

Direito penal sem livre-arbítrio? Notas para um possível diálogo entre Jakobs e Espinosa à luz da psicologia

Criminal law without free will? Notes for a possible dialogue between Jakobs and Spinoza in light of psychology

Odair Fernando Duarte Junior¹

Matheus Alan Gomes Escorse²

RESUMO

O presente artigo examina a sustentação dogmática do Direito Penal diante da possível inexistência do livre-arbítrio, com o objetivo de verificar se o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs oferece fundamento consistente para a culpabilidade quando se abandona a premissa da liberdade de vontade. Trata-se de estudo teórico e interdisciplinar, ancorado na filosofia, no Direito Penal e na neurociência, desenvolvido por meio de revisão de literatura, com levantamento de artigos recentes indexados nas bases SciELO e Google Acadêmico, complementado pela leitura direta de obras clássicas da filosofia e da dogmática penal. A investigação percorre a formulação teológica do livre-arbítrio em Santo Agostinho e o contraponto calvinista, a oposição entre o determinismo de Espinosa e a liberdade radical de Sartre, o desenvolvimento histórico da culpabilidade até as vertentes funcionalistas de Roxin e Jakobs e, por fim, os achados da psicanálise e da neurociência acerca da anterioridade dos processos inconscientes em relação à decisão consciente. Os resultados indicam que a exigibilidade de conduta diversa, tal como aplicada no Brasil, pressupõe uma capacidade de agir de outro modo que não encontra confirmação empírica, o que expõe a fragilidade das justificativas correntes da culpabilidade. Conclui-se que a negação do livre-arbítrio não impõe o colapso das estruturas jurídicas, mas exige a substituição de suas justificativas: ao tratar a culpabilidade como conceito estritamente normativo e a liberdade como constructo derivado da responsabilidade, a proposta de Jakobs revela-se internamente coerente e indiferente à controvérsia, ainda que ao custo do enfraquecimento das garantias liberais, o que impõe cautela quanto ao seu emprego.

Palavras-chave: Livre-arbítrio; Jakobs; Exigibilidade de conduta diversa.

¹Graduando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, campus Alphaville. Barueri - São Paulo - Brasil.

²Graduando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, campus Alphaville. Barueri - São Paulo - Brasil.

ABSTRACT

This article examines the dogmatic foundations of Criminal Law in the face of the possible nonexistence of free will, aiming to determine whether Günther Jakobs systemic functionalism provides a consistent basis for culpability once the premise of freedom of the will is abandoned. It is a theoretical and interdisciplinary study, grounded in philosophy, Criminal Law and neuroscience, developed through a literature review based on recent articles indexed in the SciELO and Google Scholar databases, complemented by the direct reading of classical works of philosophy and criminal doctrine. The investigation covers the theological formulation of free will in Saint Augustine and the Calvinist counterpoint, the opposition between Spinoza determinism and Sartre radical freedom, the historical development of culpability up to the functionalist approaches of Roxin and Jakobs, and finally the findings of psychoanalysis and neuroscience concerning the precedence of unconscious processes over conscious decision. The results indicate that the exigibility of different conduct, as applied in Brazil, presupposes an ability to act otherwise that finds no empirical confirmation, which exposes the fragility of the current justifications for culpability. It is concluded that the denial of free will does not entail the collapse of legal structures, but requires the replacement of their justifications: by treating culpability as a strictly normative concept and freedom as a construct derived from responsibility, Jakobs proposal proves internally coherent and indifferent to the controversy, albeit at the cost of weakening liberal guarantees, which demands caution regarding its use.

Keywords: Free will; Jakobs; Exigibility of different conduct.

*Liberdade é a disponibilidade para o improvável
Sloterdijk, Streß und Freiheit.*

INTRODUÇÃO

O debate sobre o livre-arbítrio é um dos mais profundos e complexos na história do pensamento humano, influenciando desde a teologia até o Direito. No campo penal, a ideia de que uma pessoa age livremente é essencial para fundamentar a culpabilidade e a responsabilização. No entanto, avanços científicos, especialmente na neurociência, desafiam a noção de livre-arbítrio, levantando questões críticas para o Direito Penal. Este artigo propõe uma análise do funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs como uma alternativa robusta para sustentar o Direito Penal, mesmo diante da possível inexistência do livre-arbítrio.

O funcionalismo sistêmico de Jakobs é tido como possível solução para a teoria do Direito, pois, como será argumentado, ele independe do conceito de livre-arbítrio. Sendo feita primeiramente uma introdução ao pensamento cristão originário, isto é, o pensamento da igreja católica em períodos próximos à sua fundação até a idade média. Isto, pois, se entende que foi ali que o conceito de livre-arbítrio passou a ser mais investigado e começou a integrar base fundamental do pensamento ocidental como um todo. Foi feita principalmente uma

análise do pensamento de Santo Agostinho, bem como um breve contraponto efetuado pelo calvinismo. Na segunda seção, serão explicados os fundamentos das concepções filosóficas sobre o tema, principalmente a visão de Bento de Espinosa e Jean-Paul Sartre, cujo entende-se que se tratam de visões antagônicas. A dicotomia criada neste capítulo permite explicar, respectivamente, a visão de um determinista e uma visão bem mais liberal.

Também, se propõe a fazer uma breve síntese das recentes descobertas da neurociência, bem como fundamentar estas descobertas empíricas com o pensamento filosófico de Bento de Espinosa, ao passo que analisar o problema de um cientificismo no direito, fazendo um ensaio sobre a irreflexão frente ao problema do livre arbítrio. Além disso, explicar ambas as correntes contemporâneas fundamentais do neurodireito, cujo uma é adepta do desenvolvimento do direito conforme a ciência, claro, variando de autor a autor quanto ao grau de adequação da ciência jurídica com as outras ciências. E o outro lado, que abomina a ideia, argumentando que o direito se trata de ciência separada. Günther Jakobs, pertence a este ramo, sendo, de fato, o que mais se adequa a toda sua teoria. Enfim, defender como seria possível adequar o sistema jurídico brasileiro atual às ideias propostas por Jakobs e Espinosa.

1. O LIVRE ARBÍTRIO TEOLÓGICO

Podemos dizer que o primeiro grande pensador a conceituar liberdade foi Santo Agostinho, e bem, sua definição é tão importante que permanece, de certo modo, até hoje. Para Agostinho, o livre arbítrio se prova com a possibilidade dada por Deus de sua criação poder agir livremente, obedecendo ou não, tendo, porém, consequências. Isto é, o pecado original é a prova do livre arbítrio. E então, com a vinda de Jesus, houve a reconciliação da humanidade com Deus, Deus este, que mesmo sabendo o fim de tudo e todos, permite a cada um tomar a sua ação. O ser humano, por conta do livre-arbítrio, tem a possibilidade de se reconciliar com Deus ou não. Como dito antes, aqui Deus tem o conhecimento prévio de todas as possibilidades, mesmo antes que tenhamos nascido, tudo a ele já é sabido, visto que a onisciência se trata de uma das características inerentes ao Deus cristão. "Para Agostinho, o livre-arbítrio é um Dom de Deus, conferido ao homem, permitindo-o agir livremente segundo a sua vontade. É a utilização consciente da liberdade, guiada pela vontade. Ele torna-se causa do mal, por meio dos que o recebem, pois estes não o usam devidamente." (Onesko, 2018, p. 6).

Tudo é, portanto, conhecido por Deus, o que, em si, não contradiz o livre arbítrio, pois, por mais que o mesmo saiba o que irá acontecer, Ele não retira dos homens a possibilidade de escolher suas ações. Ele não intervém diretamente nas ações individuais dos homens.

Agostinho também difere a liberdade do livre arbítrio. Livre-arbítrio é a possibilidade de escolher entre o bem e o mal; enquanto a liberdade é um juízo moral, cujo se entende como o bom uso feito do livre-arbítrio. Isto é, o livre arbítrio é aqui, uma forma mais elementar de agir livre. Sendo entendida como forma pura de agir, anterior à liberdade. Ou seja, nem sempre um homem que age como quer, utilizando seu livre arbítrio, é livre, isto depende de como ele vai efetuar este uso.

Talvez sua mais famosa contribuição seja quanto a falta de substância do mal, "Peço-te que me digas, será Deus o autor do mal? ". (Agostinho, 1995, p. 24). Agostinho argumenta que Deus não é o autor do mal, pois não poderia surgir sua natureza, coisa diferente do bem. Assim, o mal é o pecado quando o homem se afasta de Deus. O mal não tem substância, trata-se apenas da ausência do bem. Isto é crucial para entender a visão do autor, visto que, muito deste entendimento, se baseia na ideia do livre arbítrio, cujo foi dado ao homem, para que este viva retamente, visto que se o homem não pudesse agir livremente, o seu pecado não poderia ser culposos, isto é, em um mundo qual Deus determina todos os passos dos homens, os homens não são pecadores, visto que foi Deus quem determina suas ações, logo, não seria justo haver uma punição metafísica para ações cujos homens nunca tiveram o controle. "Ninguém está forçado a pecar, nem por sua própria natureza, nem pela natureza de outro, logo só vem a pecar por sua própria vontade." (Agostinho, 1995, p. 203)

A definição de Agostinho é, obviamente, muito mais teológica do que filosófica, visto que seu telos está necessariamente vinculado a uma resposta suprema a tudo, Deus. Assim, a concepção de Agostinho é bastante interessante, porém, mesmo dentro daqueles que creem no mesmo Deus, e seguem (quase) a mesma bíblia, existem divergências quanto ao livre arbítrio. É muito conhecida a doutrina de predestinação, sustentada principalmente pelo calvinismo. Baseando-se principalmente em passagens como Romanos 8:29-30. Efésios 1:4-5 e 1:11, entre tantas outras. A teologia da predestinação de Calvino afirma que Deus, em sua soberania absoluta e onisciência, determina todos os eventos e destinos conforme sua vontade eterna. Não se limita a prever o futuro, mas estabelece previamente tudo de forma imutável. Embora frequentemente incompreensível para o entendimento humano, o agir divino é livre, justo e pleno de propósito, revelando a glória de Deus ao reger todas as coisas segundo seus desígnios perfeitos.

2. A LIBERDADE EM ESPINOSA E SARTRE

Avançando consideravelmente na história do pensamento, chega-se àquele que constitui o principal referencial teórico deste artigo: Baruch de Espinosa. O filósofo tornou-se célebre, entre outras razões, por sua compreensão singular e revolucionária de Deus. Embora a definição espinosana da divindade não constitua o objeto central deste estudo, uma exposição mínima do tema mostra-se indispensável, pois sua concepção de liberdade somente pode ser adequadamente compreendida a partir de sua ontologia.

A fórmula *Deus sive Natura* --- Deus, ou seja, a Natureza --- talvez seja a expressão mais conhecida do pensamento espinosano. Contudo, ela não significa simplesmente que Deus esteja presente na natureza, como se fossem duas realidades distintas e posteriormente identificadas. Para Espinosa, Deus e Natureza designam uma única e mesma realidade: a substância absolutamente infinita, causa de si e de tudo aquilo que existe. Não há, portanto, um Deus exterior ao mundo, situado para além da natureza e responsável por governá-la segundo decisões, propósitos ou afetos semelhantes aos humanos.

A crítica de Espinosa dirige-se à tendência humana de conceber a realidade a partir de sua própria experiência. Como os indivíduos agem habitualmente em busca de fins e vantagens, passam a imaginar que a própria natureza também teria sido organizada segundo finalidades. Desconhecendo as causas pelas quais as coisas acontecem, interpretam os acontecimentos naturais como instrumentos destinados ao benefício humano e atribuem sua ordenação a uma vontade divina. Deus torna-se, assim, uma espécie de ser humano infinitamente ampliado: alguém que deseja, julga, recompensa, pune, ama ou se enfurece. Para Espinosa, porém, essa representação não revela a natureza de Deus, mas apenas projeta sobre a totalidade os limites, os afetos e as expectativas humanas.

A passagem bíblica do Êxodo em que Deus afirma "Eu sou o que sou" pode servir, nesse contexto, como uma imagem aproximativa da concepção espinosana. Deus não é um ente particular entre outros entes, tampouco um sujeito dotado de personalidade e vontade. É o próprio ser em sua totalidade, a realidade infinita da qual todas as coisas decorrem. Os entes particulares não existem fora dessa substância, mas constituem seus modos, isto é, manifestações determinadas e limitadas de sua potência. Cada corpo, cada ideia e cada indivíduo expressa, sob determinada forma, a realidade única da Natureza.

Desse modo, nada existe fora de Deus ou da natureza. Tudo aquilo que ocorre resulta necessariamente da ordem causal do real. Deus não escolhe entre possibilidades, não delibera e não interfere excepcionalmente no curso dos acontecimentos, pois uma atuação dessa

espécie pressuporia que ele estivesse separado da natureza e pudesse suspender as leis que a constituem. Também não há, em sentido propriamente espinosano, milagres entendidos como violações da ordem natural. Aquilo que recebe o nome de milagre corresponde, antes, a um acontecimento cujas causas ainda são desconhecidas.

A necessidade que rege a natureza não representa uma limitação imposta a Deus. Ao contrário, decorre da própria perfeição de sua essência. Deus age exclusivamente segundo as leis de sua natureza, sem ser determinado por qualquer realidade exterior. Conhecer Deus significa, portanto, conhecer a natureza, suas relações causais e a necessidade pela qual todas as coisas existem e operam. Estabelecida essa breve síntese, torna-se possível examinar o conceito espinosano de liberdade, que não se confunde com a capacidade de agir sem causas, mas com a compreensão das causas que nos determinam.

No seu livro *Ética*, na definição 7, do livro I, Espinosa explica: "Diz-se livre a coisa que existe exclusivamente pela necessidade de sua natureza e que, por si só, é determinada a agir. E diz-se necessária, ou melhor, coagida, aquela coisa determinada por outra a existir e a operar de maneira definida e determinada". Ou seja, livre é o sujeito que age somente em razão da necessidade de sua natureza. Uma definição estranha, visto que causa, ao primeiro olhar, uma certa contradição lógica: como algo poderia ser livre se está vinculado às necessidades de sua natureza? De fato, em Espinosa, o agente livre não poderia agir de outro modo senão consoante as regras que sua natureza impõe, isto é, o agente é livre quando age em razão de sua autodeterminação.

Como as coisas particulares não são mais do que modos quais os atributos de Deus se exprimem, a ação humana não poderá ser considerada livre, mas determinada pela própria natureza da substância (Spinoza, 2009, livro I, prop. XV)

Na proposição 26, livro I, Espinosa vai dizer que não é admitida a contingência, isto é, Deus é totalmente imanente, e por lógica, é a causa imanente de tudo, e o homem possui papel secundário. Deus não pode ser coagido. "Deus é causa eficiente não apenas da existência das coisas, mas também de sua essência.", Deus é causa de si e de todas as coisas. "Deus é causa eficiente não apenas da existência das coisas, mas também de sua essência." Se algo foi determinado a operar de um modo, é seguindo sua natureza, esta que é Deus, logo, se algo é determinado a operar de alguma maneira, foi necessariamente determinado assim por Deus. Tudo é contingente, não existe espaço para incontinência. Tudo é determinado a agir segundo um modo definido.

Na proposição 32, Espinosa chega, assim, à questão da vontade livre. "A vontade não pode ser chamada causa livre, mas unicamente necessária." Esta frase é fundamental para

entendermos o agir livre em Espinosa, ela manifesta de maneira brilhante como para o filósofo, o intelecto e a vontade seriam apenas um modo definido de pensar, logo, nenhum ato de vontade pode ser concebido a não ser por uma causa, em uma relação de causa e efeito ad infinitum. "Seja qual for a maneira pela qual a vontade é concebida, seja como finita, seja como infinita, ela requer uma causa pela qual seja determinada a existir e a operar. Portanto, ela não pode ser causa livre, mas unicamente necessária ou coagida." (Spinoza, 2009, p. 37). Assim, o livre arbítrio, enquanto vontade livre, é puramente, uma ilusão, uma ficção que criamos para legitimar as instituições. Não podemos, logo, considerar livre agir sem uma causa. A sensação de liberdade é, portanto, mera ignorância, frente à complexa rede de causalidades que incide sobre nossas decisões.

A vontade humana se manifesta, porque foi necessário que está o fizesse daquele modo, ela foi determinada, no sentido de provocada, causada, não podendo ter se manifestado de outra maneira. Corrobora essa visão na proposição 33, cujo Espinosa defende que nada poderia ter sido de outro modo, ou dizendo melhor, não existe possibilidade, no sentido de que as coisas acontecem e não poderiam ter acontecido de outro modo. Espinosa diria que, se as coisas tivessem podido ser de outro modo, ou se tivessem a possibilidade de ser determinadas a agir de outro modo, obviamente, o universo também deveria ser diferente do que é. Isto é, tudo ocorre em uma relação de causa e efeito, onde as coisas são como são e não poderiam de nenhum outro modo não o serem. Não há vontade livre, há vontade determinada, não há agir, não há vontade sem uma causa. Dada a materialidade que te compõe, e o mundo que está diante de você, bem como as hipóteses de vida que passam pela sua cabeça, o qual são as únicas que poderiam passar, você só poderia tomar uma decisão.

E por último, trazendo a definição de liberdade em Jean-Paul Sartre, que muito inspirado em Nietzsche e Heidegger, vai dizer que a existência precede a essência, ou seja, antes de nascermos, há o nada, não somos, portanto, predeterminados a algo, não possuímos configurações que nos levem a ser algo ou não, nós, por meio de uma ação livre, tomamos nossas ações, que por meio destas, tornamo-nos o que somos (não no sentido nietzschiano). Logo, somos livres para praticarmos algo ou não, sempre existem dois caminhos possíveis, qual escolhemos por vontade própria.

A liberdade humana, da perspectiva sartriana, é a escolha irremediável de certos possíveis: o homem não é, mas faz-se. Não há futuro previsível e nem ao menos algumas cartas marcadas de antemão. Há, isso, sim, o movimento através do qual o Ser do homem faz-se isso ou aquilo --- escolhas que, por seu turno, serão feitas a partir de certas situações. A concepção de liberdade em Sartre Vol. 6, nº 1, 2013. www.marilia.unesp.br/filogenese 96 jamais encerradas em algum tipo de determinismo. (Yazbek, 2005, p. 142).

Porém, mesmo sem haver consequências metafísicas, existem, para Sartre, consequências em todo o agir livre. Ao optarmos por um caminho, negamos o outro, negamos tudo o que poderia acarretar aquele outro, o fazemos livremente, é claro, mas decerto, sempre que optamos por fazer algo ou não fazer, ou talvez, fazer de outro modo, morre no mundo uma potencialidade que jamais se concretizará. Logo, "A escolha é possível num sentido, mas o que não é possível é não escolher" (Sartre, 1973, p. 23).

O homem, portanto, é livre e condenado a sê-lo "É o que traduzirei dizendo que o homem está condenado a ser livre. Condenado porque não se criou a si próprio; e, no entanto, livre porque, uma vez lançado ao mundo, é responsável por tudo quanto fizer. (Sartre, 1973, p. 15)." Porém, a condenação à liberdade acaba por levar o homem à necessidade da escolha, introduzindo a angústia na vida humana. A angústia diante da liberdade significa algo diante de si, quando o homem está diante de uma nova escolha, que ameaça modificar sua vida e seu ser, se sente angustiado. Sendo neste sentimento o momento em que o homem toma consciência de sua liberdade, é na angústia que a liberdade está em seu ser, colocando-se a si em questão. (Sartre, 1998, p. 72).

São outras diversas as compreensões de liberdade e de livre arbítrio, porém, estas são de longe as mais importantes e utilizadas no mundo atual. Assim, cabe agora analisar qual a importância deste conceito no direito, principalmente no direito penal, e como uma possível descoberta científica poderia abalar toda a teoria do crime.

3. EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA?

A culpabilidade no Direito Penal é analisada sob três perspectivas principais. Primeiro, como fundamento da pena, determinando a possibilidade de aplicá-la ao autor de um fato típico e antijurídico, desde que atendidos os requisitos de capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme a norma. A ausência de qualquer desses elementos impede a aplicação da sanção penal. Em segundo lugar, a culpabilidade é vista como limite ou medida da pena, definindo que a punição deve ser proporcional à gravidade da culpabilidade, evitando excessos punitivos e considerando fatores como a importância do bem jurídico e os fins preventivos. Por fim, a culpabilidade é interpretada como oposição à responsabilidade objetiva, assegurando que a responsabilização penal ocorra apenas em casos de dolo ou culpa, vedando a atribuição de responsabilidade por resultados imprevisíveis ou alheios à conduta do agente. (Bitencourt, 2018, p. 641). Ao passo que a função da culpabilidade é limitar a punição estatal, para haver um juízo de individualização

para poder atribuir corretamente a responsabilidade penal, garantindo uma punição justa, respeitando o princípio *nulla poena sine culpa*.

Ainda segundo Bitencourt, o surgimento da culpabilidade, na medida em que podemos apurar, surge na Itália nos séculos XVI e XVII, na doutrina do Direito Comum. Também,

O Direito Natural, do qual Puffendorf (1636-1694) é reconhecido como autêntico representante, apresenta a primeira aproximação à teoria da culpabilidade, partindo da ideia de imputação, que corresponderia à atribuição da responsabilidade da ação livre ao seu autor, ou seja, atribuía-se a responsabilidade penal àquele que, livremente, praticasse a ação. (...) (Bitencourt, 2018, p. 646).

Posteriormente, vieram os hegelianos, qual a imputação subjetiva deveria ser fruto de uma conduta livre, sendo fruto do livre arbítrio (visto que para Hegel, este é anterior à liberdade, cujo conceito depende da observância da norma), antecedida de uma vontade individual que contrariava a vontade geral, que era simbolizada pela lei. (Bitencourt, 2018, p. 646). Porém, é somente no Século XIX, que houve de fato uma sistematização da ideia de culpabilidade e da teoria da culpa em si. Principalmente formulada por Von Liszt, criando a teoria psicológica da culpabilidade, tendo forte relação com o naturalismo-causalista, orientado pelo pensamento positivista do século XIX. Aqui, a ação é fruto de um processo causal proveniente, outrossim, do impulso volitivo. "A culpabilidade é a responsabilidade do autor pelo ilícito que realizou", a culpabilidade trata-se de um liame subjetivo entre o autor e o fato.

Foram desenvolvidas outras diversas escolas teóricas quanto à culpabilidade. Tais como a psico-normativa, normativa, finalista e principalmente, a funcionalista. A teoria adotada no ordenamento jurídico-penal brasileiro é a Teoria da Culpabilidade Limitada. Esta teoria adota como critério para atribuir a culpabilidade a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

3.1 Funcionalismo e culpabilidade

Na perspectiva funcionalista, o Direito é entendido como um subsistema social que deve cumprir funções específicas, alinhando-se a uma abordagem normativista semelhante à defendida pelos neokantianos. Não se fala em um único funcionalismo, mas em múltiplas vertentes, destacando diferenças significativas dentro da dogmática penal. Conforme Roxin, o direito penal deve se guiar pela sua função, a proteção dos bens jurídicos mais fundamentais, logo, limitar o Direito Penal a somente o que é absolutamente indispensável socialmente. O fundamento da culpabilidade reside na atuação injusta, a despeito da dirigibilidade normativa, ou seja, só é possível falar em culpabilidade quanto o indivíduo pratica seu ato antijurídico,

mesmo sendo possível que seguisse a norma. Considera o estado mental do indivíduo, porém, é indiferente saber se a vontade do agente se fundamenta no livre arbítrio ou em algo determinado.

Admoesta que o Direito deve supor a liberdade, mas não afirmar a sua existência porque não é passível de demonstração empírica, portanto, a liberdade é uma "afirmação normativa".

Roxin alega que o retributivismo penal, alicerçado na ideia de livre arbítrio, é na realidade, uma tentativa de buscar algum ideal de justiça divina na terra. Obviamente, pela absoluta impropriedade do meio, jamais poderia esta situação ser almejada pelo Direito penal, isto é, uma justiça absoluta e sem erros. (Roxin, 2004, p. 32)

Logo, é possível conciliar essa visão com os dois pontos de vista, determinismo ou livre arbítrio:

A ideia de Roxin é a de que os indeterministas, partidários da existência do livre-arbítrio, poderiam aceitar com facilidade a suposição de liberdade que subjaz à sua teoria. De igual sorte, os deterministas não teriam problemas em admiti-la, na medida em que não se afirma a existência do 'poder agir de outro modo', mas sim que, quando há uma capacidade de controle intacta -- e com ela, a dirigibilidade normativa -- é tratada como livre" (Araújo, 2014, p. 88).

Sobre Jakobs, o mesmo é ex-aluno de Welzel, e é um dos mais brilhantes penalistas vivos, e possivelmente, da história. Sua teoria é chamada de funcionalismo sistêmico (ou radical), por tratar o Direito Penal como subsistema da sociedade, qual sua função é proteger a ordem jurídica, detendo o poder de punir caso alguém viole, com a punição sendo a restituição da validade da norma. Adentrando sua teoria, encontramos a sua visão sobre a culpabilidade, a teoria de Jakobs apresenta maior consistência lógica no contexto normativo. Isto é, o autor é bastante verdadeiro, ele não fala que sua teoria é a ideal, mas é a mais real. Por mais que sua perspectiva seja normativa, e se assemelhe ao dever-ser, o mesmo a cria observando o que é, e não como deveria ser. A teoria de Roxin é sem dúvida, bastante realista, mas é ainda em certo ponto, fantasiosa, ao passo que Jakobs observa a realidade com lentes pessimistas, porém, com sua observação o mesmo formula uma teoria coesa em si, por menos humanista que ela seja, ela é sem dúvida, a teoria com menos "furos" do ponto de vista dogmático.

Feita esta introdução sobre o autor, devemos entender de fato o que o mesmo propõe. Sua concepção de direito penal é muito influenciada pela teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, na filosofia do direito de Hegel e nas concepções de Carl Schmitt. Jakobs cria a ideia de expectativa normativa, que se trata de uma expectativa que haja um comportamento

conforme a norma, cujo, caso ocorra uma infração da norma, há a frustração da expectativa normativa, de modo que legitime uma punição do Estado para com o indivíduo, tendo como intuito restaurar a validade da norma. Como mencionado antes, sua concepção de função do direito penal está muito próxima da função da pena em Hegel (retributivismo jurídico), a qual a pena serviria para reafirmar o direito, visto que foi violado pelo criminoso. Assim, concordando com Jakobs, o único modo de explicar o crime é a partir de uma teoria dos sistemas, não por uma teoria da moral, visto que uma teoria moral não pode expressar o sentido da configuração normativa. Assim, aquele que comete um homicídio, viola a ordem normativa, logo, o Estado tem o direito de puni-lo para restaurar a validade da norma.

A sociedade é, aqui, o produto das normas, tal como as pessoas produzem normas, mas são também produzidas por normas. A punição serviria para a comunidade como um símbolo da seriedade do ordenamento, demonstrando como, para conviver nessa sociedade, é necessário o respeito às normas desta sociedade. Quando alguém comete um crime, ataca, por meio do delito, toda a sociedade, frustrando a expectativa da comunidade jurídica no cumprimento da norma, sendo obviamente necessário entender como nocivo à conduta delituosa, precisando punir e culpar quem o fez. "A prestação que realiza o Direito Penal consiste em contradizer a contradição das normas determinantes para a identidade da sociedade." (Jakobs, 1996, p. 18).

Sobre o bem jurídico, Jakobs vai na contramão do aceito pela maioria, por mais que parta de premissas semelhantes, tal como a legitimação do poder punitivo. Porém, para Jakobs, não existe um conteúdo genuíno para as leis penais, assim, as normas penais possuem conteúdo relativo ao contexto da vida social de que fazem parte. O direito penal contribuiria na configuração da sociedade e do Estado, justamente para garantir a validade das normas, ao passo que a garantia das normas se baseia na expectativa normativa. "Se um agente agride fisicamente a vítima, essa experimentaria uma decepção em relação à expectativa de observância da norma, por parte do agressor. A imposição da pena restauraria essa garantia da norma." (Araújo, 2014, p. 93). Logo, o bem jurídico protegido pelo direito penal é a afirmação da validade da norma em relação à expectativa normativa.

Agora, sobre a culpabilidade, como dito antes, adota uma concepção normativista, partindo da premissa de que a função da pena é reafirmar a vigência da norma, entende que a culpabilidade constitui "uma falta de fidelidade ao direito", justificando a imposição da pena." (Queiroz, 2008, p. 288). Logo, quem comete um crime preenche-se de culpabilidade, caso este se inicie de falta de motivação jurídica dominante e o autor seja responsável pela falta. A responsabilidade é, portanto, resultado da falta de disposição de motivar-se consoante com o

que prevê a norma. "Tal responsabilidade por uma motivação jurídica dominante deletéria, inserido num comportamento antijurídico, trata-se da culpabilidade." (Queiroz, 2008, p. 288).

A imputabilidade não é uma característica intrínseca do sujeito nem algo que possa ser constatado empiricamente. Trata-se de uma atribuição funcional, aplicada quando cumpre um papel na resolução do conflito jurídico, podendo ser afastada apenas quando o conflito pode ser interpretado de outra maneira. Ela vai além do estado psíquico do autor, envolvendo também a função social da imputação para assegurar a fidelidade às normas. O sujeito imputável é considerado igual aos demais, e essa igualdade serve como parâmetro para analisar o processo de motivação normativa. Por outro lado, o inimputável, sendo desigual, não permite avaliar sua transgressão pelo mesmo critério, pois sua condição impede a análise do grau de motivação normativa típica do homem médio. Assim, a violação de uma norma por um imputável implica uma transgressão exemplificadora, lesando a validade da norma. Já a transgressão por um inimputável não possui essa característica, pois sua desigualdade impede que sua conduta seja tomada como exemplo para outros. No entanto, Jakobs argumenta que, em alguns casos, a conduta do inimputável pode representar um ataque à validade da norma e justificar a atribuição de culpabilidade.

Ele exemplifica com o caso de um psicopata assassino: enquanto a medicina não oferecer um tratamento eficaz, a transgressão desse indivíduo continua sendo exemplificadora, representando uma afronta à validade da norma. Nessa situação, o conflito não pode ser compreendido de outra maneira. Quanto à inexigibilidade de conduta diversa, ocorre quando uma pessoa, que age em conformidade com a norma como qualquer outro imputável, ameaça a validade das normas por uma motivação que diverge daquela que a qualifica como pessoa. Nesse contexto, não é relevante se o autor poderia ter agido de maneira diferente diante das circunstâncias. O ponto central é se a motivação que orientou sua ação pode ser atribuída a outro sistema ou explicada pela causalidade, desvinculando-a, assim, da deliberação consciente do agente.

Responsabilidade, então, seria "uma falta de disposição de motivar-se conforme a norma, de tal modo que esse déficit não pode ser compreendido sem que isto afete a confiança geral na norma" (Mello, 2010, p. 246). Pelo fato da pena desempenhar função de estabilização do sistema normativa, frente a uma perspectiva de prevenção geral positiva, sem a culpabilidade não haveria como falar em lesão juridicamente relevante, visto que o bem jurídico aqui é a expectativa quanto a validade da norma, a finalidade da pena não se verifica no injusto penal, mas na verificação da ocorrência de culpabilidade. As discussões sobre o livre-arbítrio têm relevância limitada nesse contexto, pois o foco não está em determinar se o

agente possui ou não alternativas ao praticar a conduta. No entanto, é essencial que exista, para o agente, um espaço de liberdade, distinto da ideia de liberdade de vontade. Isso porque, sob uma perspectiva preventiva-positiva, como propõe Jakobs, a sanção penal só se legitima se o agente não estiver impossibilitado de escolher outra alternativa. Quando o agente age sem essa margem de escolha, suas ações não frustram as expectativas normativas, preservando a integridade do sistema jurídico.

4. NOTAS SOBRE O CONCEITO DE LIBERDADE

Uma definição bastante simples, seria tratar liberdade como aquele que age por sua vontade, seguindo as leis, sem restringir ou afetar, de algum modo, a liberdade do outro. Porém, como dito antes, este conceito ainda diz pouco sobre liberdade propriamente. Seria o equivalente ao dito popular "sua liberdade termina onde começa a do outro". Há nesse conceito de liberdade uma raiz filosófica e jurídica, influenciada principalmente por Kant, Hegel, Habermas e Dworkin. Ele representa um "marco zero", um ponto de partida para cada um, que com suas experiências poderá construir um sentido diferente (mais ou menos).

Essa compreensão, porém, pode não permanecer limitada à relação abstrata entre vontades individuais. Em *O mal-estar na civilização* (1930), Freud acrescenta ao problema uma dimensão psicossocial. A civilização, entendida como o conjunto de instituições, normas e exigências que tornam possíveis a vida em comum, impõe ao sujeito uma renúncia pulsional permanente. Para integrar a comunidade, o ser humano precisa abdicar de parte de sua possibilidade de satisfação imediata, recebendo, em contrapartida, segurança e estabilidade.

Deve-se considerar, ainda, que somos inevitavelmente filhos de nosso tempo. Assim como influenciamos o meio e as pessoas que nos cercam, também somos continuamente formados por eles. Não há um "eu" inteiramente isolado, produzido à margem da história, da cultura, da linguagem e das relações sociais. Aquilo que cada indivíduo considera mais íntimo e particular em si mesmo traz, em alguma medida, as marcas do mundo no qual foi lançado.

Essa influência, contudo, não se realiza de maneira uniforme. Há aqueles que incorporam ideias políticas, religiosas ou morais após alguma reflexão individual, ainda que essa reflexão jamais seja completamente independente das circunstâncias históricas. Outros simplesmente aderem ao grupo, reproduzindo palavras de ordem, crenças e mandamentos sem submetê-los a qualquer exame crítico. Nesse segundo caso, o pertencimento oferece conforto: pensar deixa de ser uma tarefa individual e passa a ser uma atividade terceirizada à coletividade.

Nietzsche dedicou parte importante de sua filosofia à crítica do instinto gregário e da chamada moral de rebanho. Em sua *Genealogia da Moral* (1887), o filósofo expõe que o grupo tende a desconfiar da diferença, da singularidade e de tudo aquilo que ameaça seus valores compartilhados. A coletividade não é necessariamente incapaz de produzir conhecimento ou cultura, mas pode funcionar como um mecanismo de nivelamento, no qual a conformidade é premiada e a autonomia é percebida como perigo. O indivíduo deixa, então, de perguntar se determinada crença é verdadeira e passa a perguntar, ainda que silenciosamente, se ela é aceita pelos demais.

Freud também examinou essa dissolução parcial da individualidade em *Psicologia das massas e análise do eu*. Para ele, a inserção na massa altera profundamente o comportamento psíquico do sujeito. O indivíduo torna-se mais influenciável, crédulo e propenso a substituir a reflexão pela identificação afetiva com o grupo e com seu líder. A dúvida perde espaço, enquanto a certeza compartilhada se fortalece justamente por ser repetida e confirmada coletivamente.

Nas palavras de Freud:

Os sentimentos da massa são sempre muito simples e muito exaltados. Ela não conhece dúvida nem incerteza. Ela vai prontamente a extremos; a suspeita exteriorizada se transforma de imediato em certeza indiscutível, um germe de antipatia se torna um ódio selvagem. Quem quiser influir sobre ela, não necessita medir logicamente os argumentos; deve pintar com imagens mais fortes, exagerar e sempre repetir a mesma fala. Como a massa não tem dúvidas quanto ao que é verdadeiro ou falso, e tem consciência da sua enorme força, ela é, ao mesmo tempo, intolerante e crente na autoridade. (Freud, 2011, p. 18-19).

A massa, portanto, não convence apenas por meio de argumentos. Ela mobiliza imagens, afetos, medos e repetições. Seu poder não decorre necessariamente da consistência racional das ideias que professa, mas da intensidade com que elas são afirmadas e compartilhadas. Quanto mais uma convicção é repetida pelo grupo, mais ela adquire a aparência de evidência, até que a adesão coletiva seja confundida com verdade.

Nesse processo, a vontade do indivíduo não desaparece por completo, mas passa a operar no interior de uma rede de identificações e determinações que ele próprio raramente percebe. A pessoa acredita estar escolhendo livremente quando, muitas vezes, apenas reproduz os afetos, os valores e as certezas do grupo ao qual pertence. Essa constatação é particularmente relevante para a discussão sobre liberdade, pois revela que aquilo que chamamos de decisão individual pode ser o resultado de causas sociais e psíquicas que permanecem ocultas à consciência.

Tudo que foi dito sobre a política, serve também para a religião, porém, de maneira muito mais elevada, visto que o telos religioso (ao menos nos monoteísmos do ocidente, excluído o judaísmo), tende a ser a salvação, e para isso, guiasse toda a vida mundana pensando em um fim metafísico, tendo como propósito em vida, a conversão e propagação da religião, e com elas, seus dogmas, o que nas palavras de Nietzsche se transforma em uma negação da vida, sendo sempre propaganda, sendo para ele, a religião semelhante a um vírus, e voltando a ideia política, sendo utilizada pelo governo como meio de dominação. Isto se demonstra na ideia agostiniana e de seus posteriores, que toda sua filosofia, na verdade, está mais próxima da teologia, visto que se guia inteiramente já tendo um fim, cujo é Deus.

Outrossim, muitas vezes, tendemos a não refletir sobre o que achamos acerca de algo, apenas adotamos o que algum líder disse ser a verdade, e acabamos irrefletidamente, propagando isso e nos tornando também intolerantes e ignorantes, acabando tachando os demais como os sendo. Logo, o debate acerca da liberdade, é crucial, ainda mais quando se trata do direito penal, mas o debate deve ser feito utilizando critérios técnicos e não o achismo, não o dito popular, religioso ou político. Deve ser refletida a noção de liberdade, e não adotar uma verdade dita por alguém, deve-se chegar a um mínimo consenso por meio do debate refletido. Mesmo que a neurociência indique algo, a história prova como o frenesi e entusiasmo científico, principalmente quanto a biologia, pode ser perigoso, quando não refletida pelo tempo necessário, ouvindo todas as perspectivas possíveis e analisando todos os caminhos prováveis. A filosofia é, neste momento, a principal ferramenta de análise que devemos utilizar.

Será que você pode deliberadamente escolher quando e se iria ler este artigo? A maioria das pessoas pensa ter uma vontade livre, a qual sua ação é completamente livre. Pensam ser, de fato, donos de si, detentores de um pleno livre arbítrio, logo, para elas, sim, você escolheu quando e se iria ler este artigo. Como dito antes, a irreflexão acerca do livre arbítrio leva as pessoas a acharem que poderiam ter feito algo diferente, ou que uma ação poderia não ter sido daquele modo, leva, de certo modo, à angústia. Mas, além disso, o único modo de sustentar nosso modelo de vida, e todas as instituições humanas, é com essa visão de livre arbítrio.

Porém, este pensamento é bastante problemático tendo em vista o que a comunidade científica atual defende, isto é, que o livre arbítrio não existe e jamais poderia, é para além de uma simples ilusão, ele é puramente incompatível com o universo. Voltando a falar sobre nossas instituições, o direito e todo aparato jurídico se sustentam acerca dessa ilusão, logo, a ciência ao afirmar que não existe livre arbítrio, diz que o nosso direito penal está errado, visto

que se fundamenta nesta ilusão. "Ora, nenhum jurista vai querer ouvir algo desse tipo. Seria muita ingratidão com aqueles que vivem do Direito. Isso porque, no nosso dia a dia de profissão, precisamos decidir se o sujeito é ou não imputável, se atuou de forma dolosa ou culposa, se conseguiu vencer as circunstâncias etc (Varjão, 2014, p. 16). Sempre que chegamos na ideia de dolo, culpa ou culpabilidade, pressupomos que o sujeito poderia ter tido uma ação diferente ou escolhido não cometer o ato, porém, isto não está mais alinhado com a posição científica atual. Logo, ainda segundo Allan Jefferson Varjão, tudo o que fazemos é falso, toda sentença está errada, visto que todos condenados pela culpabilidade, o estão, feitos sob uma decisão de juízes que é cientificamente incorreta.

5. O SENTIDO NEUROCIENTÍFICO DE LIBERDADE

Como já mencionado antes, o livre arbítrio é um problema filosófico muito antigo. Porém, é basilar para o artigo entender, além dos problemas filosóficos da afirmação da existência do livre arbítrio, deve-se também compreender o que a psicologia e neurociência afirmam.

No campo da psicanálise, Freud sustenta que parte significativa da atividade psíquica ocorre fora do domínio da consciência. Existem processos inconscientes capazes de interferir na formação dos juízos, dos desejos e das decisões conscientes, podendo, em determinadas circunstâncias, prevalecer sobre as razões que o próprio sujeito reconhece como determinantes de sua conduta (Freud, 2006, p. 304). Isso não significa, de maneira imediata, que toda possibilidade de liberdade esteja eliminada, mas enfraquece a representação de um indivíduo inteiramente transparente para si mesmo, capaz de identificar e controlar todas as causas de seus pensamentos e ações.

O edifício teórico freudiano repousa, em grande medida, sobre o princípio do determinismo psíquico. Segundo essa concepção, os acontecimentos mentais não surgem de maneira inteiramente aleatória: sonhos, lapsos, sintomas, esquecimentos e chistes possuem antecedentes e desempenham funções na economia psíquica do sujeito. Aquilo que, à primeira vista, parece simples erro, distração ou acidente pode revelar a atuação de desejos e conflitos que não encontraram expressão direta na consciência. O ato falho, portanto, não é necessariamente uma ocorrência desprovida de sentido, mas uma manifestação indireta de conteúdos inconscientes.

A noção de inconsciente representa uma das formulações mais radicais desse determinismo. Para Freud, a consciência não corresponde à totalidade da vida psíquica, mas

apenas à sua camada mais imediatamente acessível. Sob ela operam representações, afetos, desejos e conflitos que o sujeito desconhece e que, justamente por permanecerem desconhecidos, não podem ser plenamente submetidos ao seu controle voluntário. Nesse sistema, ocupa posição central o recalque (*Verdrängung*)³, mecanismo pelo qual determinados conteúdos são afastados da consciência sem, contudo, serem eliminados.

O conteúdo recalcado continua exercendo pressão sobre a vida psíquica, reaparecendo de modo deformado em sintomas, sonhos, lapsos e padrões de comportamento. O sujeito pode, assim, agir movido por forças cujas origens desconhece e, posteriormente, construir uma explicação consciente que apresente a conduta como resultado de uma decisão inteiramente autônoma. A psicanálise não demonstra simplesmente que a vontade inexiste, mas questiona a pretensão de que o indivíduo conheça integralmente as razões pelas quais deseja, escolhe e age.

Conforme elaborado anteriormente, Espinosa afirmava que a vontade não pode ser considerada uma causa livre, mas apenas necessária. Essa concepção, quando confrontada com a clínica freudiana, evidencia que aquilo que se experimenta como vontade é, em grande medida, o resultado de determinações que escapam ao sujeito e que, a posteriori, se racionaliza como se fossem decisões autônomas. A liberdade, em ambos os casos, não é uma faculdade originária do sujeito, mas uma conquista parcial e condicionada. O que se dissolve, portanto, não é a liberdade em si, mas a ilusão de uma vontade soberana e transparente a si mesma.

A crítica à soberania da consciência também encontrou repercussão no campo da neurociência. Desde a década de 1980, experimentos associados a Benjamin Libet investigam a relação temporal entre a atividade cerebral que antecede um movimento e o momento em que o indivíduo relata ter tomado conscientemente a decisão de realizá-lo. Nos testes mais conhecidos, os participantes deveriam executar um movimento simples quando desejassem e indicar o instante em que percebiam a intenção de agir. Libet constatou que o denominado potencial de prontidão podia ser detectado antes do momento relatado como decisão consciente. Em síntese, determinados processos cerebrais relacionados ao movimento pareciam iniciar-se antes de o sujeito experimentar conscientemente a vontade de agir, de modo que "as decisões são adotadas em um estágio de inconsciência e, posteriormente, alcançam a área da consciência" (Araújo, 2014, p. 125).

Esses resultados, porém, exigem interpretação cautelosa. Os experimentos de Libet tratavam de movimentos simples, desprovidos da complexidade moral, afetiva e social presente nas decisões humanas ordinárias. Além disso, o próprio Libet não considerou que

seus dados demonstrassem conclusivamente a inexistência do livre-arbítrio. Em "Do we have free will?" (1999), reconheceu a dificuldade de conciliar a concepção clássica de vontade livre com a anterioridade dos processos cerebrais, mas preservou a hipótese de uma capacidade consciente de interromper ou vetar uma ação já iniciada. Sua pesquisa, portanto, não encerra a controvérsia, mas desloca o problema: em vez de perguntar apenas se a consciência causa a ação, passa-se a indagar qual é sua efetiva participação em processos decisórios que começam antes de se tornarem conscientes.

Os experimentos conduzidos por John-Dylan Haynes aprofundaram a inquietação já provocada pelos estudos de Libet. Mediante o uso de ressonância magnética funcional, Haynes identificou padrões de atividade cerebral capazes de antecipar, com probabilidade superior ao acaso, a decisão que seria posteriormente comunicada pelo participante. Enquanto, nos experimentos de Libet, a diferença temporal era medida em milissegundos, nos estudos de Haynes determinados sinais cerebrais puderam ser detectados entre seis e dez segundos antes de o sujeito relatar consciência de sua escolha.

A decisão consciente parecia, portanto, ser precedida por processos neurais mais longos e complexos do que até então se imaginava. Nesse sentido, afirma-se que, "a partir das descobertas da neurociência, estamos plenamente justificados para dizer que, momentos antes da nossa decisão consciente, apesar de termos a sensação de que estamos livres, nosso cérebro já determinou aquilo que devemos fazer ou não fazer" (Varjão, 2014, p. 23).

Para ilustrar, importarei o exemplo demonstrado por Jefferson. Pense em uma fruta. Neste momento, ninguém pode afirmar que sua escolha é determinada, é, à primeira vista, livre. Porém, acerca da fruta escolhida, seria possível que você tivesse escolhido a maçã, claro, mas seria possível que você tivesse escolhido algo como rambutan, fruta encontrada no interior da malásia? Você foi de fato livre para escolher qualquer fruta do mundo? Diante da circuncêntrica das diversas frutas que você não conhece? "Nesse caso, é inegável que circunstâncias desconhecidas estão determinando a sua decisão, afinal sua escolha foi limitada pela lista de frutas que você conhece." (Varjão, 2014, p. 23). Poderíamos dizer sem medo que sua escolha foi feita inconscientemente, quando seu cérebro realizou uma busca em sua memória acerca das frutas que você tem nele arquivadas, fazendo-o pensar que você tomou a escolha de forma consciente, mas seu cérebro determinou qual seria a sua escolha consciente.

Agora, em um exemplo hipotético, para sintetizar a ideia. Imagine um homem que cometeu diversos estupros, todos de mulheres morenas, utilizando de um arco e flecha para coagi-las, e ontem cometeu outro. Considerando a neurociência, a escolha para cometer este último crime, é determinada por uma série de eventos, que também são determinados por

outros, e assim em diante ad infinitum. Para destrinchar o tema, a vontade de estuprar é resultado por impulsos inconscientes, determinados por processos fisiológicos, tal como a preferência sexual por mulheres morenas, é resultado de um trauma de infância frente à rejeição de várias mulheres com essa característica. A escolha da arma foi graças às aulas de caça que seu pai o obrigava a fazer etc.

Todos esses eventos precedem qualquer decisão consciente de agir. Este psicopata sexual poderia ter agido de outro modo? Diante de todas as causas de sua vida, não podemos dizer que o estuprador escolheu livremente estuprar, ou estaríamos de igual modo dizendo que ele poderia escolher ter vivido outra vida. Se tivéssemos o mesmo pai, mãe, genes, traumas e toda a vivência, vivendo neste mundo, geridos por esta relação de causa e efeito, também seríamos este psicopata sexual, nem pior. Logo, acerca do exemplo, podemos concluir facilmente que o estuprador não é culpado, seguindo a teoria do crime atual. Não há de se falar em exigibilidade de conduta diversa. O mesmo era resultante das causas que o criaram, era vítima das circunstâncias. Assim, se há uma rejeição do livre-arbítrio, o comportamento será visto como resultado de predisposições genéticas, a culpabilidade penal pode ser relativizada, levando a intervenções preventivas ou terapêuticas. Mas se há uma aceitação do livre-arbítrio, a responsabilidade continuaria a ser individual, assumindo que o agente tem poder de resistir às influências genéticas.

O que demonstra que a neurociência se traduz na seguinte sentença: A consciência é espectadora. Você não escolhe, você é mera testemunha da escolha. Esta afirmação coloca em cheque basicamente todos os mecanismos basilares para funcionamento da organização humana, bem como principalmente, a ideia de moral e justiça. "Imagine agora como seria a sociedade se todas as pessoas descobrissem que o livre-arbítrio é uma ilusão. Será que o Direito penal conseguiria fundamentar a pena na ideia de poder agir de outro modo? Muito provavelmente não." (Varjão, 2014, p. 24)

Por se tratar de uma investigação empírica orientada por metodologia própria das ciências naturais, a neurociência examina a atividade mental a partir de seus correlatos físicos. Nesse horizonte, não se pressupõe uma mente substancialmente separada do corpo: pensamentos, intenções e decisões são estudados como fenômenos relacionados ao funcionamento cerebral. Essa perspectiva apresenta uma aproximação possível com Espinosa, para quem mente e corpo não constituem substâncias independentes, mas modos de expressão de uma mesma realidade. A convergência, porém, não deve ser entendida como identidade completa: a neurociência descreve mecanismos cerebrais, enquanto Espinosa formula uma tese ontológica sobre a unidade entre o pensamento e a extensão.

Psicanálise e neurociência partem de métodos e objetos distintos e, por isso, não devem ser artificialmente fundidas em uma única explicação determinista. Ainda assim, ambas convergem no seguinte sentido: a consciência não parece ocupar a posição de comando absoluto que lhe foi atribuída por determinadas concepções tradicionais de liberdade. Entre a formação inconsciente dos desejos, os condicionamentos biológicos, a história subjetiva e o contexto social, a decisão humana surge como resultado de uma estrutura causal muito mais complexa do que a simples manifestação de uma vontade soberana.

Assim, em vez de uma liberdade absoluta, imune a condicionamentos, talvez seja necessário pensar a liberdade como capacidade gradual de compreender as determinações que atuam sobre o sujeito, reorganizar seus motivos e orientar sua conduta de maneira reflexiva.

5.1. O peremptório efeito frente ao já estado terminal da teoria do crime

Além dos resultados de experimentos comentados anteriormente, é essencial mencionar aqui o estudo de Burns e Swerdlow, que relatam um caso no qual um homem, professor e pai de família, possuía um interesse muito grande em pornografia infantil. O mesmo havia sido condenado por seu crime, porém, durante o cumprimento de pena, foi descoberto um tumor em seu cérebro. Foi feita, então, uma cirurgia, que foi um sucesso, e o tumor foi retirado. Junto ao tumor, foi retirado também seu interesse por menores. Isto é, o tumor em seu cérebro estava ligado à sua parafilia. Porém, 3 (três) meses depois, o homem tem novamente as dores de cabeça que sentia antes e com elas retorna seu interesse pela pornografia infantil. O novo exame mostra o reaparecimento do tumor. Novamente, é realizada uma cirurgia, e novamente, com a retirada do tumor, retira-se também do homem, a sua pedofilia.

O exemplo acima é crucial para evidenciar que a parte biológica está estritamente ligada à parte mental do ser humano. Ao falarmos de exigibilidade de conduta diversa, estamos falando de livre arbítrio, estamos falando da liberdade em poder escolher outro caminho. Neste exemplo, assim como nos outros, entendemos como essa ideia é falha e como a ciência pode contribuir muito para o desenvolvimento do direito. Mas, além disso, como o direito pode estar vinculado a premissas falsas, logo, tornando-o falso.

Se rejeitamos o livre-arbítrio: A culpabilidade do homem pode ser contestada, já que suas ações são determinadas por causas biológicas fora de seu controle. Nesse cenário, o foco recairia sobre tratamento médico em vez de punição. Se aceitamos o livre-arbítrio: O homem seria responsabilizado por suas ações, independentemente das condições médicas, pois teria,

teoricamente, a capacidade de resistir ao impulso. Assim, tendo em vista esta discussão, desenvolveu-se no mundo a expressão "Neurodireito".

Assim, tendo em vista esta discussão, desenvolveu-se no mundo a expressão "Neurodireito".

Para Jéssica Cristina Ferracioli (2018, p. 206), o Neurodireito (penal) trata-se de disciplina responsável por desenvolver critérios de compatibilização entre ambas as ciências, a neurociência e a ciência jurídica, visando aperfeiçoar a teoria jurídica. Existindo atualmente duas vertentes principais sobre o tema, sendo elas a posição radical e a receptiva. A primeira é caracterizada por não aceitar as descobertas da neurociência, dizendo que não possuem efeito real no campo do Direito penal. Argumentam que o campo jurídico se trata de ciência independente, possuindo total liberdade para construir os seus próprios conceitos, "estando assim imunizado de qualquer tipo de discussão polêmica que possa interferir nesses." (Ferracioli, 2018, p. 206).

Esta vertente possui diversos defensores, é certo que se trata de minoria frente aos doutrinadores do direito. Porém, um dos principais juristas vivos, o funcionalista Günther Jakobs, defende esta vertente. O mesmo argumenta que não é possível adotar o determinismo como verdade absoluta. Postula diversos contrapontos acerca da pesquisa neurocientífica em si, mas o que mais importa aqui, é sua perspectiva quanto ao direito. Jakobs diz que independente do grau de evolução da neurociência, o Direito Penal suporta toda a polêmica criada, pois ao seu ver, a culpabilidade não se trata de um conceito de caráter empírico, mas normativo. Esta é sem dúvida, a única perspectiva que suporta que o direito penal continue existindo assim como é hoje. (Jakobs, 2008, p. 182). Hassemer, concordando com o Pensamento de Jakobs, acrescenta que principalmente, no princípio da imputação, em que de maneira objetiva, estabelece a relação causal entre conduta e resultado, e, em plano subjetivo, entre o resultado e a responsabilidade do autor, fundamentando assim a culpabilidade, que se dá pelo juízo de reprovabilidade que recai sobre a conduta típica e ilícita (Hassemer, 2014, p. 9-10).

A posição receptiva, defende que há de ser feita a compatibilidade entre as ciências sempre em que haja sinais de potencial mudança da compreensão do Direito Penal. Assim, segundo Demetrio Creso, o direito penal não pode se abster do conhecimento adquirido pelas demais áreas do conhecimento, e principalmente, deve-se atualizar conforme os dados coletados por outras ciências, e especialmente quando estes se relacionam ao comportamento humano. (Demetrio Creso, 2013, p. 22).

Esta posição não admite o direito penal tal como é visto hoje, pois, sendo o Direito Penal, uma violência legitimada, não é possível que o seu funcionamento seja mantido baseado inteiramente em uma crença infundada, por mera convenção social, isto é, se não existe livre arbítrio, a legitimidade punitiva do Direito Penal, logo, o seu ser, conforme concebido hoje, também deixa de existir. Sánchez e Christian Jager, indo de acordo com isso, alegam que, sem livre arbítrio, a intervenção punitiva é baseada em medidas de segurança (Sánchez; Jäger, 2013 apud Araújo, 2017, p. 77). Sem haver o agir livre, a possibilidade de responsabilizar os indivíduos por suas ações deveria ser, portanto, a medicalização. Ou seja, buscar tratar e corrigir as causas das ações criminosas. Obviamente, este é um caminho muito perigoso.

Ao se ler isso, é fácil imaginar o filme *Laranja Mecânica*, cujo protagonista é submetido a diversos métodos de tortura chamados de "tratamentos", para poder ser "curado" e que não venha mais a apresentar o comportamento violento. Qualquer um que veja o filme pode rapidamente presumir que isto não é uma opção. Isto é ir de contramão a tudo produzido no que se refere à dignidade da pessoa humana e direito à liberdade. Além disso, seria tratar o ser humano como coisa, como objeto.

Para Sánchez, o Direito Penal não pode ficar completamente à margem das contribuições da neurociência. Um direito válido não pode ser baseado em uma concepção que é comprovadamente inadequada frente aos acontecimentos naturais. Embora exista uma independência entre o Direito e a Ciência e às regras diferentes e inerentes a cada um, a Ciência constitui um importante subsistema do Direito (Sánchez, 2011).

Portanto, se rejeitamos o livre-arbítrio, há uma tendência a deslocar o foco da punição para a reabilitação ou controle preventivo, o que pode levar a avanços éticos, mas também a riscos de intervenções excessivamente deterministas, como a medicalização do comportamento humano. Mas se aceitamos o livre-arbítrio, a estrutura atual do Direito Penal permanece intacta, mas corre o risco de ignorar as contribuições da ciência, perpetuando uma visão ultrapassada da responsabilidade humana.

As recentes descobertas da neurociência provocaram muito impacto no direito como um todo, mas principalmente no direito penal. Mesmo não havendo consenso ainda sobre qual a postura correta a ser adotada, alguma deve ser. Entende-se que o único modo de sustentar o direito penal e as instituições que dele dependam, é utilizando a corrente radical, e principalmente, as ideias do penalista Günther Jakobs.

6. ESPINOSA E JAKOBS: FUNDAMENTOS PARA UMA RELEITURA DA TEORIA DO CRIME

No século XVII, o filósofo Bento de Espinosa (ou Baruch Spinoza) já havia desafiado a concepção tradicional de livre-arbítrio, afirmando que este não passava de uma ilusão oriunda de nossa ignorância acerca das causas que nos movem. Para Espinosa, somos governados por afetos, tanto externos quanto internos, que moldam e determinam nossas ações sem que delas tenhamos plena consciência. À luz das descobertas recentes da neurociência, essa perspectiva revelou-se notavelmente atual. O que chamamos de decisão livre é, em verdade, o produto de um intrincado entrelaçamento de memórias, valores morais, desejos e resistências.

Mesmo as escolhas que julgamos mais racionais ou elevadas são, no fundo, determinadas por forças afetivas que as antecedem. A ideia de um "eu" isolado, capaz de agir sem referência emocional, intelectual ou social, é não apenas improvável, mas também logicamente absurda. Sem os afetos que nos impulsionam, um suposto ego completamente desconectado dessas influências seria incapaz de qualquer iniciativa.

Alguns argumentam que, mesmo com essa conclusão, desafiando a noção clássica de liberdade, ela não invalida a utilidade prática do conceito de livre-arbítrio. Na esfera social e jurídica, o livre-arbítrio é uma convenção indispensável, estruturando interações e sustentando a responsabilidade moral e legal. Sem essa ficção compartilhada, o julgamento de crimes e a aplicação de sanções perderiam sua base funcional. Por mais que o criminoso seja movido por afetos que escapam ao seu controle consciente, o conceito de livre-arbítrio é crucial para manter a ordem social.

Entretanto, como aponta Sánchez, fundar o Direito em uma premissa sabidamente falsa é problemático. Porém, como dito antes, não se defenderá aqui a introdução de ideias da neurociência na ciência jurídica, isto, pois, comprovar o determinismo é bastante complexo, tal como comprovar empiricamente a existência do livre arbítrio. Novamente citando a ideia de Claus Roxin (2008, p. 147), que também critica o critério do livre-arbítrio, pois, além de empiricamente inverificável, é inviável, o que obviamente causa o fracasso do conceito. Assim, o mesmo conclui que a apreciação da culpabilidade, amparada em um fenômeno não verificável, deveria levar sempre à absolvição em face do princípio de *in dubio pro reo*. Obviamente, não se defende aqui um abolicionismo, nem Roxin o faz. O que Roxin demonstra, na verdade, é a falha lógica em colocar a culpabilidade e o livre arbítrio como bases do direito penal.

Outrossim, dada a dificuldade (ou inviabilidade) em demonstrar empiricamente a existência do livre arbítrio, se sustenta, portanto, uma concepção que este seja indiferente, logo, a concepção de Günther Jakobs e seu funcionalismo sistêmico. Enquanto a teoria de Roxin explora a relação entre o Direito Penal e o conceito de livre-arbítrio, a proposta de Jakobs rejeita completamente essa base, substituindo-a pela validade normativa (Miranda, 2018, p. 147). O funcionalismo sistêmico de Jakobs, permite que se afastem os direitos fundamentais do núcleo do sistema penal e da culpabilidade, priorizando a preservação da ordem normativa. Sua defesa do *Direito Penal do Inimigo* exemplifica essa abordagem, permitindo abusos jurídicos desde que sirvam para reforçar a validade das normas. Apesar das objeções de cunho humanista, a teoria de Jakobs oferece uma justificativa sólida para a sanção penal em um mundo onde o livre-arbítrio é considerado inexistente. Isto é, mesmo que posteriormente se prove ou não sua existência, isso aqui, não faz qualquer diferença. A teoria é fechada, ou em outras palavras, dentro da própria teoria não se encontram contradições, mas apesar da coerência lógica da teoria, ela exclui valores liberais tradicionais e reduz as barreiras ao expansionismo punitivo do Estado, tornando-a suscetível a usos político-totalitários.

Jakobs propõe um sistema formal onde a culpabilidade não depende do elemento humano, mas sim da necessidade de pena para preservar as expectativas normativas essenciais à vida em sociedade. Quanto maior a necessidade da pena diante do contexto fático-cultural, maior a culpabilidade. (Jakobs, 1996). A função da sanção penal, segundo Jakobs, é reafirmar a vigência da norma questionada pelo comportamento delituoso, assegurando que as instituições jurídicas continuam capazes de proteger os bens jurídicos. Logo, a existência do livre arbítrio bem como a discussão sobre isso é de baixa relevância, haja visto que não se trata de saber se havia uma alternativa do agente que pratica a conduta, por mais que se faça necessária um espaço de liberdade, ainda que distinto da liberdade de vontade, obviamente adotando uma visão preventiva-positiva. (Loebenfelder, 2001, p. 130)

Agora, quando a análise dos membros de uma sociedade e sua individualidade, em síntese, Jakobs distingue entre "indivíduos" e "pessoas". Enquanto os primeiros, movidos causalmente por suas satisfações e insatisfações, não são livres, as "pessoas", enquanto titulares de papéis sociais com direitos e deveres, possuem liberdade. Como afirma o próprio autor: "Somente as pessoas responsáveis, e não os indivíduos determinados causalmente, necessitam de esferas de liberdade (...), e somente com pessoas responsáveis é possível garantir institucionalmente as esferas de liberdade." (Jakobs, 1996, p. 261)

Dessa forma, Jakobs subverte a concepção tradicional: a liberdade não é um pressuposto da responsabilidade, mas um constructo derivado de uma ordem normativa. A liberdade, portanto, não é um dado natural, mas uma criação social que decorre da responsabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, a negação filosófica do livre-arbítrio não implica o colapso das estruturas sociais, mas exige uma postura de sinceridade frente às novas descobertas. O único modo de seguirmos com as estruturas jurídicas (quase) do mesmo modo que estão, é mudando suas justificativas. Podendo ser por uma postura mais radical como a de Jakobs, que entendemos ser a melhor, visto que é a menos cínica frente ao problema por tratar como irrelevante a existência dessa liberdade de agir. Logo, tratando a culpabilidade como conceito completamente normativo, torna-se, de fato, bastante questionável a influência do neurodireito no direito penal real. Mostra-se útil, no entanto, mostrando como o sistema penal atual é hipócrita e necessita se adequar, de um modo ou de outro, ao mundo atual. Seja mudando sua justificativa ou toda a sua teoria, alocando as descobertas de outras ciências à ciência do direito.

Além dessas 2 (duas) alternativas, existem diversas outras, tais como a de Roxin, cujo sistema penal brasileiro desde sempre foi mais acolhedor, visto que adota diversos de seus conceitos, mesmo que erradamente, ou estranho, ao passo que muitos só atingem seu objetivo ideal quando utilizados por um sistema cujo adere ao funcionalismo-teleológico.

Assim, Espinosa foi submetido ao *herem* (חֵרֶם), por sustentar ideias que hoje parecem menos extraordinárias diante dos avanços tecnológicos e, sobretudo, dos estudos sobre o cérebro humano. Este já não pode ser compreendido como simples órgão entre outros, mas como a estrutura por meio da qual percebemos, interpretamos e organizamos a realidade. O mundo existe para nós segundo as formas pelas quais nosso cérebro é capaz de apreendê-lo.

Novamente, a relação de causa e efeito, seja para Espinosa, seja para a neurociência, é terminativa frente ao estado teórico do direito. Deve-se mudar, ou deve-se ajustar o Direito Penal. Não se pode mais de maneira cínica fingir que a culpabilidade, da maneira que está, corresponde à realidade. Não se pode dizer que as justificativas atuais para a culpabilidade enfrentam os problemas demonstrados na prática. Assim, se algo é útil quando cumpre seu propósito, na prática, a teoria da culpabilidade, tal como é aplicada no Brasil e na maioria do mundo atualmente, é completamente inútil.

3 Quem primeiro empregou o termo *Verdrängung* de uma forma que poderia se aproximar à de Freud foi Johann Friedrich Herbart, cujas obras principais datam da primeira década do século XIX. Herbart é herdeiro das concepções de Leibniz e Kant, tendo ocupado em Königsberg a cátedra que pertenceu a este último. (Garcia-Roza, 1984, p. 151).

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Santo. *Confissões*. In: Col. Os Pensadores. Volume Santo Agostinho. Editora Abril Cultural, São Paulo. Terceira Edição, 1996.

_____. *O livre-arbítrio*. Tradução, organização, introdução e notas Nair de Assis Oliveira, revisão Honório Dalbosco - São Paulo: Paulus, 1995. (Patrística).

ALIGHIERI, Dante. *A divina comédia: purgatório, versão em prosa*. Trad. e adaptação por Helder da Rocha. Ilustrações de Gustave Doré. São Paulo, 1999.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. *Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico penais da revolução neurocientífica*. 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratamento de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2018.

COELHO, Caíque Silva. *A liberdade divina e a liberdade humana em Spinoza: convergências e divergências*.

DA SILVA, Aline Maria Vilas Boas. *Concepção de liberdade em Sartre*. 2013.

DE MEDEIROS, Felipe Rocha. *Livre-arbítrio e culpabilidade penal: um conceito em desconstrução*. 2021. Dissertação de Mestrado. Universidade do Porto (Portugal).

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Compatibilismo Humanista: uma proposta de conciliação entre neurociências e direito penal*. In: MAROTO CALATAYUD, Manuek (Coord.);

DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dir.). *Neurociência e direito penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Montevideo: B de F, 2013.

FERRACIOLI, Jéssica. *Neurociência e o direito penal: a culpabilidade e o panorama das implicações neurocientíficas*. 2018. 282 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) -- Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

FREUD, Sigmund. *Algumas lições elementares de psicanálise*. Vol. XXIII. Rio de Janeiro: Imago, 2006, p.304.

_____. *Obras completas: volume 18: O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos (1930-1936)*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

_____. *Psicologia das massas e análise do Eu*. In: FREUD, Sigmund. *Obras completas: volume 15: Psicologia das massas e análise do Eu e outros textos (1920-1923)*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 13-113.

GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Freud e o inconsciente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

HASSEMER, Winfried. *Prevención general y aplicación de la pena*. In: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Montevideu e Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. Pp. 45 a 82.

JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de um derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá y Feijó Sanchez. Madrid: Civitas, 1996, p. 18.

_____. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. por Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos. Buenos Aires: Ad -- Hoc, 1996.

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

MARQUES, Mara Rubia. *Da dogmática penal funcionalista de Günther Jakobs e Claus Roxin no âmbito da culpabilidade*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 8, n. 2, p. 426-445, 2013.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. Salvador: JusPodivm, 2010, p.246.

MENDES, André Pacheco Teixeira. *Direito penal do inimigo: quando Jakobs se aproxima de Hobbes e Freud*. Rev. Epos [online]. 2011, vol.2, n.1 [citado 2025-01-23]. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2178-700X2011000100004&lng=pt&nrm=iso. ISSN 2178-700X.

MIRANDA, Isadora Eller Freitas de Alencar. *O (falso) problema da culpabilidade penal: sobre as possibilidades de diálogo entre direito penal e neurociências*. -- 2018. p. 147.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

ONESKO, Ana Lucia Fabri. *"O livre-arbítrio" de Santo Agostinho: "A cauda do pecado - abuso da vontade de livre" em sala de aula*. 2018.

PARDAL, Rodrigo Francisconi Costa. *Responsabilidade e culpabilidade no funcionalismo teleológico-racional*. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 1, p. 341-364, 2012.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROCHA, Maicon Fabrício. *Teoria estrita e teoria limitada da culpabilidade*. Revista do Direito Público, v. 1, n. 1, p. 245-262, 2006.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Tradução: Ana Paula dos Santos, Luís Natscheradetz, Ana Isabel de Figueiredo e Maria Fernanda Palma. Lisboa: Vega Editora, 2004. p. 32.

_____. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SÁNCHEZ, B. F. *Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?*. InDret, 2/2011.

SARTRE, J. P. *O existencialismo é um humanismo*. Tradução: Vergílio Ferreira. São Paulo: Abril S.A., 1973. _____. *O ser e o nada -- ensaio de ontologia fenomenológica*. Tradução: Paulo Perdigão. 6 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1998, p. 782.

SOUZA, Filipe Roger De Oliveira. *Neurociências e Direito Penal: As repercussões dos novos estudos neurocientíficos para a culpabilidade*. 2021.

SPINOZA, Baruch. *Ética*. Autêntica, 2ª ed. 2009. São Paulo.

VARJÃO, Alan Jefferson Santos et al. *Culpabilidade no direito penal: a ilusão do poder agir de outro modo a partir do problema do livre-arbítrio*. 2014.

VANÇAN, Alianna Caroline Sousa Cardoso. *O livre-arbítrio no Direito Penal: Investigações sobre a culpabilidade e a responsabilização na filosofia de Nietzsche e nas neurociências*. 2022.