um Direito Penal do autor com vista às teorias lombrosianas.

³⁹⁵BUSATO, Paulo César (org), CASTRO, José Roberto Wanderley de, SOUZA, Fernando Antônio C. Alves. Neurociência e direito penal. In: **O retorno do discurso determinista no Direito Penal: uma introdução ao debate entre neurociências e dogmática penal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 290.

³⁹⁶BUSATO, Paulo César (org), CASTRO, José Roberto Wanderley de, SOUZA, Fernando Antônio C. Alves. Neurociência e direito penal. In: **O retorno do discurso determinista no Direito Penal: uma introdução ao debate entre neurociências e dogmática penal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 290.

Sem embargo, não deixa de ser curioso e concomitantemente angustiante, refletir sobre as possíveis repercussões no Direito Penal. Não parece fácil admitir o discurso ora mencionado e subitamente substituir todas as penas de um sistema por uma programação fundamentada apenas com medidas de segurança. É o risco que se corre. Mas como ficaria a liberdade de vontade? E também a culpabilidade? Deveria a dogmática penal, considerar todas essas descobertas como irrelevantes e desprezá-las?

Por seu turno, Fábio Roque³⁹⁷ demonstra o motivo pelo qual se deve continuar atuando sob o viés da culpabilidade:

É necessário, então, que o Direito continue a operar sobre os pilares da liberdade, entendida como uma construção social, viva no imaginário coletivo, concepção sem a qual as estruturas da sociedade moderna – pautada, em muito, em preceitos do liberalismo político – ruiriam.

Através disso, apesar de reconhecer todas as conquistas neurocientíficas e admitir sua incidência no campo da responsabilidade criminal, também se encontra um lugar a essas teorias no estudo da inimputabilidade, especialmente na identificação de lesões cerebrais ou patologias através das recentes tecnologias, como, por exemplo, as técnicas de neuroimagem, as quais, sem sombra de dúvidas, poderão influir decisivamente nas hipóteses em questão, inclusive na possibilidade de atenuação da reponsabilidade penal.

Sobreleva notar a análise feita por Eduardo Crespo³⁹⁸ acerca da aplicação dos avanços da neurociência:

En caso de que nuevos conocimientos empíricos, obtenidos por ejemplo a través de las modernas técnicas de neuroimagen, demuestren que se venían imponiendo penas en supuestos en los que ahora sabe-mos que la conducta delictiva se debía a déficits cerebrales, ello debe ser tenido en cuenta a favor del autor. En particular, es muy probable que los nuevos conocimientos den lugar a una ampliación de los casos de inirnputabilidad y semiimputabilidad [...]

Cualquier medida que se pudiera adoptar como alternativa al cas-tigo tradicional en todos los casos mencionados con anterioridad deberla

³⁹⁷ ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo**: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 195.

³⁹⁸ CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. **Neurociencias y Derecho Penal**: Nuevas perspectivas em el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Montivideo - Buenos Aires: Euros, 2013. p. 39.

respetar en cualquier caso los mismos límites y garantías materiales y procesales que amparan a los sujetos considerados culpables en el marco del Estado de Derecho.

Portanto, importante também demonstrar a necessidade de manter um diálogo construtivo com a neurociência, haja vista que poderá produzir através das “[...] descobertas científicas que possuem a pretensão de demonstrar a atividade cerebral e como se materializa o comportamento humano, devem impulsionar novas reflexões críticas sobre tal fundamento da culpabilidade”³⁹⁹, devendo, desse modo, manter por meio de uma intelecção as prováveis mudanças nesse paradigma.

Em outras palavras, como sugeriu Eduardo Crespo⁴⁰⁰, ser possível alcançar através de uma consideração profundamente humanista no discurso da criminologia, qualquer progresso científico, incluindo a própria neurociência. Desse modo, importante registrar que, embora a neurociência traga consigo concepções que inquietam os pesquisadores, mas também os impulsiona para incrementaram o instituto da culpabilidade, a espinha dorsal do presente trabalho, marcada por particularidades, evoluções, reconstruções necessárias para que se possa compreender todas as prováveis consequências que resultará com a sua exclusão.

Contudo, ressalta-se que a discussão em análise, a qual envolve o Direito Penal e as descobertas neurocientíficas especialmente os influxos na culpabilidade ainda não se têm, até o presente momento, respostas conclusivas sobre o assunto, tendo em conta de que a pesquisa encontra-se em andamento. Em última instância, não se pode deixar de realçar que, ao menos *a priori*, a culpabilidade é o fundamento de legitimação do poder punitivo do Estado, pautada na noção de livre-arbítrio, devendo ainda ser analisada sob o viés da autodeterminação, com parâmetros mais seguros e menos temerários.

³⁹⁹SANT’ANNA, Marina Cerqueira. Neurociências e culpabilidade. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 97.

⁴⁰⁰CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. **Neurociencias y Derecho Penal: Nuevas perspectivas em el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad.** Montivideo - Buenos Aires: Euros, 2013. p. 34.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegou-se o momento tão esperado em todo o percurso da pesquisa, o momento das últimas considerações, do ponto final. Apesar de concluir o trabalho, encerrar um ciclo de pesquisa, não significa dizer que o trabalho esteja verdadeiramente finalizado, sendo necessário, ainda, muito que dizer sobre o tema.

Tratar da problemática do Direito Penal x Neurociências tem despertado interesse em diversos estudiosos que buscam navegar pelas profundezas da culpabilidade e, inescapavelmente, acabam se esbarrando com a questão do livre-arbítrio. Esta pesquisa, ao mesmo tempo em que se mostra curiosa e empolgante, tem demonstrado também seu lado angustiante e ingênuo. E ainda que se tenha que dar um ponto final, se está recomeçando, no sentido de novas percepções e, principalmente, de um amadurecimento intelectual.

Com efeito, iniciou-se o segundo capítulo da presente pesquisa na companhia da culpabilidade, buscando-se aprofundar em torno de seus antecedentes históricos, desde uma fase muito primitiva da humanidade, a qual alude à antiguidade e a um período que ficou conhecido como “período das vinganças”, e que ainda não se fazia menção direta a ideia de culpa, sendo apenas consagrada posteriormente com o Direito Penal Romano – peça chave quando o assunto é abordagem histórica. Achou-se por bem destacar nesse período a relevância trazida pelas legislações da Grécia, as quais também possuem um peso histórico, pois embora toda a instituição da culpabilidade remonte a essa fase primitiva, as discussões acerca do futuro do Direito Penal ganham outros olhares no século XIX com as grandes invenções do pensamento científico e a consequente aparição das noções deterministas.

Através do advento do finalismo, foi possível acalmar os ânimos do determinismo com teorias em torno do poder agir de outro modo, as quais posteriormente foram lançadas a indemonstrabilidade e debatidas até hoje. As concepções de Hans Welzel também desfrutaram de grande prestígio, haja vista que consagrou o livre-arbítrio como ponto central da culpabilidade, sobretudo, prezou por um compromisso sério com a própria dogmática-jurídica penal.

Foi possível perceber no transcorrer do trabalho, em especial o terceiro capítulo, o auxílio da doutrina nacional e estrangeira que contribuíram decisivamente para o atual estágio de desenvolvimento de culpabilidade, com todas as pontuações, formulações e críticas que lhe são peculiares. As perspectivas doutrinárias ajudaram

a perceber como fundamental a construção histórica da culpabilidade, permitindo alcançar as reflexões aqui reveladas. Nesse sentido, fez-se menção à doutrina de Günther Jakobs e seu caráter defensivo a prevenção geral positiva. Na contramão de direção, e não menos importante, destacou-se a concepção de Claus Roxin e sua percepção de culpabilidade direcionada a um aparato normativo capaz de proteger o indivíduo. Pode-se mencionar, ainda, Figueiredo Dias, o qual deixa muito claro sua teoria da culpabilidade pelo caráter, a alteração no conceito material de culpa, focando através de sua doutrina, na personalidade do agente. A figura de Klaus Günther também é destaque com a teoria da pessoa deliberativa e, por fim, abordou-se a doutrina de Muñoz Conde, defensor das teorias da culpabilidade que referia à motivabilidade.

É notório que a construção do conceito material de culpa tem provado para o que veio. Desde os primórdios do Direito Penal mostrou sua força e seus pilares no livre-arbítrio. Todo o seu desenvolvimento histórico e todas as suas vertentes foram necessárias para entender o significado que ganharia com o passar do tempo até chegar em um momento como este, em que se questionaria sua existência, seus elementos constitutivos, oriundos das abordagens neurocientíficas e, mesmo assim, pelo o que parece, a ideia de autodeterminação tem permanecido, de modo que outras teorias que pregavam a ausência de culpabilidade, apesar de relevantes, não lograram êxito na comunidade jurídica.

Refletir sobre a dificuldade de se demonstrar um conceito material de culpa e das exigências do livre-arbítrio tem se tornado um problema concreto que submete a uma apreciação crítica, visto as exigências do Direito Penal contemporâneo. Tratar acerca do problema da culpabilidade e toda sua carga teórica não se restringiram apenas a uma tarefa do ordenamento jurídico, despertando interesse em outras áreas do conhecimento, especialmente no âmbito neurocientífico, com o advento da “revolução neurocientífica”, tratada no quarto capítulo da presente dissertação. Nesse capítulo, buscou-se lembrar a trajetória percorrida pela neurociência, bem como as recentes descobertas inauguradas por essa ciência, especialmente o experimento de Benjamin Libet, pioneiro no estudo de mapeamento cerebral que impulsionou esse debate entre o Direito Penal e as neurociências, possibilitando entender o funcionamento interno do cérebro humano, o comportamento e, também, a conduta humana.

Nessa perspectiva, demonstrou-se no último capítulo que através desses experimentos, a neurociência pretende comprovar que o ato da decisão humana origina-se inicialmente de impulsos inconscientes do sistema cerebral, ou seja, o inconsciente é independente e capaz de ativar seus próprios objetivos, atrelados desse modo ao neurodeterminismo.

No quarto capítulo, destacaram-se as ameaças a indemonstrabilidade do livre-arbítrio, concomitantemente com a inexigibilidade de autodeterminação que pairam sob o ordenamento jurídico-penal, a negação do “poder de agir de outro modo”. Todavia, elencou-se que tais abordagens não possuem o condão de sobressair as teses ligadas a culpabilidade e, para isso, registros históricos têm admitido essas informações.

Mesmo diante de tantas variantes, a culpabilidade permanece como pressuposto necessário para o sistema de legitimação e responsabilização, fundada no livre-arbítrio e materializada no juízo de reprovação. Todavia, não se pode tapar o sol com a peneira e não admitir uma releitura também desses institutos, considerando, sobretudo, todo o avanço inaugurado pela ciência do cérebro que envolve o dualismo consciente e inconsciente, a identificação de patologias e alterações comportamentais.

É notório que há muito que se refletir acerca do futuro do Direito Penal, da legitimação e da culpabilidade. Mas se reconhece que a neurociência não passou batida, pelo contrário, encontra um lugar nos estudos da inimputabilidade e auxilia ao mesmo tempo no desenvolvimento de conceitos e no tratamento de atos delitivos, desvendo ainda incógnitas acerca das investigações cerebrais.

O que não se pode admitir é o retorno do vetusto Direito Penal do autor que não traz em seu bojo soluções para problema encontrado, pelo contrário, seu fundamento é insustentável argumentativamente e empiricamente, sendo inconteste admitir a substituição de um Direito Penal do fato por um Direito Penal do autor.

Além do mais, trazer-se à tona a obsoleta tese lombrosiana, ultrapassada para o período atual, embora já tenha desfrutado de muito interesse no fim do século XIX, não será muito bem recepcionada, haja vista que seriam abertas as portas para os fantasmas do determinismo biológico.

Portanto, não há espaço para os resultados neurocientíficos que violam o sistema de garantias penais. É salutar assumir que se forma um cenário dirigido à prevenção discriminatória, preconceituosa e excludente. E, assim, a noção

responsabilidade penal se tornaria inalcançável como a própria culpabilidade, promovendo, desse modo, preocupações apenas com futuras ofensas sociais. O sistema penal não está preparado, e a sociedade também não.

Como se percebe, mesmo que os resultados neurocientíficos demonstrem ser de um todo empolgante, não possuem como base de sustentação a culpabilidade, demonstrando, sobretudo, teorias ingênuas considerando o cenário atual propenso à criminalidade. Em virtude disso, majoritariamente, os estudiosos penalistas tem rechaçado a consagração de um sistema punitivo calcado na prevenção e construído a partir de medidas de segurança. E, inevitavelmente, desembocar em um Direito Penal do autor, é aceitar uma intervenção estatal desproporcional.

Vale dizer que toda essa complexidade encontrada com a presente pesquisa se dá pelo fato de que quando as neurociências são introduzidas ao sistema penal a sua estrutura é oxigenada. A neurociência, por sua vez, como já antecipado, poderá influenciar na dogmática penal. Essa incidência se dá no estudo da imputação de responsabilidade, no que diz respeito à análise de condutas, descobertas de patologias cerebrais, alterações comportamentais que influenciarão na atenuação da responsabilidade, além de contribuir para um melhor tratamento dos atos delitivos.

É verdade que o Direito Penal permanece sob a égide da culpabilidade, com todas as suas bases que a tornam capaz lidar com a sociedade moderna, de um modo que possa enfrentar as neurociências que se torne um desafio inspirador, de modo que a interdisciplinaridade tem se mostrado um refúgio, já que esses âmbitos têm inaugurado uma nova era e desfrutado de conquistas em comuns.

Outros importantes avanços estão por vir, os resultados neurocientíficos chegarão cada vez mais aos contextos legais e o pesquisador do Direito Penal não poderá ficar inerte e apenas olhar o retrocesso. Precisarão agir em busca do sistema penal adequado. No entanto, há muito que refletir. As inquietudes existem e, provavelmente, perdurarão, já que não se tem resposta conclusiva sobre o tema. Cabe aos estudiosos e pesquisadores não colocar um ponto final nessa discussão, pois é preciso não apenas reforçar, mas também incrementar de forma incansável o debate interdisciplinar aqui apontado.

REFERÊNCIAS

- ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.
- ARAÚJO, Fábio Roque. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico-penas da revolução neurocientífica**. Salvador: JusPodivm, 2017.
- BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal: parte general**. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999.
- BALESTRA, Carlos Fontán. **Derecho Penal: introducción y parte general**. Actualizado por Guilherme A.C. Ledesma. Buenos Aires: Abelado Perrot, 1998.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal**. Traducción: Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2004.
- BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho Penal**. Trad. de Sebastián Soler. Depalma. Buenos Aires: Ed.Depalma, 1994.
- BENTHAM, Jeremy. **As recompensas em matéria penal**. Tradução: Thais Miremis Sanfellppo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2007, p. 77.
- BLANCO, Carlos. **Historia de la neurociencia: el conocimiento del cerebro y la mente desde una perspectiva interdisciplinar**. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2014.
- BRITO, Alexis Couto de. Neurociência e direito penal. In: **Neurociência e livre-arbítrio entre a dogmática penal e a política criminal**. São Paulo: Atlas, 2014.
- BUSATO, Paulo César (org), BRITO, Alexis Couto de. Neurociência e direito penal. In: **Neurociência livre-arbítrio entre a dogmática penal e a política criminal**. São Paulo: Atlas, 2014.
- BUSATO, Paulo César (org), CARUNCHO, Alexey Choi; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Neurociência e direito penal. In: **A neurociência e as consequências sancionatórias a partir de uma desconsideração da linguagem**. São Paulo: Atlas, 2014.
- BUSATO, Paulo César (org), CASTRO, José Roberto Wanderley de, SOUZA, Fernando Antônio C. Alves. Neurociência e direito penal. In: **O retorno do discurso determinista no Direito Penal: uma introdução ao debate entre neurociências e dogmática penal**. São Paulo: Atlas, 2014.
- BUSATO, Paulo César (org), GUARAGNI, Fábio André, GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. Neurociência e direito penal. In: **Neurociência, livre-arbítrio e Direito Penal: precipitação científica e alternativas para a sustentação da culpabilidade**. São Paulo: Atlas, 2014.

BUSATO, Paulo César (org), MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. Neurociência e direito penal. In: **Culpabilidade e neurociências. Entre problemas reais e imaginários**. São Paulo: Atlas, 2014.

BUSATO, Paulo César. Neurociência e direito penal. In **Uma visão crítica das implicações dos estudos neurocientíficos em Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2014.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. v.1. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002.

CARUNCHO, Alexey Choi, CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Neurociência e direito penal. In: **A neurociência e as consequências sancionatórias a partir de uma desconsideração da linguagem**. São Paulo: Atlas, 2014.

CERQUEIRA, Marina, ALBAN, Rafaela. **Neurociência e direito penal**. In: **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurociências**. São Paulo: Atlas, 2014.

COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista**. Traduções de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

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

CONDE, Francisco Muñoz. **La objeción de conciencia en derecho penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal – parte general**. 8.ed. Revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 347.

CORREIO, Mara Rubia Marques. **Da dogmática penal funcionalista de Günther Jakobs e Claus Roxin no âmbito da culpabilidade: uma contraposição teórica**. Revista Eletrônica do Curso de Direito (UFSM), v. 8, n.2, p. 430, 2013.

COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal** (Fragmenta iuris poenalis), 2.^a ed., Coimbra: Coimbra, 2009.

COUSA, Jaime Salas. **Fundamentos del derecho penal de culpabilidad. Historia, Teoría y metodología**. Tirant lo blanch: Valencia, 2006.

CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. **Neurociencias y Derecho Penal: Nuevas perspectivas em el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad**. Montivideo - Buenos Aires: Euros, 2013.

CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto; CASABONA, Carlos María Romeo. Neurociencias y Derecho Penal: Nuevas perspectivas em el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. In: **Presupuestos biológicos y culpabilidad penal**. Montivideo - Buenos Aires: Euros, 2013.

CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto;. Neurociencias y Derecho Penal: Nuevas perspectivas em el âmbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. In: **Libertad, culpabilidade y Neurociencias**. Montivideo - Buenos Aires: Euros, 2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral: Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1995

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de Direito Penal revisadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DOHNA, Alexander Graf zu. **La estructura de la teoria del delito**. 4ª ed. Traducción de Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958.

ENGELMANN, Wilson. **Direito Natural, Ética e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FERNANDES, Paula Teixeira; SILVEIRA Regina (org). **Conceitos gerais de Neurociências**. São Paulo: e-Aulas USP, 2012. 1 vídeo player (13 min), son., color. Disponível em: <<http://eaulas.usp.br/portal/video.action?idItem=600>>. Acesso em: 15 de out. de 2018.

FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência: conduta humana, liberdade e racionalidade jurídica**. Curitiba: Juruá, 2008.

FRANK, Reinhart. **Sobre la estrutura del conceto de la culpabilidad**. 2. Reimp. Buenos Aires: B de F, 2002.

FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche em el derecho penal**. Tradução: José Luiz Guzman Dalbora. Buenos Airers: B de F, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II: complementos e índices**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. São Paulo: Max Limonad, 1973. V.1, t.1.

GAZZANIGA, Michael S.; IVRY, Richard B; MANGUN, George R. **Neurociência cognitiva: a biologia da mente**. Tradução de: Angelica Rosat Consiglio et al. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2006.

GÓES, Luciano. **A “tradução” de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: o racismo como base estruturante da criminologia brasileira**. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. 2 ed. Montevideu. Buenos Aires: Editor Julio César Faira, 2002.

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

GÜNTHER, Klaus. **A culpabilidade do Direito Penal atual e no futuro**. Trad. Juarez Tavares. Revista brasileira de ciências criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 6, n.24, 1998.

GÜNTHER, Klaus. **Responsabilização na sociedade civil**. In: PÜSCHEL, Flávia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (orgs.). Teoria da responsabilidade no estado democrático de direito. Texto de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009.

HARRIS, Sam. **Um caso contra o Livre-Arbítrio**. Disponível em: <<http://rebeldiametafisica.wordpress.com/2012/12/26/um-caso-contra-o->> Acesso em: 30 out. 2018.

HASSEMER, Winfried. **Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal**. El texto se corresponde con la conferencia dictada por el autor ante la Sección de Derecho penal de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación . Tradução de Manuel Cancio Meliá. Madri, 2011.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

HEIDEGGER, Martin. **Sobre o humanismo**. In: Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

HOEFER, Carl, "Causal Determinism". **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2016. <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/determinism-causal/>>. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/determinism-causal/>>. Acesso em: 11 de jun. de 2018.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: parte general**. Tradução de Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial pons Ediciones Jurídicas, 1995.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte General: fundamentos y teoria de la imputación**. 2 ed. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal- teoria do injusto penal e culpabilidade**. Belo horizonte: Del Rey, 2009.

KAHANE, Howard. **Livre-arbítrio, determinismo e responsabilidade pessoal**. Disponível em: <<https://criticanarede.com/hkahanelivre-arbitriodeterminismo.html>>. Acesso em: 29 out. 2018. Tradução de Álvaro Nunes.

KANDEL, Eric R; JESSELL, Thomas M; SIEGELBAUM, Steven A; HUDSPETH. A.J. Prefácio In: KANDEL, Eric R. et. al. **Princípios neurocientíficos**. 5 ed. Porto Alegre: AMGH, 2014.

LIBET, Benjamin. **Do we have free will?** Disponível em: <<https://philpapers.org/rec/LIBDWH>> Acesso em: 17 out. de 2018.

LIBET, Benjamin; GLEASON, Curtis A.; WRIGHT, Elwood.W.; PEARL, Dennis K. Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity. **The unconscious initiation of a freely voluntary act**. Brain, n. 106, p. 623-642, Sept. 1983.

LISZR, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. V.1. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Campinas, São Paulo: Russell, 2003.

LOEBENFELDER, Carlos K. **Culpabilidad y pena**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 50.

LUIZI, LUIZ. **Os princípios constitucionais penais**. 2. Ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003

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

MANZANO, Mercedes Pérez. **El tempo de la consciência y la libertad de decisión:bases para uma reflexão sobre Neurociencia y responsabilidade penal**. In: CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. Neurociencias y Derecho Penal: Nuevas perspectivas em el âmbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Montivideo - Buenos Aires, 2013.

MCKENNA, Michael e COATES, D. Justin, "Compatibilism". **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2016.Disponível em:<<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entradas/compatibilismo/>/. Acesso em 10 maio de 2018.

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

NEVES, Antônio Castanheira. **O direito como alternativa humana**. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito. In: Digesta, Vol. 1.º, Coimbra: Coimbra, 1995.

PERALTA, Tito E. Solari. **Versari in re illicita**. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Disponível em: <<http://www.rderecho.equipu.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/14>>. Acesso em: 22 de jun. de 2018.

PICKERSGILL, Martyn. **Connecting neuroscience and law: anticipatory discourse and the role of sociotechnical imaginaries**. In: New Genetics and Society. Routledge, v. 30.n.01, mar. 2010.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 10.ed. São Paulo: RT, 2011.

PRIMO, Pedro Carlos. **História da Neurociência**. Disponível em: <http://www.institutotelepsi.med.br/Links_imagens/cursodehistoria.htm> Acesso em: 15 de out. de 2018.

ROSA, Alexandre Morais da, JUNIOR, Salah H. Khaled. **A culpabilidade jurídico-penal diante do “novo sujeito” da neurociência**. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2014/07/29/culpabilidade-juridico-penal-diante-novo-sujeito-da-neurociencia/>>. Acesso em: 02 de nov. de 2018.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Ed. Thomsom-Civitas, 2003.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. **Culpabilidad Jurídico-Penal y Neurociencias**. In: CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. Neurociencias y Derecho Penal: Nuevas perspectivas em el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Montivideo: Ed. B.de F.; Buenos Aires: Euros Ed. 2013.

SANT'ANNA, Marina Cerqueira. **Neurociências e culpabilidade**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

STEIN, Ernildo. **Que é metafísica?** Traduzido por Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. Ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, Juarez. **Culpabilidade: a incongruência dos métodos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano. 6, n. 145-146, out/dez, 1998.

TEIXEIRA, João de Fernandes. **Filosofia do cérebro**. São Paulo: Paulus, 2012.

TEIXEIRA, João de Fernandes. **Mente, cérebro e cognição**. Petrópolis: Vozes, 2008.

WELZEL, Hans, Gedanken zur Willensfreiheit. Engisch-Fests, 1969.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal. Parte General**. Tradución de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Editor Roque Depalma, 1956.

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

WELZEL, Hans. Reflexiones sobre el libre albedrío. In: **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Buenos Aires: B de F, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 5.ed. São Paulo: RT, 2004.