

SOBRE A RESPONSABILIDA- DE PENAL ON CRIMINAL RESPONSABILITY

Ricardo Freitas¹

Resumo

O texto aborda o conceito de responsabilidade penal a partir das diversas concepções doutrinárias existentes a seu respeito com a finalidade de aclarar alguns dos problemas que o cercam a luz da questão do livre arbítrio, de maneira a demonstrar que, mesmo hoje, o conceito de liberdade da vontade mostra-se imprescindível no sentido da justificação da pena e, por conseguinte, do próprio direito penal.

Palavras-chave: Responsabilidade Penal. Livre Arbítrio. Culpabilidade. Imputabilidade. Determinismo. Funcionalismo.

Abstract

This paper addresses the concept of criminal responsibility from the various existing doctrinal conceptions about them in order to clarify some of the issues that surround the question of free will in order to demonstrate that, even today, the concept of freedom shows will be essential towards to the justification of punishment and therefore own the criminal law

¹ Pesquisador do CIHJur. Professor do Programa de Pós-graduação da UFPE e da Faculdade Damas da Instrução Cristã. Procurador do Ministério Público Militar.

Keywords: Criminal Liability. Free Will. Culpability. Liability. Determinism. functionalism

INTRODUÇÃO: RESPONSABILIZAR E PUNIR: O INARREDÁVEL DESAFIO A SER ENFRENTADO PELO DIREITO PENAL DE GARANTIAS.

Responsabilidade é a obrigação de responder por determinados comportamentos. Quando tal obrigação resulta de nossas próprias ações a chamamos de responsabilidade pessoal ou individual. Se a responsabilidade recai sobre certos grupos de pessoas, ela é denominada de responsabilidade coletiva. Em termos jurídicos, em princípio, podemos ser considerados responsáveis por nosso comportamento se violamos um dever jurídico, afetando, assim, um direito alheio.² E-

² É claro que também podemos ser responsabilizados por boas ações e, assim, ganharmos prêmios, a exemplo de elogios. Tal dimensão, digamos assim, “positiva” da responsabilidade, não nos interessa aqui. Nossa atenção direciona-se, exclusivamen-

xemplificando: a responsabilidade decorrente do cometimento de um ato ilícito acarreta, para o culpado, no âmbito do direito civil, o dever de indenizar mediante a assunção de uma obrigação de índole pecuniária que é estabelecida em favor do titular do direito afetado. Nas palavras de um festejado civilista, “a doutrina da responsabilidade civil tem por fim determinar quem é o dever da obrigação de indenizar quando um dano é produzido” (GOMES, 1977, p.543). Portanto, temos que, no âmbito do direito, inclusive do direito penal, a responsabilização de um indivíduo por seu comportamento antijurídico autoriza a imposição de uma sanção jurídica em seu desfavor. No entanto, não podemos esquecer que os pressupostos jurídicos necessários à responsabilização e os fins perseguidos pela sanção jurídica variam a depender do ramo do direito.

Em termos puramente penais, porém, a possibilidade

de responsabilização do sujeito ativo do crime pressupõe um questionamento anterior que, a rigor, não pertence ao domínio da dogmática penal, mas ao da filosofia do direito penal: por qual razão um indivíduo tem o dever de suportar as consequências penais pelo seu comportamento? Para o direito penal de garantias, é a resposta a esta pergunta que justifica a intervenção penal com a finalidade de suprimir ou restringir direitos individuais constitucionalmente assegurados.

O problema da responsabilidade não concerne apenas ao domínio do direito, mas interessa à filosofia, mais especificamente à filosofia política e à filosofia moral. Dito de outra maneira: a questão da responsabilidade possui uma dimensão não apenas jurídica, mas, igualmente, política e ética. Estas três dimensões do conceito de responsabilidade, como podemos perceber facilmente, estão relacionadas, influenciando-se mutuamente. E mais: como veremos adiante, cada uma delas é permeada por discussões e disputas teóricas que estão distantes de

te, ao conceito de responsabilidade penal, o qual pressupõe castigo e não recompensa.

serem pacificadas, inclusive no âmbito do direito penal, em que pese o enorme esforço doutrinário desenvolvido com tal finalidade ao longo do tempo.

Filosoficamente, o conceito de responsabilidade é de fundamental importância por estar relacionado ao conceito de pessoa. De fato, só podemos atribuir a responsabilidade pelo cometimento de uma determinada conduta a uma pessoa (responsabilidade pessoal ou individual), a uma pluralidade de pessoas (responsabilidade coletiva) ou a uma pessoa jurídica, que é constituída, afinal de contas, a partir do concurso de vontades de individuais. Inversamente, animais irracionais, coisas e as forças da natureza não podem ser responsabilizados nem moralmente nem juridicamente. No direito penal contemporâneo apenas indivíduos e pessoas jurídicas são passíveis de responsabilização criminal, na medida em que a responsabilidade coletiva não é admissível em um direito penal de garantias característico do

Estado democrático de direito.³

Especificamente no direito penal, a responsabilidade é puramente subjetiva. Não se pode atribuir ao indivíduo responsabilidade, ou seja, obrigação de responder por um resultado, se ele não o produziu dolosa ou culposamente (princípio da culpabilidade). Em resumo: o direito penal de garantias não admite a responsabilidade objetiva, ou, em outras palavras, a responsabilidade decorrente da mera produção mecânica do evento, independentemente da culpa do agente.⁴ Por tal razão, po-

³ Naturalmente, a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica é bastante discutível doutrinariamente. No Brasil, tal possibilidade, como sabemos, existe, exclusivamente, na hipótese de delitos cometidos contra o meio ambiente.

⁴ Sobre a evolução do conceito de culpabilidade, nos diz a doutrina: “Originariamente, o direito penal apareceu como puro direito penal de resultado, ou seja, apenas se perguntava se o autor (objetivamente) havia causado o resultado antijurídico. Apenas depois se aprendeu a considerar não somente o efeito sobre o ofendido, mas também a colocar-se em lugar da pessoa do autor e a perguntar-se se em igual situação se

demos concluir que, em nosso ramo do direito, “os casos de responsabilidade pelo fato alheio ou de responsabilidade objetiva podem encontrar guarida numa legislação positiva, mas devem ser considerados aberrantes e contrários à essência lógica do Direito Penal”. (NUVOLONE, 1981, p.27)

A responsabilização penal pressupõe o cometimento, por parte do agente, de uma conduta típica, antijurídica e culpável. Por outro lado, enquanto no direito civil o sujeito é responsabilizado para que o dano por ele causado a alguém seja reparado, no direito penal a responsabilização costuma ser justificada para que o mal causado seja retribuído ao autor e/ou com a finalidade de prevenção de delitos. Quando, na segunda metade do século XIX, os conceitos de responsabilidade penal e de culpabilidade começaram a se relacionar, este último passou

a vincular-se à ideia de merecimento de pena (pena como retribuição moral – justa - pelo mal – injusto - causado ao ofendido pelo autor). A responsabilização penal por intermédio do castigo estaria legitimada moralmente porque o sujeito o mereceu pelo fato de ter se decidido livremente pela prática da conduta criminosa (CUESTA AGUADO, 2003, p.43). Posteriormente, doutrinas mistas da pena tentaram justificá-la não somente com fundamento na noção de retribuição, mas também na de prevenção geral e especial. Atualmente, no entanto, uma parcela considerável de penalistas, inclusive de brasileiros influenciados pelas correntes funcionalistas, inclina-se pela pena com fins puramente preventivos, como veremos mais adiante.

Um dos principais problemas em torno do conceito de responsabilidade pessoal é o da tormentosa questão do livre arbítrio. Isto ocorre porque o referido conceito adota como ponto de partida a possibilidade do indivíduo escolher livremente, vale dizer, sem qualquer constrangimen-

atuaria da mesma maneira e tivesse sentido a pena como merecida, o que leva a considerar a atitude interna, a vontade do autor”. (WEBER, 2008, p.116)

to, que comportamento pretende adotar em um dado momento diante de uma dada situação. Em outras palavras: no direito penal, tratar da questão da responsabilidade pessoal equivale a abordar o problema da liberdade. É livre quem pode agir de maneira diferente da que escolheu e, assim, contrária a norma penal, o que o leva a ser juridicamente responsável pelas suas ações. Tal noção, embora dominante doutrinariamente, começa a ser questionada pela doutrina penal brasileira, chegando-se a afirmar, atualmente, com evidente exagero, que “o livre arbítrio como fundamento da culpabilidade tem sido o grande vilão na construção moderna do conceito de culpabilidade e, por isso mesmo, é o grande responsável pela atual crise” (BITENCOURT, 2011, p.391).

Existem duas correntes do pensamento, ambas extremadas, que historicamente se digladiaram e ainda se digladiam em torno do problema do livre arbítrio: os defensores de sua existência e aqueles que não a admitem, também chamados de deterministas. Os

últimos sustentam que todo resultado produzido por uma ação apresenta uma causa que lhe determina de maneira necessária, ou, para ser ainda mais claro, que lhe determina independentemente da vontade do indivíduo. Todo evento, portanto, deve ser atribuído a determinados fatores, de acordo com certas leis da causalidade que são destinadas a explicar, justamente, as relações necessárias entre eventos antecedentes e subsequentes.

Tal disputa, podemos facilmente perceber, é de capital importância, inclusive para o direito penal. Afinal, como responsabilizar uma pessoa se ela não dispunha de liberdade de escolha? Para que um indivíduo possa ser responsabilizado por sua ação é necessário que tenha atuado livremente, isto é, que possa ter agido de outra maneira ou, em outras palavras, que tenha condições de se comportar de maneira diferente, caso contrário, assim nos parece, comete-se uma injustiça em seu desfavor.

Para tornar as coisas ainda mais difíceis, a verdade é que tanto a tese da existência do livre arbítrio como a do

determinismo fincaram sólidas raízes no senso comum. Algumas pessoas acreditam piamente que todos ou, ao menos, a maioria dos fenômenos podem ser atribuídos necessariamente a determinadas causas. Estabelecem, portanto, relações de causa e efeito entre determinados eventos e fatores que o produziram. Outras pessoas defendem o ponto de vista, na maioria dos casos muito mais por temer a impunidade que por acreditar sinceramente em tal hipótese, que o homem pode escolher o curso de suas ações livremente, sem constrangimentos que o impeçam de decidir.

Tal embate, que se localiza no cerne da problemática da responsabilidade penal, como examinaremos a seguir, teve intensa repercussão na ciência do direito penal e no conceito de responsabilidade ainda no século XIX e segue sem solução completamente satisfatória, apesar dos esforços da ciência do direito penal no sentido de tentar superá-lo, inclusive fundamentando o conceito de culpabilidade na noção funcionalista de necessidade de pena.

Neste ensaio, pretendemos examinar algumas orientações doutrinárias no tocante ao problema da responsabilidade penal com o objetivo de apresentar alguns problemas que envolvem o tema, sobretudo aqueles relacionados à liberdade da vontade. Nosso argumento fundamental é o de que, em momento algum no percurso histórico da ciência do direito penal, esta disciplina conseguiu resolver de maneira coerente e plenamente satisfatória o problema do livre arbítrio. Para tanto, examinaremos, inicialmente, três conceitos que se interpenetram no direito penal: responsabilidade, culpabilidade e, por fim, imputabilidade, com o objetivo de distingui-los e mostrar como eles se relacionam. Em seguida, abordaremos dois posicionamentos extremos sobre o livre arbítrio de modo a distinguir entre o ponto de vista daqueles que nele fundamentam a responsabilidade penal, contrastando-o com o ponto de vista daqueles que negam a sua existência por considerá-lo anticientífico. Neste momento, também analisaremos como a doutrina

penal tradicionalmente se colocou diante deste embate, tentando, sem sucesso, superá-lo. Por último, incursionaremos brevemente por uma das correntes do funcionalismo penal com a finalidade de visualizar o seu entendimento sobre a questão. Desde já, pedimos a compreensão dos leitores para os inevitáveis limites que apresenta esta sucinta reflexão teórica. Naturalmente, a extensão, assim como a complexidade do tema, nos obriga a tratá-lo de forma basicamente introdutória. Dessa maneira, inúmeras questões que dizem respeito à responsabilidade penal não serão aprofundadas ou não mesmo enfrentadas, malgrado a sua importância.

1. RESPONSABILIDADE PENAL, CULPABILIDADE E IMPUTABILIDADE: O SENTIDO DE TRÊS CONCEITOS QUE SE INTERPENETRAM.

Frequentemente, a ciência do direito penal não distingue com suficiente clareza os conceitos de responsabilidade, de culpabilidade e de imputabili-

dade, porém, podemos observar que eles não se confundem, embora estejam relacionados. A imputabilidade pode ser conceituada, nos termos estabelecidos pelo Código Penal brasileiro, como a capacidade do indivíduo entender o caráter ilícito do fato e comportar-se de acordo com esse entendimento. Em outros termos: imputabilidade nada mais é que a capacidade de entendimento e autodeterminação. A imputabilidade é uma espécie de elemento ou pressuposto, como querem alguns, da culpabilidade. Em consequência, podemos dizer que a inimputabilidade (ausência de imputabilidade) é, verdadeiramente, uma causa de exclusão da culpabilidade. De fato, a inimputabilidade suprime a culpabilidade e, em consequência, a existência do próprio fato punível, impedindo a responsabilização do autor da conduta típica e antijurídica.

A culpabilidade, por sua vez, é um juízo de reprovação (juízo de censura pessoal) que incide sobre o autor de um fato típico e antijurídico. A imputabilidade é pressuposto

ou elemento da culpabilidade porque se revestiria de irracionalidade a reprovação que porventura recaísse sobre quem não possui capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de comportar-se de acordo com tal entendimento. Em consequência, o juízo de culpabilidade pressupõe o juízo de imputabilidade porque “não se pode reprovar nem castigar a quem não seja capaz de reprovação e de castigo” (MAGGIORE, 2000, p.479). Neste sentido, como se depreende do seu conceito, a imputabilidade pode ser entendida como uma espécie de capacidade de culpa (BRANDÃO, 2010, p.147).

Por seu turno, a responsabilidade depende da culpabilidade e, conseqüentemente, da imputabilidade. Sendo assim, podemos afirmar que a culpabilidade “constitui o conjunto de condições que determinam que o autor de uma ação típica antijurídica e atribuível seja criminalmente responsável pela mesma” (BACIGALUPO, 1996, p.147). A culpabilidade é, por assim dizer, um pressuposto da responsabilidade, na medida em

que o direito penal só pode impor uma pena ao agente se este for culpável.

Afirmamos anteriormente que a imputabilidade é pressuposto da culpabilidade e que esta, por sua vez, é requisito da responsabilidade penal.⁵ A responsabilidade penal depende da imputabilidade, considerando-se que apenas o indivíduo com capacidade de entendimento e autodeterminação pode sofrer uma pena. Somente este e mais ninguém pode ser penalmente responsabilizado por seu comportamento ofensivo a direito de outrem. Em consequência, podemos concluir que “a imputabilidade distingue-se da responsabilidade por ser antecedente lógico desta última, ou, noutras palavras, pelo fato de somente poder haver responsabilização penal se o a-

⁵Para alguns, diferentemente, a responsabilidade é, assim como a imputabilidade, um pressuposto da culpabilidade, na medida em que só pode sofrer um juízo de censura pessoal aquele a quem pode ser imputada a realização livre de um comportamento proibido pelo direito penal. (CUELLO CALÓN, 1929, p.250).

gente delituoso for imputável” (SILVA, 2010, p.19). Em compensação, a imputabilidade do agente não implica, necessariamente, em sua responsabilidade, na medida em que ele pode não ter atuado culpavelmente por lhe faltar liberdade para agir de acordo com a norma penal, como nas hipóteses legais de obediência hierárquica e coação moral irresistível, situações em que não se pode exigir do agente um comportamento diverso daquele que ele assumiu.

Podemos dizer que, de acordo com a doutrina penal tradicional, o fundamento da responsabilidade penal é a vontade livre do sujeito (SOLLER, 1992, p.39). Somente quando atua livremente, o agente por ser responsabilizado criminalmente, isto é, pode suportar as consequências de sua conduta delituosa. De acordo com tal entendimento, considerando-se que a responsabilidade penal do agente pressupõe a culpabilidade, inexistente responsabilidade penal, pois não existe infração penal, quando o agente não atua livremente, vale dizer, quando ele não pode decidir

autonomamente como se comportar diante de uma situação concreta. A responsabilidade penal depende, portanto, da liberdade de vontade.

Neste ponto, somos obrigados a retornar ao debate inicial. O livre arbítrio deve ou não ser considerado fundamento da culpabilidade do agente de maneira a justificar a sua responsabilização penal do indivíduo? Positiva ou negativa a resposta, como o direito penal se coloca diante do problema?

2. LIVRE-ARBÍTRIO E DETERMINISMO: UM VELHO DEBATE QUE AINDA INFLUENCIA OS RUMOS DA DOGMÁTICA DO DIREITO PENAL.

A doutrina do livre arbítrio reinou de maneira incontestável entre os penalistas na primeira metade do século XIX, sendo frequentemente associada à Escola Clássica. De fato, o seu principal representante assinala que, no fato punível, os direitos da vítima “não podem ser agredidos senão por atos exteriores procedentes de uma vontade livre

e inteligente” (CARRARA, 1998, p.5). O mesmo autor que, diga-se de passagem, era o mais ilustre penalista de sua época, talvez preocupado com a autonomia da disciplina, ao mesmo tempo em que rechaça o determinismo, declara: “Não me ocupo de questões filosóficas, razão pela qual pressuponho aceita a doutrina do livre arbítrio e da imputabilidade moral do homem e, asentada sobre esta base, a ciência criminal, que mal se construiria sem aquela” (CARRARA, 1998, p.32). Para ele, o homem, concebido como um ser dotado de “alma espiritual, rico de inteligência e vontade livre”, se encontra submetido às leis morais e não apenas às leis da física, como ocorre com os corpos inanimados. Por tal razão, a responsabilidade penal é uma responsabilidade moral e o livre arbítrio um pressuposto da culpabilidade. Em resumo, de acordo com a doutrina penal clássica do livre arbítrio, “a sociedade pode exigir do delinquente que assuma as consequências legais de seu delito porque ele atuou sabendo que cometia uma infração e

querendo livremente cometê-la” (FONTÁN BALESTRA, 1953, p.97)

No extremo oposto, a Escola Positiva assume radicalmente o ponto de vista do determinismo. A tese do seu principal integrante acerca da responsabilidade é exposta nos seguintes termos: “Toda ação humana é o efeito necessário e imprescindível das causas determinantes, todo homem tem uma individualidade e uma fisionomia própria, tanto física quanto moral, pela qual ele se distingue de todo outro ser e, pela qual, dada também a mesma causa externa, ele responde à mesma influência de um modo que lhe é próprio, diferentemente daqueles homens e diferentemente, nele mesmo, pelas várias condições de tempo e lugar, porque diferente é o estado de seu organismo” (FERRI, 1892, p.384). Por conseguinte, a doutrina do livre arbítrio, considerada como “pura ilusão da observação psicológica subjetiva”, não pode ser aceita pela ciência do direito penal. Em seu sentir, a responsabilidade penal não é uma responsabilidade moral,

mas uma responsabilidade social segundo a qual a sociedade deve reagir severamente contra os comportamentos antissociais independentemente da culpabilidade do agente. Portanto, o direito penal há de encarar o fato punível como o “efeito das anormalidades individuais e como sintoma de patologia social, que requer, necessariamente, a repressão das tendências antissociais, o isolamento dos elementos infectados e o (re) saneamento do ambiente no qual se desenvolveram os germes” (FERRI, 1892, p.457-458). Em suma: para os positivistas, a responsabilidade penal não pressupõe o livre arbítrio. Mas então, sendo assim, poderíamos indagar, não seria o caso de deixar de punir o criminoso, na medida em que ele não atuou livremente ao cometer o crime, mas determinado por fatores sobre os quais não tem controle?

A punibilidade do criminoso justifica-se, segundo os positivistas, com base no que eles chamam de responsabilidade social. Eles defendem o castigo penal contra o agente “unicamente porque, uma vez

que ele vive em sociedade, toda ação sua produz efeitos sociais”, ou seja, o castigo penal aplicado ao delinquente explica-se “somente porque e até quando ele vive em sociedade” (FERRI, 1892, p.471-472). Na visão dos positivistas, é legítimo agir contra os criminosos simplesmente porque a sociedade tem o direito de defender-se das suas condutas delituosas. O castigo do infrator não se justifica pelo fato dele ter atuado livremente, uma vez que as suas ações são causalmente determinadas, mas porque a sociedade tem o direito de lutar pela sua conservação contra comportamentos que coloquem em perigo à sua existência.

No momento presente, como examinaremos a seguir, mesmo penalistas que não se inclinam pelo determinismo, rechaçam veementemente a possibilidade de que o livre arbítrio possa fundamentar a responsabilidade penal, não admitindo a responsabilidade moral do indivíduo no plano do direito repressivo.

Naturalmente, tais concepções resultam em dois modelos bastante diferentes de

direito penal. O classicismo, por exemplo, define o crime, em termos técnicos, como um ente jurídico, como uma criação do direito, ao passo que o positivismo o enxerga como uma conduta antissocial definida em lei, ou seja, como um comportamento que põe em risco a existência da própria sociedade. Enquanto, para os clássicos, a pena pretende tão somente restaurar a ordem jurídica violada pelo infrator ou, para alguns, visa a retribuir a ação delituosa por ele cometida, para os positivistas a sua finalidade é a defesa social, seja por intermédio da neutralização do criminoso, seja por meio da sua reintegração social, quando viável. No classicismo tudo gira em torno da ideia de culpabilidade; no positivismo, tudo se resume à noção de periculosidade. Para os clássicos, o inimputável deve ser excluído do direito penal ou, em outras palavras, aquele que pratica um comportamento típico e antijurídico deve se sujeitar a medidas de caráter puramente administrativo e não a uma sanção penal. Consequentemente, o direito penal existe exclusiva-

mente para aqueles que atuam com livre arbítrio. Em sentido diametralmente oposto, no entender dos positivistas, toda pessoa, independentemente de sua capacidade de entendimento e autodeterminação, deve se submeter às penas (na realidade, medidas de defesa social) a ele aplicáveis a depender do seu enquadramento na tipologia dos delinquentes.

É evidente que tanto o modelo clássico como o positivista apresentam elementos estranhos ao direito penal de garantias, contudo, não resta dúvida acerca da completa incompatibilidade entre este último e o determinismo positivista, sobretudo, ainda que, não apenas, pelo fato do positivismo naturalista fundamentar a responsabilidade penal no conceito de periculosidade e não de culpabilidade.

Diante das diferenças irreconciliáveis entre as Escolas Clássica e Positiva no que diz respeito ao conceito de responsabilidade penal - na realidade, em última análise, a respeito da doutrina do livre arbítrio - a ciência penal do século passado contornou a dificultosa discussão à sua

maneira, mantendo-se, por um lado, equidistante das duas posições extremadas e, por outro, negando a sua relevância para a disciplina. Típico, neste sentido, é o posicionamento de um dos mais importantes penalistas brasileiros de todos os tempos. Em seu entendimento, o problema do livre arbítrio é “assunto estranho ao Direito Penal”, pertencendo ao domínio da filosofia. O direito penal, diz ele, não se interessa pelas origens da vontade humana, mas pelo “fenômeno da vontade como ele praticamente se manifesta, quaisquer que sejam as suas origens”. Sendo assim, quando se fala em vontade livre, devemos entendê-la, diz ele, como sendo “a capacidade de um sujeito de fazer dos seus atos a expressão na sua própria personalidade, aí suposta uma personalidade normal e normalmente desenvolvida, isto é, uma liberdade de volição dentro do reino normativo do Direito, que não coincide em todos os pontos com o conceito naturalista, muito mais amplo” (BRUNO, 1967, p.40-41). De maneira característica, também a doutrina

estrangeira desde cedo considerou tal discussão como sendo “um problema alheio ao direito penal”, considerando-se que tal ramo do direito “não tem como missão resolver problemas filosóficos, mas estudar as normas que regulam a repressão dos delitos” (CUELLO CALÓN, 1929, p.254-255).

Tais afirmações, é interessante observar, não deixam de representar um nítido contraste com as reiteradas manifestações por parte da doutrina penal de que a ciência do direito penal e a filosofia do direito penal mantêm uma relação interdisciplinar, o que importa numa permanente comunicação e influência recíprocas entre ambas. Em nosso sentir, com efeito, permanece sempre válido o entendimento de que “o direito penal sem a filosofia permanece um enigma insolúvel” (BETTIOL, 1977, p.134). Se desejamos justificar o castigo penal, não basta afirmar a liberdade da vontade como um dogma, mas examinar se, do ponto de vista filosófico, científico e/ou político ela constitui ou não

uma fonte de legitimação do próprio direito repressivo.

É claro que a preocupação dos penalistas em afastar do direito penal a discussão sobre o livre arbítrio e o determinismo é, até certo ponto, compreensível, afinal, o direito penal é uma disciplina autônoma e, além disso, é “uma ciência prática” ou, dito de outra maneira, um conhecimento que se destina a resolução prática de problemas, razão pela qual ele precisa fundamentar-se em “dogmas”, quer dizer, em pontos de partida irrecusáveis que se fazem presentes em toda e qualquer série argumentativa (princípio da proibição da negação). Diferentemente do que ocorre com a filosofia, o direito penal não pode nem deve aceitar em seu interior a sobrevivência de uma discussão de conteúdo permanentemente “aberto”. Ele precisa fixar critérios legais para que os profissionais do direito possam atuar diante dos problemas concretos postos pela realidade social. Porém, esse tipo de postura, embora indispensável para que o direito penal realize a sua função social, não tem o condão

de eliminar a controvérsia em seu interior, mas apenas de ocultá-la, embutindo o risco representado pela eliminação da crítica e do debate em torno da legitimidade deste ramo do direito.

O fato é que, de um modo ou de outro, a liberdade da vontade permanece, na atualidade, o principal fundamento do direito de punir. Mesmo mantendo o tradicional ponto de vista de que a solução para o problema do livre arbítrio é algo que concerne, como problema teórico ou filosófico, à filosofia e não ao direito penal, nem por isso a doutrina deixa de admitir que a “responsabilidade penal implica liberdade de vontade”, ainda que esta constitua, ao menos para nós, juristas, uma questão jurídica ou, nas palavras de um autor, “um dado da vida prática” (LUNA, 1993, p.111). Isto representa, em nosso entender, a confirmação de que, por mais que os penalistas se esforcem, os conceitos dogmáticos e os institutos do direito penal são necessariamente influenciados por posicionamentos provenientes da filosofia e das ciências sociais.

Acreditamos, sob o ângulo puramente prático, que o posicionamento dogmático anterior não se afasta do ponto de vista daqueles penalistas que, concebendo a liberdade de querer como sinônimo de capacidade de autodeterminação, concluem não existir culpabilidade onde não existe liberdade. (BETTIOL, 1977, p.131). Em nosso entendimento, mesmo que a doutrina penal diferencie entre a liberdade de querer e o dever de comportar-se conforme o direito, não deixa de existir, em última análise, uma relação de dependência entre este e aquela, assim como consideráveis resquícios de uma responsabilização moral, e não puramente jurídica, do sujeito do delito. Portanto, assiste inteira razão ao um penalista contemporâneo quando afirma que “a culpabilidade individual está ligada à existência da liberdade de vontade, cuja não demonstrabilidade a faz inadequada como único fundamento das intervenções estatais”. (ROXIN, 1997, p.84). Tal ponto de vista, contudo, como veremos mais adiante de modo um pouco mais cla-

ro, não consegue negar por completo a importância da liberdade da vontade para o direito penal, limitando-se a externar a preocupação da doutrina pelo fato dela fundamentar a responsabilidade penal.

Realmente, a capacidade de autodeterminação, ou seja, de imprimir uma direção à vontade, constitui o cerne da responsabilidade penal, na medida em que não há crime por ausência de culpabilidade no comportamento daquele que não a possui. Afinal, só se pode reprovar aquele que pode se conduzir livremente de acordo com a norma penal e não o faz. Quando um penalista brasileiro contemporâneo afirma que, para a existência da culpabilidade “é necessário que o autor tenha optado livremente por se comportar contrário ao direito” e que “a razão da reprovação feita pelo juízo de culpabilidade é o fato de o autor, quando podia comportar-se conforme o direito, optar por se comportar contrário ao direito”, ele somente reafirma o ponto de vista, ainda dominante entre os dogmáticos, de que a cul-

pabilidade depende da capacidade de autodeterminação como sinônimo de liberdade da vontade (BRANDÃO, 2010, p.224). No fundo, é isto que dizem até mesmo os penalistas que se bateram, no passado, contra a tese do livre arbítrio, a exemplo de Aníbal Bruno, para quem a culpabilidade, implicando num juízo de censura pessoal “vem recair sobre o agente, porque a este cumpria conformar o seu comportamento com o imperativo da ordem de Direito, porque tinha possibilidade de fazê-lo e porque realmente não o fez, revelando no fato de não o ter feito uma vontade contrária àquele dever, isto é, no fato se exprime uma contradição entre a vontade do sujeito e a vontade da norma” (BRUNO, 1967, p.29).⁶

⁶Com nuances, é a seguinte a opinião de CUELLO CALON: “Para que a sociedade aplique ao delinquente uma pena pelo fato realizado basta que este seja voluntário, proveniente de sua livre (não coibida) vontade, estando esta determinada por um conjunto de concausas ou provenha do livre arbítrio; é, pois, a voluntari-

Portanto, em última análise, tanto os finalistas quanto os adeptos da teoria causal da ação aceitam que a responsabilidade penal, tendo como pressuposto a culpabilidade, depende, em grande parte, da verificação da inexigibilidade de conduta diversa ou, em outras palavras, do fato de o indivíduo ter atuado com vontade livre no momento em que se comportou em contradição com a norma penal incriminadora. Em nosso entendimento, o “poder atuar de outro modo” dos penalistas contemporâneos nada mais representa que uma concessão à teoria do livre arbítrio, por mais que estes afirmem que tal conceito diz respeito apenas à filosofia e não ao direito penal. Com pensamento semelhante, referindo-se à noção de “poder agir de outro modo” que se encontra no cerne do conceito tradicional de culpabilidade, afirma um importante funcionalista, expressando a mesma crítica direcionada ao conceito de livre arbítrio pela doutrina penal (ainda) domi-

idade, o fundamento pragmático da imputabilidade”. (1929, p.255).

nante, que “esta concepção fracassa porque, nem sequer sob o pressuposto de uma liberdade de decisão teoricamente concebível, um poder de atuar de outro modo do sujeito individual no momento do fato é suscetível de constatação científica” (ROXIN, 1997, p.799).

Seja como for, independentemente de sua suposta irracionalidade, ou mesmo de sua inconsistência científica, a liberdade da vontade ainda constitui o fundamento do conceito de culpabilidade porque, como nota uma estudiosa do problema, no entender da doutrina penal contemporânea, “substituir o critério de que a pena tem por base a culpabilidade (pessoal e pelo fato) pelo da periculosidade faz pensar em um sistema penal totalitário” (CUESTA AGUADO, 2003, p.54).

É por isso que mesmo a doutrina contemporânea mais inovadora movimenta-se cautelosamente quando se trata de redefinir os termos em que a culpabilidade deve ser concebida. É o que acontece, por exemplo, com alguns importantes funcionalistas.

3. FUNCIONALISMO E RESPONSABILIDADE PENAL: UMA CONCEPÇÃO ALTERNATIVA A RESPEITO DO LIVRE ARBÍTRIO E DO CONCEITO DE CULPABILIDADE.

Já faz algum tempo que, na dogmática do direito penal, consideráveis esforços doutrinários têm sido desenvolvidos no âmbito da corrente denominada funcionalista no sentido de redimensionamento dos conceitos de culpabilidade e de responsabilidade penal partindo da crítica da concepção dominante de culpabilidade que a define como sendo “um juízo de reprovação de caráter pessoal formulado contra o autor de um fato por sua conduta antijurídica, quando este, apesar de haver podido atuar conforme a norma comportou-se de maneira distinta”. (CUESTA AGUADO, 2003, p.76-77)

Uma alternativa à concepção tradicional de culpabilidade parte do reconhecimento da importância da função motivadora das normas penais

no exercício do controle social. Embora o sistema penal ocupe uma posição secundária dentre as instâncias, públicas ou privadas, de controle social, não resta dúvida de que sua missão consiste em contribuir para a aprendizagem, por parte dos indivíduos, de determinadas pautas de conduta, isto é, de contribuir para o chamado processo de socialização por intermédio da utilização de sanções penais, as quais se distinguem das demais sanções sociais pela sua particular intensidade (MUÑOZ CONDE, 1999, p.26-27). Tal percepção acerca da função do direito penal proporciona as condições teóricas indispensáveis para que a responsabilidade possa vir a ser concebida em termos radicalmente novos.

Atualmente, parte da doutrina procura fundamentar a culpabilidade na capacidade que possui o agente de motivar a sua conduta de acordo com a norma. De acordo com tal entendimento, afirma-se que o direito penal do Estado socialdemocrático de direito deve conceber a culpabilidade “a partir da função motivado-

ra da norma” (MIR PUIG, 1994, p.80). Portanto, só pode ser responsabilizado penalmente aquele que possuir capacidade para motivar-se no sentido do direito (PIERANGELI, 1999, p.126-127). Afirma-se que, para os defensores de tal ponto de vista doutrinário, “o direito penal opera generalizando e comparando com uma medida do poder de atuar abstraída do geralmente possível” (BACIGALUPO, 1996, p.152).

Tal visão do problema da responsabilidade redimensiona completamente as bases do conceito de culpabilidade penal ao negar peremptoriamente que este deva traduzir um juízo de reprovação pessoal fundamentado na ideia de “poder atuar de modo contrário ao direito”. O conceito finalista de culpabilidade, claramente fundamentado na liberdade da vontade, padece basicamente, segundo seus críticos, de duas insuficiências: a primeira consiste no seu déficit empírico, na medida em que, segundo estes acreditam e defendem, “resulta impossível demonstrar cientificamente a existência da pre-

tendida desvinculação da vontade humana da lei da causalidade, segundo a qual todo efeito obedece a uma causa”; a segunda, no fato de que a exclusão da culpabilidade nem sempre decorre da inexigibilidade de conduta diversa, podendo ser resultante de fatores relacionados à inimputabilidade. Em suma: para os críticos da visão tradicional sobre a culpabilidade, tal princípio “não pode fundar-se na metafísica possibilidade de atuar de outro modo” (MIR PUIG, 1994, p.81-82).

As conseqüências de tal concepção no que diz respeito às doutrinas da pena são evidentes: a pena enquanto retribuição já não teria lugar no direito penal de garantias. A única finalidade da pena seria, em conseqüência, a de prevenir delitos.⁷ Esta seria a sua

missão política e social última. A responsabilização penal se justificaria, portanto, por razões de natureza puramente preventiva que estariam relacionadas à necessidade de pena. Em outros termos, nessa concepção mais atualizada da doutrina penal sobre a culpabilidade, no entendimento de um penalista espanhol, “o fundamento material a culpabilidade no livre arbítrio é substituído pela necessidade preventiva da pena, limitada pela própria racionalidade preventiva” (CUESTA AGUADO, 2003, p.81).

Naturalmente, considerando-se que o conceito de culpabilidade é fundamental para o direito penal de garantias, torna-se difícil abandoná-lo sem mais nem menos. A doutrina funcionalista tende,

⁷ Neste sentido, assinala ROXIN: “O ponto de partida de toda teoria hoje defendível deve basear-se no entendimento de que o fim da pena só pode ser de tipo preventivo. Posto que as normas penais somente estão justificadas quando tendem à proteção da liberdade individual e uma ordem social que está a seu serviço, também a pena concreta

somente pode perseguir isto, ou seja, um fim preventivo do delito. Disto resulta, ademais, que a prevenção especial e a prevenção geral devem figurar conjuntamente como fins da pena. Posto que os fatos delituosos podem ser evitados tanto através da influência sobre o particular como sobre a coletividade, ambos meios se subordinam ao fim último ao que se estendem e são igualmente legítimos”. (1997, p.95).

por isso, não a abandoná-lo, mas a esvaziá-lo ou a atribuir-lhe tarefas mais limitadas que a tradicional missão de fundamentar a responsabilidade penal. Por conseguinte, mesmo aqueles penalistas que defendem a existência da pena com respaldo exclusivo nas necessidades preventivas, costumam admitir explicitamente que “o princípio da culpabilidade é o meio mais liberal e o psicológico social mais propício para a restrição da coerção penal estatal que até agora se encontrou”, considerando-se que “o grau ou a quantidade da culpabilidade é determinado por fatores internos na pessoa do autor e pela dimensão dos danos ocasionados, podendo-se contrapor eficazmente às exigências preventivas determinadas pelos interesses da sociedade” (ROXIN, 1997, p.99).

Todavia, em que pese tal afirmação, o fato é que eles atribuem ao conceito de culpabilidade um papel de menor importância, uma missão claramente subordinada à desempenhada pelas finalidades preventivas da pena. Embora compreendam que a culpabili-

dade deva servir para impedir que a pena possa ser aplicada acima do seu limite máximo abstratamente previsto no texto legal, reduzem seu papel, a partir de tal entendimento, ao exercício de uma função subordinada ao ideal de prevenção. A culpabilidade deve tão somente limitar a pena, mas não fundamentá-la, dentre outras razões, porque a liberdade da vontade não pode ser demonstrada de modo empírico. Contudo, nesse caso, seria o caso de indagar, não seria um tanto contraditório exigir comprovação empírica da existência da liberdade da vontade para que a culpabilidade possa fundamentar a pena e não exigí-la para que esta possa limitá-la?

A doutrina penal admite a culpabilidade como fator limitador da pena mesmo que a liberdade da vontade não possa ser empiricamente demonstrável, em primeiro lugar, por reconhecer que a compreensão de que ninguém pode ser castigado de maneira mais severa do que merece corresponde a um sentimento de justiça de “grande significado para a estabilização da consci-

ência jurídico-penal” (ROXIN, 1997, p.99). Naturalmente, porém, conceder um verniz funcionalista ao ideal de justiça mostra-se insuficiente no sentido de justificar a sobrevivência dogmática do conceito de culpabilidade a despeito da sua insuficiência empírica. Por isso, a doutrina vê-se obrigada a admitir que “certamente a culpabilidade pressupõe no foro interno a liberdade e o comportar-se de uma ou outra forma”. Nesse caso, porém, tratando-se da função de limitar e não de fundamentar a pena, ou seja, tratando-se de conter os limites da responsabilização penal do sujeito ativo e não da fundamentação de seu castigo, a demonstração empírica da liberdade da vontade revela-se completamente dispensável. Em resumo: “Quando a afirmação da culpabilidade humana serve somente para traçar uma fronteira diante de uma intervenção estatal necessária desde fundamentos preventivos, a legitimidade para o seu reconhecimento como um dos meios de salvaguarda da liberdade cidadã não depende de sua demonstração empírica ou

epistemológica”. Este posicionamento, como percebemos, procura demonstrar que, mesmo fundamentado no conceito de liberdade de vontade que, não se pode negar, agasalha-se no “poder agir de outro modo”, o conceito de culpabilidade mostra-se compatível com o direito penal de garantias, ainda que não possa ser demonstrado empiricamente, desde que tenha por função exclusiva a limitação da responsabilidade penal e não a sua fundamentação. Do ponto de vista dogmático, resolve-se, assim, em definitivo, o problema do livre arbítrio, considerando-se que, se “o princípio da culpabilidade serve somente como instrumento para a restrição da prevenção, não prejudica aos particulares, mas os protege”, razão pela qual também um determinista pode admiti-lo nestes termos sem que, como isso, possa ser afetado em suas convicções mais solidificadas a respeito do problema do livre arbítrio (ROXIN, 1997, p.101)

Portanto, em termos funcionalistas, a crença no livre arbítrio não apenas não é essencial como é nocivo ao di-

reito penal de garantias. Aquilo que verdadeiramente importa é a admissão, fundada numa proposição normativa, de que o ser humano deve ser tratado como um ser livre desde que possua “capacidade de controle intacta” e “acessibilidade normativa”, caso em que a liberdade pode ser encarada, tanto por deterministas quanto por adeptos do livre arbítrio, como “uma regra social do jogo, cujo valor social é independente do problema da teoria do conhecimento e das ciências naturais” (ROXIN, 1997, p.808).

Tal posicionamento, ingenuamente engenhoso e sofisticado, pretende permitir a preservação do conceito de culpabilidade e, ao mesmo tempo, abrir caminho para que o conceito de responsabilidade penal venha a ser alvo de completo redimensionamento.

4. CONCLUSÃO: O PENALISTA E OS DESAFIOS DA RESPONSABILIDADE PENAL.

Examinamos, em primeiro lugar, neste aligeirado texto introdutório, o conceito de responsabilidade e, particularmente, o de responsabilidade penal. Com tal finalidade, o distinguimos dos conceitos de culpabilidade e de imputabilidade, demonstrando, porém, de que maneira os três estão intimamente relacionados.

Esclarecemos, ainda, que o conceito de responsabilidade penal foi formulado a partir da ideia de livre arbítrio, tendo se consolidado nestes termos com a denominada Escola Clássica. Deixamos claro também no que consistiu a resistência desencadeada contra o conceito central de responsabilidade moral dos clássicos pela Escola Positiva que, influenciada pelo determinismo, defendeu a sua substituição pelo conceito de responsabilidade social, fundado no entendimento de que a finalidade do direito penal consistiria na defesa social.

Em seguida, mostramos que a doutrina penal tentou

superar as discussões entre os adeptos do livre arbítrio e do determinismo negando a sua relevância para o direito penal e, ao mesmo tempo, concebendo a responsabilidade penal como a possibilidade do agente atuar de outro modo (exigibilidade de conduta diversa).

Igualmente mencionamos a tentativa feita a partir do funcionalismo no sentido de superar a concepção prevalente de responsabilidade penal sedimentada na ideia de que o agente poderia ter agido livremente de maneira diversa (liberdade de vontade), ressaltando que, para os funcionalistas, o essencial é a demonstração de que o agente tinha ou não condições de se motivar de acordo com a norma. Responsável penalmente seria o indivíduo capaz de motivar-se nos termos exigidos pelo direito penal. Abandona-se, assim, o conceito de liberdade de vontade tanto pelo fato de não poder ser provado empiricamente como por permitir que a culpabilidade (juízo de censura pessoal dirigido ao autor de um fato típico e antijurídico) possa fundamentar a pena.

Para o funcionalismo, partindo-se de uma concepção de culpabilidade como fator de limitação e não de fundamentação da pena, esta já não cumpriria nenhuma função no plano da retribuição justa, passando funcionar como fator limitador da pena necessária, concebida esta em termos puramente preventivos.

A discussão sobre a responsabilidade penal é, em última análise, uma discussão acerca da legitimidade do direito penal e, como tal, passível de ser enfrentada tanto do ponto de vista da filosofia quanto da ciência. Que a existência do livre arbítrio não pode ser demonstrada empiricamente, ou seja, cientificamente, parece indiscutível. Porém, é no mínimo duvidoso que a capacidade do indivíduo motivar-se pela norma também seja demonstrável. A comprovação empírica de que a pena – abstrata ou concretamente considerada - realmente desempenhe as funções preventivas dela esperadas é questão que permanece em aberto no âmbito da ciência.

Nos limites deste ensaio não cabe, naturalmente, tecer

considerações definitivas a respeito do problema da responsabilidade penal. Contudo, nos arriscamos a conjecturar que talvez a discussão a seu respeito deva contemplar, também, o campo dos estudos políticos, na medida em que a justificação da pena e, afinal de contas, do próprio direito penal, é problema relativo à própria legitimidade das formas de organização política e social. Provavelmente, a responsabilidade penal deva ser enxergada não apenas a partir das capacidades individuais de autodeterminação ou dos fatores endógenos e exógenos que impulsionam determinados comportamentos, mas considerando-se as expectativas da própria sociedade política a seu respeito.

REFERÊNCIAS

- BACIGALUPO, Enrique Z. *Manual de derecho penal: parte general*, Bogotá, Temis, 1996.
- BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de derecho penal y procesal*. Tradução de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi, Barcelona, Bosch, 1977.
- BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*, 2.ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, T.1., 16.ed., São Paulo, Saraiva, 2011.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*, T.2., 3.ed., Rio de Janeiro, Forense, 1967.
- CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal: parte general*, V.1., Tradução de José J. Ortega Torres e de Jorge Guerrero, Bogotá, Temis, 1988.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho penal: parte general*, T.1., Barcelona, Bosch, 1929.
- CUESTA AGUADO, Paz M. de la. *Culpabilidad: exigibilidad y razones para la exculpación*, Madrid, Dykinson, 2003.
- FERRI, Enrico. *Sociologia criminale*. 3.ed., Torino, Fratelli Bocca, 1892.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho penal: introducción y parte general*, 2.ed., Buenos Aires, Arayú, 1953.
- GOMES, Orlando. *Curso de direito civil: introdução ao direito civil*, V.1., 5.ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977.

LUNA, Everardo. *Estrutura jurídica do crime*, 4.ed., São Paulo, Saraiva, 1993.

MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*, V.1., Tradução de José J. Ortega Torres, Bogotá, Temis, 2000.

MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*, 2.ed., Bogotá, Temis, 1999.

NUVOLONE, Pietro. *O sistema do direito penal*, V.1., Tradução de Ada Pellegrini Grinover, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.

PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais*, 2.ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, Madrid, Civitas, 1997.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Da imputabilidade penal em face do atual desenvolvimento da psicopatologia e da antropologia*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.

SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*, T.2, Buenos Aires, TEA, 1992.

WEBER, Hellmuth Von. *Lineamientos del derecho penal alemán*, Tradução de Leonardo Brond, Buenos Aires, EDIAR, 2008.