

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA**  
**FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR “JACY DE ASSIS”**

**RAPHAEL FERREIRA LOPEZ**

**DA LIBERDADE COMO PRESSUPOSTO E FUNDAMENTO**  
**DA CULPABILIDADE: Breve incurso histórico a partir das**  
**diferentes concepções de indivíduo e natureza humana**

**UBERLÂNDIA**

**2020**

**RAPHAEL FERREIRA LOPEZ**

**DA LIBERDADE COMO PRESSUPOSTO E FUNDAMENTO**

**DA CULPABILIDADE: Breve incurso histórico a partir das**

**diferentes concepções de indivíduo e natureza humana**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito Professor “Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal

**Orientadora: Doutora Beatriz Corrêa Camargo**

**UBERLÂNDIA  
2020**

**RAPHAEL FERREIRA LOPEZ**

**DA LIBERDADE COMO PRESSUPOSTO E FUNDAMENTO**

**DA CULPABILIDADE: Breve incursão histórico a partir das**

**diferentes concepções de indivíduo e natureza humana**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito Professor  
“Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial  
para obtenção do título de bacharel em Direito.

DATA \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_ APROVADO ( ) REPROVADO ( )

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. (a) / Dr. (a): \_\_\_\_\_.

Prof. (a) / Dr. (a): \_\_\_\_\_.

## **DEDICATÓRIA**

Aos meus pais, que com singular sensibilidade e sutileza há tanto acreditam em meus sonhos.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a professora Beatriz que proporcionou meu primeiro contato com o Direito Penal e toda a imersão na dogmática. Confiou-me as funções de monitor de sua disciplina, bem como, de coordenador de seu grupo de estudos. E não somente, oportunizou-me a escrita de dois artigos. Fica, portanto, meus imensos agradecimentos à minha orientadora professora Beatriz, por quem devo meu amor ao Direito Penal e suas nuances, e a quem sempre terá minha gratidão, admiração e respeito, pela magnificente forma que exerce à docência.

Agradeço a todos os meus professores que colaboraram com minha formação, e fizeram-me amar as ciências, o conhecimento humano, e a vontade de um dia também ser um educador.

Agradeço meus pais que em todas as vezes que decidi recomeçar, que pareci fraco e sem norte, apoiaram-me e me fizeram não desistir de meus intentos. A quem dedico a minha formação, já que há tanto depositaram-me votos de confiança, e me fizeram investimentos valorosos de retidão, e de respeito ao semelhante.

À minha irmã, a quem deposito admirações eternas, cuja lembrança de nossa infância sempre será o desenho de tempos cordiais e felizes.

À minha namorada, que me fez compartilhar o amor pela literatura.

Aos meus amigos, que essenciais me fizeram humano.

Agradeço, por fim, aos meus avós, cujas mãos marcadas pelo trabalho, e a doçura única de corações singulares, fizeram-me ter certeza que o Direito se constrói para as pessoas e em função delas. Não há Direito e Justiça cujo guia não seja a humanidade.

A todos que compartilharam este sonho comigo, deixo minha terna e eterna gratidão!

## RESUMO

A análise material da Culpabilidade constitui elemento essencial na teoria do delito, e ainda se mantém como um desafio. Isso se deve, primeiramente, a dificuldades filosóficas de definir a liberdade e a natureza humana, já que esses conceitos tangenciam e variam com cada momento histórico. Para a doutrina atual, a doutrina clássica falha em diversos aspectos ao tentar mergulhar na concepção de liberdade humana. O Direito penal, enquanto produto social e político, deve se pautar em vias opostas se quiser ser de fato democrático, ou seja, deve olhar para a autonomia do indivíduo enquanto ser social, com papéis definidos em uma democracia. Notadamente, essa análise se torna ainda mais importante, diante da crise que sofre o Direito Penal, podendo ser vislumbrada em dois aspectos: primeiro de caráter mais social, que se resume na antinomia liberdade e segurança, estando longe de ser uma crise atual, e segundo, de um caráter mais dogmático, relacionado à legitimação do poder punitivo estatal, e à ciência do Direito Penal. Portanto, visa esse artigo investigar a evolução histórica do conceito material de culpabilidade, a partir das diferentes concepções de indivíduo e natureza humana.

**Palavras-chave:** Culpabilidade; Livre-arbítrio; Determinismo; Liberdade; Estado Democrático de Direito; Escolas Penais.

## **ABSTRACT**

### **OF FREEDOM AS ASSUMPTION AND FOUNDATION OF CULPABILITY: Brief historical experience from the different conceptions of the individual and human nature.**

The material analysis of Guilt is an essential element in crime theory, and It still remains a challenge when compared to other items. Firstly because of philosophical difficulties in defining freedom and human nature as these concepts touch and vary with each historical moment. For today's doctrine classical doctrine fails in several respects as It attempts to delve into the odyssey which is the conception of human freedom. Criminal law, as a social and political product, must be based on opposing ways if It is to be truly democratic, which means It must look at the autonomy of the individual as a social being, with roles defined in a democracy. Notably, this analysis becomes even more important in the face of the crisis in Criminal Law, which can be seen in two aspects, first : there is a social nature in the first one, which is summarized in the antinomy of freedom and security, far from being a current crisis; and in the second one shows more a dogmatic character, related to the legitimation of the punitive power of the state, and to the science of Criminal Law. Therefore, this article aims to investigate the historical evolution of the material concept of guilt, from the different conceptions of individual and human nature.

**Keywords:** Culpability; Free will; Determinism; Freedom; State of law; Penal schools.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO .....	9
2. DO LIVRE-ARBÍTRIO À TEORIA CLÁSSICA .....	12
3. DA CULPABILIDADE, POSITIVISMO E DETERMINISMO.....	14
4. O FINALISMO E O RETORNO AO HUMANISMO ONTOLÓGICO.....	17
5. ALGUNS CAMINHOS PÓS-FINALISTAS: FUNCIONALIZAÇÃO E DETERMINISMO NEUROCIENTÍFICO.....	20
6. A PESSOA DELIBERATIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	24
7. CONCLUSÃO .....	28
REFERÊNCIAS .....	30



## 1. INTRODUÇÃO

“O passado não corre”<sup>1</sup> diz Valter Hugo Mãe, persiste em não passar, assinala o futuro, e predestina o presente. Na compreensão do mundo de outrora, interpreta-se melhor a realidade. Todo processo de transformação social carrega consigo raízes do que já foi, o passado sempre sugere a existência de vestígios no presente. Não se pode renegar o choque de cenários ao colocar diante o passado e presente. Rostos que carregam muito de si mesmos, e que se superam, que se transcendem, e se aperfeiçoam. O direito penal, enquanto entidade padecente da destruição criadora reflete as inúmeras mudanças que marcam o mundo contemporâneo, cujo quadro recebe diversas denominações como pós-modernidade, modernidade líquida ou sociedade do risco, todas na tentativa de encaixar sob a moldura dos conceitos a realidade mutável.

Assim, também, se perfaz o desafio em relação à dogmática penal. Marta Rodriguez<sup>2</sup>, em referência à teoria de Ulrich Beck, entende que nesse contexto se distinguem dois componentes do modelo de modernização, primeiramente a auto ameaça às fundações da sociedade industrial, por uma modernização bem-sucedida, que é cega aos riscos que produz. E, por outro lado, o crescimento do conhecimento, isto é, de autorreflexão sobre os riscos da sociedade industrial desenvolvida<sup>3</sup>. Para Jesús-Maria Silva Sanchez, existe uma crise dogmática em relação às bases legitimadoras do *ius puniendi* estatal<sup>4</sup>, um esvaziamento dos

---

<sup>1</sup> MÃE, Valter Hugo. *O filho de mil homens*. Biblioteca Azul; Edição: 1ª – 2016, p. 183.

<sup>2</sup> Nas palavras da autora, “os padrões coletivos de vida, progresso, controlabilidade e exploração da natureza típicos da primeira modernidade são revolucionados pela ocorrência interligada de processos como a globalização, a individualização, a revolução de gênero, o desemprego e, principalmente, pelo surgimento de riscos globais, que têm em comum a característica de serem consequências imprevisíveis da vitória da modernidade. Esses fenômenos, que, em um primeiro momento, ocorreram sub-repticiamente e sem planejamento, no seio de uma modernização dita normal, autônoma e com uma ordem política e econômica inalterada, acabaram atingindo dimensões tais que colocaram em xeque os próprios fundamentos dessa ordem, impondo, inclusive, uma mudança de referenciais que não foi nem desejada, nem prevista. Além disso, a ciência e a técnica, pressupostos para o crescimento econômico e para o bem-estar material, viram-se desencantados com o surgimento de riscos de grandes dimensões, que não haviam sido tematizados e muito menos previstos e que passaram a representar um potencial de perigo que não se pode medir, quantificar ou antever”. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação das novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 20.

<sup>3</sup> MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação das novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 30.

<sup>4</sup> “En efecto, es cierto que el Derecho penal, entendido como potestade punitiva del Estado (Derecho penal em sentido subjetivo, ‘ius puniendi’), fundamentada y limitada por la existencia de un conjunto de normas primarias y secundarias (Derecho penal em sentido objetivo), se halla em crisis. Es ésta fundamentalmente una crisis de legitimación: se cuestiona la justificación del recurso por parte del Estado a la maquinaria penal, su instrumento más poderoso. Sin embargo, asimismo se halla em crisis la llamada ‘ciencia del Derecho penal’: es ésta una crisis de identidade social, y también una crisis de ‘legitimidad epistemológica’, de validez científica”. SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch editor S.A., 1992, p. 14.

diversos conceitos que consubstanciam a teoria do delito. Em verdade, a tentativa de reinserir uma dimensão ético-social na análise, principalmente, da culpabilidade tem gerado uma verdadeira tensão dialética com os interesses políticos criminais preventivos, anexados à análise da imputação de responsabilidade por grandes autores como Roxin e Jakobs.

Como será melhor aquilatado ao longo do estudo, a análise da responsabilização funcionalizada, orientada somente por critérios político-criminais de prevenção-geral, a fim de afastar os pressupostos inverificáveis do finalismo, deixou-a, de certa forma, a mercê de interesses administrativos momentâneos de grupos políticos dominantes, representando a utilitarização do indivíduo. Como bem explanado por Buonicore<sup>5</sup>, as teorias funcionalistas condicionam a liberdade individual como mera pressuposição para atender fins políticos criminais ligados à necessidade de prevenção geral.

Nesse contexto, para aprofundar a investigação diante dessa crise dogmática, faz-se necessário perceber, através de um olhar histórico, que toda a teoria do delito se funda na concepção de indivíduo, variável diante dos diversos conceitos filosóficos de modernidade. Para Klaus Günther o conceito de pessoa deve ser, contudo, determinado em primeiro lugar, deve servir de ponte entre a pretensão de legitimidade da ordem jurídica e as exigências de obediência à norma<sup>6</sup>. Necessário se faz, portanto, um olhar profundo sobre a mescla de relações sociais, papéis desempenhados e valores compartilhados que influem no fenômeno social que é a responsabilidade penal.

Destarte, identificada a referida crise dogmática penal, esse trabalho possui como objetivo aprofundar no conceito de culpabilidade na teoria do delito, percorrendo desde a ideia de livre-arbítrio, na teoria clássica, até a de pessoa deliberativa, nas teorias pós-funcionalistas. A partir desse estudo histórico pelas minúcias da responsabilidade penal, definir princípios para uma nova teoria da culpabilidade, circunstanciada por novas bases filosóficas legitimadoras de um Estado democrático de Direito é essencial, evitando uma lógica reificada da culpabilidade<sup>7</sup>. Para tanto, o conceito de livre-arbítrio e determinismo são manuseados e contrastados, a fim de

---

<sup>5</sup> BUONICORE, Bruno Tadeu. O fundamento onto-antropológico do direito penal em face da sociedade brasileira contemporânea. *Revista de Estudos Criminais*, vol. 51, 2013, p. 6.

<sup>6</sup> GÜNTHER, Klaus. A Culpabilidade no Direito penal atual e no futuro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 24, 1998, p. 81.

<sup>7</sup> GÜNTHER, Klaus. Somente em uma sociedade humana todo ato tem seu autor. São Paulo: Responsabilidade e pena no Estado democrático de Direito. In: MACHADO, Marta et al. (org.), *Responsabilidade e pena no Estado democrático de Direito*. São Paulo: Pesquisa Acadêmica livre: FGV Direito SP, 2016, p. 15.

mostrar suas fraquezas metodológicas e teóricas, emergindo como alternativa a esse dilema, filosófico e histórico, uma terceira via: a pessoa deliberativa.

Para os autores clássicos pode-se entender o crime como o uso excessivo e ilegítimo da liberdade que possui o indivíduo, e, portanto, a pena como repreensão deste mau uso, tornado o Direito de punir exercido pelo Estado como verdadeira tutela da própria ordem jurídica e dos direitos naturais intrínsecos de todo ser humano. Por outro lado, as teorias positivistas elevam ao direito Penal a função de defesa ativa da sociedade, rechaçando pressupostos metafísicos e morais da análise do delito, iniciando, em âmbito penal, a dicotomia ora contrastada.

Não somente propor um novo conceito material de culpabilidade, esse estudo busca, conseqüentemente, demonstrar os perigos da instrumentalização e da lógica reificada da responsabilidade penal, mesmo que, atualmente, sob o amparo da neurociência, e a importância de humanizar a culpabilidade. Na dogmática de Juarez Tavares<sup>8</sup>, para análise do sujeito em seu âmbito social e jurídico não basta assinalar sua identidade e diversidade. Deve ser levado em consideração um mundo de relações e de valores, associados à exclusão, inclusão, e capacidade de comunicabilidade. Assim, o conceito de pessoa relevante para a imputação penal se refere sobretudo àquilo que Bernardo Feijoo Sanchez chama em sua doutrina de “*homo sociologicus*”<sup>9</sup>.

Nesse sentido, ante as diversas matizes e autores que se debruçam sobre o tema, serão apresentados neste breve estudo apenas aqueles que adotam uma lógica procedimental discursiva, amparando-se em autores que tiveram maior influência nas compreensões atuais acerca da culpabilidade, em particular no que se refere ao direito penal de matriz alemã. Insta salientar, que não se possui a pretensão, ao destacar esta corrente de pensamento, de dar a ela ares de definitividade ou pretensão de verdade imutável. Como qualquer outra corrente teórica, também é permeada de críticas e inconsistências, no entanto, é essencial destacá-la como demonstração do esforço necessário para a construção de um direito penal amparado no Estado Democrático de Direito e nos princípios constitucionais.

Durante toda a análise histórica, dado os limites estruturais do presente trabalho, serão destacados apenas alguns autores a fim de ilustrar as diversas escolas penais, como por exemplo, Kant, Cesare Beccaria, Liszt, Beling, Comte, Max Weber e Welzel. Notadamente, a

---

<sup>8</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 95-96.

<sup>9</sup> FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *A Legitimidade da Pena Estatal: Uma breve incursão pelas teorias da pena*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p.98-99.

disputa intelectual pelo conceito de modernidade perpassa, também, por diversos outros pensadores, com concepções e construções teóricas vastas e importantes, merecendo amplo debate sobre suas obras em futuros trabalhos específicos.

Por fim, vale ressaltar que a problematização da culpabilidade no Estado Democrático de Direito se faz extremamente necessária, mesmo que o modelo discursivo de fundamentação da culpabilidade seja igualmente permeável aos problemas do vínculo democrático. Todavia, a solução para a tensão dialética apresentada não pode consistir na adoção de um discurso que legitime as práticas punitivas tal qual as conhecemos desde sempre, sem qualquer apreço ao rigor científico de validade normativa, amesquinhada por interesses dominantes. A teoria do Direito Penal deve perseguir em seu âmago práticas sociais mais justas e democráticas.

## 2. DO LIVRE-ARBÍTRIO À TEORIA CLÁSSICA

Em 1794, Immanuel Kant, em seu texto “*Resposta à pergunta: Que é o iluminismo?*”, declarou, utilizando-se da frase de Horácio (meados de 65 a.C.), *Sapere aude!* Ou seja: Ouse saber! Nada mais moderno para o chamado século das luzes, já que, para o filósofo Kant, o iluminismo:

“É a saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado. A menoridade é a incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem. Tal menoridade é por culpa própria, se a sua causa não residir na carência de entendimento, mas na falta de decisão e de coragem em se servir de si mesmo, sem a guia de outrem”<sup>10</sup>.

Neste ínterim, as palavras de ordem do século XVIII tornou-se *Sapere aude*, como demonstrou Kant que naquele século imperava um otimismo diante da racionalidade humana, na capacidade de criticar a realidade e tornar-se senhor da própria existência. Kant retratava todo um momento histórico, e todo o redesenho do homem moderno que surgia.

A bandeira do homem moderno, tal como se concretizou na filosofia de Kant, é a liberdade. O homem livre, dotado de livre-arbítrio é o marco inaugural de qualquer ciência e filosofia do período, logicamente a busca por se construir Direito, e por si só, Direito Penal parte desse princípio: o homem é livre e capaz de decidir, através de sua racionalidade, entre o bem e o mal. Um exemplo é encontrado na literatura de Goethe, em seu célebre livro Fausto, que representou tão perfeitamente esse novo homem, capaz de antever os nossos dias. O homem moderno é tão livre, soberano, independente, que pactua com Mefistófeles, negocia com o ser

---

<sup>10</sup> KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: o que é o iluminismo. In: *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1990, p. 1.

temido das mitologias de outrora. Fausto, o indivíduo que tudo buscava saber, que todo conhecimento havia de passar por sua mente racional, pactuara sua vida em prol de alcançar o âmago, a essência do conhecimento humano. O personagem enigmático, de Goethe, é o homem incansável dos tempos modernos<sup>11</sup>.

Notadamente, esse indivíduo moderno cunhado no estigma do livre-arbítrio é um homem fãustico, transitando entre o iluminismo e o cientificismo, dois conceitos essenciais para se entender a ideia de livre-arbítrio e determinismo presente na dogmático jurídico penal. Na história, esse caráter libertário dado a conduta humana, esteve presente na busca pela verdade científica, no interesse pela alquimia e no fascínio à anatomia humana. Até mesmo a religião ganha uma nova roupagem com a reforma protestante, que possibilitou ao indivíduo à autonomia de dialogar com o divino sem um intermediário.

Cesare Beccaria, em sua obra *Dos delitos e das penas* (1764), transpareceu a figura desse homem dotado de livre-arbítrio, que barganha, negocia, contrata em prol de sua liberdade e racionalidade. No capítulo II, intitulado de *Origem das penas e do Direito de Punir*, ressaltou que os indivíduos são livres, e no entanto, vivem amedrontados e ameaçados por inimigos, por conseguinte, para gozar com segurança de todo esse livre-arbítrio sacrificam um pouco dessa liberdade, incumbindo ao soberano do povo a função de depositário das liberdades<sup>12</sup>. Beccaria, assim como outros teóricos, racionalizaram a sociedade, e a explicaram contratualmente, consolidando o empirismo, vagarosamente, como método seguro de ciência, elevando os sentidos à categoria central da pesquisa, e enaltecendo as ciências naturais.

No campo jurídico, a preocupação se centralizou em limitar o poder real, que não mais poderia punir a seu bel-prazer<sup>13</sup>. A obscuridade das leis, a incerteza das penas, os julgamentos

---

<sup>11</sup> Michael Jaeger pontua que, “Fausto não é possível e nem permitido contentar-se – primeiramente em seu ímpeto por conhecimento e, depois, em sua desesperada obsessão de entretenimento (...). Ele quer saber tudo, em primeiro lugar coisas novas, possuir continuamente outras coisas, ver imagens inéditas, cada vez mais espetaculares. Em sua vontade de exercer poder sobre a Vida, ele cobiça manipular incondicionalmente os seus elementos – e, em virtude dessa exigência desmedida, fica à mercê do diabo. A proibição fãustica do deter-se, a negação de tudo o que existe no aqui e agora, da realidade momentânea, e o seu almejo insaciável pelo ainda-não-existente, por aquilo que ele não possui, essa disposição de consciência é representada por Mefistófeles”. JAEGER, M. A aposta de Fausto e o processo da Modernidade Figurações da sociedade e da metrópole contemporâneas na tragédia de Goethe. *Revista USP Estudos avançados*. vol.21 n.59 São Paulo Jan./Apr. 2007, p. 310.

<sup>12</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016, p. 22.

<sup>13</sup> Bustos Ramirez define o papel que ganha o legislador, no período exaltado por Beccaria, como, “un ejecutor de la voluntad colectiva, y esta solo como un límite a su legitimidad. Por virtud de ello el legislador es el único que puede dictar penas, con lo que establece el principio de la legalidad de las penas, ya que solo él tiene justamente el poder para hacerlo. Ahora bien, ese poder está limitado por su fuente de legitimación que es el contrato social en un doble sentido. Por una parte, no puede ir más allá de la necesidad de conservar el vínculo entre los hombres, pues de otro modo la pena será "injusta por naturaleza" (...). Surge, pues, como principio fundamental junto al de

secretos, a tortura como método de prova, as penas bárbaras e cruéis, tornaram o Estado tirano, aviltando os Direitos Naturais. Como contraposição a isso, ao sujeito, que passou a ser tratado como indivíduo, identificou-se direitos inatos à sua condição de humano, que só poderiam ser protegidos através da lei, fruto do conjunto de todas as pequenas porções de liberdade cedidas em prol da justiça, dando fundamento ao direito de punir, ausente isso, todo exercício de poder tornar-se-ia despótico<sup>14</sup>. O Direito Penal, também, ganhou uma razão de ser, uma explicação pautada na lógica científica.

Nesta conjuntura, a figura do delinquente tornou-se o indivíduo livre, igual a qualquer outro na sociedade e capaz de fazer escolhas. Para o direito penal clássico, o crime não guardaria relação com a personalidade do agente, como posteriormente definiram os positivistas, mas no exercício excessivo e imprudente da liberdade. Welzel, contemporâneo aos clássicos, ao contrapor os positivistas, restaura essa visão de reprovabilidade:

“Apenas aquilo que depende da vontade do homem pode ser-lhe reprovado como culpável. Suas qualidades e suas aptidões – tudo aquilo que o homem simplesmente é – podem ser valiosas ou de escasso valor, mas apenas o que tenha feito delas ou como as tenha empregado (...), só isso, pode ser-lhe computado como ‘mérito’ ou reprovado como culpabilidade”<sup>15</sup>.

### 3. DA CULPABILIDADE, POSITIVISMO E DETERMINISMO

O conceito de “culpa” (“*Schuld*”) é tratado pela primeira vez na obra de Karl Binding, publicada em 1872, *As normas e suas violações*, a partir de uma visão integrada em uma teoria que explicasse o delito, a partir da premissa que toda ação antijurídica seria necessariamente culpável<sup>16</sup>. Todavia, foi apenas com Franz von Liszt e Ernst Beling que surgiu a primeira teoria sobre culpabilidade com uma roupagem científica e empírica<sup>17</sup>.

Sob a influência do positivismo sociológico de August Comte, pelo evolucionismo biológico de Darwin e pelo evolucionismo social de Spencer, o método empregado nas ciências biológicas passou a ser empregado nas ciências humanas. Ademais, o liberalismo político

---

la legalidade de las penas, el de su necesidad”. RAMIREZ, Bustos. *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 2005, p. 121.

<sup>14</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016, p. 23.

<sup>15</sup> WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 88.

<sup>16</sup> TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p.50.

<sup>17</sup> JESCHECK, Hans Heinrich. Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidade em Alemania y Austria. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Disponível em: [www.criminet.ugr.es](http://www.criminet.ugr.es). Acesso em: 13 jul. 2019, p. 3.

começou a perder espaço para um Estado e um Direito intervencionistas, diante de uma sociedade que havia se tornado mais complexa e cheia de grandes questões sociais. A reforma cultural trazida pelo Renascimento e iluminismo, a reforma política fruto das revoluções burguesas, e principalmente a reforma econômica advinda das diversas revoluções industriais, propiciou ao indivíduo do século XIX uma nova forma de pensar dando fruto às novas ciências sociais<sup>18</sup>, preocupadas em dar solução à intensa urbanização e suas consequências, à violência excessiva, à miséria humana e à proletarização do trabalhador, dentre diversas outras questões derivadas do período<sup>19</sup>.

Neste ínterim, Auguste Comte fundou sua filosofia positiva, o cerne da sociologia enquanto ciência, cuja proposta foi buscar a metodologia das ciências naturais e aplica-la na análise social, dando explicações sólidas a todas as transformações sociais do período. As ideias de Comte influenciaram toda a produção científica, como a psicologia e o Direito, cujo método de análise foi substituído pelo método empírico. A busca por conhecer as leis que regem a sociedade foi o objeto de pesquisa da filosofia positiva, eliminando da filosofia todos os problemas que comportavam soluções transcendentais ou que requeriam outros métodos além daqueles que a ciência pudesse admitir<sup>20</sup>.

No campo das ciências penais, o foco tornou-se a defesa ativa da sociedade em contrapartida as liberdades individuais do liberalismo. Construiu-se a ideia de que indivíduos e sociedade são organismos separados, assim como, que o organismo social é superior aos individuais<sup>21</sup>, portanto, a pena ganhou a função precípua de prevenção, se voltou à sua função prática na vida social<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> Para Cruz Costa, “Os descobrimentos marítimos dos portugueses e dos espanhóis, revelaram ao velho mundo novos mundos; as novas contribuições que as ciências naturais trouxeram para o conhecimento do homem, determinariam uma ruptura decisiva com os velhos moldes culturais. Uma cultura nova, de base experimental e de tendência crítica repontara com o renascimento. Esta orientação nova, crítica e experimental do século XVI, sempre atenta à continuada experiência, desenvolver-se-ia principalmente no século XVII. "O método baconiano unido ao racionalismo cartesiano, escreve René Hubert, conquistou definitivamente o pensamento filosófico no decorrer das rudes batalhas travadas pelos Enciclopedistas — e pelos seus antecessores — durante o século XVIII, ao espírito religioso, sob duas formas: o dogmatismo de autoridade e o misticismo sentimental. A fecundidade da doutrina. comtista está toda na fusão destas duas tendências”. CRUZ COSTA, J. Auguste Comte e as origens do Positivismo. *Revista de história da USP*, vol. 1 n. 3, 1950, p. 363.

<sup>19</sup> MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, p.196

<sup>20</sup> MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, p.363.

<sup>21</sup> DURKHEIM, Emile. *As regras do método sociológico*: texto integral. Tradução: Pietro Nasseti. Prefácio à segunda edição - São Paulo: M. Claret, 2003, p. 19 e ss.

<sup>22</sup> MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, p. 160.

A partir dessa conjuntura, Liszt e Beling<sup>23</sup> criaram o chamado modelo causal-naturalístico de ação ou modelo clássico de delito, no qual se identificou o delito a partir de quatro espécimes: ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. O conceito de ação ganhou objetividade, significou toda alteração no mundo exterior advindo de um movimento corporal voluntário, sem coação moral ou física. Na análise da ação não haveria qualquer olhar sobre a intenção do agente, para que se caracterizasse o delito, bastando que fosse uma conduta subsumível em um tipo penal descrito em lei, e que fosse contrário ao ordenamento jurídico, portanto antijurídica. Em uma última análise, concretizada a relação causal física, passar-se-ia à análise da culpabilidade que se resumia na busca da relação psicológica entre o autor e o delito<sup>24</sup>.

Em suma, a culpabilidade no modelo Liszt-Beling é o liame entre o dolo ou a culpa e o injusto, imputava-se ao autor os resultados danosos socialmente que estariam de certo modo subjetivamente ligados a ele. Neste ínterim, o determinismo passou a ser o modo explicativo do comportamento humano, o que se evidenciou plenamente na tradição naturalista italiana. Para Bruno Buonicore<sup>25</sup>, a teoria de Liszt tem como fundamento da responsabilidade jurídico-penal o liame entre o vínculo causal e o resultado, partindo da análise empírica da imputabilidade do autor e da análise psicológico-descritiva, definida pela culpa em sentido estrito e o dolo. Como consequência do abandono dos pressupostos metafísicos inverificáveis, o modelo causal retirou a liberdade individual dos elementos subjetivos da autodeterminação e da finalidade do comportamento humano.

Nesse contexto, a pena reafirmava o papel da intimidação. Claramente, a ciência penal, inserida no século cientificista e positivista, não poderia resumir a pena somente em uma função retributiva, ela deveria possuir função social, atacar diretamente o problema, ser pensada a fim de agir com efeitos medicamentosos, funcionalizada e voltada à prevenção. Portanto, se o sujeito é racional, também será capaz de calcular o custo-benefício de seu ato, sendo intimidado pela sanção. A ameaça, a torpeza da punição seria capaz de reprimir aquele comportamento antissocial do indivíduo, logo, a maneira como punir, a quantidade e a severidade da pena, dependeriam de seu efeito à terceiros e da necessidade por prevenção<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 131-132.

<sup>24</sup> MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, p. 164.

<sup>25</sup> BUONICORE, Bruno Tadeu. O fundamento onto-antropológico do direito penal em face da sociedade brasileira contemporânea. *Revista de Estudos Criminais*, vol. 51, 2013, p. 4.

<sup>26</sup> GÜNTHER, Klaus. Críticas da pena I. *Revista Direito GV*, v. 2 n. 2 – Rio de Janeiro, 2006, p. 193.



A discussão sobre a culpabilidade, assim como sobre as finalidades da pena, não deixaram de ser integradas pela velha discussão filosófica da natureza humana. Neste aspecto, é importante destacar que ciência de Liszt recebeu influências dos primórdios do behaviorismo, no mecanismo de estímulo e contraestímulo de Ivan Pavlov, e mais tardiamente, influências psicanalíticas, cuja pena é entendida como um artifício auxiliador do ego, em sua função de repressão e no recalque de impulsos desviantes, auxiliando na garantia de obediência à norma<sup>27</sup>.

#### 4. O FINALISMO E O RETORNO AO HUMANISMO ONTOLÓGICO

Os positivistas, visando afastar da análise de culpa os pressupostos metafísicos inverificáveis, tornaram a ação humana despida de finalidade, e livre de qualquer motivação subjetiva, reduzindo-a a um mero objeto da natureza causal. Afastou-se a entidade imagética, dotada de percepção de existência, típica do pensamento cartesiano, substituindo-a por um conjunto de processos neuroquímicos do todo o sistema nervoso. Para Bruno Buonicore<sup>28</sup>, a liberdade, na perspectiva naturalista, só tem sentido se vista a partir de processos causais controlados pelo sistema límbico, já que não se pode falar em experiência subjetiva.

Na tentativa de corrigir as falhas da teoria naturalista de culpabilidade, Hans Welzel criou a teoria normativa da culpabilidade e baseou-se na teoria final da ação. Notadamente, inserido sobre um novo círculo científico, buscou retornar à análise ontológica do comportamento, cuja influência se assentou em pensadores como Nicolai Hartmann e Max Weber, com sua teoria compreensiva que já havia servido como base aos teóricos neokantianos no final do século XIX. Weber rompeu com a estrutura metodológica iniciada por Auguste Comte e Emile Durkheim fundando sua metodologia compreensiva. Diante disso, criou uma cisão entre as ciências da natureza, que tentavam explicar os fatos, contendo leis específicas, e as ciências da cultura, que se orientavam na perspectiva de compreender o sentido da ação. Não obstante, identificou que nas ciências da natureza as relações eram de necessidade, enquanto

<sup>27</sup> GÜNTHER, Klaus. Críticas da pena II. *Revista Direito GV*, v. 3 n. 1 – Rio de Janeiro, 2007, p. 146.

<sup>28</sup> “Pelas recentes reivindicações da neurociência, a liberdade individual desaparece, dando lugar a explicações causais de ordem neurobiológica para a vontade humana. A liberdade individual é significada a partir de uma perspectiva naturalista que considera a experiência subjetiva de liberdade uma ilusão, uma ficção impossível de alcançar objetividade. A vontade humana estaria ligada a processos causais controlados pelo sistema nervoso límbico. Tais processos seriam fundamentalmente inconscientes, de modo que seu acesso pela liberdade do eu consciente seria muito restrito. O ato da vontade livre não poderia antecipar o comportamento humano porque quando ele entra em cena o cérebro já teria se decidido inconscientemente pelo movimento corporal, ou por sua não realização. A referida corrente científica naturalista chega a afirmar que devemos parar de falar em liberdade, já que a ideia de autodeterminação não é sustentável desde uma perspectiva neurobiológica externa – do observador da conduta” BUONICORE, Bruno Tadeu. O fundamento onto-antropológico do direito penal em face da sociedade brasileira contemporânea. *Revista de Estudos Criminais*, vol. 51, 2013, p. 4.

nas ciências da cultura as relações eram de probabilidade, uma vez que ausente relações de causa e efeito<sup>29</sup>.

Welzel, portanto, devolveu ao indivíduo sua capacidade de autodeterminação. A culpabilidade não mais consistia no vínculo psicológico entre o autor e o resultado, como formularam os positivistas, mas passou a ser fundamentada na reprovação da configuração da vontade<sup>30</sup>, conforme proposto por Frank em 1907<sup>31</sup>, no desvalor da conduta determinada por uma vontade livre, capaz de escolher agir conforme o Direito. O indivíduo passou a ser capaz de pensar sobre e sob o Direito, e assim determinar-se ou não por ele. Welzel abandonou o naturalismo extremado e vislumbrou o humanismo a partir de uma concepção antropológica, na qual se entende o sujeito como possuidor de suas formas inatas e biológicas atrofiadas, em comparação aos outros animais, o que o torna disposto à responsabilidade.

Por outro lado, o indeterminismo deixa de ser fundamento desse indivíduo finalista, pois a ação indeterminada é incompatível com a imputação de responsabilidade. Caso a vontade humana não estivesse determinada por nada, a conduta posterior não poderia guardar nenhuma relação com a anterior, posto que de outro modo já estaria determinado por algo<sup>32</sup>. Para Figueiredo Dias, Welzel entendeu o indivíduo como limitado ao que lhe é possível, por um lado no mundo físico e social, por outro no mundo das suas potencialidades subjetivas, condicionado, pelas necessidades da natureza humana em geral e, de modo especial, pelos impulsos individuais, pelo campo momentâneo das suas necessidades e aspirações, em síntese, pelas razões em face das regras sociais do mundo vigente, dos valores que se conhece e aceita<sup>33</sup>.

Isto posto, Welzel se afastou da culpabilidade naturalista<sup>34</sup>, por considerar a existência de livre arbítrio, e logicamente, também se afastou da concepção clássica, por negar o

---

<sup>29</sup> GONÇALVES, Maria de Fátima da Costa. Sentido e valor da sociologia compreensiva de Max Weber. *Revista de Políticas Públicas*, v. 8, n. 1. 2004, p.111.

<sup>30</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. 2ª Ed. - São Paulo, Editora Saraiva, 2004, p. 329.

<sup>31</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 7. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 284.

<sup>32</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 7. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 98.

<sup>33</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 7. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 25 e 26.

<sup>34</sup> “O erro do determinismo tradicional consiste na crença de que existe uma única forma de determinação, que desde princípios da Idade Moderna costuma-se considerar como a causalidade, ou seja, o monismo causal. No monismo causal não é possível, sem dúvida, a reprovabilidade por ter o homem adotado a decisão equivocada no lugar da correta, porque toda decisão – independentemente de ser errada ou certa – deve estar necessariamente predeterminada”. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 98.

indeterminismo<sup>35</sup>, e reorientar o conceito de liberdade. Nesse sentido, não se é possível mais falar em liberdade de ação, mas deve-se falar em liberdade de vontade, cuja ação é sempre fruto de uma determinação prévia, voltada à uma finalidade minuciosamente escolhida por uma vontade, que é capaz de autodeterminar-se conforme ao sentido da norma<sup>36</sup>. Para o behaviorista Keller, tão bem citado por Jorge de Figueiredo Dias, os motivos só determinam o sujeito na medida em que se permite determinar-se por eles<sup>37</sup>.

A busca pela natureza biopsíquica do ser humano, fez com que Welzel apoiasse a culpabilidade em um postulado do dever-ser, tornando a liberdade da vontade inverificável no caso concreto. Primeiramente, porque não se pode retornar ao fato passado sem cair em uma armadilha linguística, assim como, não se pode reconstruir os personagens atuantes naquele momento, além disso, supor uma capacidade da vontade de escolher se determinar de uma forma e não de outra é cair novamente em um indeterminismo<sup>38</sup>. Portanto, a teoria da culpabilidade como reprovação por uma conduta avessa ao Direito, quando poderia ter sido conforme o Direito, é carregada de tal forma de uma presunção metafísica, que se despoja de elementos factíveis.

Apesar das falhas da teoria finalista ao tentar dar um fundamento material para a culpabilidade, faz-se necessário reconhecer que Welzel transcendeu a dicotomia entre livre-arbítrio e determinismo. Devolveu ao indivíduo sua autonomia, mas também não rejeitou as variantes que agem e modulam o comportamento. Neste ínterim, retornando à interpretação da história de Fausto, o personagem de Goethe conseguiu ir além do que havia escrito Kant, cuja teoria foi a inspiração dos clássicos, é considerado produtor da realidade, mas também não nega que é produzido por ela<sup>39</sup>. Fausto é um ator ativo de sua vida, não se debruçou somente à vida

<sup>35</sup> WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 98

<sup>36</sup> “A liberdade de vontade vem a ser, pois a capacidade de poder reger-se conforme ao sentido” BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. 2ª Ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2004, p. 316.

<sup>37</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, culpa, direito penal*. Coimbra: Coimbra 3º Ed., 1995, p. 29.

<sup>38</sup> “Hoje é ainda válida, como quando Wundt a formulou, a objecção de que, se a decisão entre várias possibilidades acontece de forma verdadeiramente espontânea, sem uma causa ou um fundamento em que se apoie, então o agente, o homem que quer e decide, não é fundamento de si próprio, mas instrumento físico psíquico de uma espontaneidade que conforma a sua existência, sem que haja na sua pessoa algo a que possa imputar-se a decisão e, conseqüentemente, a realização da vontade como coisa sua”. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, culpa, direito penal*. Coimbra: Coimbra 3º Ed., 1995, p. 52.

<sup>39</sup> “Observamos que o personagem de Goethe dá um passo além do proposto por Kant. Perceberá que não somente ele imprimirá no mundo suas impressões, que o objeto não se regula apenas pelo seu conhecimento, mas que ele, Fausto, também é elaborado pelo objeto. Ou seja, Fausto faz a realidade e é igualmente por ela reelaborado. Dessa forma o objeto da realidade não está separado dele, é produção sua o que significa que a razão não está separada da realidade, mas se identifica com ela. Fausto é um co-produtor da realidade, pois este homem social que ele deseja ser só se realizará na realidade externa participando do mundo. Fausto percebe a identidade entre o

reflexiva e contemplativa, pois só poderia existir realização na junção entre o inteligível e o factível. Ao aceitar o pacto com Mefistófeles rompeu com as convicções de que somente o pensamento intelectual poderia definir a natureza humana, demonstrando que a dicotomia cartesiana entre razão e natureza é extremamente frágil.

## 5. ALGUNS CAMINHOS PÓS-FINALISTAS: FUNCIONALIZAÇÃO E DETERMINISMO NEUROCIENTÍFICO

Não obstante a teoria normativa da culpabilidade buscar superar a crise da culpabilidade, pautada na dicotomia determinismo e livre-arbítrio, padeceu de indefinições quanto a sua legitimidade dogmática. Como já dito, o Direito não se faz ornado de ferramentas capazes de definir se, de fato, no caso concreto, o indivíduo era capaz de agir de outro modo, ou ser motivado pela norma. Como no velho axioma Heraclítico da mudança constante, os personagens da cena do crime já não são mais os mesmos que aqueles do banco dos réus. Resta, portanto, a liberdade individual como um ser inverificável e inatingível, já que a pretensão ontológica produz um déficit de verificabilidade na fundamentação da culpabilidade<sup>40</sup>.

Para Paulo Busato a admissão da impossibilidade de demonstrar que o sujeito poderia agir conforme o direito, conduziu, inicialmente, à renúncia da culpabilidade como fundamento e também como baliza da pena, pois diante da impossibilidade de verificar se o sujeito poderia ter agido de modo diverso, conseqüentemente, deixou de ser possível responsabilizá-lo por sua escolha e, se não é possível, ainda, aferir as alternativas que tinha à sua disposição, menos ainda é possível calcular o grau de culpabilidade que lhe corresponde. Assim, esta liberdade ou não existe, ou é relativa<sup>41</sup>.

---

inteligível e a realidade. Fausto irá destruir o pensamento fundamentado unicamente na reflexão, empreenderá um esforço a fim de trazer a reflexão teórica para a prática. Acolhe a reflexão e acrescenta a ela a ação e, se quisermos usar uma linguagem fichtiana, podemos dizer que acolhe o que se põe. Ou seja, a ação é, então, em Fausto, o pôr-se de uma reflexão, no sentido de que Fausto, em seus aposentos, era apenas reflexão e sua saída às ruas é o pôr-se dessa reflexão, dessa crítica ao conhecimento metafísico. À reflexão se põe a realidade, e a reflexão se faz ação, se faz movimento. Veremos que essa ação se revela a Fausto infinita, pois, nas ruas da cidade, ele capta a multiplicidade de mundo e pressupõe os diferentes modos de porem-se as reflexões individualizadas”. KONESKI, Anita Prado. *Um olhar para Fausto de Goethe*. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Comunicação e Expressão, 1999, p. 111-112.

<sup>40</sup> BUONICORE, Bruno Tadeu. O fundamento onto-antropológico do direito penal em face da sociedade brasileira contemporânea. *Revista de Estudos Criminais*, vol. 51, 2013, p. 5.

<sup>41</sup> BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal. *Revista Liberdades*, n. 8, p. 52-94.

Perante esse problema, a doutrina penal se debruçou na tentativa de dar à culpabilidade um novo conceito, que em sua maioria, foi torna-la agnóstica<sup>42</sup>. Retirar o agir humano como conteúdo definidor da culpabilidade e orientá-la a partir da necessidade preventiva da pena. Como pontua Jescheck, esse movimento, crescente na Alemanha, converteu a culpabilidade a características utilitárias, na necessidade preventiva-geral da pena<sup>43</sup>.

O movimento de funcionalização da culpabilidade penal, dentre suas diversas vertentes, encontrou como expoentes Roxin e Jakobs. Primeiramente, Roxin abandonou a filosofia finalista e se aproximou dos neokantianos, para tornar a culpabilidade penal ligada com as pujantes teorias dos fins da pena. Se é impossível responder se o indivíduo agiu livremente ou não, torna-se necessário substituí-la, pelo questionamento do porquê se pune aquela conduta. Ou seja, porque o legislador optou por punir aquela conduta, e se estão presentes os fundamentos disso, para imputar a alguém, em um fato concreto, a responsabilidade por um ato<sup>44</sup>. Neste ínterim, a responsabilização esta intrinsecamente ligada à elementos políticos-criminais, portanto, somente se pune um indivíduo se houver a necessidade jurídico penal para repreendê-lo no caso concreto.

Para Buonicore, orientar por critérios político-criminais de prevenção-geral a atribuição de responsabilidade, representou a instrumentalização da liberdade individual em prol de interesses administrativos de certos grupos, uma verdadeira operação de objetificação do indivíduo. Para Roxin, a liberdade individual seria uma pressuposição que atende a fins político criminais ligados à necessidade de prevenção geral<sup>45</sup>.

Além disso, como demonstrou Klaus Günther, a liberdade do sujeito aparece como um limite normativo, isto é, uma pena funcionalizada deve manter uma relação de adequação com o fato e com o grau de culpabilidade do indivíduo. Uma violação de bens jurídicos alheios em uma situação difícil, merece uma punição menor do que aquele que age por puro interesse

---

<sup>42</sup> GÜNTHER, Klaus. O desafio naturalístico de um direito penal fundado na culpabilidade. *Revista Direito GV*, v. 13, 2017, p. 1064.

<sup>43</sup> JESCHECK, Hans Heinrich. El Principio de Culpabilidad como Fundamento y Limite de la Punibilidad en el Derecho Alemán y Español. San Sebastián: Eguzkilore – *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminologia*, n<sup>o</sup>9, 1995, p. 7.

<sup>44</sup> BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal. *Revista Liberdades*, n. 8, p. 52-94. 2011, p. 60.

<sup>45</sup> BUONICORE, Bruno Tadeu. O fundamento onto-antropológico do direito penal em face da sociedade brasileira contemporânea. *Revista de Estudos Criminais*, vol. 51, 2013, p. 6.

próprio<sup>46</sup>. A proporcionalidade entre fato, culpa e pena se determinam a partir da referência do grau de liberdade e de envolvimento interno do delinquente quando da execução de seu ato<sup>47</sup>.

Por outro lado, a definição de natureza humana na velha dicotomia do determinismo e livre-arbítrio reacendeu por entre as correntes ditas agnósticas. Se por um lado, o funcionalismo penal se adapta bem com qualquer uma das vertentes filosóficas, por não tomar partido, por outro, o determinismo parece liderar essa corrida, transvestindo-se com uma bagagem científica. A neurociência, crescente e extremamente desenvolvida, representa um óbice aos defensores do livre-arbítrio, representa um golpe copernicano ao dualismo cartesiano.

Para a filosofia da mente, amparada pela tecnológica neurociência, Antonio Damásio<sup>48</sup> define a mente humana como uma emergência da atividade de várias áreas do cérebro. Por conseguinte, a mente consciente está engendrada nos liames das funções corporais, assim como o ato de planejamento e a capacidade de buscar prazeres futuros estão ligados com a região pré-frontal do córtex cerebral, nossas emoções também estão relacionadas com o cérebro, como por exemplo, a amígdala e o lobo da insula. As novíssimas ciências neuronais não irão fundar um novo determinismo, ou cair em um reducionismo orgânico, mas trazer novos questionamentos acerca da liberdade de comportamento, para Searle:

“(...) Eu tentei explicar como a consciência pode ter consequências causais ‘físicas’, e por que não há nada de misterioso sobre esse fato. Minha intenção consciente em ação faz com que meu braço suba. Mas é claro, minha intenção consciente em ação é uma característica do meu sistema cerebral e, como tal, no nível dos neurônios, ela é inteiramente constituída pelo comportamento neuronal. Não há reducionismo ontológico neste relato, porque em nenhum momento estamos negando que a consciência tenha uma ontologia irreduzível em primeira pessoa. Mas há uma redução causal. A consciência não tem poderes causais além dos poderes da estrutura neuronal (e de outros neurobiológicos)”<sup>49</sup> (tradução livre).

Se as recentes pesquisas apontam que o comportamento humano é definido momentos antes por motivadores causais na massa encefálica, relegando a consciência papel secundário, torna-se a aplicação de penas segundo a culpabilidade algo injusto. Pois não se poderia imputar a alguém uma conduta por ter decidido assim agir, mas porque sua personalidade é definida por características propensas ao delito. Se a pena não pode mais se fundar sobre um juízo de

<sup>46</sup> GÜNTHER, Klaus. O desafio naturalístico de um direito penal fundado na culpabilidade. *Revista Direito GV*. v. 13, 2017, p. 1066.

<sup>47</sup> SCHÜNEMANN, Bernd; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (org.). La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales - estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*. 2. ed. Buenos Aires: B. de F., 2012, p. 160.

<sup>48</sup> DAMÁSIO, António R. *E o Cérebro Criou o Homem*; tradução Laura Teixeira Motta – São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 162.

<sup>49</sup> SEARLE, John R. Free Will as a Problem in Neurobiology. *Philosophy*, Vol. 76, n. 298, 2001, p. 498.

culpabilidade, então restaria como fim da sanção somente a proteção da coletividade<sup>50</sup>. Não que o etiquetamento de pessoas perigosas já não ocorra, mas se legitimaria esse sistema, arquitetado como ferramenta de controle social, utilizando do sistema penal, para controlar quem o Estado julgar perigoso.

Em um contexto que as mídias audiovisuais dominam a opinião pública<sup>51</sup>, corre-se o risco de o progresso tecnológico acarretar o esvaziamento da condição humana<sup>52</sup>, e a figura do criminoso se tornar um ser destituído de humanidade, cheio de estereótipos daqueles rejeitados socialmente, instrumentalizados para fins políticos<sup>53</sup>. Nesse contexto, a cada crime de grande repercussão social, cria-se contextos políticos para legitimar um Direito penal mais repressivo como única resposta aos problemas sociais<sup>54</sup>.

Portanto, o problema reside na forma que estaríamos endossando um sistema arquitetado exclusivamente como ferramenta de controle para segregar socialmente indivíduos. Logo, tornaríamos Drs. Bacamartes<sup>55</sup>, rotulando pessoas para descobrir o “normal”, estigmatizando-os, e exilando-os em grandes “Casas Verdes”, até o ponto em que “O terror acentuou-se. Não se sabia já quem estava são, nem quem estava doido”<sup>56</sup>. Para além da metáfora Machadiana, quiçá nunca tenha sido somente uma metáfora, devemos refletir sobre os caminhos do princípio da culpabilidade, pois o cavalgar de uma nova e libertadora teoria científica pode resultar num grande, velho e conhecido cavalo de Tróia.

---

<sup>50</sup> GÜNTHER, Klaus. O desafio naturalístico de um direito penal fundado na culpabilidade. *Revista Direito GV*. v. 13, 2017, p. 1073.

<sup>51</sup> Sobre essa matéria, “Os meios de comunicação de massa se encarregam de introjetar na consciência da população que a criminalidade é o problema mais significativo da sociedade contemporânea”. MORAIS DA ROSA, Alexandre; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. *Para um Processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 46.

<sup>52</sup> MORAIS DA ROSA, Alexandre; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. *Para um Processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 4.

<sup>53</sup> “Quando a pena não serve mais à proteção de liberdades iguais juridicamente garantidas, que outros fins restam? Provavelmente, sequer seria lícito falarmos de “fins”, na medida em que esse termo pressupõe, implicitamente, algo determinado pela escolha e pela decisão das pessoas. Em lugar desta, encontraríamos apenas e tão somente o mero interesse de sobrevivência de uma maioria frente a uma minoria (melhor dizendo: de uma maioria de cérebros frente a uma minoria de cérebros). A definição de comportamentos como delituosos dependeria, então, do grupo que tenha se estabelecido como hegemônico em um determinado grupo de seres humanos (neurologicamente considerados). Vistas sob esta perspectiva, tanto a pena como a medida de segurança contra indivíduos perigosos não seriam nada mais que instrumentos de uma luta pela subsistência”. GÜNTHER, Klaus. O desafio naturalístico de um direito penal fundado na culpabilidade. *Revista Direito GV*. v. 13, 2017, p. 1074.

<sup>54</sup> PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. Diagnóstico da Política Criminal Brasileira (1984-2009). São Paulo: Responsabilidade e pena no Estado democrático de Direito. In: MACHADO, Marta et al. (org.), *Responsabilidade e pena no Estado democrático de Direito*. São Paulo: Pesquisa Acadêmica livre – FGV Direito SP, 2016, p. 89.

<sup>55</sup> ASSIS, Joaquim Maria Machado de. O Alienista. In: *Obra Completa*. Vol. II, Conto e Teatro. Organizada por Afrânio Coutinho, 4ª edição, ilustrada. Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar, 1979.

<sup>56</sup> ASSIS, Joaquim Maria Machado de. O Alienista. In: *Obra Completa*. Vol. II, Conto e Teatro. Organizada por Afrânio Coutinho, 4ª edição, ilustrada. Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar, 1979, p. 16.

## 6. A PESSOA DELIBERATIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Notadamente, não se pode deixar de destacar, que a liberdade é um traço da condição humana e parâmetro orientador de todo o ordenamento jurídico. Sem considerar os indivíduos como livres decreta-se o fim do Direito civil, já que não se pode pensar em indivíduos capazes de contratar entre si, ou de se unirem em matrimônio, ou até mesmo de redigirem um testamento como ato de última vontade. Como considerar possível a existência das Democracias modernas, onde pessoas são chamadas a participarem do processo eletivo para os cargos de chefia do Estado, ou até mesmo consultadas por meio de plebiscitos e referendos. Destituir a liberdade como atributo da existência humana, é declarar o fim de toda a construção social, pois se é determinado o réu que em outrora cometeu um delito, é também o Juiz que irá julgá-lo<sup>57</sup>.

Não somente a liberdade está presente como requisito de toda a construção social, mas também, como estado da relação do humano com o mundo<sup>58</sup>. Primeiramente, ao refletir sobre si mesmo, reflete sobre sua própria existência, o que para Albert Camus<sup>59</sup> levar-lhe-á a questão mais importante de toda a filosofia, simplesmente porque pode, a partir disso, denotar à vida um significado somente seu, o que Hannah Arendt<sup>60</sup> diria ser um início numa realidade já posta.

Para o filósofo argelino a liberdade resulta da tomada de consciência, do defrontar-se com o absurdo, pois o homem é tragicamente livre. Diferentemente, da liberdade de Fausto, que se define a partir da exteriorização do ato, consubstanciada em um ser que tudo domina, em Camus, a liberdade advém da autorreflexão, da relação do ser solitário com o mundo, jogado na existência, despido de deuses e de sentidos. Na delicadeza da metáfora, não se imputa a alguém uma conduta por ser dotado de livre-arbítrio, mas por se reconhecer livre diante do mundo.

Portanto, nesse contexto, a liberdade ganha a característica de reconhecimento, isto é, o indivíduo se reconhece livre, e reconhece no outro um ser semelhante. Para Buonicore<sup>61</sup>, os

<sup>57</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 334.

<sup>58</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

<sup>59</sup> CAMUS, Albert. *O mito de Sísifo*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1989, p. 23.

<sup>60</sup> “O milagre da liberdade está inserido nesse poder de iniciar, que, por sua vez, está inserido no fato de que todo homem, ao nascer, ao aparecer em um mundo que estava aí antes dele e que continuará a ser depois dele, é, ele mesmo, um novo início” ARENDT, Hannah. *A dignidade da política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002, p.121.

<sup>61</sup> BUONICORE, Bruno Tadeu. O fundamento onto-antropológico do direito penal em face da sociedade brasileira contemporânea. *Revista de Estudos Criminais*, vol. 51, 2013, p. 7.



limites e a legitimidade no processo intersubjetivo de significação da liberdade individual estão no fato de se reconhecer a liberdade do outro em sua própria liberdade.

Não se trata aqui de negar todo o desenvolvimento da neurociência, e tornar o Direito Penal um sistema fechado, que não admite adendos de outras ciências, mas sim resgatar um antigo conceito, dar-lhe novo significado, e evitar a objetificação das relações humanas. Para Klaus Günther, deve se afastar o caráter ontológico da liberdade e da culpabilidade, passando a legitimá-los por um caráter político. Por conseguinte, se em uma democracia, os cidadãos são convidados a participar do procedimento político, não são apenas destinatários de normas, mas também autores das normas jurídicas<sup>62</sup>, conduzindo-se criticamente tanto frente a condutas e manifestações alheias quanto criticamente frente a si mesmo<sup>63</sup>. Günther chama esse conceito, do qual partiu toda sua teoria, de pessoa deliberativa, aquela que pode participar do debate público que geram os pressupostos de validade da norma.

Possuindo como ponto de partida a pessoa deliberativa<sup>64</sup>, deve presumir que os destinatários das normas não são apenas capazes de observá-la, mas que, também, estão disposto a fazê-lo, não importando de onde surge essa motivação, se é por medo da sanção, ou por respeito à regra. Por outro lado, torna-se necessário perceber que não existe nenhum comportamento que seja naturalmente delitivo, pois uma conduta somente passa a ser reprovável após receber significados conduzidos no âmbito de interações propriamente sociais<sup>65</sup>. Isto posto, a responsabilização passa a ser jurídica, e não mais moral, porque o processo de imputação marca o comportamento ilícito como uma alternativa de vida inaceitável e como obra de uma pessoa individualmente responsável por ele<sup>66</sup>.

Deste modo, o Direito não exige que os cidadãos estejam de acordo com a norma, ou que a respeite por considerar virtuosa tal conduta, o dever de cada cidadão de observar a norma se baseia apenas no igual direito ao exercício público de sua capacidade crítica e no

---

<sup>62</sup> GÜNTHER, Klaus. A Culpabilidade no Direito penal atual e no futuro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 24, 1998, p. 81.

<sup>63</sup> GÜNTHER, Klaus. A Culpabilidade no Direito penal atual e no futuro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 24, 1998, p. 85.

<sup>64</sup> GÜNTHER, Klaus. Somente em uma sociedade humana todo ato tem seu autor. São Paulo: Responsabilidade e pena no Estado democrático de Direito. In: MACHADO, Marta et al. (org.), *Responsabilidade e pena no Estado democrático de Direito*. São Paulo: Pesquisa Acadêmica livre – FGV Direito SP, 2016, p. 18.

<sup>65</sup> GÜNTHER, Klaus. Somente em uma sociedade humana todo ato tem seu autor. São Paulo: Responsabilidade e pena no Estado democrático de Direito. In: MACHADO, Marta et al. (org.), *Responsabilidade e pena no Estado democrático de Direito*. São Paulo: Pesquisa Acadêmica livre – FGV Direito SP, 2016, p. 21.

<sup>66</sup> GÜNTHER, Klaus. Somente em uma sociedade humana todo ato tem seu autor. São Paulo: Responsabilidade e pena no Estado democrático de Direito. In: MACHADO, Marta et al. (org.), *Responsabilidade e pena no Estado democrático de Direito*. São Paulo: Pesquisa Acadêmica livre – FGV Direito SP, 2016, p. 35.

procedimento juridicamente institucionalizado<sup>67</sup>, não podendo expressar sua rejeição pela norma fora de sua função de cidadão<sup>68</sup>.

Kindhäuser, na mesma tendência de Günther, entende que somente em uma sociedade democraticamente constituída a culpabilidade pode ser fundamentada de forma jurídico-penal<sup>69</sup>, pois, essa constituição de sociedade, garante a todos livre espaços de comunicação. As normas resultam de um espaço de auto compreensão, onde atribui-se à pessoa de direito o papel de destinatários e de interventor da norma<sup>70</sup>.

Para esses autores, é evidente que a culpabilidade, assim como o conceito de liberdade, é desontologizado, afastando de sua tradicional conceituação finalista, e do déficit de legitimidade funcionalista. Segundo Buonicore, a partir da Teoria do reconhecimento de Honneth, a ideia de liberdade, ou de autodeterminação, pressupostos pela culpabilidade como fundamento, ganham uma realidade dinâmica<sup>71</sup> e historicamente construída por relações éticas de reconhecimento recíproco<sup>72</sup>. Neste ínterim, a liberdade individual ganha objetividade sem que para isso seja preciso objetificar a subjetividade do indivíduo<sup>73</sup>.

Partindo desse conceito de liberdade, a culpabilidade passa a ter o pressuposto de que a norma é válida, diante de todos elementos democráticos de participação política, e posteriormente, o pressuposto de que o autor do fato é, como denominado por Günther, pessoa deliberativa, capaz racionalmente de refletir e deliberar sobre a norma dentro dos espaços de comunicação. Estando presente esses requisitos, atribui-se pessoalmente ao sujeito o fato por ele praticado, reprovando-o por isso. Portanto, a reprovação direciona-se, não pelo o autor do

<sup>67</sup> GÜNTHER, Klaus. A Culpabilidade no Direito penal atual e no futuro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 24, 1998, p. 85.

<sup>68</sup> GÜNTHER, Klaus. A Culpabilidade no Direito penal atual e no futuro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 24, 1998, p. 86.

<sup>69</sup> KINDHÄUSER, Urs. Culpabilidade jurídico-penal no Estado democrático de Direito. In: MACHADO, Marta et al. (org.), *Responsabilidade e pena no Estado democrático de Direito*. São Paulo: Pesquisa Acadêmica livre – FGV Direito SP, 2016, p. 109-114.

<sup>70</sup> “Uma sociedade moderna e pluralista vive de uma auto compreensão sob a qual não existe uma religião, uma moral ou uma cosmovisão que seja vinculante de maneira geral. (...) as normas representam coordenação de interesses que pretendem ser vinculantes a todos em virtude de sua produção encontrar-se em conformidade com a constituição. Elas resultam de um processo (...) em que todos os cidadãos podem ter participação”. KINDHÄUSER, Urs. Culpabilidade jurídico-penal no Estado democrático de Direito. In: MACHADO, Marta et al. (org.), *Responsabilidade e pena no Estado democrático de Direito*. São Paulo: Pesquisa Acadêmica livre – FGV Direito SP, 2016, p. 113.

<sup>71</sup> KINDHÄUSER, Urs. La fidelidad al derecho como categoria de la culpabilidad. In: KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho*. Lima: Ara, 2009, p. 88.

<sup>72</sup> BUONICORE, Bruno Tadeu. O fundamento onto-antropológico do direito penal em face da sociedade brasileira contemporânea. *Revista de Estudos Criminais*, vol. 51, 2013, p. 11.

<sup>73</sup> BUONICORE, Bruno Tadeu. O fundamento onto-antropológico do direito penal em face da sociedade brasileira contemporânea. *Revista de Estudos Criminais*, vol. 51, 2013, p. 11.

fato não ter sido motivado pela norma, ou por não ter-se determinado conforme tal, mas por não ter seguido a norma tendo isso sido exigido, visando que poderia ter, publicamente, mediante espaços de comunicação, apresentado suas razões contra a norma, como cidadão do Estado democrático<sup>74</sup>. Desta forma, exige-se conduta diversa, desde que não estejam presentes condições reconhecidas de falta de liberdade.

Paulo Busato, vai além dos autores alemães, amparado na doutrina de Thomás S. Vives Antón, considerando a liberdade um pressuposto da própria ação<sup>75</sup>. Defende-se, portanto, uma concepção de culpabilidade diferente da ideia de livre-arbítrio e determinismo, pois, embora a liberdade seja condição da existência da ação como expressão de sentido, não significa que a liberdade seja fundamento material da culpabilidade. Assim, a culpabilidade é a reprovação do sujeito, por ser considerado exigível o comportamento, verificando os condicionamentos existentes, assim como sua capacidade de refletir, como pessoa deliberativa, sobre a norma. A concepção da culpabilidade é a concepção de exigibilidade de ajuste ao direito, levando em consideração as condições situacionais do sujeito<sup>76</sup>.

Além disso, faz-se necessário destacar que o conceito de liberdade está intrinsecamente ligado com a ideia de validade normativa. No olhar de Vives Antón as normas devem pretenderem serem válidas, e não verdadeiras, caso pretendessem serem verdadeiras expressariam juízos de valor, o que não é cabível conforme já citado em sociedades plurais. Deste modo a validade deve ser aferida desde o processo legislativo, cujo legislador não deve selecionar condutas ao seu bel prazer, deve respeitar os princípios regentes de direito penal, a destacar o da subsidiariedade e da fragmentariedade. Esse deve ser um dos espaços de comunicação, regidos pela finalidade do Estado Democrático de Direito, que não dever ser corrompido para beneficiar grupos específicos.

Por fim, vale destacar o ensinamento de Vives Antón<sup>77</sup>, que o juízo de reprovação, advindo da culpabilidade, e não a pena, devolve delinquente sua dignidade de ser racional, pois

---

<sup>74</sup> KINDHÄUSER, Urs. Culpabilidade jurídico-penal no Estado democrático de Direito. In: MACHADO, Marta et al. (org.), *Responsabilidade e pena no Estado democrático de Direito*. São Paulo: Pesquisa Acadêmica livre – FGV Direito SP, 2016, p. 115.

<sup>75</sup> BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal. *Revista Liberdades*, n. 8, p. 52-94, set./dez. 2011. 2019, p. 80.

<sup>76</sup> BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal. *Revista Liberdades*, n. 8, p. 52-94, set./dez. 2011. 2019, p. 82 .

<sup>77</sup> “El reproche jurídico disse al autor que há realizado la acción ilícita, pese a que le era jurídicamente exigible obrar de outro modo. Es una consecuencia inevitable de postular, de una parte, la validez de la norma y, de outra, de situarse ante el presunto infractor em actitud participativa, esto es, de no considerarlo meramente como un objeto de manipulación, sino como persona. El reproche – no la pena- restituye al delincuente su dignidad de ser

pressupõe uma atitude participativa do autor, não o considera como objeto de manipulação, mas sim como pessoa. Coloca em análise o próprio entendimento de cidadão como pessoa capaz de direito, livre e igual<sup>78</sup>. Tomar a pessoa como deliberativa, afirma um mundo humano, onde cada ato tem seu autor, onde as relações não são dominadas por uma lógica reificada e apreendidas como elementos funcionais de sistemas sociais<sup>79</sup>.

## 7. CONCLUSÃO

A evolução da dogmática penal sempre esteve intrinsicamente ligada ao o que se entendia por liberdade e natureza humana. A lógica penal clássica partiu do indivíduo iluminista, sendo contraditada pelo indivíduo positivista que fundamentou a teoria causal. Por outro lado, Hans Welzel superou a dualidade livre-arbítrio e determinismo, mas sem conseguir definir liberdade de forma não ontológica, assentando a culpabilidade em uma tese inverificável. Por conseguinte, foi-se necessário, repensar a culpabilidade, o que levou diversos autores a criarem teorias funcionalistas e agnósticas da culpabilidade.

Neste ínterim, uma sociedade extremamente complexa, que avança no processo de modernização, criando novos riscos tecnológicos globais, exige que sejam repensadas as instituições sociais. Deste modo, repensar a teoria do delito, e seus fatores legitimadores faz-se essencial, não somente para se adaptar as transformações sociais, mas, principalmente, para buscar fundamentos que legitimam o Estado democrático de Direito, exaltando as garantias e direitos fundamentais, conquistados a duras penas. É inevitável que o avanço da neurociência influencie o Direito penal, assim como novas tecnologias, mas seu uso deletério, abocanhado por algumas propostas políticas, parece reportar-nos ao século XX. O progresso da neurociência não pode representar uma faceta do determinismo biológico, retirando da responsabilidade penal a condição de humanidade do indivíduo.

Se o delito é causado por processos cerebrais sobre os quais pode-se mapear, e caso se adote esse pressuposto para o Direito Penal, porque, então, não atuar antes que o delito seja praticado, possuindo mapas cerebrais de todos os cidadãos, identificando aqueles que possuem

---

racional, porque se dirige a él como persona y le trata como sujeto, no como objeto". VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 486 e 487.

<sup>78</sup> GÜNTHER, Klaus. A Culpabilidade no Direito penal atual e no futuro. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, nº 24, 1998, p. 92.

<sup>79</sup> GÜNTHER, Klaus. Somente em uma sociedade humana todo ato tem seu autor. São Paulo: Responsabilidade e pena no Estado democrático de Direito. In: MACHADO, Marta et al. (org.), *Responsabilidade e pena no Estado democrático de Direito*. São Paulo: Pesquisa Acadêmica livre – FGV Direito SP, 2016, p. 35.

predisposições aos comportamentos indesejosos e delitivos<sup>80</sup>. O direito penal deixaria de ser a *ultima ratio*, tornando-se a primeira resposta aos problemas sociais, correndo-se o risco de acender uma perseguição aos grupos socialmente vulneráveis.

A análise da culpabilidade sem a análise do sujeito, representa o perigo da instrumentalização e da objetificação das condutas humanas. O cenário dramático de um Direito Penal da periculosidade, com o aumento significativo de prisões cautelares no curso do processo, fundamentadas em conceitos abstratos, simplesmente para atender um clamor popular, midiático, já aparenta ser realidade. O discurso político, populista, de combate ao crime, tem justificado a adoção de um Direito Penal vultoso, utilitarista, e pouco preocupado com garantias fundamentais. Neste panorama, é necessário reafirmar o sujeito democrático, cuja liberdade individual é reconhecida e exaltada, como autor e destinatário da norma<sup>81</sup>.

Apesar das propostas que se amparam na filosofia discursiva de pessoa deliberativa oferecerem um conceito de culpabilidade interligado com a democracia, superando a lógica reificada, não estão livres de críticas. A principal vagueza teórica se encontra no fato de que a punição não é um fenômeno somente de Estados democráticos, existindo também em Estados autoritários fundamentados em conceitos normativos. Do mesmo modo, não se pode conceber a ideia de que todos os indivíduos de uma determinada sociedade participam dos mecanismos institucionalizados de democracia, encontrando óbices, por exemplo, nas condições materiais desiguais, e nem por isso deixam de serem sancionados pela norma penal.

A solução para as lacunas teóricas tem que continuar a encontrar amparo na democracia e nos princípios constitucionais, a fim de que o Direito Penal se torne mais coeso, lógico e humanizado. Como entende Juarez Tavares, o sujeito deve ser o suporte de todo conhecimento, todos os processos e sistemas devem se desenvolver tendo como condição e objeto as relações desse sujeito<sup>82</sup>, logo, deve ser devolvido ao indivíduo o protagonismo e reconhecimento de seus próprios atos, reexaminar a culpabilidade sob a ótica da democracia, e da pessoa deliberativa. Os sujeitos não podem ser apartados de suas condutas, responsabilizados, meramente, por necessidades externas e a lógica reificada não pode superar a lógica humanizada.

---

<sup>80</sup> RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. Comentários ao Título III do Código Penal. In: REALE JÚNIOR, Miguel (org.), *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>81</sup> GÜNTHER, Klaus. Somente em uma sociedade humana todo ato tem seu autor. São Paulo: Responsabilidade e pena no Estado democrático de Direito – Pesquisa Acadêmica livre – FGV Direito SP, 2016.

<sup>82</sup> TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 93.

## REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. *A dignidade da política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.
- ASSIS, Joaquim Maria Machado de. O Alienista. In: *Obra Completa*. Vol. II, Conto e Teatro. Organizada por Afrânio Coutinho, 4ª edição, ilustrada. Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar, 1979.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*, 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.
- BUONICORE, Bruno Tadeu. O fundamento onto-antropológico do direito penal em face da sociedade brasileira contemporânea. *Revista de Estudos Criminais*, vol. 51, 2013.
- BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal. *Revista Liberdades*, n. 8, p. 52-94, set./dez. 2011.
- CAMUS, Albert. *O mito de Sísifo*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1989.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 7. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- COSTA, J. Cruz. Auguste Comte e as origens do Positivismo. *Revista de história da USP*, v. 1, n. 3, 1950.
- DAMÁSIO, António R. *E o Cérebro Criou o Homem*; tradução Laura Teixeira Motta – São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, culpa, direito penal*. Coimbra: Coimbra 3º Ed., 1995.
- DURKHEIM, Emile. *As regras do método sociológico: texto integral*. Tradução: Pietro Nassetti. Prefácio à segunda edição - São Paulo: M. Claret, 2003.
- DURKHEIM, Emile. *Da divisão do trabalho social*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *A Legitimidade da Pena Estatal: Uma breve incursão pelas teorias da pena*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.
- GOETHE, Johan Wolfgang. *Fausto*. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1984.
- GONÇALVES, Maria de Fátima da Costa. Sentido e valor da sociologia compreensiva de Max Weber. *Revista de Políticas Públicas*, v. 8, n. 1. 2004.
- GÜNTHER, Klaus. A Culpabilidade no Direito penal atual e no futuro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 24, 1998.
- GÜNTHER, Klaus. Crítica da Pena I. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 2 - São Paulo. 2006.

GÜNTHER, Klaus. Críticas da pena II. *Revista Direito GV*, v. 3 n. 1 – Rio de Janeiro, 2007.

GÜNTHER, Klaus. O desafio naturalístico de um direito penal fundado na culpabilidade. *Revista Direito GV*. v. 13, 2017.

GÜNTHER, Klaus. Somente em uma sociedade humana todo ato tem seu autor. São Paulo: Responsabilidade e pena no Estado democrático de Direito. In: MACHADO, Marta et al. (org.), *Responsabilidade e pena no Estado democrático de Direito*. São Paulo: Pesquisa Acadêmica livre – FGV Direito SP, 2016.

HASSEMER, Winfried. Contra el abolicionismo: acerca de por qué no se debería suprimir el derecho penal. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 2, p.709-729, 2007.

HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 6, abr./jun, 1994.

JAEGER, M. A aposta de Fausto e o processo da Modernidade Figurações da sociedade e da metrópole contemporâneas na tragédia de Goethe. *Revista USP Estudos avançados*. vol.21 n.59 São Paulo Jan./Apr. 2007.

JESCHECK, Hans Heinrich. El Principio de Culpabilidad como Fundamento y Limite de la Punibilidad en el Derecho Alemán y español. San Sebastián: Eguzkilore – *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n<sup>o</sup>9, 1995.

JESCHECK, Hans Heinrich. Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidade em Alemania y Austria. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Disponível em: [www.criminet.ugr.es](http://www.criminet.ugr.es). Acesso em: 13 jul. 2019.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: o que é o iluminismo. In: *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1990.

KINDHÄUSER, Urs. Culpabilidade jurídico-penal no Estado democrático de Direito. In: MACHADO, Marta et al. (org.), *Responsabilidade e pena no Estado democrático de Direito*. São Paulo: Pesquisa Acadêmica livre – FGV Direito SP, 2016.

KINDHÄUSER, Urs. La fidelidad al derecho como categoria de la culpabilidad. In: KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho*. Lima: Ara, 2009.

KONESKI, Anita Prado. *Um olhar para Fausto de Goethe*. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Comunicação e Expressão, 1999.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação das novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MÃE, Valter Hugo. *O filho de mil homens*. Biblioteca Azul; Edição: 1<sup>a</sup> – 2016.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. *Para um Processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. Diagnóstico da Política Criminal Brasileira (1984-2009). São Paulo: Responsabilidade e pena no Estado democrático de Direito. In: MACHADO, Marta et al. (org.), *Responsabilidade e pena no Estado democrático de Direito*. São Paulo: Pesquisa Acadêmica livre – FGV Direito SP, 2016.

PALERMO, Pablo Galain. Reflexões sobre alternativas à pena e uma aproximação à alternatividade penal. São Paulo: Responsabilidade e pena no Estado democrático de Direito. In: MACHADO, Marta et al. (org.), *Responsabilidade e pena no Estado democrático de Direito*. São Paulo: Pesquisa Acadêmica livre – FGV Direito SP, 2016.

RAMIREZ, Bustos. *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 2005.

RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. Comentários ao Título III do Código Penal. In: REALE JÚNIOR, Miguel (org.), *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHÜNEMANN, Bernd; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (org.). La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales - estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*. 2. ed. Buenos Aires: B. de F., 2012.

SEARLE, John R. Free Will as a Problem in Neurobiology. *Philosophy*, Vol. 76, n. 298, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch editor S.A., 1992.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.