

PUNINDO SEM LIVRE-ARBÍTRIO¹

PUNISHING WITHOUT FREEWILL

Luis E. Chiesa²

RESUMO

A sabedoria tradicional propugna que seria normativamente desinteressante pressupor que os seres humanos não têm livre-arbítrio. Fazendo tal suposição, chega-se a uma visão empobrecida da vida e a um sistema da justiça criminal pouco atraente. Apesar de seu apelo intuitivo, há boas razões para crer que a sabedoria tradicional está errada. Ao supor que os seres humanos não são dotados de livre-arbítrio chegaria-se à eliminação da retribuição como justificativa para a imposição de pena. Ao contrário do que os retributivistas pretendem fazer crer, rejeitar a retribuição não faz o nosso sistema de justiça criminal menos interessante. Uma Lei Penal que não depende de retribuição como justificativa para a pena deve conceber a punição como forma de neutralizar os infratores perigosos. Conceituar o Direito Penal dessa forma possivelmente nos conduzirá a um sistema de justiça criminal economicamente mais eficiente e humano, que confia menos na prisão e mais no tratamento e na reabilitação. De tal maneira, há boas razões para acreditar que pressupor que os seres humanos não têm livre-arbítrio geraria uma lei penal mais normativamente interessante do que a que temos atualmente e esta, por sua vez, nos forneceria boas razões para a adoção de uma solução incompatibilista ao problema do livre-arbítrio.

Palavras-chave: Livre-Arbítrio. Direito Penal. Retributivismo. Retributivismo Causal. Libertarismo. Compatibilismo. Incompatibilismo. Determinismo Duro. Quarentena. Punição. Liberdade e Responsabilidade. Voluntariedade.

¹ Tradução de Rodrigo Leite Ferreira Cabral – Promotor de Justiça do Estado do Paraná e doutorando em Direito penal pela Universidad Pablo de Olavide, Sevilha, Espanha.

² Professor de Direito penal da SUNY Buffalo Law, Buffalo, Estados Unidos. Diretor do Buffalo Criminal Law Center. *E-mail*: lechiesa@buffalo.edu

ABSTRACT

The conventional wisdom is that it would be normatively unappealing to assume that humans lack free will. Making such an assumption would lead to an impoverished view of life and an unattractive system of criminal justice. Despite its intuitive appeal, there are good reasons to believe that the conventional wisdom is wrong. Assuming that humans lack free will would lead to eliminating retribution as a justification for the imposition of punishment. Contrary to what avowed retributivists would have us believe, discarding retribution does not make our criminal justice system less attractive. A criminal law that does not rely on retribution as a justification for punishment ought to conceive punishment as a way of neutralizing dangerous offenders. Conceptualizing criminal law this way is likely to lead to a more economically efficient and humane system of criminal justice that relies less on incarceration and more on treatment and rehabilitation. As a result, there are good reasons to believe that assuming that humans lack free will would generate a more normatively appealing criminal law than the one we have today and this, in turn, provides us with good reasons to embrace a compatibilist solution to the free will problem.

Keywords: Free Will. Criminal Law. Determinism. Causal Determinism. Libertarianism. Compatibilism. Incompatibilism. Hard Determinism. Quarantine. Punishment. Freedom and Responsibility. Voluntariness.

INTRODUÇÃO

- Acredita – perguntou Cândido – que os homens se hajam sempre massacrado, como o fazem hoje? Que sempre tenham sido mentirosos, trapaceiros, pérfidos, ingratos, ladrões, fracos, inconstantes, covardes, invejosos, glutões, bêbedos, avarentos, ambiciosos, sanguinários, caluniadores, debochados, fanáticos, hipócritas e tolos?
- E o senhor acredita – indagou por sua vez Martinho – que os gaviões tenham sempre devorado os pombos quando se lhes apresentava ocasião?
- Sim, certamente.
- E então – tornou Martinho – se os gaviões sempre tiveram o mesmo caráter, como quer que os homens hajam mudado o seu?
- Oh! há alguma diferença – objetou Cândido – pois o livre-arbítrio...³

Em alguma das memoráveis linhas do diálogo entre Cândido e seu leal servo Martinho, Voltaire eloquentemente transmitiu a importância do livre-arbítrio em nossas práticas de punição e culpa. Em um mundo naturalístico, como Martinho observa, os seres humanos são meramente outra roda na engrenagem da natureza. Assim, seria absurdo culpar os humanos por seus pecados, da mesma forma como culpar os falcões por devorar pombas. O sempre otimista Cândido pede para diferenciar. A natureza do falcão é fixa porque a conduta animal é determinada pelas leis da natureza. A natureza humana, por outro lado, é variável, porque os humanos têm a habilidade de mudar seus caminhos. Eles têm, em outras palavras, o livre-arbítrio. E é justamente pela capacidade única de escolher livremente o fazer de modo diverso que os seres humanos podem e devem ser responsabilizados pelos seus crimes.

O Direito Penal moderno parece refletir a visão de Cândido sobre a natureza humana. O livre-arbítrio é central para as teorias retributivistas da pena.⁴ Para os retributivistas, a imposição de uma pena é justificada unicamente pela referência ao mérito do ofensor.

Pela visão tradicional, o ofensor merece ser punido unicamente por que ele poderia ter se absterido de cometer o crime. Por outro lado, o ofensor não merece ser punido se ele não podia agir de modo diferente. Willian Blackstone sustenta essa visão nos seus famosos *comentários*: “a pena somente é [...] infligida pelo abuso do livre-arbítrio que Deus concedeu aos homens”.⁵ Por outro lado, ela é “altamente justa e equitativa quando

³ VOLTAIRE. **Cândido**. Disponível em: <<http://www.ourcivilisation.com/smartboard/shop/voltaire/candide/chap21.htm>>. Utilizada a versão em português disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000009.pdf>>. Acesso em: 4 jan. 2016.

⁴ Veja-se, por exemplo, SLOBOGIN, Christopher. **Minding justice**: laws that deprive people with mental disability of life and liberty. Cambridge, Mass.: Harvard University, 2006. Observando que “o denominado postulado do livre-arbítrio é essencial para a premissa do modelo [retributivista]”, *Ibid.*, p. 9.

⁵ BLACKSTONE, Willian. **Commentaries on the Laws of England**. London: Routledge-Cavendish, 2001. p. 19

um homem pode ser escusado daqueles atos que cometeu em decorrência de uma força e compulsão inevitável”.⁶ Essa concepção do Direito Penal continua a influenciar a doutrina e a jurisprudência até os dias de hoje. Conforme uma Corte de Apelação explicou muitas décadas atrás, “todo nosso Código Penal pressupõe que um indivíduo tenha livre-arbítrio e seja responsável pela sua conduta racional”.⁷

Mas, e se a visão de Martinho for mais precisa do que a de Cândido? E se a humanidade não é mais culpável por seus crimes do que o falcão por comer suas presas? A visão determinista de Martinho a respeito da natureza humana, por mais contraintuitiva que possa inicialmente parecer, para muitos cientistas e filósofos contemporâneos, é mais próxima da verdade do que uma visão que pressupõe a existência do livre-arbítrio.⁸ Experimentos recentes de neurocientistas⁹, associados com avanços em genética e campos relacionados¹⁰, têm sugerido cada vez mais que os seres humanos têm pouco controle sobre uma ampla gama de atos que a maioria das pessoas acredita estar sujeita ao livre-arbítrio. Isso levou alguns respeitáveis estudiosos a sustentarem – como o psicólogo Daniel Wegner, que conhecidamente anotou – que o livre-arbítrio não é nada mais do que uma “ilusão”¹¹. Alguns encaram essa visão como perturbadora, como se ela colocasse em xeque nossas práticas de culpa e elogio.¹² Afinal, se todo ato humano é determinado por forças que nós não podemos controlar, como seria possível culpar ou elogiar alguém por fazer o que faz?¹³ Isso, ao que parece, seria um golpe para nosso Direito Penal, pois, uma vez desancorada da

⁶ *Ibidem*, p. 19.

⁷ ESTADOS UNIDOS. **Estado versus Jones**, 1978, 577 P.2d 357, 361 (Kan. Ct. App. 1978). Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/kansas/court-of-appeals/1978/49-138-6.html>>. Acesso em: 4 jan. 2016. Veja também, mais recentemente, o julgamento da House of Lords em: ESTADOS UNIDOS. **R v. Kennedy**, 2007, UKHL 38, [14], assentando que: “o Direito Penal geralmente pressupõe a existência de livre-arbítrio” e que “de um modo geral, adultos informados de mente são tratados como seres autônomos, com capacidade de tomar suas próprias decisões de acordo com sua vontade”. Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldjudgmt/jd071017/kenny-1.htm>>. Acesso em: 4 jan. 2015.

⁸ Veja-se, por exemplo, STRAWSON, Galen. The Bounds of freedom. In: KANE, Robert (Ed.). **The Oxford handbook of free will**. New York: Oxford University, 2002. p. 441-460.

⁹ LIBET, Benjamin et al. Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness potential): the unconscious initiation of a freely voluntary act. **Brain**, v. 106, n. 3, p. 623-642, Sept. 1983.

¹⁰ Em relação à forma como a genética e o ambiente afetam nosso comportamento, ver PINKER, Steven. The Blank slate: the modern denial of human nature. **General Psychologist**, London, v. 41, n. 1, p. 3-4, 2006.

¹¹ WEGNER, Daniel M. **The illusion of conscious will**. Cambridge, Mass.: Massachusetts Institute of Technology, 2002.

¹² MOORE, Michael S. Causation and the excuses. **Califórnia Law Review**, Berkeley, Calif., v. 73, n. 4, p. 1144-1145, July, 1985.

¹³ *Ibidem*, p. 1144-1145.

ideia de livre-arbítrio, a maioria da doutrina fundacional que sustenta nosso sistema de justiça criminal aparentemente perderia sua coerência.¹⁴

No entanto, somos confrontados com crescentes evidências científicas contra a existência de sequer uma capacidade exclusivamente humana que escape das leis causais do universo por meio de processos conscientes indeterminados que misteriosamente¹⁵ causam ação humana. Assim, muitos filósofos agora argumentam que o livre-arbítrio é compatível com o determinismo.¹⁶ Eles sugerem que os seres humanos podem ser livres, mesmo que, no fim das contas, conclua-se que todos os eventos que ocorrem no universo, inclusive a ação humana, são determinados por ações recíprocas entre o que aconteceu no passado e o funcionamento presente das leis naturais.¹⁷ De acordo com isso, a visão de Martinho e de Cândido sobre a natureza humana não são incompatíveis. Seres humanos que se envolvem em práticas criminosas podem possuir o tipo de livre-arbítrio que os faz responsáveis pelas suas ações, mesmo que seus crimes possam ser plenamente explicados pelas leis causais da natureza, como um falcão comendo uma pomba.

Mas, afinal, porque os filósofos saíram da sua trilha para tentar reconciliar o livre-arbítrio com o determinismo causal? A resposta é simples. A verdade do determinismo aparenta ameaçar o edifício do livre-arbítrio sobre o qual nossas instituições formais e informais de culpa e punição são construídas. Ao demonstrar que o livre-arbítrio é compatível com um universo totalmente determinado por leis causais, os filósofos podem resgatar o Direito Penal da ameaça do determinismo, sem precisar adotar uma impalatável posição de negar a plausibilidade do determinismo científico.

Aqueles que tentam reconciliar o livre-arbítrio com o determinismo parecem acreditar que muitas coisas intrinsecamente importantes para nós, inclusive nossas práticas de culpa, elogio e punição, se tornariam sem sentido em um mundo sem livre-arbítrio.¹⁸ Por exemplo, Strawson acredita que determinadas atitudes centrais para a experiência humana, como ressentimento, gratidão, raiva e amor não podem ser experimentadas sem

¹⁴ *Ibidem*, p. 1139, 1144-1145.

¹⁵ É “misterioso” afirmar que os processos conscientes indeterminados causam a ação humana, porque não há atualmente nenhum relato científico que possa explicar como isso pode realmente ser o caso. Até o momento, evidências experimentais sugerem que a conduta humana, incluindo processos conscientes, é determinada por eventos causais que estão além do nosso controle.

¹⁶ Estes filósofos são conhecidos como *compatibilistas*. Veja, por exemplo, TAYLOR, Christopher; DENNETT, Daniel. Who's afraid of determinism? Rethinking causes and possibilities. In: KANE, Robert (Ed.). **The Oxford handbook of free will**. New York: Oxford University, 2002. p. 257-277.

¹⁷ Esta é a definição dos manuais de determinismo. Veja-se, por exemplo, STRAWSON, Galen. The Bounds of freedom... *Op. cit.*, p. 442-460.

¹⁸ MOORE, Michael S. Causation and the excuses... *Op. cit.*, p. 1144.

a assunção de que os seres humanos possuem livre-arbítrio.¹⁹ Se nós vamos continuar exibindo o tipo de atitude que dá sentido a nossa vida, nós devemos pressupor que os outros são responsáveis pelas suas ações, mesmo que os cientistas demonstrem que a ação humana é determinada por forças causais que extrapolam o controle humano.²⁰ De modo semelhante, Moore argumenta que o livre-arbítrio é essencial para nós, pois “nossa vida moral é construída sobre elogiar ou responsabilizar as pessoas quando elas ajudam um amigo, contam uma piada ruim, criam uma obra de arte, ou escrevem uma redação clara e verdadeira”.²¹ Assim, rejeitar o livre-arbítrio é indesejável, pois levaria o mundo à “falsificação de grande parte da nossa vida moral”.²²

Este artigo sustentará que existem boas razões morais para concluir que a plausibilidade científica do determinismo pode nos levar a *abandonar* a noção de livre-arbítrio. *Contra* Strawson e Moore, este artigo sugere que rejeitar o livre-arbítrio não mina a experiência humana, e que tal rejeição é plausível e interessante, pois provavelmente redundará em instituições de responsabilização e punição mais humanas e eficientes. O argumento divide-se em seis partes.

Na primeira parte, concretiza-se em maiores detalhes a exigência de que o nosso Direito Penal pressuponha a existência de atores dotados de livre-arbítrio, que sejam capazes de significativamente controlar suas condutas. Esse simples postulado aparentemente repousa sobre o centro de várias teorias fundacionais do Direito Penal, inclusive as que tratam da exigência de conduta²³, da defesa da imputabilidade por insanidade mental²⁴ e da teoria geral da exculpação²⁵. Ele também embasa algumas funcionalidades da doutrina

¹⁹ STRAWSON, Peter. Freedom and resentment. **Proceedings of the British Academy**, London, v. 48, n. 1, p. 1-25, 1962; reimpresso em: **Perspectives on moral responsibility**, Ithaca, NY, 1993. p. 45-67.

²⁰ *Ibidem*, p. 45-67.

²¹ MOORE, Michael S. Causation and the excuses... *Op. cit.*, p. 1144.

²² *Ibidem*, p. 1045.

²³ FLETCHER, George P. **The Grammar of criminal law: American, comparative, and International**. Oxford: Oxford University, 2007. p. 273-281.

²⁴ De acordo com a formulação do Código Penal Modelo sobre a exculpante da insanidade, um agente não é criminalmente responsável se ele não tem capacidade para agir de acordo com os mandatos da lei. ESTADOS UNIDOS. **Código Penal Modelo**, § 4.01, 1968.

²⁵ Veja-se, por exemplo, DRESSLER, Joshua. Rethinking the heat of passion: a defense in search of a rationale. **The Journal of Criminal Law & Criminology**, Baltimore, Md, v. 73, n. 2, p. 420-470, Summer 1982.

da causa adequada²⁶ e do *mens rea*²⁷. Tal postulado, portanto, dificulta a negação de que o livre-arbítrio está incorporado no próprio tecido do nosso sistema de justiça criminal.

Na segunda parte, examina-se o atual estado do debate filosófico sobre o livre-arbítrio. Depois de discutir a literatura, este artigo conclui que a plausibilidade da tese do determinismo causal é inegável. No mínimo, não está claro se os seres humanos realmente têm a habilidade de conscientemente controlar suas condutas.²⁸ A plausibilidade do determinismo deflagrou diversas reações da comunidade filosófica. Libertaristas acreditam que o determinismo é incompatível com o livre-arbítrio e que, portanto, a recente literatura ameaça minar o livre-arbítrio.²⁹ Eles argumentam, entretanto, que os seres humanos são livres porque suas decisões são, em última análise, fundadas em um processo irredutivelmente não determinista, que é provavelmente explicado pelos princípios que apoiam o campo da mecânica quântica.³⁰ Os compatibilistas duros, por outro lado, acreditam que o determinismo é provavelmente verdadeiro e tanto o determinismo quanto o indeterminismo são compatíveis com o livre-arbítrio.³¹ Finalmente, os compatibilistas acreditam que os seres humanos possuem livre-arbítrio independentemente da verdade do determinismo causal.³² O principal objetivo desta parte do artigo é explorar, com detalhes, a posição defendida pelos libertaristas, compatibilistas duros e compatibilistas.

Na terceira parte, analisa-se o que os estudiosos do direito têm a dizer a respeito do debate sobre o livre-arbítrio e a relevância deste para a teoria penal. Apesar da óbvia ameaça que a recente literatura científica sobre a natureza da consciência significa para o direito penal tradicional *centrado no livre-arbítrio*, os teóricos do direito têm surpreendentemente dado pouca atenção ao tema. A maioria parece satisfeita com a simples indicação de que

²⁶ De acordo com os princípios gerais de causalidade imediata, “[a] livre, deliberada e esclarecida intervenção de uma segunda pessoa, que tem a intenção de explorar a situação criada em primeiro lugar, mas não está atuando em concurso com ele, normalmente alivia a responsabilidade criminal do primeiro agente”. HART, Herbert Lionel A.; HONORÉ, Tony. **Causation in the law**. 2nd ed. Oxford: Clarendon, 1985 (grifo nosso, tradução nossa). Ver também WILLIAMS, Glanville. Finis for novus actus? **The Cambridge Law Journal**, London, v. 48, n. 3, p. 391-392, Nov. 1989.

²⁷ De acordo com a seção 2.02 do Código Penal Modelo, por exemplo, uma pessoa age *intencionalmente*, se o seu *objetivo consciente* é cometer o crime. ESTADOS UNIDOS. **Código penal modelo**, § 2.02, 2001.

²⁸ FISCHER, Martin et. al. **Four views on free will**. Oxford: Blackwell, 2007. p. 204-206.

²⁹ Ver, por exemplo, KANE, Robert. Some neglected pathways in the free will labyrinth. In: KANE, Robert (Ed.). **The Oxford handbook of free will**. New York: Oxford University, 2002. p. 406.

³⁰ TAYLOR, Christopher; DENNETT, Daniel. Who’s Afraid... *Op. cit.*, p. 259.

³¹ Ver, por exemplo, PEREBOOM, Derk. Living without free will: the case for hard incompatibilism. In: KANE, Robert (Ed.). **The Oxford handbook of free will**. New York: Oxford University, 2002. p. 477.

³² HAJI, Ishtiyaque. Compatibilist views of freedom and responsibility. In: KANE, Robert (Ed.). **The Oxford handbook of free will**. New York: Oxford University, 2002. p. 202.

não está claro se os seres humanos têm o tipo de livre-arbítrio que as leis penais pensam que têm. Eles, então, continuam a indiferentemente deixar de lado o assunto como aquele que deve ser motivo de preocupação para os filósofos e não para os juristas.

Esse é o rumo tomado por Douglas Husak no capítulo de seu livro que trata a respeito da exigência de conduta voluntária para a responsabilização criminal.³³ Outros, como George Fletcher, tentaram defender uma consideração libertarista do livre-arbítrio, afirmando que a teoria da linguagem de Noam Chomsky dá credibilidade à ideia de que a ação humana é inerentemente indeterminada.³⁴ Por outro lado, alguns como Stephen Morse³⁵, Kim Ferzan³⁶ e Michael Moore³⁷ adotam a posição do compatibilismo clássico e sustentam que o tipo de livre-arbítrio que é necessário para que o Direito Penal tenha sentido não está em desacordo com o determinismo. Finalmente, existem aqueles que, como Larry Alexander³⁸, garantem que o determinismo é incompatível com a estrutura do Direito Penal, mas, misteriosamente, declaram-se agnósticos no que se refere à verdade do determinismo.

Dada a natureza intratável do problema do livre-arbítrio, na quarta parte argumenta-se que o debate científico, filosófico e jurídico sobre o tema levou a um impasse dialético – um impasse dialético surge quando os proponentes de uma discussão não conseguem reunir provas suficientes para comprovar decisivamente um argumento, enquanto que os detratores, com seus argumentos, não conseguem juntar evidências suficientes para refutá-lo.³⁹ Aqueles que defendem que os seres humanos têm suficiente controle sobre suas ações a ponto de serem considerados moralmente responsáveis por suas condutas falharam em demonstrar conclusivamente de um lado que o determinismo é falso⁴⁰ e de outro que o

³³ HUSAK, Douglas N. *Philosophy of criminal law*. **Noûs**, Bloomington, Ind., v. 1, n. 1, p. 78-122, 1987. Após concluir que a lei deveria abandonar a doutrina ação voluntária em favor do que ele chama a “exigência de controle”, Husak admite que uma vertente da literatura filosófica sobre o livre-arbítrio lança dúvidas sobre se os seres humanos têm a capacidade de exercer um controle significativo sobre suas ações. *Ibidem*, p. 98. Surpreendentemente, no entanto, ele continua a afirmar que este é um assunto que ele não precisa aprofundar. *Ibidem*.

³⁴ FLETCHER, George P. **The Grammar of criminal law...** *Op. cit.*, p. 273-281.

³⁵ Ver, por exemplo, MORSE, Stephen. Criminal responsibility and the disappearing person. **Cardozo Law Review**, New York, v. 28, n. 6, 2007. p. 2545.

³⁶ ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler; MORSE, Stephen J. **Crime and culpability: a theory of criminal law**. New York: Cambridge University, 2009.

³⁷ MOORE, Michael S. Michael S. Causation and the excuses... *Op. cit.*, p. 1144-1145.

³⁸ ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler; MORSE, Stephen J. **Crime and culpability...** *Op. cit.*, p. 15.

³⁹ FISCHER, John Martin. **Our stories: essays on life, death, and free will**. New York: Oxford University, 2009. p. 116-117.

⁴⁰ Isto é o que os libertaristas, como Kane, devem provar.

verdadeiro determinismo não mina suas teses.⁴¹ Por outro lado, aqueles que sugerem que o determinismo é provavelmente verdadeiro e que ele é incompatível com o necessário livre-arbítrio para a responsabilidade moral falharam em demonstrar decisivamente isso.⁴²

Como devemos proceder à luz desse impasse dialético? Alguns teóricos críticos levantaram, desesperadamente, suas mãos para os céus e optaram em favor do *status quo* ao invés de revisar radicalmente as leis penais para torná-las compatíveis com a, cada vez mais provável, possibilidade de que o determinismo é verdadeiro.⁴³ Por outro lado, a quarta parte sustenta que a melhor forma de superar o impasse dialético é levar adiante argumentos normativos, para demonstrar quais das soluções em disputa a respeito do problema do livre-arbítrio torna a nossa vida em geral – e nossas práticas de culpa e punição em particular – mais convincente. Afinal, se a saída para o labirinto do livre-arbítrio não está clara, porque não embarcar no caminho mais convincente até nós finalmente tropeçarmos numa evidência decisiva que demonstra que tomamos a direção errada?

Na quinta parte, afirma-se que a vida sem livre-arbítrio não é tão ruim quanto os estudiosos de filosofia e direito querem fazer crer. Tomando uma sugestão dos escritos de Derk Pereboom sobre o assunto⁴⁴, este artigo sugere que não é de todo claro que rejeitar a noção de livre-arbítrio, inevitavelmente, leva a renunciar a certas atitudes que fazem parte intrinsecamente da experiência humana. Por exemplo, considere o amor. Alguns filósofos têm argumentado que o amor perde grande parte do seu significado se partirmos do princípio de que os outros não são livres para escolher se querem nos amar e nós não somos livres para decidir se queremos amá-los em troca.⁴⁵ Isto está longe de ser óbvio, como ilustra o caso das crianças pequenas. Nós verdadeira e significativamente amamos nossos filhos recém-nascidos, ainda que acreditemos, como deveríamos, que eles não são (ainda) capazes de escolher livremente a nos amar de volta. Parece também que nós não deixaríamos de amar nossos cônjuges, amigos e família simplesmente porque está demonstrado para nós que não escolhemos livremente sentir o que sentimos por eles. O mesmo acontece com a maioria dos sentimentos que fazem a nossa vida valer a pena.

⁴¹ Isto é o que os compatibilistas, como Dennett, devem demonstrar.

⁴² Isto é o que incompatibilistas duros, como Pereboom, devem provar. À luz da evidência científica recente, parece que os deterministas duros permanecem em bases sólidas, no que diz respeito às suas propostas de que o determinismo é provavelmente verdade.

⁴³ ALEXANDER; Larry; FERZAN, Kimberly Kessler; MORSE, Stephen J. **Crime and culpability**... *Op. cit.*, p. 15.

⁴⁴ Veja PEREBOOM, Derk. **Living without free will**. New York: Cambridge University, 2001.

⁴⁵ STRAWSON, Peter. Freedom and resentment... *Op. cit.*, p. 53.

Ainda na quinta parte sustenta-se que, longe de despir nossa vida de significado, a assunção de que os seres humanos não têm livre-arbítrio pode, em verdade, tornar nossa vida mais atraente. Primeiro, a prática de culpar outras pessoas por seus pecados e crimes perde o significado em um mundo sem livre-arbítrio. Ao contrário do que alguns argumentam, viver sem culpar os outros pelos seus erros não seria mortal para as relações interpessoais. Se é verdade, como aparentemente é, que as ações humanas são determinadas por fatores que não se pode controlar, seria intuitivo inferir que os seres humanos não deveriam ser culpados por consequências de suas condutas. Como consequência, ainda que assumíssemos que é justo culpar outras pessoas por se envolverem em condutas que eles não podem controlar, não está claro que se procedendo assim se está beneficiando a humanidade. Afinal, nossas práticas de culpar as pessoas têm uma ligação histórica com atitudes nada atraentes de ressentimento, ódio e vingança. Um mundo que não encoraja a formação de atitudes como essas seria, no mínimo, menos violento e cruel para com aqueles que se envolvem em delitos. Tendo em vista o tratamento cada vez mais desumano que os criminosos recebem tanto neste país quanto no exterior⁴⁶, isso seria, aparentemente, um desenvolvimento bem-vindo.

Na sexta parte, este artigo sustenta que, ao invés de levar ao desaparecimento do Direito Penal, assumir a falta de livre-arbítrio poderia levar a um sistema penal mais interessante. Uma vez que se pressupõe que os seres humanos não têm controle suficiente sobre seus atos para serem considerados responsáveis por sua conduta, é evidente que a imposição de punição sobre os malfeitores, para efeitos de cobrar retribuição, é injustificada. Assim, em um mundo sem livre-arbítrio a finalidade da pena deve mudar e dar ao infrator o que ele merece, para proteger a sociedade de indivíduos perigosos, que, no entanto, não podem ser culpados por suas transgressões.

Este artigo, portanto, argumenta que a punição deve ser reconceituada como um tipo de quarentena, em que indivíduos que não são responsáveis pelas condições que os tornam perigosos são privados de certas liberdades para a proteção dos outros. Além disso, assim como o governo tem a responsabilidade de tratar uma pessoa em quarentena com

⁴⁶ Nosso atual sistema de justiça criminal depende, cada vez mais, do encarceramento como o método preferido de punição para muitos dos mais difundidos crimes cometidos, como de arma e posse de drogas, por exemplo. Isso tem gerado um problema grave superlotação nas prisões dos Estados Unidos. Este, por sua vez, leva ao tratamento desumano de presos em uma variedade de maneiras, incluindo, mas não limitado ao fracasso em proporcionar-lhes assistência médica adequada, à criação de condições de vida inseguras e insalubres e à criação de um ambiente que promove a violência e agitação entre a população carcerária. *Brown v Plata*, 131 S. Ct. 1910, 1923-1924 (2011). A magnitude do problema é tal que a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou recentemente que o problema da superlotação no sistema prisional da Califórnia transformou a punição imposta a esses detentos em uma *cruel e incommum* violação da Oitava Emenda. STRAWSON, Peter. **Freedom and resentment...** *Op. cit.*, p. 45-67.

gripe suína de uma forma que garanta a sua rápida recuperação, encorajando o retorno dela à vida em sociedade, o Estado também deve ter o dever de tratar alguém em quarentena por cometer um delito de uma forma que aumente a probabilidade de que esse alguém se torne capaz de retornar à vida social.

Um sistema de justiça criminal que não parte da premissa de que os seres humanos possuem livre-arbítrio depende, também, menos do encarceramento. Enviamos pessoas para a prisão principalmente porque acreditamos que elas merecem sofrer por aquilo que fizeram. Seria cruel, no entanto, fazer intencionalmente as pessoas sofrerem ao jogá-las na cadeia por fazer algo que elas não poderiam se abster de fazer. Conseqüentemente, se assumirmos que os agentes não têm livre-arbítrio, isso nos levaria a procurar alternativas ao encarceramento, como resposta ao crime. Isso estimularia uma lei penal mais eficiente, já que os recursos que são consumidos pelo nosso caro sistema prisional poderiam ser empregados em métodos mais humanos e socialmente úteis de controle social.

Por fim, o artigo conclui solicitando aos juristas e teóricos criminais que levem a sério a ideia de que podemos não ter o tipo de livre-arbítrio que sustenta a maioria de nossas doutrinas fundamentais de Direito Penal. Eles devem fazer isso por duas razões. Em primeiro lugar, a evidência científica sugere cada vez mais que os seres humanos não têm a capacidade de controlar seus atos. Em segundo lugar, um sistema de justiça penal que pressupõe que os seres humanos não têm livre-arbítrio é mais humano e eficiente do que aquele que pressupõe que os seres humanos são livres para agir como bem entenderem. Como resultado, há boas razões para acreditar que a maneira mais interessante para sair do labirinto do livre-arbítrio é assumir que o determinismo e o indeterminismo são incompatíveis com o tipo de liberdade que está no cerne das leis e teorias penais contemporâneas.

1 A IMPORTÂNCIA DO LIVRE-ARBÍTRIO PARA AS NOSSAS PRÁTICAS ATUAIS DE CULPAR E PUNIR

Filósofos e cientistas têm debatido por muito tempo se os seres humanos possuem o tipo de livre-arbítrio que sustenta o relato de Cândido a respeito da natureza humana.⁴⁷

⁴⁷ A formulação moderna do problema do livre-arbítrio é, por vezes, rastreada até os escritos de Epicuro. Veja-se, por exemplo, EPICURO Letter to Menoeceus. In: MORGAN, Michael L. (Ed.). **Classics Of moral and political theory**. 2nd ed. Indianapolis: Hackett, 1992. p. 427-424. (“A necessidade não é responsável [para ninguém], o acaso é instável, enquanto que o que ocorre pela nossa agência é autônomo, e porque é para isso que o elogio e a culpa estão conectados”). Estudiosos medievais também abordaram o problema do livre-arbítrio. Ver, por exemplo, Thomas de Aquino. **Summa Theologica**: question 83, art. 1 (Trad. Padres da Província Dominicana Inglesa 2. ed. rev., 1920). Discussões modernas do problema são legiões. Para uma compilação que contém discussões modernas representativas do problema do livre-arbítrio, consulte PEREBOOM, Derk. **Free will**. 2nd ed. Indianapolis, IN: Hackett, 2009.

Embora o debate gire em círculos acadêmicos, a maioria das pessoas pressupõe que temos a capacidade de escolher livremente nossas ações, e que, como resultado dessa capacidade, tem sentido nos culpar ou elogiar para que nos engajemos em certos atos. Este pressuposto não é apenas predominante, mas também uma crença profundamente arraigada no sentido de que o livre-arbítrio é central para muitas das práticas que definem a nossa sociedade. O livre-arbítrio é um princípio essencial da moralidade judaico-cristã.⁴⁸ Também é central para a nossa prática diária de manter os nossos amigos e entes queridos responsáveis por aquilo que fazem. Quando repreendemos o nosso melhor amigo por não guardar um segredo, nós normalmente o fazemos como um meio de expressar nossa firme convicção de que ele deveria ter (e *poderia* ter) se abster de agir do jeito que fez. Tendo em conta que essa crença no livre-arbítrio permeia tantos aspectos de nossas vidas, não deveria ser surpresa alguma o fato de ele ser também essencial para a compreensão de nossa abordagem atual do Direito Penal. A seguir, o presente artigo discute algumas maneiras em que a crença no livre-arbítrio molda nossas práticas de culpar e punir.

1.1 A EXIGÊNCIA DE AÇÃO (*ACT REQUIREMENT*) VOLUNTÁRIA

Como sabem os alunos de primeiro ano de Direito, não existe responsabilidade criminal sem prova de que o acusado se envolveu no *actus reus* do delito imputado.⁴⁹ *Actus reus* é a expressão latina para *ato culpado*, que é requisito para a sujeição de um indivíduo à punição criminal.⁵⁰ É um princípio básico do direito penal que um ato é *culpado*, e, portanto, passível de punição, somente se for voluntário.⁵¹ Este veio a ser conhecido entre a doutrina e jurisprudência como a “exigência de ação voluntária para o Direito Penal”.⁵² De acordo com esse princípio, não pode haver responsabilidade criminal por atos involuntários que “não sejam produto do esforço ou determinação do ator”.⁵³ Em

⁴⁸ De acordo com o pensamento judaico-cristão, Deus criou um mundo cheio de cursos alternativos de ação, alguns deles são bons, outros são ruins. Além disso, dotou os seres humanos com a capacidade de escolher livremente entre os cursos de ação alternativos. Ver, por exemplo, Deuteronômio 30:19 – [Eu (Deus)] pus diante de ti a vida e a morte, a bênção e a maldição: escolhe, pois a vida[...].”

⁴⁹ HUSAK, Douglas N. *Philosophy of criminal law...* *Op. cit.*, p. 78.

⁵⁰ BLACK'S law dictionary. 9th ed. Eagan: West Publishing, 2009.

⁵¹ Por exemplo, “Código penal modelo” § 2,01 (1) (2001).

⁵² Ver, de modo geral: HART, Herbert Lionel A. *Punishment and responsibility*. **Philosophy**, v. 45, n. 172, Apr. 1970 (1968). O autor traça o entendimento legal de ação voluntária de John Austin, que teorizou que a ação humana é uma “contração muscular” provocada por uma “vontade” ou um “ato de vontade”.

⁵³ Código penal modelo § 2,01 (2) (d).

consequência disso, a lesão causada por um movimento corporal, que seja produto de um reflexo, convulsão ou sonambulismo afasta a possibilidade de responsabilização criminal.⁵⁴ Além disso, um indivíduo só pode ser responsabilizado pelo que faz e não por quem ele é. Assim, o Direito Penal pode legitimamente proibir o ato de adquirir a cocaína, mas não o *status* de ser um viciado em drogas.⁵⁵

O nexos entre a exigência de ação voluntária e o livre-arbítrio é evidente. Um ato pode representar a ausência de livre-arbítrio do autor quando a vontade dele está significativamente prejudicada por pressões internas ou externas.⁵⁶ Por outro lado, um ato pode também representar a ausência de livre-arbítrio, quando não é produto da vontade do autor.⁵⁷ Este último exemplo consubstancia uma conduta que não satisfaz o requisito do Direito Penal que exige ação voluntária. Ato involuntários não são, portanto, reflexos do livre-arbítrio. Esta é uma das razões pelas quais a exigência de ação voluntária é uma característica tão essencial do nosso Direito Penal. Como o Sétimo Circuito observou:

No sentido mais restrito, todo crime deve ser o produto do livre-arbítrio do réu; deve refletir a sua escolha por realizar o ato criminoso. Se o ato em si foi o resultado de um mero reflexo, ou *espasmo* muscular, ou foi causado por coação física ou coação, mesmo a intenção mais estrita estaria ausente e o réu seria inocente do crime; de fato, pode-se dizer que ele sequer agiu. É neste sentido que a tradicional tese de defesa de que a “compulsão” ou “necessidade” podem justificar um ato que seria ilícito, caso a ação do réu refletisse o exercício deliberado de seu livre-arbítrio.⁵⁸

⁵⁴ De acordo com o Código penal modelo, seção 2,01 (2), reflexos, convulsões e movimentos corporais durante estados de inconsciência ou sono “não são atos voluntários, na acepção da presente seção”. Ver também: *Estado versus Sowry*, 803 NE2d 867, 870 (Ohio. Ct App 2004) – “Ações praticadas em estado de inconsciência ou sonambulismo não são atos voluntários [que geram responsabilidade penal].”; *Estado versus Case*, 672 A.2d 586, 589 (Me. 1996) – “Para ser um ato voluntário ele deve ser o resultado de um exercício de escolha consciente do réu para realiza-lo, e não o resultado de um reflexo [ou] convulsão[...]”.

⁵⁵ A proibição de crimes de status é tão fundamental que a Suprema Corte decidiu que a Oitava Emenda proíbe a punição de mero status. *Robinson versus Califórnia*, EUA 370 660, 666-67 (1962).

⁵⁶ Em sua ética a Nicômaco, Aristóteles ressalta que há um sentido em que os atos realizados sob extrema pressão, como atirar carga ao mar durante uma tempestade a fim de salvar-se, não são voluntários e, portanto, não são reflexos do livre-arbítrio, uma vez que ninguém escolheria, por si, nenhum desses atos. ARISTOTLE. **Nicomachean ethics**. Oxford: Oxford University, 2002. p. 52-53; ARISTOTLE. **Nicomachean ethics**. Translated by Martin Oswald. Indianapolis: Bobbis-Merril, 1962. (Library of Liberal Arts).

⁵⁷ De acordo com Robert Nozick, por exemplo, não temos livre-arbítrio, se não somos os criadores de nossos atos (NOZICK, Robert. **Philosophical explanations**. Cambridge: Harvard University, 1981. p. 291-292). Portanto, não temos livre-arbítrio quando nossos atos são produto de algo diferente de nossas volições.

⁵⁸ ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals. **United States v. Cullen**, 454 F.2d 386, 390-391, 7th Circuit., 1971. Disponível em: <<https://casetext.com/case/united-states-v-cullen-2>>. Acesso em: 5 jan. 2016.

O princípio da ação voluntária reflete, pois, a crença profunda de que não é justo punir alguém por realizar atos que não sejam consequência do exercício do livre-arbítrio.

1.2 CAUSALIDADE

Se o réu é acusado de um crime material, ele só pode ser responsabilizado se sua conduta efetivamente causou o resultado lesivo. A conduta do réu somente é considerada causa do dano se ela é, ao mesmo tempo, uma causa *real e legal* (ou *próxima*) da lesão.⁵⁹ Conduta é uma causa *real* da lesão, se esta não tiver ocorrido sem a ação do acusado.⁶⁰ O padrão para definir se a conduta do réu foi a causa *legal* da lesão não é fixo. Alguns tribunais têm sustentado que a definição da *causalidade legal* depende da avaliação se o dano era previsível, de acordo com a conduta do réu⁶¹, enquanto outros sugerem que a *causalidade legal* depende se o resultado lesivo pode ser diretamente vinculado à conduta do acusado.⁶² Por outro lado, o Código Penal Modelo sugere que a conduta do réu deve ser considerada a *causal legal* da lesão, exceto se a conexão entre o ato e o resultado lesivo é demasiadamente tênue para legitimar a responsabilidade do réu.⁶³ Independentemente de qual conceito de *causa próxima* é adotado, doutrina e jurisprudência concordam que um evento que ocorre após ação do réu, mas antes da concretização do dano, pode romper

⁵⁹ Ver, por exemplo, ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema de Washington. **Estado versus Rivas**, 896 P.2D 57, 62, Washington, 1995. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/washington/supreme-court/1995/62404-6-1.html>>. Acesso em: 5 jan. 2016. (“Nos crimes que são definidos para exigir conduta específica, resultando em um resultado específico, a conduta do réu deve ser a ‘legal’ ou a próxima ‘causa’ do resultado. Antes da responsabilidade penal ser imposta, a conduta do réu deve ser tanto (1) a causa real e (2) a causa ‘legal’ ou ‘próxima’ do resultado”). (citação omitida). *Ibidem* (tradução nossa).

⁶⁰ Por exemplo, ESTADOS UNIDOS. Michigan Court of Appeals. **People versus Zak**, 457 NW2d 59, 63, 1990. Citando um conhecido tratado de direito penal, o tribunal afirmou que “[um] fator é uma causa real de um resultado, quando o resultado não teria ocorrido, se não se desse o fator que lhe causou”. *Ibidem*, tradução nossa.

⁶¹ Por exemplo, “Williams versus o Estado”, (Texas Crim. App. 2007) (“Obviamente, algum elemento de previsibilidade limita causalidade penal da mesma forma que limita os princípios da ‘causa próxima’ civil”). ESTADOS UNIDOS. Court of Criminal Appeals of Texas. **Williams versus o Estado**, 235 SW3D 742, 2007. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/texas/court-of-criminal-appeals/2007/pd-0446-06-6.html>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

⁶² Ver, por exemplo, “People versus Kibbe”, (NY 1974) Os réus não devem ser considerados culpados ao menos que a sua conduta “tenha sido a causa suficientemente direta da morte a ponto de preencher os requisitos do direito penal e não os da responsabilidade civil”). ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals of the State of New York. **People versus Kibbe**, 321 NE2d 773, 773-74, 1974. Disponível em: <<https://casetext.com/case/people-v-kibbe-1>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

⁶³ Código penal modelo § 2.03 (2) (2001).

o vínculo entre a conduta do acusado e o resultado lesivo.⁶⁴ Existe também um consenso de que tais causas supervenientes são mais propensas a quebrar o nexo de causalidade entre a ação do réu e o resultado lesivo se elas envolverem uma ação voluntária da vítima ou de terceiros.⁶⁵

Há inúmeros exemplos que ilustram a relevância da ação voluntária da vítima para determinações da *causal legal*. Talvez o exemplo mais comum envolva um agente que fornece a outra pessoa os meios para cometer suicídio.⁶⁶ Será que esta conduta configura homicídio? A regra geral, nesses casos, é que o réu não seja responsabilizado por homicídio, pois a decisão voluntária da vítima de cometer o suicídio constitui uma causa superveniente, que rompe o nexo de causalidade entre a ação do réu (fornecendo os meios para cometer suicídio) e o resultado que se seguiu (morte da vítima).⁶⁷ Considerando que a conduta da vítima é irrelevante para o Direito Penal⁶⁸, por que atos voluntários da vítima determinam a responsabilidade do réu nesse contexto? Parece que a conduta voluntária da vítima é importante nesses casos, pois atos queridos, com livre-arbítrio, ocupam um lugar especial em nossas decisões judiciais sobre o nexo causal entre determinados eventos. Para o bem ou para o mal, a lei da causalidade reflete uma crença profundamente arraigada de que ações intencionais dotadas de livre-arbítrio têm mais força causal do que ações que não decorrem do livre-arbítrio. Como uma Corte do Alabama assentou: “[A] avaliação sobre se a conduta de uma pessoa causou o suicídio de outra deve necessariamente examinar o livre-arbítrio da vítima”, uma vez que “os julgados têm reiteradamente declarado que o ‘livre-arbítrio da vítima é visto como uma causa superveniente’ [...] que quebra a cadeia causal’ entre o ato do réu e a morte da vítima”.⁶⁹

⁶⁴ A referência é, naturalmente, para a doutrina da causalidade interveniente. Para uma discussão acerca da causalidade interveniente no direito penal, consulte “Starkenbug versus o Estado”, 934 P.2D 1018, 1022-1026 (Mont. 1997) (discutindo atos de intervenção por um terceiro).

⁶⁵ Ver, de forma geral: ROBINSON, Paul H. **Criminal Law 162**. Oxford: Clarendon, 1997. O autor discute sobre casos em que um ato de intervenção voluntária da vítima, que quebrou o nexo causal.

⁶⁶ Ver, por exemplo, ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of Michigan. **People versus Kevorkian**, 527 N.W.2d 714, 735-739, 1994.

⁶⁷ Ver *Ibidem*, p. 445.

⁶⁸ Ver, de forma geral: BERGELSON, Vera. **Victims’ rights and victims’ wrongs: comparative liability in criminal law**. Stanford, Calif.: Stanford University, 2009. p. 9-35 (A conduta da vítima é irrelevante, exceto em algumas poucas exceções).

⁶⁹ Lewis v. State, 474 So. 2d 766, 771 (Ala. Crim. App. 1985) (citando BRENNER, Sue Wolf. Undue, **Albany Law Review**, v. 47, n. 62, 1982-1983).

1.3 MENS REA (DOLO)

A frequentemente citada afirmação de Edward Coke de que “Actus non facit reum nisi mens sit rea” é tão verdadeira hoje quanto era quando ele a declarou.⁷⁰ A máxima latina significa que “um ato não faz uma pessoa culpada a não ser que sua mente também seja culpada”. Este requisito do *mens rea* tem, geralmente, levado à punição pelo resultado lesivo apenas quando o autor pretendia causá-lo.⁷¹ Embora a punição do delito imprudente não seja inédita, a maioria das infrações penais somente podem ser praticadas intencionalmente.⁷² A criminalização dos resultados lesivos imprudentes é mais relegada aos denominados crimes contra o bem-estar público, cuja comissão não costuma estigmatizar o infrator do mesmo modo que a prática de um delito nuclear, como estupro ou roubo.⁷³ Apesar da tradicional relutância em punir lesões causadas por imprudência, alguns delitos tradicionais podem ser cometidos imprudentemente. O exemplo mais saliente é a criminalização do homicídio imprudente, que é considerado crime em toda jurisdição americana.⁷⁴ Entretanto, mesmo quando uma lesão é causada por imprudência ela é criminalizada, mas sempre punida menos severamente do que uma ação intencional que cause o mesmo tipo de lesão.⁷⁵

É difícil explicar a relutância do Direito Penal para punir delitos imprudentes, especialmente porque, como ilustra a teoria da responsabilidade civil, a responsabilidade derivada de uma ação imprudente, sendo em iguais situações, é idêntica a de uma ação

⁷⁰ COKE, Edward. **Institutes on the Laws Of England**: concerning treason and other pleas of the crown and criminal causes, at c.1, fo.10 (1797).

⁷¹ Ver, por exemplo, **Morrisette versus Estados Unidos**, 342 EUA 246, 250-51 (1952) (“[Uma] ofensa pode tornar-se um crime apenas quando é causada com intenção.”). ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema dos Estados Unidos. *Morrisette versus Estados Unidos*, 342 EUA 246, 250-51, 1952. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/342/246/case.html>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

⁷² Este é o caso, por exemplo, com os crimes de estupro, assalto, roubo e sequestro. Veja Código penal modelo § 213.1 (1) (2001) (Estupro); *Id.* § 222.1 (Assalto); *Id.* § 221.1 (Roubo); *Id.* § 212.1 (Sequestro). Quando a definição de um delito não inclui um estado mental, o crime só pode ser cometido de propósito, conscientemente ou de forma irresponsável (*recklessly*), mas não de forma imprudente. *Id.* § 2,02 (3).

⁷³ A discussão clássica a respeito dos crimes contra o bem-estar público ainda é SAYRE, Francis B. Public welfare offenses. **Columbia Law Review**, New York, v. 33, n. 55, p. 55-84, 1933.

⁷⁴ A previsão do homicídio imprudente no Código Penal Modelo é ilustrativa do estatuto do típico homicídio por imprudência. Veja “Código penal modelo” § 210.4.

⁷⁵ Homicídio por imprudência é sempre punido menos severamente do que homicídio doloso. Em Nova Iorque, por exemplo, homicídio por imprudência é um crime de classe E, enquanto homicídio doloso é um crime de classe C ou de classe B. Compare N.Y. Penal law § 125.10 (McKinney 2009) (homicídio imprudente), com *Id.* § § 125,25-125,27 (versões de homicídio doloso). MCKINNEY, William Mark. **McKinney’s Consolidated Laws of New York Annotated**. St. Paul: West Publishing, 2009.

intencional.⁷⁶ Por exemplo, um agente que intencionalmente mata uma vítima com veneno inflige o mesmo dano que um agente que mata a vítima em um atropelamento causado por descuido, independentemente do estado mental do agente quando da prática do ilícito. No entanto, o homicídio imprudente será punido muito menos severamente do que o homicídio intencional. A explicação tradicional para este tratamento diferenciado é que a conduta de um agente que de forma intencional causa lesões é mais reprovável do que a de um que causa imprudentemente o mesmo dano.⁷⁷ Afinal, como apontou Oliver Wendell Holmes ao discutir a diferente gradação moral entre um ato intencional e um imprudente: “até mesmo um cão sabe a diferença entre um tropeção e um chute”.⁷⁸

As diferenças percebidas na culpabilidade desses atos estão intrinsecamente ligadas às crenças sobre o grau de livre-arbítrio com que os delinquentes intencionais e imprudentes agem. Uma lesão intencional é, portanto, mais merecedora de reprovação do que uma lesão causada por imprudência, pois, como decidido pela Suprema Corte em *Morrisette versus Estados Unidos*, o Direito Penal, “de modo universal e persistente [...] crê na liberdade da vontade humana e na conseqüente capacidade e dever de um indivíduo normal escolher entre o bem e o mal”.⁷⁹ Como resultado dessa crença, alguns argumentam que “o nosso direito penal material é baseado em uma teoria de punir a vontade maliciosa”, pois supõe que o caso paradigmático de delito é o de um “agente livre confrontado com a opção entre fazer o certo e o errado e que livremente escolhe [...] fazer o mal”.⁸⁰

⁷⁶ Danos morais podem ser impostos ao infrator intencional. Este aspecto da responsabilidade civil, como o termo *punitiva* implica, mais se assemelha ao Direito Penal do que o Civil. Veja *Smith versus Wade*, 461 EUA 30, 48 (1983) (reconhecendo que “danos morais em casos de responsabilidade civil podem ser atribuídos não só para a real intenção de ferir ou motivo malicioso, mas também por *recklessness*, grave desinteresse ou desrespeito pelos direitos dos outros, ou mesmo imprudência grosseira”). ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. **Smith versus Wade**, 461 EUA 30, 48, 1983. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/461/30/case.html>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

⁷⁷ Ver em geral: HALL, Jerome. **General principles of criminal law**. Indianapolis: The Bobbs Merrill 1960. p.135-141 (avaliando as diversas teorias por trás da punição do homicídio imprudente).

⁷⁸ HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. **The common law**. New York: Dover, 1881.

⁷⁹ ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. **Morrisette v. United States**, 342 U.S. 246, 250, 1952. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/342/246/case.html>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

⁸⁰ POUND, Roscoe. Introdução. In: SAYRE, Francis B. **A Selection of cases on criminal law**. Rochester, NY: Lawyers Co-operative Publishing, 1927. p. xxix, xxxvi-xxxvii.

1.4 INIMPUTABILIDADE POR INSANIDADE MENTAL

Em 1843, Daniel M’Naghten tentou assassinar o primeiro-ministro britânico.⁸¹ Considerando que M’Naghten alegou que cometeu o crime devido ao estado de incapacidade mental, a Câmara dos Lordes desenvolveu um conjunto de regras para determinar quando o réu deve ser absolvido em decorrência de insanidade. A regra estabelecida pela Câmara dos Lordes para o caso – que passou a ser conhecida como teste M’Naghten para insanidade legal – prescreve que o réu deve ser poupado da responsabilidade penal apenas se, no momento do crime, sofria de um defeito da razão ou doença mental que o incapacitava de conhecer a natureza, qualidade ou ilicitude de seu ato.⁸² Várias décadas depois do caso M’Naghten ter sido decidido, os tribunais começaram a invocar um padrão diferente de insanidade, que foi apelidado de *teste do impulso irresistível*⁸³. De acordo com esse teste, o réu deve ser absolvido se, no momento da prática do delito, ele sofria de alguma doença mental ou condição que o impedia de controlar sua ação.⁸⁴

Posteriormente, os redatores do Código Penal Modelo decidiram combinar o teste M’Naghten e com o *teste do impulso irresistível*⁸⁵. De acordo com o Código Penal Modelo, o réu será absolvido em virtude de insanidade se, no momento do crime, ele sofria de uma condição mental ou defeito que acarretou uma falta substancial de capacidade⁸⁶, quer para avaliar o caráter ilícito⁸⁷ de sua conduta ou de agir de acordo com os mandatos da lei. Embora o teste M’Naghten continue a ser aplicado em muitas jurisdições americanas,

⁸¹ STOLL, Michael. Note, miles to go before we sleep: Arizona’s “Guilty Except Insane” approach to the insanity defense and its unrealized promise. **Georgetown Law Journal**, Washington, DC. v. 97, p. 1767-1772, 2009.

⁸² M’Naghten’s Case, 8 Eng. Rep. 718, 722-723 (1843).

⁸³ O teste de impulso irresistível remonta até Parsons contra o Estado, 2 So. 854 (Ala 1887).

⁸⁴ *Ibidem*. O teste também veio a ser conhecido como teste do “policial no cotovelo”, uma vez que ele afirma que alguém comete um crime em decorrência de um impulso irresistível. Somente resta demonstrado que ele cometeria o crime mesmo que um policial estivesse de pé ao lado dele. Para uma relativamente recente discussão a respeito do teste do “policial no cotovelo”, veja-se *People versus Jackson*, 627 NW2d 11, 13-14 (Mich. Ct. App., 2001).

⁸⁵ Código penal modelo § 4,01 (1) (2001).

⁸⁶ O padrão do Código Penal Modelo amplia o alcance da exculpante da insanidade, pois exige apenas uma demonstração de falta de “capacidade substancial” para conhecer a ilicitude de sua conduta ou para controlar o ato, em vez de exigir a prova de uma completa ausência de conhecimento (M’Naghten) ou uma total falta de controle sobre a conduta (impulso irresistível). Veja *Ibidem*.

⁸⁷ Os redatores do Código Penal Modelo apontaram que a elaboração de uma exculpante de insanidade precisa escolher entre exigir que o ator “não tenha capacidade de apreciar” a ilicitude de seu ato ou exigir que falte capacidade do ator para compreender a ilicitude de sua conduta. *Ibidem*. A diferença é significativa. Um ator não aprecia a ilicitude de sua conduta se ele não consegue ver que seu ato é legal ou moralmente injusto. Em contraste, um ator não aprecia a criminalidade de sua conduta se ele não consegue ver que a sua conduta é contra a lei.

um número substancial de estados passou a aplicar o sistema do Código Penal Modelo, que combina o teste M’Naghten com o teste do *impulso irresistível*⁸⁸.

O teste M’Naghten de insanidade ilustra bem o papel do livre-arbítrio no Direito Penal. O teste se concentra na avaliação de se as capacidades cognitivas do réu foram prejudicadas pela doença ou defeito mental de forma que o impeça de entender o significado de sua conduta e as consequências de seus atos. Essas deficiências cognitivas excluem a imposição de responsabilidade penal porque, como um juiz colocou, eles enfraquecem “o poder do homem de fazer uma escolha entre cursos alternativos de ações”.⁸⁹ De tal maneira, os tribunais muitas vezes interpretam as regras M’Naghten como um veículo para determinar se o réu exerceu o tipo de livre-arbítrio que sustenta nossas práticas convencionais de culpar e punir. Consequentemente, muitas cortes que aderiram ao modelo M’Naghten de insanidade o fazem porque “[o] Direito Penal há muito tempo se baseia no conceito de liberdade de escolha e a adesão ao teste M’Naghten [...] reconhece que aqueles que são incapazes de compreender o caráter ilícito de sua conduta não têm oportunidade de escolha [...]”.⁹⁰

Por outro lado, o teste do *impulso irresistível* foca na deficiência das capacidades volitivas do réu ao invés de centrar sua análise na debilidade das suas faculdades cognitivas, como ocorre no teste M’Naghten. Apesar disso, os princípios subjacentes ao reconhecimento judicial da regra do impulso irresistível também estão ligados ao conceito de livre-arbítrio. Assim, acredita-se amplamente que a regra do impulso irresistível só pode ser invocada quando um réu demonstra que a prática do ato criminoso “[não podia] ser evitada ou superada, por ter a loucura ou doença mental destruído a liberdade da vontade, o poder de autocontrole e de escolha em relação às ações [do réu]”.⁹¹ Tendo em conta que o teste de insanidade legal do Código Penal Modelo combina a regra M’Naghten com o padrão do impulso irresistível, é razoável concluir que tal tese de defesa do Código Penal Modelo está ligada ao livre-arbítrio da mesma forma que os dois outros testes.

⁸⁸ TORCIA, Charles E.; WHARTON, Francis. **Wharton’s Criminal Law** §. 15th ed. Deerfield, Il.: Clark Boardman Callaghan, 1994.

⁸⁹ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of Wisconsin. **State v. Esser**, 115 N.W.2d 505, 529, 1962 (Hallows, J., voto dissidente). Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/wisconsin/supreme-court/1962/16-wis-2d-567-6.html>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

⁹⁰ ESTADOS UNIDOS. California Court of Appeals. **People v. Horn**, 205 Cal. Rptr. 119, 129, 1984. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/158/1014.html>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

⁹¹ ESTADOS UNIDOS. U.S. District Court for the Eastern District of Virginia. **Snider v. Smyth**, 187 F. Supp. 299, 302, 1960. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/187/299/2095182>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

1.5 COAÇÃO IRRESISTÍVEL

Um réu pode invocar em sua defesa, com sucesso, a alegação de que agiu em decorrência de coação irresistível, se ele foi forçado a se envolver em ato ilícito em virtude dele ou de terceiro estarem submetidos ao uso ilegal de violência ou grave ameaça.⁹² De acordo com o Código Penal Modelo, a *vis* com que o réu foi coagido deve ser de tal natureza que uma “pessoa de firmeza razoável [...] não teria sido capaz de resistir [a ela]”.⁹³ Um réu que comete um crime sob coação não pode ser legitimamente culpado por se envolver em um ato antijurídico.⁹⁴ Portanto, a defesa da coação irresistível como exculpante nega culpabilidade ao autor, sem excluir a antijuridicidade de seu ato.⁹⁵ A exculpante da coação irresistível é, às vezes, chamada de defesa da *compulsão*⁹⁶, tendo em conta que o réu que age sob coação é *obrigado*, por meio de ameaças, a se envolver em um ato que, de outra forma, não realizaria. A força coercitiva que desencadeia a alegação de coação irresistível deve colocar imediatamente em risco a vida ou integridade do réu ou de sua família.⁹⁷ Por isso, geralmente se considera que as ameaças à propriedade não podem fundamentar uma defesa bem-sucedida de coação irresistível. A ideia subjacente a esta distinção se fundamenta na ideia de que a sociedade pode legitimamente esperar que os cidadãos sacrifiquem seus interesses patrimoniais a fim de evitar lesões a bens jurídicos alheios, ao passo que não se pode legitimamente exigir que seus cidadãos sacrifiquem suas vidas, as vidas de seus entes queridos, ou integridade física a fim de evitar lesões antijurídicas aos outros.⁹⁸

Entre as muitas teorias que têm sido desenvolvidas para explicar a força defensiva da coação irresistível, os dois fundamentos mais comumente invocados são as teorias do *involuntário* e da *escolha difícil*. De acordo com a teoria do involuntário, “a coação exculpa os agentes cuja capacidade de escolha é substancialmente reduzida pela *vis*

⁹² Ver, por exemplo, *Smith v. State*, 229 P.3d 221, 226 (Alaska Ct. App. 2010).

⁹³ Código penal modelo § 2.09 (2001).

⁹⁴ Veja FLETCHER, George P. **The Grammar of criminal law...** *Op. cit.*, p.148-149.

⁹⁵ As exculpantes negam a culpabilidade do ator, sem negar a ilicitude do ato. Em contraste, as defesas de justificação negam a ilicitude do ato. CHIESA, Luis E. Duress, demanding heroism, and Proportionality: the Erdemovic Case and Beyond. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Nashville, v. 41, n. 741, p. 746-748, 2008 (discutindo a distinção entre justificação/exculpante).

⁹⁶ Ver, por exemplo, ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of Kansas. **Estado v. Baker**, 197 P.3D 421, 426-27, 2008.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 427.

⁹⁸ Veja Promotor *versus* Erdemovic, Processo nº IT-96-22-A, Julgamento, ¶ 12 (c) (Tribunal Internacional Criminal Para ex-Jugoslávia 7 outubro de 1997) (sugerindo que a coação deixa a pessoa com “nenhuma alternativa moral” para agir).

coercitiva”.⁹⁹ Nesses casos, a redução da liberdade de escolha do agente é tão significativa que a escolha coagida do autor, em verdade, não é *de modo algum uma escolha* – a coação exculpa o agente porque sua capacidade de escolher fazer diferente está *ausente*, em decorrência da coerção.¹⁰⁰ De acordo com a teoria da coação da escolha difícil, um agente é exculpado quando a situação de coerção o coloca na indesejável posição de ter que decidir entre preservar sua vida ou integridade física ou, por outro lado, preservar os interesses fundamentais dos outros.¹⁰¹ Aqueles que têm que enfrentar essa situação do “faça ou sofra as consequências” não agem culpavelmente, caso escolham lesionar os outros, pois a sociedade acredita que uma pessoa razoável de frente para a mesma escolha difícil teria agido da mesma maneira.

Não é de se surpreender que o que têm em comum entre as teorias do involuntário e da escolha difícil é justamente que a força exculpante dessa defesa é, de alguma forma, vinculada à amplitude e ao alcance das escolhas do ator. Quanto menos escolhas tivermos e quanto mais difíceis elas se tornem, menos responsáveis somos por nossas escolhas. Assim, a compreensão tradicional coação irresistível pressupõe a existência de um indivíduo dotado de liberdade de escolha, cuja vontade é subjugada por ameaças coercivas.¹⁰²

⁹⁹ CHIESA, Luis E. Duress, demanding heroism... *Op. cit.*, p. 758; ver também Povo contra Graham, 129 Cal. Rptr. 31, 32 (Cal. Ct App 1976.). (Estabelecendo que o réu tem o “ônus de demonstrar coação” por meio da provocação de uma dúvida razoável); Estado v Rouleau, 528 A.2d 343, 350 (Connecticut 1987) (“[Co]ação pode ser vista como uma forma de remover a base da responsabilidade penal”).

¹⁰⁰ Veja DUBBER, Markus D. **Criminal law**: model penal code. New York: Foundation, 2002. (Turning Points Series).

¹⁰¹ Para um exame e defesa da teoria da exculpante da “escolha-difícil” e coação, ver MORSE, Stephen J. Deprivation and desert. In: HEFFERNAN, William C.; KLEINING, John (Ed.). **From social justice to criminal justice**: poverty and the administration of criminal law. New York:Oxford University, 2000; MOORE, Michael S. Responsibility and the unconscious. **Southern California Law Review**, Los Angeles, Calif., v. 53, p. 1563, 1567, 1663-1664, 1990.

¹⁰² Ver, por exemplo, Commonwealth v Wojciechowski, nº 92.456 de 2000 WL 537244, em * 3 (Massachusetts Super. Ct. 25 de fevereiro de 2000). A acusação deve “provar [...] além de uma dúvida razoável, que o crime foi o resultado do livre arbítrio da pessoa e não o resultado de coação ou de uma coerção que iria destruir o livre-arbítrio da pessoa”; ver também: **Minton versus Estado**, 305 SE2d 812, 814 (Geórgia Ct. App., 1983). A conduta do réu só é criminosa se ele decidiu cometer o crime “como um resultado de sua própria vontade[...] não resultado de coação ou coerção que sufocam o seu livre-arbítrio”.

1.6 INDUÇÃO POLICIAL (*ENTRAPMENT*)

Um autor pode, às vezes, invocar a tese defensiva da indução policial (*police entrapment*) para evitar a responsabilização criminal. Existem duas versões da defesa de indução. De acordo com a versão *objetiva* dessa tese defensiva, o réu, que a polícia instiga a cometer um crime, pode invocar com sucesso a tese da indução “se a conduta dos policiais é susceptível de induzir uma pessoa, normalmente cumpridora da lei, a cometer o delito”.¹⁰³

Portanto, a abordagem objetiva da indução (*entrapment*) “centra-se na conduta da polícia e não [está] preocupada com a prévia atividade criminosa do réu ou com outros indícios de uma predisposição sua para cometer crime”.¹⁰⁴ Por outro lado, a versão subjetiva da indução centra-se na disposição do acusado para cometer o delito ao invés de concentrar-se na temeridade da conduta dos agentes estatais.¹⁰⁵ Mais especificamente, a versão subjetiva dessa tese defensiva só pode ser invocada se a polícia induziu uma pessoa a cometer um crime que ela não estava predisposta a cometer antes de ser abordada pelos agentes estatais.¹⁰⁶ De tal maneira, “[a] tese subjetiva da indução somente terá sucesso se o Estado, e não o acusado, é a fonte da ideação criminal”.¹⁰⁷ A defesa, no entanto, “não terá sucesso se o acusado está predisposto a cometer o crime, e o Estado apenas facilita ou auxilia o esquema criminoso”.¹⁰⁸ Embora a versão objetiva da tese defensiva já tenha recebido um considerável apoio entre os doutrinadores, e tenha sido adotada pelos redatores do Código Penal Modelo, a abordagem subjetiva da indução continua a ser aplicada na maioria de jurisdições americanas.¹⁰⁹

Com a compreensão de que a versão subjetiva do *entrapment* permite que o agente invoque a tese defensiva apenas se ele não estava, antes de ser abordado pela polícia,

¹⁰³ *People v. Watson*, 990 P.2d. 1031, 1032 (Cal. 2000).

¹⁰⁴ *Commonwealth v. Weiskerger*, 554 A.2d 10, 13 (Pa. 1989).

¹⁰⁵ Vide, por exemplo, ESTADOS UNIDOS. District Court of Appeal of Florida, Fifth District. **Hernández v. State**, 17 So. 3d 748, 750-751, 2009. Disponível em: <<https://casetext.com/case/herandez-v-state-650>>. Acesso em: 12 jan. 2016).

¹⁰⁶ Vide, por exemplo, ESTADOS UNIDOS. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Eighth Circuit. **Jacobson v. United States**, 503 U.S. 540, 548-550, 1992. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/503/540/case.html>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

¹⁰⁷ ESTADOS UNIDOS. Connecticut Court of Appeals. **One Way Fare v. Dep’t of Consumer Prot.**, 901 A.2d 1246, 1249, 2006. Disponível em: <<https://www.jud.ct.gov/external/supapp/Cases/AR0ap/AP96/96AP395.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ LaFAVE, Wayne R. **Substantive criminal law**. 2nd ed. Eagan, MN: Thomson/West, 2003. (Hornbook Series). § 9.8(b)

predisposto a cometer o crime, a defesa não terá sucesso se a decisão de cometer o ato criminoso era um produto da própria vontade do acusado. Por outro lado, o réu pode invocar com sucesso a tese da indução se demonstrar que a polícia o levou à decisão de cometer o delito. Se a tese defensiva da indução obsta a responsabilidade penal, depende se é possível dizer que o réu tenha livremente decidido cometer o crime. Mais especificamente, a tese da indução somente terá sucesso se ficar demonstrado que o réu, livremente, não queria cometer o crime, sendo que foi a polícia que o levou a cometer o ato ilícito. Entretanto, a alegação de indução não surtirá efeito se ele voluntariamente decidiu praticar o delito.

Tem-se como certo que “uma vez que a tese defensiva da indução é levantada, o Estado tem o ônus de demonstrar que o réu estava predisposto a cometer o crime e que o grau de intervenção da atividade policial não afetou persuasivamente a livre vontade do acusado”.¹¹⁰

Portanto, a questão determinante em casos de indução é se “os agentes sobrepujaram a livre vontade do réu e o levaram a cometer” um crime que ele não estava predisposto praticar.¹¹¹ A viabilidade da versão subjetiva da tese defensiva da indução, como ocorre com muitas outras teses criminais de defesa, depende de considerações a respeito da livre vontade e voluntariedade.

2 NÓS TEMOS LIVRE-ARBÍTRIO? PERSPECTIVAS CIENTÍFICAS E FILOSÓFICAS

O livre-arbítrio é tão essencial para explicar as nossas atuais práticas de culpar e punir como o é para entender a visão de Cândido sobre a natureza humana.¹¹² Mas será que realmente temos o tipo de livre-arbítrio que nos permite dar sentido à concepção de mal de Cândido e, por sua vez, fornecer as bases para o nosso sistema de justiça criminal? À primeira vista, isso parece ser uma pergunta boba. Afinal, os seres humanos compartilham profundamente uma crença arraigada de que tudo que fazemos é, normalmente, fruto do que nós conscientemente queremos. Entretanto, como a história demonstra, muitas crenças compartilhadas frequentemente revelam-se falsas. Por milhares de anos, os seres humanos acreditaram que o mundo era plano e que a terra ficava parada, enquanto o

¹¹⁰ Jordan v. State, 692 N.E.2d 481, 484 (Ind. Ct. App. 1998).

¹¹¹ United States v. Jaca-Nazario, 521 F.3d 50, 58 (1st Cir. 2008), citando United States v. Barbour, 393 F.3d 82, 86 (1st Cir. 2004).

¹¹² Cfr. notas de rodapé n. 3-33 *supra*, p. 9-12 deste artigo.

sol e os planetas giravam em torno dela. Será que, apesar das aparências em contrário, a crença amplamente compartilhada de que os seres humanos são dotados de livre-arbítrio é tão falsa quanto outras crenças amplamente difundidas? Como se vê, e como o restante desta seção explica, se realmente temos o tipo de livre-arbítrio que sustenta nossas leis criminais é uma questão ainda em aberto.

2.1 O DETERMINISMO CAUSAL E O PROBLEMA DO LIVRE-ARBÍTRIO

Um dos problemas frequentemente apresentados em debates sobre o livre-arbítrio é que o significado de *vontade livre* muitas vezes permanece indefinido ou é exposto de modo vago ou confuso. A fim de evitar tal confusão, discussões frutíferas sobre a natureza e a importância do livre-arbítrio devem começar pela definição do termo. O problema é que há muitas maneiras plausíveis de definir o livre-arbítrio.¹¹³ Então, como é possível escolher uma definição em detrimento de outra? Uma maneira não arbitrária e promissora para escolher entre definições concorrentes de livre-arbítrio é selecionar a que lança mais luz sobre a questão abordada pelo autor. Assim, faz sentido definir livre-arbítrio para os efeitos do presente artigo de uma forma que ilumine a relação entre livre-arbítrio e responsabilidade criminal. O livre-arbítrio é relevante para a responsabilidade criminal, porque a atribuição de culpa é tipicamente um pré-requisito para a imposição de punição. Em geral, acredita-se que um agente somente pode ser culpado por cometer um delito se ele livremente quis se envolver com a conduta constitutiva do delito. Assim, faz todo sentido definir livre-arbítrio, para os fins deste artigo, como *grau de liberdade que torna possível a realização de juízos de culpa e a atribuição de responsabilidade moral*.

Uma vez definindo livre-arbítrio dessa maneira, é fácil compreender por que muitos cientistas e filósofos contemporâneos acreditam que o livre-arbítrio é ameaçado pelo determinismo causal.¹¹⁴ Determinismo causal é a crença de que tudo o que acontece no

¹¹³ Thomas Hobbes, por exemplo, definiu o livre-arbítrio como uma ação de forma não coagida ou, mais especificamente, uma ação sem impedimentos externos. HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Cambridge: Cambridge University, 1904. Por outro lado, Harry Frankfurt define o livre-arbítrio como uma ação realizada em circunstâncias em que o ator se identifica com a vontade que motivou seu ato. FRANKFURT, Harry G. Freedom of the will and the concept of a person. In: WATSON, Gary (Ed.). **Free will**. Oxford: Oxford University, 1982. p. 81-95. Outros filósofos definem o livre-arbítrio de forma diferente. Ver em geral: TAYLOR, Christopher; DENNETT, Daniel. *Who's afraid...* *Op. cit.*, p. 258 (apresentando várias definições de livre-arbítrio).

¹¹⁴ Ver em geral: PINK, Thomas. **Free will**: a very short introduction. Oxford: Oxford University, 2004. p. 14-16 (explicando o conceito de determinismo causal e demonstrando que a existência do livre-arbítrio humano é provavelmente dependente da verdade do determinismo causal).

universo, incluindo a conduta humana, é o produto de tudo o que aconteceu no passado em combinação com o funcionamento das leis naturais.¹¹⁵

Ao contrário do que alguns têm argumentado, o determinismo causal não leva à conclusão de que os desejos e as intenções humanos não podem ter impacto em eventos futuros, porque o *que será, será*, independentemente do que os atores anseiem ou desejem fazer. Aristóteles, por exemplo, afirmou que se o determinismo causal tivesse sucesso não haveria necessidade de deliberar ou pensar sobre as nossas ações futuras, porque tudo o que irá acontecer de fato acontecerá, independentemente do que possamos pensar ou fazer.¹¹⁶ Deterministas não necessariamente compartilham esta tese, pois acreditam que a conduta humana é causalmente determinada por inúmeros fatores, incluindo as intenções, motivações e desejos. Se uma luta de boxe entre Mayweather e Pacquiao ocorrerá no futuro está causalmente condicionada por uma série de fatores, incluindo – mas não limitado a – os desejos de Mayweather e Pacquiao. Deterministas, é claro, também acreditam que tais intenções, motivações e desejos são causalmente determinados por outros fatores, como a educação do ator e sua composição genética.¹¹⁷ Isso, no entanto, não compromete o determinista a acreditar que as crenças e desejos humanos não podem impactar futuros estados de coisas, uma vez que a tese determinista afirma o papel causal desempenhado por esses estados mentais subjetivos.

Há pelo menos quatro razões que sugerem que a tese do determinismo causal deve ser levada a sério. Primeiro, há suporte científico para a visão de que o comportamento de objetos macroscópicos (incluindo seres humanos) é causalmente determinado pela confluência do passado e de leis naturais. A visão convencional é que a física clássica é principalmente um assunto determinístico.¹¹⁸ Existem, no entanto, âmbitos em que a natureza determinista da física clássica se decompõe.¹¹⁹ Contrariamente, a mecânica quântica é normalmente vista como governada principalmente pelo indeterminismo. No entanto, pode haver âmbitos em que o determinismo se infiltra na mecânica quântica¹²⁰. De

¹¹⁵ FISCHER, John Martin. Compatibilism. In: FISCHER, John Martin et al. **Four views on free will**. Oxford: Blackwell, 2007. p. 44-84.

¹¹⁶ SHIELDS, Christopher. **Aristotle's De Interpretatione**. Cambridge: Peterhouse, 2002. ch. 9, §§ 18b31-3 (John Lloyd Ackrill trans. 1975).

¹¹⁷ Ver PINK, Thomas. **Free will...** *Op. cit.*, p. 7; FISCHER, John Martin. A Brief Introduction to some terms and concepts. In: FISCHER, John Martin et al. **Four Views on Free Will**, Oxford : Blackwell, 2007. p. 1-4.

¹¹⁸ Ver em geral: EARMAN, John. **A primer on determinism**. Dordrecht: Reidel, 1986.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ Ver BISHOP, Robert C. Determinism and Indeterminism. In: ENCYCLOPEDIA of philosophy. 2nd ed. Farmington Mills, MI: Thomson Galke, 2005. v. 3, p. 32-33.

todo modo, parece haver significativo apoio científico para a visão do que alguns chamaram de *determinismo adequado*, que sustenta que os efeitos quânticos indeterministas são, na sua maioria, insignificantes no nível macroscópico. Em segundo lugar, estudos neurocientíficos, como os realizados por Benjamin Libet, sugerem que a conduta humana é determinada por processos inconscientes que não estão sob o controle do ator.¹²¹ Terceiro: os estudos biológicos demonstram que alguns aspectos do comportamento humano são, em grande parte, determinados por nossa composição genética.¹²² Finalmente, vários estudos psicológicos sugerem a possibilidade de que muitos aspectos do comportamento humano são determinados, em grande medida, por fatores ambientais.¹²³

Nenhuma dessas razões, por si sós, é suficiente para estabelecer a verdade do determinismo causal. No entanto, a combinação de todos esses fatores é que gera, no mínimo, sérias dúvidas se é realmente possível vincular a conduta humana a processos não deterministas. De fato, a evidência mais forte até agora a favor da conclusão de que a conduta humana não é causalmente determinada é a robusta, mas não amparada cientificamente (intuição de que nós controlamos nossos destinos de uma forma que desmente a tese do determinismo).

A maioria das pessoas acredita que as pessoas podem ser culpadas ou elogiadas por aquilo que fazem apenas se tiverem a capacidade de optar por agir de forma diferente. Os filósofos denominaram isso como *princípio das possibilidades alternativas*.¹²⁴ O determinismo causal ameaça o princípio de possibilidades alternativas, porque sugere que – dado o caráter fixo do passado e a imutabilidade das leis naturais – os seres humanos não têm controle sobre os fatores que moldam a sua conduta. Como resultado, alguns filósofos – chamados incompatibilistas – concluíram que o livre-arbítrio é incompatível

¹²¹ LIBET, Benjamin. Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action. **Behavior & Brain Sciences**, New York, v. 28, p. 529, 1985 (descrevendo os resultados de um estudo de “potenciais prontidão” eletrofísicos que precedem atos voluntários).

¹²² Para um relato de como os genes influenciam o comportamento, ver geralmente RUTTER, Michael C. **Genes and behavior: nature-nurture interplay explained**. Malden, MA: Wiley-Blackwell, 2006 (afirmando a importância da ciência genética e delineando as teorias científicas sobre a influência dos genes no comportamento).

¹²³ Ver, por exemplo, GARNEFSKI, Nadia; OKMA, Sjoukje. Addiction-risk and aggressive/criminal behaviour in adolescence: influence of family, school and peers. **Journal of Adolescence**, London, v. 19, n. 6, p. 503-505, Dic. 1996 (que detalha um estudo dos efeitos da família, da escola, dos colegas, bem como de outros fatores ambientais sobre a alunos do ensino secundário na Holanda).

¹²⁴ O princípio de possibilidades alternativas foi explorado pela primeira vez dessa maneira por FRANKFURT, Harry. Alternate possibilities and moral responsibility. **Journal of Philosophy**, New York, v. 66, n. 23, p. 829, 1969.

com o determinismo causal.¹²⁵ Os *incompatibilistas libertaristas* acreditam que possuímos o livre-arbítrio, porque a tese do determinismo causal é provavelmente falsa.¹²⁶ Por outro lado, os *incompatibilistas duros* acreditam que se o determinismo causal é verdadeiro, deveríamos abandonar a ideia de livre-arbítrio. Eles argumentam, também, que o livre-arbítrio é incompatível com o indeterminismo.¹²⁷ Os denominados *compatibilistas* acreditam que temos o tipo de livre-arbítrio que fundamenta nossos julgamentos de culpa e de elogio, mesmo que prevaleça o determinismo causal.¹²⁸

A seguir, o restante da segunda parte explora mais detalhadamente as posições defendidas pelos libertaristas, incompatibilistas duros e compatibilistas.

2.1.1 Libertarismo

Os libertaristas sustentam que a crença no livre-arbítrio é incompatível com uma visão determinista do comportamento humano. De acordo com o libertarismo, a verdadeira liberdade da vontade exige possibilidades alternativas reais e acessíveis.¹²⁹ Ou seja, a conduta é livre no sentido necessário para a responsabilidade moral se, e somente se, o ator poder ter escolhido fazer o contrário.¹³⁰ Um agente tem acesso a possibilidades alternativas se existirem a sua disposição diferentes cursos possíveis de conduta e que, em última análise, caiba a ele decidir qual das opções pretende seguir. Os libertaristas admitem que os agentes não teriam acesso a essas possibilidades alternativas, caso a tese do determinismo causal seja verdadeira.¹³¹ No entanto, eles argumentam que os seres humanos têm sim acesso às alternativas possibilidades, que o livre-arbítrio requer, uma vez que a tese do determinismo causal é falsa.¹³² Assim, os libertaristas defendem que, em última análise, processos irreduzivelmente indeterminados determinam a conduta humana.¹³³ De tal maneira, a solidez da tese libertarista depende se

¹²⁵ FISCHER et al. A Brief Introduction... *Op. cit.*, p. 1-3.

¹²⁶ *Ibidem.*

¹²⁷ *Ibidem.*

¹²⁸ *Ibidem.*

¹²⁹ EKSTROM, Laura Waddell. Libertarianism and Frankfurt-Style cases. In: KANE, Robert (Ed.). **The Oxford Handbook of free will**, 2007. p. 309-321.

¹³⁰ *Ibidem.*

¹³¹ *Ibidem.*

¹³² KANE, Robert. Libertarianism. In: FISCHER, John Martin et al. **Four views on free will** Oxford: Blackwell, 2007. p. 5-43.

¹³³ KANE, Robert. Libertarianism... *Op. cit.*, p. 26-28.

um caso científico plausível pode ser feito, a ponto de que forças indeterminadas guiem a conduta humana, ao contrário do que ocorre com a maioria das outras coisas no universo.

O distinguido filósofo libertarista Robert Kane desenvolveu uma engenhosa forma de defender a tese de que o comportamento humano pode ser vinculado a processos não deterministas. Kane monta sua defesa do indeterminismo, em grande parte, emprestando argumentos da mecânica quântica.¹³⁴ A mecânica quântica trata das leis da física que se aplicam ao comportamento das partículas atômicas e subatômicas.¹³⁵ O que torna a mecânica quântica interessante – e o que fez Einstein se assustar, sempre que ele falava sobre as implicações dessa teoria – é que as partículas atômicas e subatômicas se comportam de forma bastante diferente do que as partículas maiores.¹³⁶ Enquanto o comportamento das partículas macroscópicas parece ser totalmente determinado por leis causais, a mecânica quântica sugere que o comportamento das partículas microscópicas não está, da mesma forma, determinado causalmente.¹³⁷ Mais especificamente, a mecânica quântica sustenta que podemos tentar prever o comportamento de partículas subatômicas, mas nunca podemos ter certeza de como estas partículas vão, em verdade, se comportar.¹³⁸ Kane utiliza bem esse conhecimento postulando que os disparos de neurônios – que, em última análise, determinam a nossa conduta – são produto de processos que se originam no nível subatômico e, portanto, não são totalmente determinados pelo passado e pelo funcionamento das leis naturais.¹³⁹ Isso permite a Kane sugerir que – à luz da mecânica quântica e da possibilidade de que tais processos fundamentem o funcionamento do cérebro humano – a tese do determinismo causal pode muito bem vir a ser falsa, pelo menos em sua pretensão de explicar o comportamento humano.¹⁴⁰

¹³⁴ *Ibidem*, p. 29.

¹³⁵ ISMAEL, Jenann. Quantum mechanics. In: THE STANFORD encyclopedia of philosophy, Nov. 2009. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/qm>>. Acesso em: 3 nov. 2015.

¹³⁶ Einstein estava preocupado com a natureza não determinista da mecânica quântica. Isto é o que o levou a conhecidamente rejeitar as implicações da mecânica quântica ao sucintamente afirmar que Deus “não joga dados” com o universo. BORN, Max (Ed.). **The Born-Einstein letters: friendship, politics and physics in uncertain times**. 2nd ed. New York: Palgrave Macmillan, 2005.

¹³⁷ ISMAEL, Jenann. Quantum mechanics... *Op. cit.*, p. 137.

¹³⁸ Veja: BUCHWALD, Diana; THORNE, Kip. Preface to BORN, Max. **The Born-Einstein letters...** *Op. cit.*, p. vii, xxii; ISMAEL, Jenann. Quantum mechanics... *Op. cit.*

¹³⁹ KANE, Robert. Libertarianism... *Op. cit.*, p. 7.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 29-30.

2.1.2 Incompatibilismo Duro

Os incompatibilistas duros, como os libertaristas, acreditam que o livre-arbítrio é incompatível com o determinismo causal.¹⁴¹ No entanto, ao contrário do libertaristas, os incompatibilistas duros argumentam que o livre-arbítrio também é incompatível com o indeterminismo. Portanto, os incompatibilistas duros sugerem que a crença no livre-arbítrio deve ser abandonada, independentemente do fato de a conduta humana ser causalmente determinada.¹⁴² Há pelo menos duas razões que levam os incompatibilistas duros a rejeitarem a existência de um tipo de livre-arbítrio que sustenta os nossos juízos de culpa e elogio. Em primeiro lugar, se a tese do determinismo causal é verdadeira, parece que falta aos seres humanos a capacidade de fazer algo, o que, aparentemente, é essencial para a sua responsabilidade moral – a capacidade moral para fazer o contrário, ou, no mínimo, a capacidade do agente ser a última fonte ou origem de sua decisão de agir de determinada maneira.¹⁴³

Ademais, os defensores do incompatibilismo duro sustentam que o livre-arbítrio é minado, mesmo se for constatado que a conduta humana é decorrente de processos indeterministas. E eles o fazem justamente sob o argumento de que somente tem sentido culpar ou elogiar nossos atos se nós somos a última fonte dos desejos, motivos e intenção que moldam nossa conduta.¹⁴⁴ Se, no entanto, constatarmos que nossas crenças, intenções e motivos são produtos de processos não deterministas, que não sejam regidos por leis causais, aparentemente nossas decisões e atos seriam o produto de eventos aleatórios e acidentais que não podemos controlar e que, portanto, não podem fundamentar o tipo de liberdade que sustenta nossos julgamentos de mérito.¹⁴⁵

Um argumento recente e famoso a favor da tese do incompatibilismo duro, no sentido de que o determinismo é incompatível com o livre-arbítrio, é o “argumento da manipulação dos quatro casos” de Derk Pereboom.¹⁴⁶ O primeiro caso apresentado é o de um maléfico neurocientista que cria um ser humano que pode ser diretamente manipulado por controles de rádio e que, de fato, está sendo manipulado pelo cientista de modo a

¹⁴¹ FISCHER, John Martin et al. A brief introduction... *Op. cit.*, p. 3.

¹⁴² PEREBOOM, Derk. Hard Incompatibilism. In: **Four views on free will**, p. 85.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 97.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 97-98.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 109.

¹⁴⁶ PEREBOOM, Derk. **Living without free will...** *Op. cit.*, p. 110-117.

matar a Sra. White.¹⁴⁷ No caso seguinte, o neurocientista cria um ser humano que não pode ser diretamente manipulado, como no primeiro caso, mas cujo cérebro é programado de tal maneira que causalmente determina o assassinado da Sra. White.¹⁴⁸ O terceiro caso conta a história de um ser humano comum, que tem sido rigorosamente treinado desde criança por seus pais e sua comunidade de modo que surgem nele certas inclinações e traços de caráter que, por sua vez, levam-no a matar a Sra. White.¹⁴⁹ Finalmente, no quarto caso, temos um ser humano normal, vivendo em um universo onde o determinismo causal estipula quem causa o assassinato da Sra. White, como resultado da interação de eventos que aconteceram no passado (por exemplo, sua educação) e do funcionamento das leis naturais.¹⁵⁰ Pereboom então argumenta que nossas intuições sugerem fortemente que o agente não é responsável nos casos um e dois.¹⁵¹ Se assim for, ele argumenta que, dadas as semelhanças entre os casos de dois e três, e os casos de três e quatro, também devemos concluir que os agentes nos casos de três e quatro não são responsáveis, pois as causas determinantes da ação do agente em todos estes casos pode ser rastreada até a eventos fora do seu controle.¹⁵² Se aceitarmos essa conclusão, então o determinismo causal é incompatível com o livre-arbítrio, porque o agente, no caso de quatro, é como qualquer ser humano que atua em um universo causalmente determinado.¹⁵³

2.1.3 Compatibilismo

Os chamados compatibilistas têm demarcado uma posição cada vez mais importante no debate sobre o livre-arbítrio. Os adeptos dessa teoria não negam a plausibilidade da tese do determinismo causal. Na verdade, alguns compatibilistas acreditam que a tese do determinismo causal é provavelmente verdadeira.¹⁵⁴ No entanto, o argumento compatibilista sugere que os seres humanos possuem o tipo de vontade que subjaz os julgamentos de

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 112-113.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 113-114.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 114-115.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 115-116.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 112-113.

¹⁵² *Ibidem*, p. 115-117.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 116.

¹⁵⁴ Ver, por exemplo, DENNETT, Daniel C. **Freedom evolves**. New York: Penguin, 2003. p. 305 (afirmando que “todos os produtos do nossos cérebros[...] foram projetados[...] por processos físicos nos quais nenhuma exceção à causalidade pode ser discernida”).

responsabilidade moral, independentemente da verificação a respeito da veracidade do determinismo causal.¹⁵⁵ Como consequência, os defensores do compatibilismo acreditam que o livre-arbítrio não é, de modo algum, ameaçado pelo determinismo causal.¹⁵⁶ Muito embora os compatibilistas concordem que a liberdade da vontade necessária para justificar nossas práticas de culpar e punir é compatível com a verdade do determinismo causal, existe uma significativa discordância no que se refere às razões que justificam esta conclusão. Enquanto muitos compatibilistas defendem a chamada perspectiva em *rede* do compatibilismo¹⁵⁷, outros endossam o que se pode denominar como perspectiva de *atitudes reativas* para explicar o compatibilismo.¹⁵⁸ Além disso, alguns teóricos recusam a rotularem-se como compatibilistas, apesar de que – tendo em conta suas explicações a respeito do livre-arbítrio e sua relação com a responsabilidade moral – parecem compartilhar características importantes da posição compatibilista.¹⁵⁹

De acordo com a perspectiva em *rede* do compatibilismo, a vontade de um agente é livre se houver uma apropriada rede ou conexão entre suas escolhas e seus desejos e preferências.¹⁶⁰ Talvez a perspectiva em *rede* mais influente do compatibilismo é a de Harry Frankfurt.¹⁶¹ O ponto de partida da teoria de Frankfurt é o fato de que os seres humanos têm duas ordens de volições.¹⁶² As volições de primeira ordem servem para provocar uma ação ou determinado estado de coisas¹⁶³, como o meu pecaminoso *desejo de comer* o cheesecake veludo vermelho do Cheesecake Factory's. Por outro lado, as volições de segunda ordem são as volições sobre as de primeira ordem¹⁶⁴, como o meu *desejo de não desejar comer* o mencionado cheesecake veludo vermelho. De acordo com Frankfurt, um ator age livremente apenas se sua vontade de segunda ordem está alinhada com a sua primeira vontade ordem¹⁶⁵, por exemplo, quando eu como o cheesecake veludo vermelho em circunstâncias em que desejo comê-lo e desejo agir em acordo com o meu desejo de comer o cheesecake veludo vermelho. Ao contrário, um ator não age livremente quando

¹⁵⁵ FISCHER et al. A brief introduction... *Op. cit.*, p. 3.

¹⁵⁶ PINK, Thomas. **Free will**... *Op. cit.*, p. 18-19.

¹⁵⁷ HAJI, Ishtiyaque. Compatibilist views... *Op. cit.*, p. 210-225.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 203-204.

¹⁵⁹ Veja-se, por exemplo, FISCHER et al. p. 71-78.

¹⁶⁰ HAJI, Ishtiyaque. Compatibilist views... *Op. cit.*, p. 210.

¹⁶¹ FRANKFURT, Harry G. Freedom of the will... *Op. cit.*, p. 81-95

¹⁶² *Ibidem*, p. 7.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 15.

sua vontade de segunda ordem não é consistente com a de primeira ordem, por exemplo, quando eu como o cheesecake veludo vermelho que eu desejava comer, muito embora eu não desejasse agir de acordo com a minha vontade de comer a sobremesa (porque estou em uma dieta, por exemplo).¹⁶⁶ A teoria de Frankfurt é compatibilista, pois um agente pode atuar livremente, desde que sua volição de segunda ordem esteja, de certa maneira, ligada a sua vontade de primeira ordem (ou seja, ele come o cheesecake e deseja agir de acordo com o seu desejo de comer o cheesecake), mesmo que ele não possa fazer outra coisa que não esteja em função da natureza causalmente determinada do universo (ou seja, ele não pode decidir abster-se de comer o bolo).¹⁶⁷

Várias décadas atrás, Strawson lançou outra influente perspectiva compatibilista. A teoria de Strawson começa postulando a importância das *atitudes reativas* para a experiência dos seres humanos.¹⁶⁸ Atitudes reativas são reações essenciais para estabelecer e manter relacionamentos pessoais.¹⁶⁹ Essas reações incluem – mas não estão limitadas a – sentimentos de ressentimento, gratidão, perdão, raiva e amor.¹⁷⁰ De acordo com Strawson, agimos livremente e, portanto, somos moralmente responsáveis por nossas condutas, quando nos comportamos de uma forma que gere atitudes reativas nos outros.¹⁷¹ Strawson acredita que este tipo de liberdade e responsabilidade moral não é minada pela veracidade da tese do determinismo causal.¹⁷² Mais especificamente, ele argumenta que devemos continuar a pressupor que os seres humanos têm livre-arbítrio, mesmo que o determinismo prevaleça.¹⁷³ Independentemente de quão cientificamente plausível possa parecer o argumento incompatibilista, não devemos pressupor que nos falta vontade livre, pois, assim fazendo, nós comprometeríamos as atitudes reativas e, portanto, o tipo de relações interpessoais que são essenciais para as nossas vidas.¹⁷⁴

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 19. Portanto, Frankfurt (conhecidamente) rejeita o princípio das possibilidades alternativas como um pré-requisito para o livre-arbítrio e responsabilidade moral. Veja FRANKFURT, Harry. **Alternate possibilities and moral...** *Op. cit.*, p. 66.

¹⁶⁸ STRAWSON, Peter. Freedom and resentment... *Op. cit.*, p. 47-50.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 48.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 50-55.

¹⁷² *Ibidem*, p. 55.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 55-56.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

2.1.4 Semicompatibilismo

John Martin Fischer e Marcos Ravizza propuseram uma solução altamente influente para o problema do livre-arbítrio, e a denominaram *semicompatibilismo*¹⁷⁵. O semicompatibilismo aceita como plausível a ideia de que o livre-arbítrio exige o acesso a possibilidades alternativas e que o determinismo causal é incompatível com o livre-arbítrio, pois nega o acesso a tais possibilidades alternativas¹⁷⁶. No entanto, semicompatibilistas acreditam que a responsabilidade moral não necessita de acesso a possibilidades alternativas e é, portanto, compatível com o determinismo causal.¹⁷⁷ O ponto principal da teoria de Fischer e Ravizza é que uma pessoa age de uma maneira moralmente responsável se sua conduta é sensível à razão.¹⁷⁸ Segundo esse relato, compulsivos e os doentes mentais muitas vezes não agem de forma moralmente responsável porque não são sensíveis aos tipos de considerações racionais que orientam a conduta da maioria dos seres humanos. Além disso, Fischer e Ravizza afirmam que um indivíduo é moralmente responsável por sua conduta apenas se sua ação é desencadeada por uma decisão ou vontade que possa ser devidamente caracterizada como pertencente ao agente¹⁷⁹. Assim, atribuições de responsabilidade moral são garantidas nos casos em que o comportamento em questão foi causado pelo próprio processo de razão sensível do autor da deliberação, ao contrário de quando ele é causado por um processo de decisão insensível à razão (doentes mentais) ou um processo deliberativo razão sensível que não pertence ao agente (processos mentais induzidos por hipnose).¹⁸⁰ Finalmente, Fischer e Ravizza argumentam que essas atribuições de responsabilidade moral se justificam, mesmo que prevaleça a tese do determinismo causal, pois o determinismo é compatível com a visão de que a conduta humana pode ser causada por pensamentos racionais-responsivos do autor.

¹⁷⁵ Ver em geral: FISCHER, John Martin; RAVIZZA, Mark. Responsibility and control: a theory of moral responsibility. **The Journal of Philosophy**, New York, v. 98, n. 2, Feb. 2001 (apresentando uma teoria geral que designa as circunstâncias em que os indivíduos são moralmente responsáveis por suas ações e omissões).

¹⁷⁶ Veja FISCHER et al. Compatibilism... *Op. cit.*, p. 71-74.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 78, 80.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 78-79.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 79.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 79-80 (afirmando que “uma característica relevante para o mecanismo da sequência real é que ele deve ser, de um modo apropriado, responsivo às razões”).

3 O LIVRE-ARBÍTRIO NA TEORIA PENAL

Como demonstra a primeira parte do presente artigo, a doutrina e jurisprudência tradicionalmente veem o livre-arbítrio como fundamental para a responsabilização criminal. No entanto, muitos teóricos criminais, se não a maioria, têm pouco a dizer se as nossas práticas de culpar e punir são prejudicadas pela tese do determinismo causal. Dos poucos estudiosos do direito penal que discutem o problema do livre-arbítrio, a maioria defende pontos de vista que espelham as teorias de livre-arbítrio e responsabilidade moral, discutidas na segunda parte. Assim, alguns teóricos criminais, como George Fletcher, defendem uma perspectiva libertária do livre-arbítrio.¹⁸¹ Outros, como Michael Moore, Stephen Morse e a maioria dos penalistas continentais, defendem uma perspectiva compatibilista do livre-arbítrio.¹⁸² Larry Alexander, por sua vez, misteriosamente declara-se agnóstico em relação à existência do livre-arbítrio e sua compatibilidade com o determinismo causal. Curiosamente, apesar de alguns estudiosos, como Anders Kaye, terem flertado com perspectivas incompatibilistas duras do livre-arbítrio¹⁸³, nenhum penalista tem defendido de forma abrangente a visão de que a tese do determinismo causal é provavelmente verdadeira e que ela é incompatível com o livre-arbítrio e a responsabilidade moral. Esta parte procura explicar, com mais detalhes, a forma como estes e outros penalistas têm abordado o problema do livre-arbítrio.

3.1 O LIBERTARISMO INSPIRADO EM CHOMSKY DE GEORGE FLETCHER

George Fletcher, o distinguido estudioso de Direito Penal, bravamente enfrentou o problema do livre-arbítrio em seu livro recém-publicado, “Gramática do Direito Penal”¹⁸⁴. O problema é discutido no contexto da análise acerca da natureza e escopo do Direito Penal na exigência de ação.¹⁸⁵ De acordo com o teórico, a relevância do livre-arbítrio para o Direito Penal é que a conduta satisfaz a exigência de ação se, e somente se, é o produto do esforço ou determinação do autor.¹⁸⁶ Como corretamente aponta Fletcher, é difícil defender essa forma de interpretação da exigência de ação se a tese do determinismo causal acaba

¹⁸¹ Cfr. notas de rodapé n. 132-143 *supra*, p. 29-30.

¹⁸² Cfr. notas de rodapé n. 154-174 *supra*, p. 33-34.

¹⁸³ Cfr. notas de rodapé n.142-154 *supra*, p. 31 e 32.

¹⁸⁴ Veja FLETCHER, George P. **The Grammar of criminal law...** *Op. cit.*, p. 273-281.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 266-297.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 273.

por se revelar verdadeira.¹⁸⁷ Fletcher parece estar muito preocupado com esse problema, uma vez que a conduta não é realmente o produto do esforço ou da determinação do autor se ela não decorreu do que aconteceu no passado, em combinação com o funcionamento das leis naturais. Portanto, Fletcher parece acreditar que a responsabilidade penal é incompatível com o determinismo causal. Assim, ele tenta resolver o problema do livre-arbítrio, argumentando que a tese do determinismo causal é falsa, pelo menos na medida em que pretende explicar o funcionamento interno do comportamento humano.¹⁸⁸

O estudioso desenvolve dois argumentos que ele acredita minar a tese do determinismo causal. Em primeiro lugar, contando com a teoria da linguagem de Noam Chomsky, Fletcher argumenta que o número de frases que expressamos em linguagem natural é infinito.¹⁸⁹ Isso o leva a concluir que o ser humano não pode ser pré-determinado ou programado para inventar e compreender frases novas, visto que é infinito o número de frases que poderiam ser inventadas e, assim, não pode ser determinado ou programado *ex ante*¹⁹⁰. O segundo fundamento de Fletcher é baseado no famoso argumento do quarto chinês de John Searle.¹⁹¹ O argumento do quarto chinês nos pede para imaginar uma pessoa, dentro de um quarto, com um conjunto de instruções em inglês, que lhe permitem responder coerentemente perguntas feitas a ela em chinês, embora ela não saiba ler nem compreender esse idioma¹⁹². Corretamente entendido, o argumento supostamente demonstra que os computadores que seguem algoritmos – assim como a pessoa dentro do quarto chinês – não podem compreender o significado das respostas que fornecem para os problemas que lhe são apresentados.¹⁹³ O teórico acredita que o argumento quarto chinês lança dúvidas sobre a plausibilidade da tese do determinismo causal, porque mostra que não é possível determinar de antemão se os seres humanos entendem o significado da linguagem, pois Searle demonstra que nenhum computador pode ser programado com antecedência para conseguir essa façanha.¹⁹⁴ Isso leva Fletcher a concluir que os seres

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 275.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 278. Embora Fletcher nunca afirme expressamente que ele é um “incompatibilista”, ele defende o que ele chama de uma posição “antideterminista”, que, como o termo indica, sustenta que o determinismo é falso.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 278.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 279.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 279. Para a abordagem do próprio Searle sobre o argumento sala chinesa, veja SEARLE, John R. *Minds brains and programs*. **The Behavioral and Brain Sciences**, Cambridge, v. 3, n. 3, p. 417-457, Sept. 1980.

¹⁹² FLETCHER, George P. **The Grammar of criminal law...** *Op. cit.*, p. 279.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

humanos são dotados de livre-arbítrio, porque a conduta humana não é programável, mas infinitamente variável e, portanto, não pode ser determinada causalmente.¹⁹⁵

3.2 O COMPATIBILISMO NO DIREITO PENAL

3.2.1 O Compatibilismo de Stephen Morse e de Michael Moore

Stephen Morse é um dos poucos, entre um número limitado de penalistas, que abordou seriamente o problema do livre-arbítrio. Suas opiniões têm se revelado bastante influentes entre os doutrinadores penais. Morse, ao contrário de Fletcher, acredita que o determinismo causal não ameaça o livre-arbítrio e a responsabilização criminal¹⁹⁶. Morse também discorda de Fletcher no que se refere à plausibilidade da tese do determinismo causal. Enquanto Fletcher acredita que a tese do determinismo causal provavelmente seja falsa, para Morse o determinismo causal é provavelmente verdadeiro.¹⁹⁷ No entanto, Morse afirma que o tipo de livre-arbítrio que é essencial para a responsabilidade moral é compatível com determinismo.¹⁹⁸ Assim, Morse defende uma perspectiva de compatibilista do livre-arbítrio. Além disso, Morse argumenta que a maioria das doutrinas penais atualmente em vigor pode ser reformulada em termos compatibilistas sem causar grandes mudanças na jurisprudência penal.¹⁹⁹

A visão compatibilista de Morse se assemelha muito à defendida pelo filósofo Daniel Dennett. Este argumenta que o tipo de liberdade que sustenta as nossas práticas de culpar consiste na capacidade de dar razões a favor e contra a prática de determinada conduta.²⁰⁰ No mesmo sentido, Morse sugere que a liberdade que é exigida pela responsabilidade moral

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ Veja, por exemplo, MORSE, Stephen J. Determinism and the death of folk psychology: two challenges to responsibility from neuroscience. **Minnesota Journal of Law Science & Technology**, Minneapolis, Minn., v. 9, n. 1, p. 14, 2008.

¹⁹⁷ MORSE, Stephen J. Criminal responsibility and the disappearing person. **Cardozo Law Review**, New York, v. 28, n. 6, p. 2545, 2551, 2007 (afirmando que “os penalistas devem aceitar com firmeza que vivemos em um universo causal – que as pessoas são parte aquele natural universo causal – e considerar o que decorre dessas verdades”).

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 2552-2553.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 2551-2553.

²⁰⁰ DENNETT, Daniel C. **Freedom evolves...** *Op. cit.*, p. 251. A liberdade que nos diferencia dos animais não humanos é a capacidade de “exercer a prática de pedir, e dar, razões”.

“depende principalmente da capacidade geral do agente de entender e ser guiado pela razão”.²⁰¹ Por isso, Morse acredita que um agente é moralmente responsável por suas escolhas, desde que ele tenha a capacidade de ser guiado pela razão. Por outro lado, considera que um ator não é responsável se a sua capacidade de ser guiado por razões é diminuída ou inexistente.²⁰² De acordo com Morse, a vantagem de sua perspectiva é que ela nos permite continuar considerando as pessoas como moralmente responsáveis por suas condutas, mesmo se a tese determinista se revele verdadeira. O fato de que tudo o que acontece no universo é causalmente determinado não acarreta a rejeição da capacidade exclusivamente humana de meditar racionalmente sobre nossas escolhas e planejar a nossa conduta de acordo com elas. Assim, Morse sugere que o tipo de considerações que sustentam a sua concepção de livre-arbítrio não é afetado pela possível verdade do determinismo.²⁰³

Assim como Stephen Morse, o distinguido penalista Michael Moore acredita que o tipo de livre arbítrio que sustenta os nossos juízos de elogio e culpa é compatível com o determinismo.²⁰⁴ Moore começa sua defesa do compatibilismo, salientando que – ao contrário do que têm defendido alguns penalistas – os atores devem ser responsabilizados por suas condutas, mesmo que elas tenham sido causadas por fatores que os agentes não controlam.²⁰⁵ Assim, ele sugere que a responsabilidade não dependa de se estar livre de processos causais.²⁰⁶ Ao invés disso, ele argumenta que devemos exculpar determinada conduta sempre que ela for realizada sob compulsão.²⁰⁷

A compulsão difere da causalidade, pois a compulsão interfere na capacidade de fazer o que é exigido pela razão e pela moral, ao passo que a causalidade produz conduta sem interferir na capacidade de razão prática do ator²⁰⁸. A compulsão pode ser interna, como a compulsão de um esquizofrênico de matar sua filha, a fim de satisfazer a vontade das vozes que ouve em sua cabeça. Ou pode ser externa, como quando um ator se sente compelido a cumprir as exigências ilegais de um assaltante empunhando arma, a fim de

²⁰¹ MORSE, Stephen J. Reason, results, and criminal responsibility. **University of Illinois Law Review**, Illinois, Il., v. 2004, n. 2, 2004. p. 441.

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ *Ibidem*, p. 439.

²⁰⁴ MOORE, Michael S. Causation and the excuses... *Op. cit.*, p. 1140 (afirmando que “as pessoas podem exercer a sua vontade, mesmo que suas ações sejam causadas”).

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ *Ibidem*.

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 1129-1130.

manter-se livre de qualquer mal. Moore, em seguida, sugere que os atores são moralmente responsáveis por seus atos, desde que estes não sejam produtos de compulsão, mesmo quando as causas dos atos decorrem de forças que o agente não consegue controlar.²⁰⁹ À primeira vista, essa perspectiva de responsabilidade moral é compatível com a verdade do determinismo causal, porque a responsabilidade dependeria da ausência de coerção e não na ausência de nexo de causalidade.

Embora Moore coloque muita ênfase na distinção entre causação e compulsão, ele reconhece que a distinção não é por si só suficiente para refutar a tese de que a responsabilidade moral é incompatível com o determinismo. Mais especificamente, Moore admite que há uma forte intuição de que um ator é responsável apenas se ele poderia ter agido de outra forma e que a verdade do determinismo causal põe em xeque a tese de que os seres humanos realmente têm essa capacidade.²¹⁰ A resposta de Moore a essa objeção empresta muito da perspectiva compatibilista de Strawson das *atitudes reativas*²¹¹. Moore concorda com o argumento de Strawson de que as atitudes reativas, como a culpa, o elogio, o ressentimento e a gratidão, são uma parte essencial da experiência humana.²¹² Essas atitudes são tão essenciais para as nossas vidas que dão sentido para a maioria das nossas relações interpessoais valiosas, incluindo aquelas que temos com nossos filhos e amigos.²¹³ Além disso, Moore acredita que as atitudes reativas desempenham um papel importante na orientação de nosso comportamento.²¹⁴ Assim, abandonar tais atitudes seria como falsificar grande parte da nossa vida moral. De tal maneira, Moore afirma que não devemos renunciar ao tipo de livre-arbítrio que faz experimentar essas atitudes possíveis, mesmo que, no fim das contas, a tese do determinismo causal resulte verdadeira.²¹⁵

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 1132.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 1141 (afirmando que “mesmo depois de as confusões conceituais serem limpas, o teórico causal tem um argumento moral: se uma pessoa não podia deixar de fazer o que ela fez, ela não é moralmente responsável por isso. Isso é verdade mesmo se o seu comportamento tenha sido uma ação, e uma ação não cobertas por desculpas morais tradicionais”).

²¹¹ Cfr. notas de rodapé n. 167-173 *supra*, p. 34 e 35.

²¹² MOORE, Michael S. Causation and the excuses... *Op. cit.*, p. 1144.

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ *Ibidem*.

3.2.2 O Compatibilismo no Direito Penal Continental

Assim como seus colegas anglo-americanos, muitos penalistas continentais reconhecem que a plausibilidade da tese do determinismo causal ameaça minar o tipo de liberdade que sustenta as teorias tradicionais de responsabilidade penal. Claus Roxin, um dos principais penalistas da Europa, acredita ter encontrado uma saída para o problema do livre-arbítrio. Roxin argumenta que um indivíduo age livremente – e é assim moral e criminalmente responsável – quando está em condições de compreender e levar em consideração as leis destinadas a regular sua conduta.²¹⁶ Além disso, ele menciona que devemos assumir – independentemente de prova – que o indivíduo que está em tal posição também é capaz de agir de acordo com os mandamentos da lei.²¹⁷ Isso, no entanto, não significa que Roxin defenda uma perspectiva não determinista da liberdade de vontade e responsabilidade.²¹⁸ Na verdade, Roxin acredita que a sua visão é compatível com perspectivas deterministas da conduta humana.²¹⁹ Mais especificamente, ele sugere que a indagação a respeito de os humanos serem capazes de agir de outra forma é irrelevante para a sua opinião sobre a liberdade e a responsabilidade, pois os agentes que são capazes de compreender e levar em consideração as leis destinadas a regular sua conduta devem ser tratados como se fossem livres para agir de outra forma, independentemente de se são realmente capazes de fazê-lo.²²⁰ Assim, segundo Roxin, assumir que os seres humanos são dotados de liberdade de escolha entre cursos alternativos de ação é socialmente valioso, independentemente se a investigação epistemológica ou científica lançar dúvidas sobre se tal faculdade realmente existe.²²¹

Outra perspectiva compatibilista do livre-arbítrio, influente entre os teóricos criminais continentais, é desenvolvida por Gunther Jakobs. O argumento compatibilista de Jakobs compartilha diversas características importantes com o compatibilismo de Daniel Dennett. Jakobs, assim como Dennett, acredita que a utilidade de determinados conceitos depende da sua eficácia em explicar, compreender e prever o comportamento de um determinado sistema.²²² Mais especificamente, Jakobs argumenta que o livre-arbítrio é relevante para a

²¹⁶ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. 2nd ed. Madrid: Civitas, 2000.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 807-808.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 808.

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ *Ibidem*, p. 808-809.

²²² Assim, por exemplo, Dennett argumenta que há boas razões para tratar dois programas de xadrez que estão competindo entre si como “agentes” que são capazes de agir de maneiras diferentes e de abrigar “crenças” sobre o que o outro vai fazer. Temos boas razões para o fazer, porque esta é a melhor maneira

responsabilidade na medida em que é prático e útil para a lei e a sociedade pressupor que os seres humanos são livres de um modo especial de ser.²²³ Jakobs, em seguida, afirma que a liberdade de estar desvinculado de processos causais não é essencial para os nossos julgamentos sobre culpa e responsabilidade.²²⁴ No entanto, ele argumenta que estar livre de influências causais extraordinárias, como ameaças humanas sérias e defeitos mentais, é essencial para as nossas práticas de culpar e punir.²²⁵ Por isso, sugere que os julgamentos a respeito da responsabilidade moral são dependentes do agente estar livre de certas compulsões, mas não depende de ele estar livre de processos causais.²²⁶ De tal maneira, Jakobs conclui que o tipo de livre-arbítrio que é relevante para a responsabilidade moral não está ameaçado pela verdade do determinismo causal.²²⁷

3.3 POSTURAS AGNÓSTICAS EM RELAÇÃO AO PROBLEMA DO LIVRE-ARBÍTRIO EM DIREITO PENAL

Em um livro publicado recentemente, Larry Alexander parece rejeitar a solução compatibilista ao problema do livre-arbítrio em favor do que parece ser uma postura agnóstica em relação à questão. Mais especificamente, ele afirma que “o compatibilismo fornece apenas uma forma oca de responsabilidade moral, não a forma puro sangue que nossas atitudes reativas pressupõem”.²²⁸ O que Alexander considera particularmente preocupante a respeito do compatibilismo, defendido por estudiosos como Morse e Dennett, é que, se a tese determinista prevalece, aparentemente o que parece para o agente como uma “razão” para se engajar em um determinado ato, em realidade, é guiado

de entender o que está acontecendo quando os dois programas de xadrez se enfrentam. Se os programas de xadrez têm “verdadeiras” crenças ou se “realmente” são agentes, está fora de questão. O que importa é se eles são úteis para nós, em um sentido explicativo, para tratá-los como agentes que abrigam crenças sobre os outros. Ver em geral: DENNETT, Daniel C. **Freedom evolves...** *Op. cit.*, p. 81.

²²³ Ver, em geral: JAKOBS, Günther. Individuo y persona: sobre la imputación jurídicopenal y los resultados de la moderna investigación neurológica. In: ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **El Problema de la libertad de acción en el derecho penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2007. O autor afirma que há boas razões para os sistemas sociais, em geral, e sistemas jurídicos, em particular, suporem que os seres humanos possuem um certo grau de livre-arbítrio, mesmo que “verdadeiro” livre-arbítrio esteja descartado pelo determinismo.

²²⁴ *Ibidem*, p. 152.

²²⁵ *Ibidem*, p. 152-153.

²²⁶ *Ibidem*.

²²⁷ *Ibidem*.

²²⁸ ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler; MORSE, Stephen J. **Crime and culpability...** *Op. cit.*, p. 15.

por forças que o ator não pode controlar.²²⁹ Ele afirma: “somos incapazes de resolver”, o “quebra-cabeças do livre-arbítrio/determinismo” e que o espectro do determinismo “sempre seguirá insistentemente [nossas] práticas de manter as pessoas moralmente responsáveis”.²³⁰ No entanto, ele acredita que “nós não podemos nos imaginar dispensando” nossas práticas de culpar e punir.²³¹ Tendo em conta que não podemos viver sem essas práticas, ele conclui: “uma postura retributivista de pena não precisa resolver ou mesmo tomar partido a respeito da questão do livre-arbítrio”.²³² Alexander, em seguida, resume sua posição afirmando, de um modo um tanto quanto misterioso, que “nós não podemos [...] compreender as bases da responsabilidade moral”, porque “nem determinismo nem indeterminismo podem fornecer uma explicação satisfatória sobre a responsabilidade moral, sendo que, juntos, eles parecem esgotar todas as possibilidades”.²³³ No entanto, ele afirma que não podemos renunciar julgamentos sobre culpa e elogio porque “não podemos compreender a possibilidade de que nós não somos moralmente responsáveis”.²³⁴

Em seu livro sobre a filosofia do direito penal, Douglas Husak também parece adotar uma postura agnóstica com relação ao problema do livre-arbítrio. Lá, Husak argumenta que a essência da exigência ação não pode significar que um ator só deve ser responsabilizado por envolvimento em atos²³⁵. Husak sugere que a exigência da ação não pode defender esta proposição porque os agentes são rotineiramente responsabilizados por *não atos*, como omissões, e por certos estados de coisas, como a embriaguez pública.²³⁶ Por isso, ele afirma que a exigência de ação do direito penal realmente significa que não é justo responsabilizar alguém por atos, resultados ou estado de coisas que ele não pode controlar.²³⁷ Husak sustenta, assim, que o direito penal deve abandonar a exigência de ação em favor do que ele chama de *princípio de controle*²³⁸. Uma objeção óbvia ao princípio de controle de Husak é que se a tese determinista prevalece, um ator nunca será responsabilizado por qualquer coisa, uma vez que, em um mundo causalmente determinado, o comportamento humano é, em última análise, causado por fatores sobre os quais o indivíduo não tem

²²⁹ *Ibidem*.

²³⁰ *Ibidem*.

²³¹ *Ibidem*.

²³² *Ibidem*.

²³³ *Ibidem*, p. 15.

²³⁴ *Ibidem*.

²³⁵ HUSAK, Douglas N. Philosophy of criminal law... *Op. cit.*, p. 97-98.

²³⁶ *Ibidem*, p. 83-90.

²³⁷ *Ibidem*, p. 98.

²³⁸ *Ibidem*.

controle. Para ser justo, Husak reconhece esse problema em seu livro.²³⁹ No entanto, acaba descartando-o sob o argumento de que “embora talvez lamentavelmente seja dito pouco aqui” a respeito de como o determinismo pode prejudicar o princípio de controle, “eu espero que a noção de controle seja capaz de suportar o grande peso intuitivo que eu coloco sobre ela”.²⁴⁰

3.4 O INCOMPATIBILISMO DURO E A TEORIA PENAL

Por razões que permanecem obscuras, o incompatibilismo duro, até agora, teve pouca influência nos escritos dos penalistas contemporâneos. Só Michael Corrado aprovou expressamente a posição do incompatibilismo duro, muito embora ele ainda compreensivamente defenda sua posição contra os ataques lançados por compatibilistas e libertaristas.²⁴¹ Além dele, há, ainda, um número limitado de penalistas que sustentam uma perspectiva particular de exculpação, influenciada por alguns dos argumentos que incompatibilistas duros frequentemente desenvolvem. Essa perspectiva é conhecida como a *teoria causal da exculpação*²⁴². De acordo com essa teoria, o réu deve ser exculpado por praticar uma conduta ilícita se esta foi causada por fatores que estão fora do seu controle.²⁴³ Essa visão decorre de duas intuições mais profundas: primeiro, ela supõe que é intuitivamente injusto culpar alguém por atos que não “competem ao autor”; segundo, supõe que é injusto culpar um ator pelo cometimento de um determinado ato, se ele não tinha capacidade para agir de outra forma.

Os defensores da teoria causal da exculpação têm dificuldades em aceitar as implicações que o determinismo causal teria para sua teoria. Como já foi mencionado, a veracidade da tese do determinismo causal significa que a conduta humana é causada pela

²³⁹ *Ibidem*, p. 98 (afirmando que “não debato a relevância [do problema do livre-arbítrio] para a teoria do Direito Penal revisada incluir o princípio de controle”).

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ Ver, por exemplo, CORRADO, Michael L. The Abolition of punishment. **Suffolk University Law Review**, Boston, MA, v. 35, n. 20, 2001, p. 257, 265. “[S]e você aceita a plausibilidade do determinismo, então você provavelmente deve rejeitar a noção de base teológica de responsabilidade moral” e que “a ideia de responsabilidade moral, sobre a qual é baseada o merecimento, requer verdadeira liberdade metafísica” e que “tal liberdade é incompatível com a visão mais plausível do mundo”.

²⁴² Para uma visão geral da teoria causal da exculpação, consulte KAYE, Anders. Resurrecting the causal theory of the excuses. **Nebraska Law Review**, Lincoln, NE, v. 83, n. 4, p. 1116, 2005.

²⁴³ *Ibidem*, p. 1120.

combinação de leis naturais e fenômenos que ocorreram no passado.²⁴⁴ Os seres humanos não têm controle, nem sobre as leis naturais, nem sobre o passado. Portanto, a veracidade do determinismo causal, inevitavelmente, levaria à conclusão de que a conduta humana é produto de fatores sobre os quais os seres humanos não têm controle. Tendo em conta que os defensores da teoria causal da exculpação acreditam que as condutas causadas por fatores que o ator não pode controlar não devem ser punidas, pois a prevalência do determinismo causal os levaria a rejeitar o livre-arbítrio e com ele a prática de culpar as pessoas por seus atos lesivos.²⁴⁵ Teóricos causais têm resistido às implicações de tal argumento. A maioria, assim como Anders Kaye, o faz por se recusar a aceitar plenamente a tese do determinismo causal.²⁴⁶ A posição de Kaye é inspirada, pelo menos em parte, pela plausibilidade de determinadas perspectivas libertaristas do comportamento humano²⁴⁷ e, portanto, sua abordagem sobre o determinismo parece ter uma marca do libertarismo envolta em roupagem (parcialmente) determinista.

4 O LABIRINTO DO LIVRE-ARBÍTRIO COMO UM IMPASSE DIALÉTICO E PARA ONDE NÓS VAMOS DAQUI

Como vimos, os filósofos e os penalistas apresentaram diferentes formas de lidar com o problema do livre-arbítrio. Ambos, libertaristas e incompatibilistas duros, acreditam que o determinismo causal é incompatível com o livre-arbítrio e a responsabilidade moral. Para os libertaristas, no entanto, os seres humanos são, de fato, dotados de livre-arbítrio, pois o comportamento humano pode ser vinculado até a processos não deterministas. Incompatibilistas duros, por outro lado, argumentam que os seres humanos não têm livre-arbítrio, nem responsabilidade moral, mesmo que a conduta humana seja produto de forças não deterministas. Compatibilistas não negam que o determinismo causal é plausível. No entanto, ao contrário dos incompatibilistas duros e libertaristas, argumentam que o livre-arbítrio é compatível com o determinismo. Embora cada um desses pontos de vista tenha alguns atributos interessantes, importantes objeções podem ser levantadas contra os três.

²⁴⁴ Veja FISCHER, John Martin et al. *Compatibilism...* *Op. cit.*, p. 44 e 54.

²⁴⁵ Esta é a objeção padrão para a teoria causal da exculpação. Vide, por exemplo, MOORE, Michael S. *Causation and the excuses...* *Op. cit.*, p. 1112.

²⁴⁶ Kaye defende o que ele chama de “determinismo seletivo”, que, por sua vez, é um tipo de determinismo parcial. KAYE, Anders. *Resurrecting the causal...* *Op. cit.*, p. 1134.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 1137.

O objetivo desta parte do artigo é examinar brevemente várias objeções a cada uma dessas teorias, a fim de avaliar o estado atual do debate sobre o livre-arbítrio e propor um caminho a seguir.

4.1 OS PROBLEMAS DO LIBERTARISMO

A perspectiva mais sofisticada do libertarismo é a defendida por Anders Kane que, à moda típica de um libertário, aceita que o livre-arbítrio é incompatível com o determinismo, mas rejeita a verdade do determinismo causal.²⁴⁸ O desafio, para Kane, é encontrar uma perspectiva cientificamente plausível do comportamento humano, que pode ser vinculada até os processos indeterministas.²⁴⁹ Embora a tentativa hercúlea de Kane para explicar a conduta humana – apelando para processos indeterministas da mecânica quântica no cérebro²⁵⁰ – seja criativa, ela levanta dois problemas sérios. Em primeiro lugar, os processos indeterministas que sustentam a mecânica quântica são aleatórios.²⁵¹ Isso é problemático porque seria estranho concluir que é legítimo responsabilizar moralmente um indivíduo por uma conduta que é, em última análise, produto de eventos aleatórios ou acidentais. Assim, a causalidade aleatória é tão ameaçadora para a liberdade de vontade e para a responsabilidade moral, quanto o é o determinismo.²⁵² Segundo, e talvez mais importante, simplesmente não há evidências científicas que sustentem a perspectiva de Kane da mecânica quântica no cérebro.

Como observa Henrik Walter, “até o momento não há nenhuma evidência empírica sólida de que fenômenos quânticos locais desempenham um papel nos neurônios, [enquanto que] há bons argumentos em contrário”.²⁵³

²⁴⁸ Cfr. notas de rodapé n. 133-140 *supra*, p. 30 e 31.

²⁴⁹ Isto é o que Kane chama de “a Inteligibilidade do Problema”. KANE, Robert. *Libertarianism... Op. cit.*, p. 9. O desafio colocado pela “a inteligibilidade do problema” requer do libertarista que “mostre que um livre-arbítrio libertarista, exigindo indeterminismo pode ser tornar-se inteligível, se, sobretudo, tal livre-arbítrio possa ser reconciliado com visões científicas modernas do cosmos e dos seres humanos.”

²⁵⁰ Cfr. notas de rodapé n. 135-141 *supra*, p. 30 e 31.

²⁵¹ Kane está ciente desse problema. Assim, ele reconhece que “eventos que são indeterminados, tais como saltos quânticos em átomos [...] acontecem por acaso”, e que é difícil compreender como eventos aleatórios podem fundamentar a uma conduta livre e responsável. KANE, Robert. *Libertarianism... Op. cit.*, p. 9.

²⁵² PEREBOOM, Derk. **Living without free will...** *Op. cit.*, p. 485.

²⁵³ WALTER, Henrik. *Neurophilosophy of free will: from libertarian illusions to a concept of natural anatomy* (2001) apud VARGAS, Manuel. *Revisionism*. In: FISCHER, John Martin et al. **Four views on free will**. Oxford: Blackwell, 2007. p. 126-164

O mais recente penalista a defender o libertarismo foi George Fletcher. Para Fletcher, a visão de Noam Chomsky, sustentando que nós comandamos um número infinito de frases em linguagem natural, demonstra que a conduta humana não é determinada causalmente.²⁵⁴ Mais especificamente, Fletcher argumenta que seria impossível programar um computador para criar expressões que o programador nunca ouviu antes e, portanto, é improvável que os seres humanos possam ser determinados a inventar novas palavras em uma linguagem.²⁵⁵ Entretanto, o uso por Fletcher de Chomsky, como seu garoto-propaganda para o indeterminismo, é particularmente estranho, porque outros filósofos invocam a teoria da linguagem de Chomsky justamente como um argumento em favor da chamada *teoria computacional da mente*²⁵⁶.

De acordo com a teoria computacional da mente, a melhor maneira de pensar sobre a mente humana é como um sistema de processamento de informação (ou seja, um computador)²⁵⁷, e a melhor maneira de pensar no conceito de pensamento é como um tipo de computação.²⁵⁸ A linguística de Chomsky dá credibilidade à teoria computacional da mente, porque – o que explica a variabilidade infinita de linguagem que Fletcher acha tão interessante – é justamente a capacidade humana de *recursão*²⁵⁹. Recursão nada mais é do que um tipo particular de cálculo, que consiste em tomar elementos discretos (por exemplo, frases), recombina-os de uma forma que podem, potencialmente, produzir infinitas combinações (frases infinitas, por exemplo).²⁶⁰ Claro, uma vez que a recursividade é um tipo de computação, não haveria nada de estranho se um computador suficientemente poderoso pudesse recombina um conjunto distinto de palavras e frases de uma maneira a produzir declarações infinitas. Portanto, em vez de demonstrar que a linguagem humana não pode ser o produto de computação ou

²⁵⁴ FLETCHER, George P. **The Grammar of criminal law...** *Op. cit.*, p. 278.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 279.

²⁵⁶ Ver, por exemplo, GALLISTEL, Charles R. Learning organs. In: BRICMONT, Jean; FRANCK, Julie. **Chomsky Notebook**. New York: Columbia University, 2009 p. 193-202 (afirmando que “a atividade comportamentalmente relevante do cérebro que pode ser entendida em termos computacionais é a teoria computacional da mente, que é o cerne de ciência cognitiva contemporânea” e que “o trabalho de Chomsky fez muito para estabelecer essa estrutura conceitual, em que a atividade do cérebro é concebida em termos computacionais”).

²⁵⁷ *Ibidem*.

²⁵⁸ KUCZYNSKI, John-Michael. **Conceptual atomism and the computational theory of mind**. a defense of content-internalism and semantic externalism. Amsterdam, Philadelphia: J. Benjamins, 2007 (afirmando que, de acordo com a teoria computacional da mente, “pensar é ‘computação’”).

²⁵⁹ COOK, Vivian James; NEWSON, Mark. **Chomsky’s universal grammar: an introduction**. 2nd ed. Malden, MA: Blackwell, 1997.

²⁶⁰ HULST, Harry van der (Ed.). RE-recursion and human language. In: _____. **Studies in generative grammar**, Berlin, New York: De Gruyter, 2010, p. xv-xvi.

de algum programa de algoritmos, a linguística de Chomsky tende a demonstrar que a capacidade humana para a linguagem pode ser reduzida a um conjunto distinto de regras que operam de forma recursiva para criar uma quantidade infinita de enunciados. De tal maneira, ao contrário do que sugere Fletcher, a teoria da linguagem de Chomsky reforça a tese do determinismo causal ao invés de comprometê-la.

Segundo Fletcher, o argumento do quarto chinês de John Searle demonstra que a conduta humana provável não é causalmente determinada.²⁶¹ Fletcher argumenta que “se os usos da linguagem fossem determinados por algoritmos no cérebro”, iríamos nos comportar da mesma maneira como o indivíduo dentro do quarto chinês e seríamos, portanto, incapazes de entender o que estamos dizendo.²⁶² Considerando que entendemos claramente o que estamos dizendo, segue-se que não estamos determinados a agir por meio de algoritmos no cérebro. A principal objeção ao uso de Fletcher do argumento do quarto chinês, como um veículo para demonstrar a falsidade do determinismo, é que o argumento de Searle não é projetado para demonstrar que a conduta humana não é causalmente determinada. Searle desenvolveu o argumento a fim de mostrar que os computadores, ao contrário dos humanos, não são capazes de entender o significado.²⁶³ Mesmo se essa conclusão fosse aceita²⁶⁴, não decorre desse fato que os seres humanos não são os computadores, que a conduta humana não é causalmente determinada. A falha básica no argumento de Fletcher é que ele incorretamente supõe que todos os seres causalmente determinados assumiriam a forma de um computador. Assim, como Stephen Morse corretamente aponta o argumento de Fletcher, que em última análise falha porque

[c] computadores não são os únicos mecanismos deterministas sobre a terra, e Fletcher não consegue enfrentar a possibilidade de que os programas de computador não podem simular plenamente a capacidade da seleção natural de desenvolver formas novas, não misteriosas e deterministas, tais como os cérebros são capazes de compreender o significado.²⁶⁵

²⁶¹ FLETCHER, George P. **The Grammar of criminal law...** *Op. cit.*, p. 279; ver também notas de rodapé 192-193 *supra*, p. 38.

²⁶² *Ibidem*.

²⁶³ Cfr. notas de rodapé n. 191-196 *supra*, p. 3.

²⁶⁴ Muitos filósofos rejeitam a conclusão de Searle. Ver, por exemplo, DENNETT, Daniel C. **The Intentional stance**, Cambridge, Mass: MIT, 1996. p. 323-326.

²⁶⁵ MORSE, Stephen. Criminal responsibility and... *Op. cit.*, p. 2550.

4.2 OS PROBLEMAS DO COMPATIBILISMO

4.2.1 Objeções Básicas aos Modelos das Perspectivas do “Compatibilismo em Rede” e de “Atitudes Reativas”

Frankfurt afirma que o tipo de livre-arbítrio que sustenta nossos juízos de culpa e elogio exige apenas que haja uma adequada *rede* ou ligação entre certas inclinações e desejos do ator.²⁶⁶ Mais especificamente, Frankfurt sugere que um ator age livremente se sua primeira e segunda ordens de volições são conectadas de modo correto (ou seja, o ator deseja desejar comer o cheesecake veludo vermelho).²⁶⁷ Esta solução é elegante, pois permite a possibilidade de livre-arbítrio e responsabilidade moral, mesmo se resulta que nós somos causalmente determinados a agir de determinada maneira (para comer o cheesecake veludo vermelho, por exemplo). O problema com a solução de Frankfurt é que o determinismo causal ameaça não só o controle que os seres humanos têm sobre suas ações, mas também o controle que eles têm sobre seus motivos, intenções e desejos.²⁶⁸ Assim, se a tese do determinismo causal é verdadeira, decorre daí que a interação entre o passado e as leis naturais não só determina a nossa conduta, como também os nossos desejos. Considerando que não temos controle sobre o passado e nem sobre as leis naturais, resulta que, caso prevaleça a tese determinista, faltaria-nos controle tanto sobre a primeira, quanto sobre a segunda e inúmeras outras volições. Uma vez aceito que, em um universo causalmente determinado, nos falta controle tanto sobre nossa conduta, quanto sobre nossas volições, é difícil ver por que as volições do ator o tornam responsável, em um sentido robusto, pelo que ele faz. De tal maneira, as perspectivas do compatibilismo em rede, como a de Frankfurt, não parecem fornecer o tipo de livre arbítrio que fundamenta julgamentos

²⁶⁶ Cfr. notas de rodapé n. 164-167 *supra*, p. 33 e 34.

²⁶⁷ Cfr. notas de rodapé n. 159-165 *supra*, p. 33 e 34.

²⁶⁸ Os filósofos chamam isso de *responsabilidade última (RU)* objeção. Veja KANE, Robert. **The Significance of free will**, 1996. De acordo com a RU, os agentes genuinamente responsáveis “devem não apenas ser as fontes de suas ações, mas também da vontade de executar as ações” *Ibidem*. De tal maneira, RU consideraria que um agente não é responsável por seus atos meramente porque ele desejava a desejar que fez. Esses agentes só seriam livre se eles fossem as fontes de sua primeira e segunda ordem volições. Se, por outro lado, os atores não são as principais fontes de suas primeira, segunda e outras ordens, eles não são responsáveis por seus atos. O determinismo causal parece implicar que tudo o que acontece no universo, incluindo os desejos humanos e motivações é o produto da convergência do passado e de leis naturais. Assim, parece que o que produz volições humanas é algo fora do controle do agente. Portanto, RU levaria à rejeição de responsabilidade nos tipos de casos de Frankfurt.

de responsabilidade moral. Uma vez que a responsabilidade de um agente parece ser um produto não só de sua capacidade de agir de outra forma, mas também de sua capacidade de desejar de outra forma, essas duas capacidades são ameaçadas pelo determinismo.

Strawson tenta evitar objeções à perspectiva em rede do compatibilismo com a seguinte proposição: devemos supor que os seres humanos são dotados de livre-arbítrio, independentemente da verdade do determinismo, porque não fazê-lo levaria a abandonar muitas atitudes reativas (remorso, ressentimento, culpa, elogios, amor etc.) que são essenciais para as relações interpessoais saudáveis.²⁶⁹ O argumento de Strawson é, portanto, mais normativo do que metafísico.²⁷⁰ Em última análise, a sua reivindicação não é no sentido de que realmente temos uma coisa como livre-arbítrio, mas sim de que a vida humana e social é mais atraente se assumirmos que temos livre-arbítrio, independentemente de se nós realmente o temos.²⁷¹ Certamente, Strawson está certo quando afirma que algumas atitudes reativas – como o tipo de culpa que sustenta as teorias da retribuição – teriam que ser descartadas se nos faltar liberdade de vontade. No entanto, não está claro se as atitudes reativas são realmente essenciais para as relações interpessoais. Mesmo que eles sejam, não está claro se, ao assumirmos que não temos livre-arbítrio, colocariam-se em risco as atitudes reativas que são mais essenciais à vida humana.

Como será discutido na quinta parte deste artigo, nós experimentamos muitas das atitudes reativas dos mais queridos, incluindo o amor, admiração e elogio, independentemente de acreditarmos que o ator que é amado, elogiado ou admirado seja dotado de livre-arbítrio.²⁷² Assim, a maioria de nós iria continuar amando nossos filhos, admirando os belos olhos violetas de Liz Taylor e elogiando Ussain Bolt pela execução de uma centena de metros em menos de 9,69 segundos, mesmo que nós acreditássemos que nossas crianças ainda não desenvolveram o tipo de caráter ou racionalidade que sustenta o livre-arbítrio, que Liz Taylor não tenha escolhido livremente ter olhos violetas e que a velocidade do incomum Ussain Bolt é mais um produto de seus genes do que de sua formação. É, portanto, incerto que Strawson tenha razão quando afirma que uma vida sem livre-arbítrio não é possível ou desejável.

²⁶⁹ Cfr. notas de rodapé n. 178-174 *supra*, p. 34 e 35.

²⁷⁰ PEREBOOM, Derk. Living without free will... *Op. cit.*, p. 148. Strawson monta uma defesa normativa de atitudes reativas, que deve ser mantida mesmo que determinismo causal prevaleça.

²⁷¹ STRAWSON, Peter. Freedom and resentment... *Op. cit.*, p. 55-56.

²⁷² PEREBOOM, Derk. **Living without free will**... *Op. cit.*, p. 483-487 (defendendo esta posição com força).

4.2.2 Os Problemas Com a Perspectiva Centrada na Razão do Compatibilismo (e do Semicompatibilismo)

Como vimos, semicompatibilistas, como John Martin Fischer, acreditam que o determinismo é incompatível com o livre-arbítrio, e, no entanto, compatível com a responsabilidade moral.²⁷³ Para Fischer, um agente é moralmente responsável se sua conduta puder ser guiada por motivos e se as razões que o levam à ação pertencem a ele e não a terceiros.²⁷⁴ As falhas da perspectiva de Fischer sobre a responsabilidade moral são semelhantes às falhas inerentes à perspectiva do compatibilismo em rede de Frankfurt. Se o determinismo causal é verdade, segue-se que tudo o que acontece no mundo – incluindo a conduta humana, os desejos humanos e a *responsividade humana* – às razões; é, então, causado por fatores sobre os quais não se tem controle.²⁷⁵ Não está claro se um agente deve ser responsabilizado ou elogiado por ter um comportamento que é o produto de um processo de deliberação de responsividade à razão, quando se supõe que o próprio processo de deliberação foi determinado por fatores sobre os quais o ator não tinha controle. É sensato argumentar que um ator é moralmente responsável por seus atos, se, e somente se, o processo de deliberação que causou sua conduta é oriundo do próprio agente, ao invés de decorrer de uma força causal sobre o qual o ator não tem controle.²⁷⁶ Em outras palavras, é razoável supor que um ator é moralmente responsável por sua conduta somente se ele estava no controle do processo deliberativo que o levou a agir. O determinismo implica que os atores não controlem os processos deliberativos que geram sua conduta. Assim, é possível argumentar que a questão de saber se o ator é de fato sensível às razões em um caso particular não tem o significado moral que Fischer atribui a ele, uma vez que o ator não controla o processo deliberativo.

Assim, Fischer e outros teóricos criminais compatibilistas acreditam que, se um ator tem a capacidade para a racionalidade, então ele também tem o tipo de livre-arbítrio que sustenta juízos de culpa e elogio.²⁷⁷ Estes argumentos podem ser criticados pelos mesmos motivos utilizados contra os argumentos semicompatibilistas de Fischer.²⁷⁸ Moore e Morse,

²⁷³ FISCHER, John Martin et al. *Compatibilism...* *Op. cit.*, p. 78-79.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 78-79.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 73-80.

²⁷⁶ KANE, Robert. **The significance...** *Op. cit.*, p. 73. Trata-se de uma discussão sobre o argumento da Responsabilidade Última.

²⁷⁷ MORSE, Stephen J. Reason, Results, and criminal responsibility... *Op. cit.*, p. 441.

²⁷⁸ ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler; MORSE, STEPHEN J. **Crime and culpability...** *Op. cit.*, p. 15 (afirmando que Larry Alexander acredita que o compatibilismo centrado na razão “parece que não responde à preocupação de que o que parece para um agente um motivo, ou uma razão com um particular peso negativo ou positivo, parece estar além do controle imediato do ator”.

no entanto, tentaram contornar essas objeções, lançando mão de um argumento *reductio ad absurdum*. Eles argumentam que se os seres humanos só podem ser responsabilizados por uma conduta que é produto de fatores que eles controlam. Como consequência, os seres humanos nunca poderão ser responsabilizados por qualquer coisa, uma vez que o determinismo causal implica que toda a conduta humana é um produto de forças que não se pode controlar.²⁷⁹ E ainda afirmam que seria intragável concluir que todos deveriam ser desculpados por suas transgressões.²⁸⁰ O problema com esse tipo de manobra é que como o compatibilismo de atitudes reativas de Strawson pressupõe que, se não temos capacidade para sermos considerados moralmente responsáveis por nossos atos, isso nos levaria a uma visão empobrecida da vida social, o que nos causaria “falsificar grande parte da nossa vida moral”.²⁸¹ Moore e Morse (e Strawson) expõem exageradamente o caso, porque (como argumentado anteriormente), não está claro que, ao assumir a falta de livre-arbítrio, desaguaríamos em um tipo de vida que não vale a pena viver. Além disso, aceitar que todos deveriam ser *exculpados* pela prática de delitos em um sentido retributivo, não implica necessariamente que ninguém deva ser *punido* ou *preso*. Como será discutido na sexta parte, há boas e consequentes razões para punir ou encarcerar as pessoas, mesmo que elas não *mereçam* sofrer no sentido de que Morse e Moore deixam implícito.

4.2.3 Os Problemas com as Perspectivas Pragmáticas e Funcionalistas do Compatibilismo

Daniel Dennett e Gunther Jakobs argumentam que é útil falar sobre conceitos como livre-arbítrio somente se isso nos ajudar a compreender melhor e explicar o comportamento de um particular ser ou entidade.²⁸² Assim, devemos abster-se de falar sobre o livre-arbítrio de formigas ou rochas, porque não há nada a ganhar em termos de poder explicativo e preditivo. No entanto, é perfeitamente sensato e racional falar sobre o livre-arbítrio dos seres humanos, porque isso nos ajuda a entender melhor as práticas sociais de culpa e punição e a maneira pela qual os seres humanos interagem uns com os outros.²⁸³ Essa abordagem sobre o livre-arbítrio e a responsabilidade moral vê o problema

²⁷⁹ MOORE, Michael S. Causation and the excuses... *Op. cit.*, p. 1112-1113.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 1113.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 1145.

²⁸² JAKOBS, Günther. Individuo y persona; ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler; MORSE, STEPHEN J. **Crime and culpability**... *Op. cit.*, p. 15.

²⁸³ Veja DENNETT, Daniel C. **Freedom evolves**... *Op. cit.*, p. 81.

do livre-arbítrio como um problema pragmático, que não deve ser ofuscado por perguntas metafísicas irrespondíveis, tais como se os seres humanos realmente têm livre-arbítrio. Em última análise, não é importante saber se os seres humanos têm livre-arbítrio metafísico; o que realmente importa é se existe algo a ganhar ao assumir que eles são, de fato, dotados de livre-arbítrio.²⁸⁴

O problema desse argumento é que muitas pessoas, em verdade, preocupam-se sobre se nós realmente temos a capacidade de controlar nossa conduta, bem como os desejos e as razões que moldam o nosso comportamento. Para aqueles que se preocupam com esse tipo de coisa, o determinismo ameaça minar o livre-arbítrio e a responsabilidade moral. Se seria eficiente ou pragmático ignorar tal questão, isso é irrelevante. Embora se possa ganhar algo com a adoção de uma abordagem pragmática para questões relacionadas com o livre-arbítrio, aqueles que acreditam que os julgamentos de culpa são injustos se os seres humanos não têm real acesso a possibilidades alternativas, isso não vai mudar as suas mentes, simplesmente porque seria eficiente presumir que eles têm a capacidade de escolher entre cursos alternativos de ação.

4.3 OS PROBLEMAS DO INCOMPATIBILISMO DURO

Muitos incompatibilistas duros acreditam que tanto o determinismo é verdadeiro, quanto que ele é incompatível com o livre-arbítrio e responsabilidade moral. Esse tipo de incompatibilismo duro pode ser contestado em duas frentes. Em primeiro lugar, não está claro se o determinismo causal explica totalmente o comportamento humano. É verdade que existem experimentos científicos que sugerem que a conduta humana é causalmente determinada por fatores sobre os quais não se têm controle²⁸⁵, mas também é verdade que essas experiências são limitadas em seu escopo e a forma precisa como a mente funciona ainda é muito desconhecida.²⁸⁶ Além disso, mesmo se ele fosse aceito por conta do argumento de que o determinismo é verdadeiro, é possível que o tipo de liberdade que é essencial para a responsabilidade moral seja compatível com uma compreensão determinista do universo e do comportamento humano. Se há, como muitos filósofos e juristas parecem acreditar, perspectivas da conduta humana que são compatíveis tanto com

²⁸⁴ DENNETT, Daniel C. **Elbow room**. Bradford: Bradford Book, 1984. p. 163-164. Supor que temos o livre-arbítrio e somos capazes de responsabilidade moral não deve depender de uma questão metafísica, mas de assumir liberdade e responsabilidade moral conecta, bem como alguns “desideratum sociais reconhecíveis”.

²⁸⁵ Vide, por exemplo, LIBET, Benjamin et al. Time of conscious... *Op. cit.*, p. 640.

²⁸⁶ DENNETT, Daniel C. **Freedom involves...** *Op. cit.*, p. 227-242. Crítica a experimentos como os de Libet.

o determinismo, quanto com atribuições de culpa e elogio, por quê sequestrar o edifício do livre-arbítrio sobre a qual nossas práticas de culpar e punir são construídas, simplesmente porque é coerente afirmar que o determinismo é incompatível com o livre-arbítrio e a responsabilidade moral? Afinal, como Stephen Morse sugere, podemos ter uma boa razão para rejeitar o incompatibilismo duro “[se] o compatibilismo é consistente com nossas práticas de responsabilidade e com sua centralidade, e [se] não existe, não pode haver qualquer razão teórica ou empírica incontroversa para rejeitá-las [...]”.²⁸⁷ Assim, embora “possa haver boas razões empíricas e normativas para reformar várias terias e práticas a respeito da responsabilidade [...] não há nenhuma razão metafísica sobre o livre-arbítrio para abandoná-las inteiramente”.²⁸⁸

4.4 O PROBLEMA DO LIVRE-ARBÍTRIO COMO UM IMPASSE DIALÉTICO

Esta breve pesquisa a respeito das soluções propostas para o problema e livre-arbítrio – e as objeções que podem ser levantadas contra as diferentes soluções – demonstra pelo menos três coisas. Em primeiro lugar, o determinismo causal ameaça minar o livre-arbítrio e os seus defensores (libertaristas), portanto, precisam desenvolver uma teoria que possa: ou explicar por que livre-arbítrio é compatível com o determinismo; ou por que a tese do determinismo é provavelmente falsa. Em segundo lugar, alguns teóricos (compatibilistas), de fato, propuseram teorias plausíveis que pretendem demonstrar como o livre-arbítrio e o determinismo podem coexistir, ao passo que outros (libertaristas) desenvolveram teorias plausíveis que explicam por que a tese do determinismo pode ser falsa. Em terceiro lugar, sérias objeções podem ser direcionadas tanto aos incompatibilistas (incluindo as teorias incompatibilistas libertárias e duras) quanto às soluções compatibilistas para o problema do livre-arbítrio. Desse modo, parece que o problema do livre-arbítrio tem a estrutura argumentativa, que John Martin Fischer chamou de *impasse dialético*²⁸⁹.

As sementes de um impasse dialético são plantadas sempre que alguém se coloca diante de uma afirmação controversa e defende seu argumento por “invocando um conjunto de exemplos (ou outras considerações)”, que demonstram que sua proposta deve ser aceita.²⁹⁰ O impasse dialético germina quando um oponente afirma, razoavelmente, que

²⁸⁷ MORSE, Stephen. Criminal responsibility and... *Op. cit.*, p. 2553.

²⁸⁸ *Ibidem*.

²⁸⁹ FISCHER, John Martin. **Our stories**... *Op. cit.*, p. 112-117.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 112-113.

é possível “abraçar todos os exemplos” (e outras considerações) utilizados no argumento do defensor, sem ter que aceitar a afirmação do proponente.²⁹¹ Assim, como Hillary Bok explica, chegamos a um impasse dialético.

quando nenhum argumento – embasado em apelos à linguagem comum, para a consideração de exemplos, ou às nossas intuições – consegue convencer os nossos adversários; e quando isso não decorre das limitações dos nossos adversários, mas do fato de que ambos os lados podem apelar para as intuições, com base em aparentes contraexemplos; e quando as invocações do uso ordinário dos termos em questão são razoáveis.²⁹²

Uma vez que a noção de um impasse dialético é compreendida, é fácil ver por que o problema do livre-arbítrio apresenta uma *assinatura estrutural* de tais impasses argumentativos.²⁹³ Os libertaristas e incompatibilistas duros compartilham a intuição de que um agente não tem o livre-arbítrio exigido para a responsabilidade moral e que o determinismo implica que os seres humanos não têm controle sobre suas ações. Por sua vez, os compatibilistas respondem em uma das seguintes duas maneiras: alguns oferecem a intuição concorrente de que, em muitos casos, a responsabilidade moral é fundamentada em algo diferente da capacidade de controlar ações, como a ligação adequada entre a primeira e segunda ordem de volições do ator²⁹⁴; outros argumentam que, mesmo se a tese do determinismo prevaleça, os seres humanos podem agir de outra forma, uma vez que qualquer agente poderia agir de outra forma, se ele quisesse, porque, mesmo que o determinismo seja verdadeiro, os desejos de um ator exercem sim força causal sobre sua conduta.²⁹⁵ Portanto, como Hillary Bok aponta,

ambos [incompatibilistas] e compatibilistas desenham sobre importantes características do nosso conceito comum de liberdade, ambos estão tentando aplicar esse conceito aos casos em que as condições de sua aplicação direta estão ausentes, ambos projetam esse conceito de modo que não é, de modo algum, irracional ou ilegítimo, e ambos podem reunir real apoio intuitivo para as suas opiniões.²⁹⁶

²⁹¹ *Ibidem.*

²⁹² BOK, Hilary. **Freedom and responsibility**. Princeton: Princeton University, 1998.

²⁹³ FISCHER, John Martin. **Our stories...** *Op. cit.*, p. 116.

²⁹⁴ FRANKFURT, Harry G. Freedom of the will... *Op. cit.* p. 81-95.

²⁹⁵ Para um levantamento das diferentes tentativas de justificar visualizações compatibilistas de livre-arbítrio com base nesta concepção a respeito do que significa ser capaz de agir de outra forma, ver BEROFKY, Bernard. *Ifs, cans and free will: the issues*. In: KANE, Robert (Ed.). **The Oxford handbook of free wil**. New York: Oxford University, 2002. p. 181, 188-195.

²⁹⁶ BOK, Hilary. **Freedom and responsibility...** *Op. cit.* p. 99.

Consequentemente, o problema do livre-arbítrio se apresenta como um verdadeiro impasse dialético, uma vez que

nenhum apelo para o nosso conceito comum de liberdade, ou para as maneiras pelas quais nós normalmente o aplicamos, vai resolver a questão [entre incompatibilistas e compatibilistas], uma vez que esse conceito apoia ambos os pontos de vista e não nos dá motivos decisivos para rejeitar qualquer um deles.²⁹⁷ E o mais importante: se o problema do livre-arbítrio realmente gera este impasse dialético, incompatibilistas e compatibilistas devem concordar que ambas as soluções para o problema do livre-arbítrio tem algo a ser dito para eles [e] pode ser utilmente empregado em várias circunstâncias²⁹⁸.

Eles também deveriam concordar que provavelmente nenhuma das propostas “será estabelecida com base em argumentos a respeito [do que os termos normalmente significam], por meio do apelo ao nosso conceito ordinário de liberdade ou às nossas intuições”.²⁹⁹

4.5 A SAÍDA PARA O IMPASSE DIALÉTICO CAUSADO PELO PROBLEMA DO LIVRE-ARBÍTRIO

O que deveriam fazer os estudiosos penalistas à luz deste impasse dialético? Poderiam levantar as mãos em desespero e sinceramente reconhecer – como fez Larry Alexander – que o problema do livre-arbítrio é intratável e que “somos incapazes de resolvê-lo”.³⁰⁰ Isso me parece ser a maneira equivocada de responder a um impasse dialético. Como John Martin Fischer persuasivamente argumentou, esses impasses não devem desembocar em “desespero filosófico”, nem devem “redundar na conclusão de que somos incapazes de fazer qualquer progresso filosófico ou chegar a quaisquer conclusões filosóficas úteis”.³⁰¹ Quando confrontados com estes impasses, devemos

[...] abandonar a tentativa de convencer os nossos adversários de que intuições, exemplos ou linguagem comum favorecem decisivamente nosso ponto de vista, não só porque tais argumentos não insusceptíveis de convencê-los, mas porque o fato de que chegamos a um verdadeiro impasse dialético mostra que esses argumentos são ineficientes.³⁰²

²⁹⁷ *Ibidem.*

²⁹⁸ *Ibidem.*

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 100.

³⁰⁰ ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler; MORSE, STEPHEN J. **Crime and culpability...** *Op. cit.*, p. 15.

³⁰¹ FISCHER, John Martin. **Our stories...** *Op. cit.*, p. 116.

³⁰² BOK, Hilary. **Freedom and responsibility...** *Op. cit.*, p. 99.

E nós devemos “admitir que existem várias formas aparentemente legítimas” de resolver o problema e que cada uma destas soluções é *prima facie* plausível.³⁰³ Uma vez fazendo isso, devemos parar de nos concentrar na questão sobre se o livre-arbítrio *realmente, na verdade*, significa isto ou aquilo, ou se a responsabilidade moral *pressupõe* ou *não* o acesso a possibilidades alternativas. Ao contrário, devemos nos perguntar se temos melhores razões normativas para a adoção da perspectiva compatibilista ao invés da incompatibilistas, e vice-versa.

Em outras palavras, a melhor maneira de sair do impasse dialético não é avaliando qual das perspectivas concorrentes sobre o livre-arbítrio está mais próxima da verdade metafísica sobre o tema (porque nós simplesmente não sabemos qual é a verdade sobre este assunto), mas sim considerando a questão normativa relacionada com cada uma destas concepções concorrentes de liberdade e responsabilidade moral, indagando qual delas produz, em geral, uma vida mais atraente e, em particular, uma lei penal mais desejável.

5 POR QUE VIVER SEM O LIVRE-ARBÍTRIO NÃO É TÃO RUIM QUANTO PARECE

Antes de decidir se há, para nós, boas razões normativas para acolher ou abandonar a ideia de livre-arbítrio, precisamos primeiro imaginar como seria um mundo sem livre-arbítrio. Será que queremos viver em tal mundo ou será que preferimos viver em um mundo no qual assumimos que os outros são dotados de livre-arbítrio? Para a maioria dos filósofos e penalistas que têm enfrentado a questão, a resposta parece óbvia. Uma vida sem livre-arbítrio é como um jardim sem flores. Considerar que os nossos companheiros seres humanos não têm livre-arbítrio, nem a capacidade para serem considerados moralmente responsáveis por seus atos, leva a uma visão empobrecida da vida humana.³⁰⁴ O objetivo desta parte do artigo é demonstrar que esta perspectiva tradicional do que seria um mundo sem livre-arbítrio está equivocada em várias e significativas formas. Parece que essas avaliações sombrias das consequências de assumir que não temos livre-arbítrio são movidas pelo desejo desesperado do filósofo de agarrar ao edifício do livre-arbítrio, que foi construído ao longo de milhares de anos. Em última análise, no entanto, esta parte do artigo afirma que o argumento normativo contra o livre-arbítrio é exagerado, que não há

³⁰³ *Ibidem*, p. 99-100.

³⁰⁴ Esta é a opinião defendida por Strawson e Michael Moore. Veja: STRAWSON, Peter. Freedom and resentment... *Op. cit.*; MOORE, Michael S. Causation and the excuses... *Op. cit.*, p. 1142, n. 138.

porque temer viver em um mundo sem livre-arbítrio, e que supor que os seres humanos não têm livre-arbítrio pode realmente ter consequências salutares em alguns casos.

5.1 A PROPOSTA TRADICIONAL: VIVER SEM LIVRE-ARBÍTRIO É TOTALMENTE DESINTERESSANTE

5.1.1 O Argumento Reativo de Strawson

Strawson argumenta que devemos assumir que os seres humanos são dotados de livre-arbítrio, porque fazer o contrário mina as atitudes reativas.³⁰⁵ Como discutido anteriormente, as atitudes reativas são atitudes importantes na definição e manutenção de nossas relações interpessoais e sociais.³⁰⁶ Para Strawson, uma vida vivida sem atitudes reativas é quase uma vida indigna de ser vivida.³⁰⁷ Afinal, como seria uma vida sem receber elogios por fazer o bem e sem culpar os outros por fazerem mal? Como seria uma vida sem ser capaz de amar aqueles que são bons para nós e de se ressentir contra aqueles que nos são maus? A resposta é clara para Strawson: viver uma vida assim é desagradável e deve ser evitado a todo custo.³⁰⁸ Se o preço de não ser vítima de uma vida que tal, é supor que temos livre-arbítrio ao invés de determinismo causal, que assim seja.

Strawson acredita que, ao supormos que não temos livre-arbítrio, colocamos em risco não só o gozo da vida individual, mas também o bem-estar da sociedade como um todo.³⁰⁹ Atitudes reativas são tidas como essenciais para justificar muitas práticas sociais. Talvez as práticas mais óbvias que sejam justificadas com base em certas atitudes reativas são práticas de culpar e punir.³¹⁰ As práticas religiosas também parecem estar amparadas por certas atitudes reativas. Julgamentos de culpa e elogio desempenham um papel essencial nas religiões judaico-cristãs. Por exemplo, para a tradição judaico-cristã, uma pessoa que

³⁰⁵ STRAWSON, Peter. Freedom and resentment... *Op. cit.*, p. 45-67.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 47-50.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 55-56.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 55-56.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 65 (“[A] consciência de variadas formas não nos deve impedir de reconhecer também que, na ausência de quaisquer formas dessas atitudes, é duvidoso se devemos ter qualquer coisa que nós possamos considerar inteligível como um sistema de relações humanas, enquanto sociedade humana”.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 48-51.

injustificadamente viola um dos Dez Mandamentos se comporta de maneira censurável. Julgamentos baseados no merecimento são, portanto, essenciais para a compreensão de certos aspectos básicos dessas religiões. Além disso, mesmo as práticas mais banais, como a concessão governamental de “bolsas de mérito” e reconhecimento público das realizações por meio de recompensas e prêmios, parecem perder sentido em um mundo sem livre-arbítrio. Afinal, se não há livre-arbítrio, qual é o sentido de se recompensar as pessoas por fazerem o que eles não poderiam se abster de fazer? Da mesma forma, se não há livre-arbítrio, qual é o sentido de culpar as pessoas por fazerem coisas que elas não poderiam ter feito de forma diferente? Strawson argumenta que essas práticas não teriam sentido se assumirmos que não há livre-arbítrio e isso, por sua vez, fornece-nos um argumento normativo contra as abordagens incompatibilistas duras a respeito do problema do livre-arbítrio.³¹¹

5.1.2 O Argumento da “Falsificação de Nossa Vida Moral” de Michael Moore

Michael Moore também avaliou as implicações normativas de assumir que os seres humanos não têm livre-arbítrio.³¹² Para ele, o problema em negar o livre-arbítrio é que isso é inconsistente com as nossas práticas de culpar e punir, elogiar e recompensar. Como Strawson, Moore afirma que as nossas práticas de culpar e elogiar são essenciais para a vida moral.³¹³ Sem pressupor que somos dotados com o tipo de liberdade que sustenta tais práticas, não poderíamos fazer as coisas que gostaríamos de fazer, tais como elogiar (ou culpar) Andy Warhol por imortalizar as latas Campbell Soup em uma obra de arte, ou, ainda, elogiar Michael Moore por escrever um excelente artigo sobre o livre-arbítrio.

Para Moore, é difícil imaginar como seriam as nossas práticas de elogiar e culpar se supormos que os seres humanos não têm livre-arbítrio, mesmo que pareça óbvio que ele acredita que tais práticas seriam muito menos interessantes se fôssemos fazer tal suposição. Enquanto Moore admite que os incompatibilistas duros podem adotar uma atitude de “aguentar firme” e sustentar que a maior parte de nossa experiência moral é falsa à luz da verdade do determinismo causal, ele acredita que temos boas razões para evitar essa atitude.³¹⁴ Moore propõe que a posição incompatibilista dura deva ser rejeitada, não

³¹¹ *Ibidem*, p. 62-66.

³¹² MOORE, Michael S. Causation and the excuses... *Op. cit.*, p. 1145.

³¹³ *Ibidem*, p. 1144-1145, 1148-1149.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 1145.

porque ela pode ser provada falsa, mas porque ela não pode ser provada verdadeira e ele se pergunta se as implicações de aceitar essa posição seria “falsificar grande parte da nossa vida moral”.³¹⁵ De tal maneira, Moore conclui que devemos rejeitar incompatibilismo duro e aceitar o compatibilismo.

5.1.3 As Atitudes que Devem ser Abandonadas em um Mundo Sem Livre-Arbítrio não são Essenciais para Manter Relações Saudáveis

Strawson provavelmente está certo quando afirma que algumas atitudes teriam de ser abandonadas em um mundo sem livre-arbítrio. Ele também tem razão quando afirma, junto com Moore, que já não faz sentido culpar legitimamente aqueles que se envolvem em delitos e elogiar aqueles que se envolvem em comportamentos moralmente elogiáveis. No entanto, Strawson exagera seu argumento quando sugere que viver sem tais atitudes é desagradável ou que a ausência de tais atitudes reativas é prejudicial para a vida social. Da mesma forma, Moore exagera quando propõe que a perda de certas atitudes, como a culpa, seria “falsificar grande parte da nossa vida moral”.³¹⁶ Enquanto Strawson e Moore argumentam que os sentimentos de culpa são saudáveis, tanto em escalas individuais quanto em escalas coletivas, há boas razões para acreditar no contrário. A culpa geralmente gera ressentimento e indignação, que, por sua vez, pode gerar um forte desejo de represália e uma busca implacável por vingança.³¹⁷ Enquanto, talvez, sentimentos de culpa não sejam criticáveis em si, há muitas boas razões para opor-se à represália e à vingança. A represália e a vingança são vistas como respostas “raivosas” contra o crime, porque são derivadas mais de uma “sede de sangue” do que de por uma consideração racional e cuidadosa dos prós e contras de se punir o indivíduo.³¹⁸ Assim, abandonando os sentimentos de culpa, pode-se chegar a uma sociedade menos vingativa e violenta, o que, evidentemente, seria uma evolução salutar.

Também é importante notar que muitos dos nossos relacionamentos mais gratificantes são totalmente desprovidos de sentimentos de culpa. A maioria das pessoas

³¹⁵ *Ibidem*.

³¹⁶ *Ibidem*.

³¹⁷ Culpa relaciona com o que Pereboom chama de “raiva moral”. PEREBOOM, Derk. Living without free will... *Op. cit*, p. 488. Este é o tipo de raiva “que é direcionada para alguém que se acredita ter feito algo de errado”. *Ibidem*, p. 488. Pereboom convincentemente argumenta que, embora a raiva moral às vezes seja útil, frequentemente “ela falha em contribuir para o bem-estar das pessoas contra quem [é] dirigida” e que a raiva moral “tende a danificar ou destruir os relacionamentos”. *Ibidem*, p. 488.

³¹⁸ FEINBERG, Joel. **Doing and deserving**: essays in the theory of responsibility, v. 69, n. 16, 1970. p. 103.

gosta de interagir com as crianças, apesar do fato de estas não poderem ser genuinamente culpadas ou elogiadas por fazerem o que fazem.³¹⁹ Não só isso, mas parece que nós valorizamos tais interações, pelo menos em parte, justamente porque podemos facilmente deixar para trás as transgressões cometidas por crianças, simplesmente pressupondo que elas não poderiam ter feito o contrário. Longe de reduzir o valor de nossas experiências com crianças, isso realmente nos permite desfrutar mais de nosso tempo com elas, pois nos sentimos livres para amar as crianças, sem julgá-las.

Da mesma forma, a maioria das pessoas apreciam seus animais de estimação, apesar de os animais serem claramente incapazes de ter livre-arbítrio, e, portanto, de serem verdadeiramente responsáveis por seus atos. Apesar disso, nós adoramos passar o tempo com os nossos cães e gatos e apreciamos muito as suas demonstrações de afeto e desconsideramos as suas transgressões, sem nos preocupar se eles podem efetivamente ser elogiados por rolar ao nosso lado ou acusados por morder a nossa perna. Assim, não há dúvidas, que esses são casos em que experimentar sentimentos “verdadeiros” de culpa e elogio não é um pré-requisito para ter relações satisfatórias e significativas com os outros. Tudo isso combinado com o fato de que os sentimentos de culpa podem (e muitas vezes o fazem) decair para sentimentos não saudáveis de represália e vingança, a conclusão de Strawson e Moore de que culpar é essencial para se ter uma vida digna de se viver, parece longe de ser convincente.

Há, naturalmente, certas atitudes que não podem ser abandonadas sem um golpe fatal para algumas das experiências mais queridas na vida humana. O exemplo óbvio é o amor. É difícil imaginar se um mundo que não é capaz de amar seria semelhante ao atual. Strawson parece sugerir que até mesmo os nossos sentimentos de amor estariam ameaçados caso assumíssemos que não temos livre-arbítrio.³²⁰ Mais uma vez, parece que Strawson exagera em seu argumento.

Como foi discutido anteriormente, nós amamos as crianças e animais de estimação, embora aceitemos que eles não têm livre-arbítrio.³²¹ Além disso, gostaríamos de continuar a amar nossos filhos mesmo que os cientistas demonstrem, sem sombra de dúvidas, que o nosso amor por eles é inteiramente programado em nossos cérebros. Da mesma forma,

³¹⁹ *Ibidem*, p. 486.

³²⁰ Strawson pergunta se pressupor que não temos livre-arbítrio ameaçaria as atitudes reativas mais básicas, incluindo “todos o amor recíproco adulto”. STRAWSON, Peter. Freedom and resentment... *Op. cit.*, p. 53.

³²¹ Para os fins deste artigo, pressupus que as crianças e os animais não humanos não têm livre-arbítrio.

gostaríamos de continuar a amar nossos pais, cônjuges e amigos, mesmo que alguém nos mostre que nós não escolhemos livremente amá-los ou que eles não escolheram livremente nos amar em troca.³²²

Sentimentos de admiração também são muito importantes para a experiência humana. Seria, de fato, uma vida sombria se ninguém jamais reconhecesse nossas realizações. Moore acredita que, assim como não há espaço para a culpa, não há espaço para o elogio em um mundo sem livre-arbítrio.³²³ Embora não esteja claro se devemos parar de elogiar as pessoas se assumirmos que não temos livre-arbítrio, é manifestamente claro que não precisamos parar de admirá-las.

Admiramos os olhos violeta de Liz Taylor – e ela, sem dúvida, gostava de tanta admiração – apesar de estarmos cientes de que ela não escolheu livremente a coloração de suas íris. Da mesma forma, nós admiramos a vencedora do prêmio Grammy, Adele, e sua incrível voz, apesar de sabermos que as suas habilidades vocais são inatas. Além disso, continuaríamos a admirar Ussain Bolt por ser a pessoa mais rápida do planeta e a elogiar Michael Moore por suas enormes contribuições para a teoria jurídica, mesmo que acreditemos que eles somente são capazes de fazer o que eles fazem porque tiveram a sorte de ter nascido com certos atributos físicos e intelectuais. Em suma, parece que muitas vezes buscamos admiração e que podemos admirar os seres humanos por suas características e atos, independentemente de eles terem a capacidade de controlar as suas características ou atos.

5.1.4 A Existência e Utilidade da Moralidade não é Ameaçada pela Assunção de que não Somos Dotados de Livre-Arbítrio

Outro argumento contra a posição incompatibilista dura é que sua adoção pode levar a evitar julgamentos morais. Esta é uma objeção importante. As regras morais são uma característica fundamental da vida social. Assim, uma teoria que leva à rejeição da moralidade falha, ao não dar sentido a uma faceta essencial de nossas vidas. Este argumento contra o incompatibilismo duro explora uma ligação percebida entre julgamentos sobre culpa e julgamentos sobre a moralidade. O ponto de partida do argumento é que, se os seres humanos não têm livre-arbítrio, não podem ser legitimamente responsabilizados por seus atos. O próximo passo é argumentar que os julgamentos sobre a moralidade do cometimento de determinados atos ficam desprovidos de sentido, caso seja aceita a

³²² PEREBOOM, Derk. Living without free will: the case for hard incompatibilism... *Op. cit.*, p. 486.

³²³ MOORE, Michael S. Causation and the excuses... *Op. cit.*, p. 1144-1145.

proposta de que as atribuições de culpa, por se envolver em tais atos, são injustificadas. Afinal, se não faz sentido culpar um agente para fazer o “X”, não haverá, também, sentido em concluir que o agente se comportava de forma imoral ao fazer “X”?

Em que pese seu apelo intuitivo, esse argumento deve ser rejeitado porque não faz a distinção entre duas regras muito diferentes. Mais especificamente, o argumento confunde normas que regem a atribuição de culpabilidade com regras que proíbem a conduta ilícita. Deixar de distinguir entre estes dois tipos de regras é problemático, uma vez que é possível ter delito sem culpabilidade. Um ato é ilícito se é proibido por um determinado sistema de normas (moral, legal, religioso e assim por diante).³²⁴ Por outro lado, um agente tem culpa se ele merece culpa em virtude da prática da conduta reconhecidamente ilícita.³²⁵ As regras fundamentais da moralidade (não matar, não roubar e assim por diante) são regras que proíbem injustiça ao invés de regras que medem a culpabilidade do ator. Julgamentos sobre a moralidade de cometer certas condutas são, portanto, independentes dos julgamentos sobre se um agente deve ser responsabilizado por cometer em um ato imoral.³²⁶ Um caso em que os julgamentos de delitos são divorciados de juízos de culpa, é o de assassinados cometidos por inimputáveis por doenças mentais, em que matar um ser humano inocente é considerado ilícito, ainda que, em última análise, se tenha exculpado o agente, por não ser justo culpá-lo pelo assassinato.³²⁷

A distinção entre injusto e culpabilidade também ajuda a dar sentido a certas características importantes do direito penal. Como qualquer estudante de Direito do primeiro ano sabe, as crianças e os loucos são responsabilizados por seus atos ilícitos, mesmo que a sua conduta não seja geralmente considerada censurável para os fins do direito penal.³²⁸ Portanto, na medida em direito penal está em causa, a ilicitude de determinadas condutas é determinada unicamente pelo fato de que o ato injustificadamente viola uma regra do sistema, independentemente da infração ser censurável.³²⁹ Lesar um

³²⁴ Ver, por exemplo, FLETCHER, George P. **The Grammar of criminal law...** *Op. cit.*, p. 30. O autor define delito como “a incompatibilidade do ato com a norma[...]”.

³²⁵ CHIESA, Luis E. *Duress, demanding heroism...* *Op. cit.*, p. 747-748.

³²⁶ Veja CHIESA, Luis E. Normative gaps in the criminal law: a reasons theory of wrongdoing. **New Criminal Law Review**, v. 10, n. 102, 2007, p. 113. FLETCHER, George. What is punishment imposed for? **Journal of Contemporary Legal Issues**, San Diego, Calif., v. 5, n. 101, 1994, p. 108-109. Discute-se a distinção entre delito e culpabilidade.

³²⁷ Por exemplo, FLETCHER, George P.; CHIESA, Luis E. Self-defense and the psychotic aggressor. In: ROBINSON, Paul H. et al. (Ed.). **Criminal law conversations**. Oxford: Oxford University, 2009. p. 371-372.

³²⁸ Veja-se, por exemplo, *Ellis v. Fixico*, 50 P.2D 162, 164 (Okla 1935). ESTADOS UNIDOS. Oklahoma Supreme Court. *Ellis v. Fixico*, 50 P.2D 162, 164, 1935. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/oklahoma/supreme-court/1935/29977.html>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

³²⁹ Por exemplo, SIMMONS, Kenneth W. The Crime/Tort Distinction: Legal Doctrine and Normative Perspectives. **Widener Law Journal**, v. 17, 2008. p. 722. Observam-se diferenças entre o direito penal e a responsabilidade civil, incluindo diferenças em relação à culpabilidade e tratamento de pessoas insanas e crianças.

ser humano inocente é moral e legalmente antijurídico, mesmo quando a pessoa que cause essa lesão seja menor ou insana. Uma vez que o significado independente da moral seja compreendido, fica claro por que a aceitação da perspectiva incompatibilista dura não leva à rejeição da moralidade. As regras fundamentais da moralidade proíbem o cometimento de condutas antijurídicas, mas têm pouco a dizer sobre como e quando os juízos de culpabilidade são legitimados. A posição incompatibilista dura está em tensão com a prática de culpar os outros por sua conduta, mas é compatível com a prática de proscrever a conduta antijurídica. Portanto, o incompatibilismo duro pode ser adotado sem o alijamento moralidade.

Uma objeção relacionada a esse posicionamento também deve ser confrontada. Podemos identificar normas coerentes de moralidade se assumirmos que não temos livre-arbítrio? Parece que podemos, pelo menos, se adotarmos uma abordagem consequencialista de moralidade.³³⁰ De acordo com o consequencialismo, o curso moralmente correto de uma conduta é aquele que maximiza boas consequências.³³¹ Nós adotamos regras consequencialistas a fim de influenciar o comportamento dos destinatários das normas legais.³³² Tendo em conta que os seres humanos são capazes de entender as regras morais, a sua conduta é susceptível de ser, de alguma forma, moldada pela existência de tais normas. É importante ressaltar que, para os nossos propósitos, os seres humanos possuem a capacidade de aprender e compreender as regras, mesmo que a tese do determinismo causal prevaleça e que ele seja considerado incompatível com o tipo de liberdade que sustenta nossos julgamentos sobre a responsabilidade moral. De tal maneira, enquanto o incompatibilista duro deve admitir que de sua posição minam os julgamentos sobre culpa e sobre a atribuição de responsabilidade moral, não está, de modo algum, comprometido com a aceitação de que sua perspectiva é incompatível com a existência ou potencial utilidade das regras morais.

³³⁰ A abordagem consequencialista paradigmático para a moralidade é o utilitarismo.

³³¹ Por exemplo, PETTIT, Philip; SLOTE, Michael. Satisficing consequentialism. **Proceedings of the Aristotelian Society**, v. 58, p. 139-165, 1981; 1984.

³³² Por exemplo, ROBINSON, Paul H. **Distributive Principles in Criminal Law**, n. 75, 2008; SHAW, William. The consequentialist perspective. In: LANDAU, Russ Shafer (Ed.). **Ethical theory: an anthology**. Malden: Blackwall, 2007. p. 463, 470.

5.1.5 Por que Pode ser Bom para Nós Pressupor que não Somos Dotados de Livre-arbítrio

Estas breves reflexões revelam que assumir que nos falta livre-arbítrio não drena a vida de todas as suas belezas e não nos priva de manter relações interpessoais saudáveis e enriquecedoras. Embora esta hipótese leve-nos a modificar alguns aspectos de nossas vidas, não há nenhuma razão para acreditar que essas modificações levariam a uma concepção totalmente desinteressante da vida. Pode até ser que o oposto seja verdadeiro. Talvez a nossa vida torne-se mais interessante ao assumirmos que os seres humanos não são dotados com o tipo de liberdade que os torna verdadeiramente responsáveis por seus atos. Por um lado, a adoção dessa atitude conduziria, inevitavelmente, à mais compaixão e compreensão para com aqueles que cometem transgressões contra nós. Se eu realmente acredito que a pessoa que roubou meu carro não é culpada pelo crime, então minhas reações à transgressão dessa pessoa provavelmente vão mudar a partir de um sentimento inicial de indignação e ressentimento, a sentimentos de compreensão e compaixão; afinal, essa pessoa não é mais culpável por seu ato do que as crianças pequenas o são pelas condutas delas ou, ainda, do que a natureza o é pelos desastres naturais. Supondo-se que os seres humanos não têm livre-arbítrio, é possível, assim, transformar-se a maioria dos sentimentos de ressentimento e indignação em sentimentos de compaixão e compreensão. Viver em um mundo sem livre-arbítrio pode muito bem vir a ser uma perspectiva muito interessante.

6 PUNINDO SEM LIVRE-ARBÍTRIO

Mesmo que seja possível viver uma vida plena sem o livre-arbítrio, podemos ainda ter um bom sistema de justiça criminal e em funcionamento sem livre-arbítrio? Mais uma vez, a resposta tradicionalmente aceita é que um sistema penal sem o livre-arbítrio provavelmente seja desinteressante. O ponto de partida para esse argumento é que abandonar o livre-arbítrio implica abandonar a culpa. Considerando que atribuir culpa é uma característica importante de nossas práticas atuais de punição, pode parecer que a eliminação do livre-arbítrio seria um golpe fatal para o direito penal. Essas preocupações são exageradas. Enquanto dispensar o livre-arbítrio significa que as teorias retributivistas devem ser abandonadas, isso não ameaça as abordagens consequencialistas de punição. Além disso, certas abordagens consequencialistas da pena – que são compatíveis com a hipótese de que nos falta livre-arbítrio – parecem gerar um sistema penal mais humano e eficiente do que o nosso sistema atual. O objetivo desta parte do artigo é explicar como seria punir sem livre-arbítrio e por que isso é, sem dúvida, mais desejável do que uma abordagem centrada no livre-arbítrio.

6.1 DIREITO PENAL SEM RETRIBUIÇÃO: RUMO A UMA ABORDAGEM INCOMPATIBILISTA E CONSEQUENCIALISTA DE PUNIÇÃO

O Direito Penal sem livre-arbítrio, obviamente, ameaça o papel da retribuição para justificar a pena. Retribuição é a crença de que o merecimento é condição suficiente para a pena.³³³ Portanto, os retributivistas precisam verificar se alguém merece ser punido antes que eles possam concluir se punir essa pessoa é justificável.³³⁴ Quando uma pessoa merece sofrer sob uma perspectiva retributiva? Uma pessoa merece sofrer por fazer “X” se, e somente se, é justo culpá-la por ter feito “X”.³³⁵ Se supomos que os seres humanos não têm o tipo de liberdade que sustenta a responsabilidade moral, decorre daí necessariamente que os seres humanos não podem ser legitimamente culpados por fazer o que eles fazem. Tendo em conta que a ausência de culpa nega o merecimento legítimo, práticas retributivas seriam assim injustificadas em um mundo sem livre-arbítrio.³³⁶ Do ponto de vista prático, isso significa que o simples fato de um ator racional fazer algo maléfico, mau ou errado, não é, por si só, suficiente para puni-lo.

Isso não significa que a punição seria injustificada em um mundo sem livre-arbítrio. Embora a punição retributiva esteja descartada pela suposição de que os seres humanos não têm livre-arbítrio, tal suposição em nada prejudica a imposição de pena legítima, com base em motivos consequencialistas.³³⁷ A pena é justificada por objetivos consequencialistas quando os benefícios de impô-la superam os custos de fazê-lo.³³⁸ A justificação consequencialista paradigmática é a punição para prevenir a prática de novos delitos no futuro.³³⁹ Prevenção, por sua vez, pode ser geral, previne-se a comunidade (em geral) de cometer delitos³⁴⁰, ou específica, se é direcionada para prevenir que um indivíduo particular cometa novos crimes por meio da punição.³⁴¹ A reabilitação é outra justificação consequencialista para a pena, que está intimamente ligada à prevenção específica, que busca reabilitar ou modificar a conduta da pessoa condenada de um modo que diminua as

³³³ Veja MOORE, Michael. **Placing blame**. Oxford: Oxford University, 1997. p. 88.

³³⁴ *Ibidem*, p. 91.

³³⁵ *Ibidem*, p. 91 (“Nós estamos legitimados a punir porque, e só porque, os infratores o merecem”).

³³⁶ PEREBOOM, Derk. Living without free will... *Op. cit.*, p. 479-481.

³³⁷ *Ibidem*, p. 479-481.

³³⁸ Por exemplo, DUFF, R. A. **Punishment, communication and community**. Oxford: Oxford University, 2001. p. 3-4.

³³⁹ ROBINSON, Paul H. **Distributive principles in criminal law...** *Op. cit.*, p. 75.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 8.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 8.

chances de reincidência.³⁴² Finalmente, a incapacitação adota uma função consequencialista da pena, normalmente invocada como forma de neutralizar criminosos perigosos que não são candidatos à reabilitação.³⁴³ Todos esses objetivos da pena não são ameaçados pela assunção de que os agentes não têm livre arbítrio, uma vez que: (1) a ameaça de pena pode certamente influenciar a conduta de muitos agentes (ou seja, prevenção geral e especial), independentemente de eles livremente optarem por serem influenciados por essas forças; (2) a modificação do comportamento (isto é, reabilitação) é perfeitamente compatível com a hipótese de que os seres humanos não podem determinar livremente seus atos; e (3) a neutralização de indivíduos perigosos (incapacitação) pode ser alcançada, sendo os agentes livres ou não.

Uma vez que mudando a função retributiva da pena para uma função consequencialista, isso levanta a seguinte questão: o que deve justificar a imposição de uma pena? Sob uma perspectiva retributiva de pena, a demonstração da culpabilidade justificaria uma imposição de pena. Tal constatação, porém, não poderia justificar a punição em uma perspectiva consequencialista, uma vez que a culpa é retirada da equação penal, sendo que não está claro o que, se é que algo pode substituir o seu lugar.

Uma alternativa é trocar a culpabilidade para a periculosidade como pré-requisito para a imposição de pena.³⁴⁴ De acordo com esse ponto de vista, a punição seria justificada por razões de proteção social contra indivíduos perigosos. O agente que comete um crime se revela como alguém que representa perigo para os outros. A pena seria assim concebida como forma do Estado de neutralizar o perigo representado pela prática delitiva. Em um mundo sem livre-arbítrio, a pena poderia ser reconceituada como um veículo para desarmar periculosidade e não como um mecanismo para cobrar retribuição.

6.2 A PENA COMO QUARENTENA (E OUTRAS FORMAS DE PROTEÇÃO DA SOCIEDADE): MAIS HUMANA E EFICIENTE QUE A PENA BASEADA NA RETRIBUIÇÃO?

Uma boa maneira de ilustrar como seria a pena por periculosidade é usar uma analogia de como o Estado combate as doenças contagiosas. Quando uma pessoa é diagnosticada com uma doença altamente contagiosa, é sensato para a sociedade

³⁴² *Ibidem*, p. 10.

³⁴³ *Ibidem*, p. 9-10.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 9.

que se tomem medidas para se proteger contra a ameaça.³⁴⁵ As medidas são tomadas, independentemente de a pessoa que sofre da doença ser “culpada” por ficar doente.³⁴⁶ A razão para tomar essas medidas é que o indivíduo doente representa um perigo para a sociedade, e não a avaliação sobre a culpabilidade da pessoa por estar nessa condição. Da mesma forma, a pessoa que comete um crime, no âmbito do modelo de “pena como um veículo para neutralizar periculosidade”, muitas vezes, deverá, frequentemente, ser submetida a certas medidas, não porque ele merece sofrer, mas porque sua conduta revela que ela representa um perigo para a comunidade. No caso de indivíduos doentes, a gravidade das medidas vai depender de quão perigosa é considerada a doença.³⁴⁷ Se a doença não é particularmente perigosa (um resfriado comum, por exemplo), nenhuma deve ser tomada, enquanto que, se a doença for suficientemente perigosa, pode-se exigir que medidas mais intrusivas sejam tomadas (vacinação, tratamento de quarentena e assim por diante).³⁴⁸ Da mesma forma, enquanto nenhuma pena pode ser necessária para uma pessoa que tenha cometido um crime *de minimis*, ou trivial, uma pessoa que tenha cometido uma infração grave – como assassinato e que tenha feito isso várias vezes – pode demandar a imposição de uma pena muito mais dura, inclusive medidas incapacitantes, que seriam o equivalente penal da quarentena.

Uma implicação surpreendente e salutar da reconceituação da pena como um veículo para coibir periculosidade é que isso, provavelmente, levará a menor dependência

³⁴⁵ Nos Estados Unidos, a tarefa de proteger a sociedade de doenças contagiosas é de tal importância que o governo criou uma agência, os Centros de Controle e Prevenção de Doenças – CPD (Centers for Disease Control and Prevention – CDC), para lidar com o problema.

³⁴⁶ Embora existam certamente casos em que uma pessoa é culpada por contrair uma doença (por exemplo, alguém que come um cogumelo selvagem sem antes examinar se é tóxico), em muitos casos – se não na maioria – as pessoas contraem a doença não por sua própria culpa (alguém que pega um avião e senta no assento ao lado de uma pessoa que está muito doente e com enfermidade contagiosa, por exemplo).

³⁴⁷ Compare: Centers for Disease Control and Prevention. Interim Guidance on Infection Control Measures for 2009 H1N1 Influenza in Healthcare Settings, Including Protection of Healthcare Personnel. 15 jul. 2010. Disponível em: <http://www.cdc.gov/h1n1flu/guidelines_infection_control.htm>. Acesso em: 4 nov. 2015. “Isolamento [de pacientes infectados com a gripe H1N1] deve ser continuado para os [sete] dias após o início da doença ou até [vinte e quatro horas] após o fim da febre e sintomas respiratórios, o que for mais longo [...]”, com a Sazonal Influenza (gripe): Controle de Infecção em Instituições de Saúde, Centros de Controle e Prevenção de Doenças (Disponível em: <<http://www.cdc.gov/flu/professionals/infectioncontrol/longtermcare.htm>>. Última atualização: 16 set. 2010). Não fornece medidas específicas de isolamento, mas dá orientações de prevenção geral e higiene.

³⁴⁸ Centers for Disease Control and Prevention. **Legal authorities for isolation and quarantine.** (Disponível em: <<http://www.cdc.gov/sars/legal>> – última atualização: 29 jan. 2010). Autoriza medidas de isolamento e quarentena para evitar a propagação de cólera, difteria, tuberculose infecciosa, peste, varíola, febre amarela, febres hemorrágicas virais, bem como a síndrome respiratória aguda grave e em qualquer tipo de gripe que possa causar pandemia.

do encarceramento. Muito embora as prisões tenham sido originalmente concebidas como um lugar onde os presos iriam para se reabilitar³⁴⁹, é amplamente aceito hoje em dia que as prisões não levam à reabilitação³⁵⁰. Em parte porque as prisões são geralmente vistas como lugares que maximizam o sofrimento do condenado, em vez de lugares onde eles podem receber o tratamento que necessitam.³⁵¹ Assim, a prisão é a pena, atualmente, escolhida não porque ela é eficaz, mas porque permite que o Estado e a sociedade façam o condenado sofrer como forma de retribuição pelos danos causados. Embora essa concepção de prisão como casa de sofrimento possa aderir à teoria retributivista da pena, não adere a uma abordagem consequencialista de punição. Sob uma perspectiva consequencialista, a pena imposta deve ser a sanção menos intrusiva que possa alcançar o objetivo desejado da forma economicamente mais eficiente. O encarceramento em massa não se encaixa nesse padrão, uma vez que a prisão é uma das formas mais caras e mais ineficientes de punição.³⁵² Uma abordagem consequencialista de pena, provavelmente, contaria o mínimo possível com o uso prisão, uma vez que a maioria dos casos – inclusive os delitos de drogas e de armas – pode ser tratada de forma mais eficiente por meio de penas menos invasivas. Os exemplos podem incluir a liberdade vigiada, a liberdade condicional, o tratamento medicamentoso ou sanções intermediárias que são menos intrusivas do que o encarceramento e mais intrusivas do que a liberdade condicional padrão.³⁵³

Há também boas razões para acreditar que a abordagem consequencialista da pena, aqui discutida, vai pressionar os Estados a assumirem as funções de tratamento e reabilitação de condenados. A analogia entre este modelo de pena e do papel do Estado no combate às doenças contagiosas é novamente útil para ilustrar este ponto. Quando alguém

³⁴⁹ BLAKELEY, Curtis R. **America's prisons: the movement towards profit and privatization**. Boca Raton: Brown Walker, 2005. p. 10-11.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 11.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 12 (“Como o lucro é incorporado à estrutura organizacional da prisão, ele surge como o objetivo dominante e torna-se a única medida de sucesso. Uma análise do custo-benefício é realizada antes de cada ação, assegurando que a prisão só irá se administrada de uma maneira que seja financeiramente compensador”). Compare KOLBER, Adam J. The Subjective experience of punishment. **Columbia Law Review**, New York, v. 109, n. 182, p. 200, 2009 (“A experiência de sofrimento retributivistas tem uma visão clara de que os infratores devem sofrer de formas experimentais; infratores devem sentir dor física e aflição emocional.”) com GRAY, David. Punishment as suffering. **Vanderbilt Law Review**, Nashville, Tenn., v. 63, n. 6, 2010. p. 1619, 1650 (“O erro está no colapso de dois conceitos-morais distintos – ‘crime’ e punição” – em categorias não diferenciadas de efeitos contingentes – “sofrimento”. As consequências estão longe de serem triviais”).

³⁵² BARKAN, Steven E.; BRYJAK, George J. **Fundamentals of criminal justice: a sociological view**. 2nd ed. Boston: Allyn and Bacon, 2011.

³⁵³ MORRIS, Norval; TONRY, Michael. **Between prison and probation: intermediate punishments in a rational sentencing system**. New York: Oxford University, 1990. p. 84-90.

é diagnosticado com uma doença contagiosa e perigosa, o governo tem três obrigações importantes e distintas. Primeiro, o governo pode neutralizar o perigo apresentado por uma pessoa com a doença contagiosa.³⁵⁴ Como discutido anteriormente, isto pode ser feito de várias maneiras diferentes, desde a prescrição de medicamentos para indivíduos até a quarentena.³⁵⁵ Em segundo lugar, o Estado tem o dever de tratar o indivíduo da forma mais eficaz disponível para que ele possa retomar a sua vida normal o mais breve possível.³⁵⁶ Finalmente, dado que o indivíduo que contrai uma doença contagiosa não é considerado mau ou censurável, o Estado tem a obrigação de fazer com que a vida dele – enquanto submetido a tratamento ou quarentena – seja a mais indolor e agradável possível. Da mesma forma, o modelo de “pena para desarmar perigosos infratores” acarretaria três deveres estatais, a saber: (1) o dever de neutralizar o perigo representado pelo malfeitor, impondo algum tipo de punição; (2) a obrigação de dar tratamento ao malfeitor para que suas chances de reincorporar-se à sociedade sejam aumentadas; (3) o dever de fazer com que o tempo em que o indivíduo está submetido à pena seja o mais indolor e agradável possível.

Portanto, parece plausível que uma abordagem consequencialista de pena, como a aqui defendida, vai levar a um Direito Penal mais humanizado – mudando o foco da punição como meio de fazer as pessoas sofrerem, a fim de vê-la como um instrumento para tratar as pessoas de uma forma que maximiza a probabilidade de que elas poderão, uma vez mais, ser capazes de participar da vida social sem representar riscos sérios para os outros. Com sua ênfase no aprisionamento, o sistema atual leva às condições abjetas do cárcere³⁵⁷ e a um excesso de confiança na prisão. Em contraste, com sua ênfase na contenção da periculosidade e na maximização de boas consequências, a abordagem consequencialista da pena aqui discutida provavelmente levaria a uma menor utilização das penas de prisão e ao maior uso de métodos alternativos de punição, como casa de detenção, tratamento infratores envolvidos em crimes de drogas ou sexuais, multas, liberdade vigiada e trabalho comunitário.

O aumento da confiança nessas penas alternativas faria nosso direito penal mais humano, compassivo e em sintonia com a nossa atual compreensão do comportamento

³⁵⁴ 42 U.S.C. § 264 (2006). Autoriza o uso de medidas contra os contágios, a fim de evitar a introdução, disseminação ou propagação de doenças transmissíveis.

³⁵⁵ Cfr. nota de rodapé n. 348 *supra*, CENTER FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION... *Op. cit.*, p. 1-2.

³⁵⁶ A quarentena é tipicamente uma medida utilizada como último recurso. Ela só pode ser usada quando todas as outras medidas falharem e deve deixar de ser usada quando medidas menos restritivas são suficientes para neutralizar a ameaça. Veja, por exemplo, perguntas mais frequentes sobre o isolamento e a quarentena, MASS. DEPT OF PUB. HEALTH 1, 5. Disponível em: <<http://www.mass.gov/eohhs/docs/dph/cdc/reporting/iq-faq.rtf>> (última atualização em dezembro 2010). Acesso em: 12 jan. 2016.

³⁵⁷ Veja BLAKELY, Curtis R. **America's prisons...** *Op. cit.*, p. 12-13.

humano e das técnicas de modificação de comportamento. Além disso, este modelo alternativo provavelmente será economicamente mais eficiente do que aquele que conta principalmente com o encarceramento como tipo preferido de punição. Considerando que a prisão é um tipo muito caro de punição³⁵⁸, encarcerar os infratores deve ser uma medida de último recurso. Como a literatura sobre os custos de punição ilustra, temos boas razões para impor sanções de prisão somente quando o risco de detecção é extremamente baixo e o crime cometido é particularmente grave.³⁵⁹ Enquanto o uso tão escasso e economicamente eficiente da pena de prisão seria muito difícil de justificar ao abrigo de um direito penal retributivo, ele seria muito fácil de defender em um modelo consequencialista de punição, como o aqui discutido.

6.3 OBJEÇÕES À PERSPECTIVA DA PENA COMO VEÍCULO PARA COIBIR A PERICULOSIDADE E A RÉPLICA A TAIS OBJEÇÕES

6.3.1 A Perspectiva da Pena como Veículo para Coibir a Periculosidade Justificaria a Punição de Inocentes

Até este ponto, o presente artigo tem demonstrado que a adoção de uma abordagem consequencialista da pena evita qualquer referência ao mérito e à culpa como justificativa para a punição ter muitas implicações interessantes. Deve-se reconhecer, no entanto, que várias objeções importantes podem ser levantadas contra essa concepção de pena. A primeira e mais óbvia objeção é a de que qualquer abordagem sobre pena que dispensa a culpa poderia justificar a punição de inocentes. Esta é uma objeção clássica às abordagens consequencialistas da pena.³⁶⁰ O modelo retributivo de pena facilmente evita essa objeção, uma vez que a exigência de culpa é feita como forma de justiça retributiva. Mais especificamente, culpar uma pessoa inocente é injusto sob uma perspectiva retributiva, pois a pena retributiva só se justifica se o autor merece sofrer e o mérito é uma função

³⁵⁸ BARKAN, Steven E.; BRYJAK, George J. **Fundamentals of...** *Op. cit.*, p. 456.

³⁵⁹ SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. Cambridge: Harvard University, 2004. p. 551-552.

³⁶⁰ Veja TEN, C. L. **Crime, guilt and punishment**: a philosophical introduction. Oxford: Clarendon, 1987. O autor discute a objeção de “punir os inocentes”. *Ibidem*, p. 13-14.

da culpa.³⁶¹ As abordagens consequencialistas da pena não podem fugir facilmente desse problema, pois a culpa não é um pré-requisito para a punição sob essas perspectivas.³⁶² Esta é uma objeção que deve ser levada a sério, uma vez que há algo intuitivamente preocupante em uma teoria que pode justificar punir pessoas inocentes.

Se punir os inocentes significa punir alguém que não pode ser realmente culpado por sua conduta, resulta que a abordagem consequencialista de pena aqui defendida conduz inevitavelmente em punir os inocentes. Tendo em conta que o ponto de partida da teoria é que ninguém pode ser verdadeiramente responsabilizado por seus atos, não há maneira de escapar a essa conclusão. No entanto, esta concessão não é tão condenável quanto pode parecer à primeira vista, uma vez que atualmente privamos as crianças e os doentes mentais de sua liberdade quando eles se envolvem em atos ilícitos, mesmo sendo eles inocentes. Da mesma forma, o modelo de pena aqui defendido levaria à imposição de penas a indivíduos inocentes que se envolveram em atos ilícitos. Assim, a única diferença entre o modelo aqui defendido e nossa atual abordagem para o castigo é que, sob o modelo defendido aqui, as sanções impostas aos indivíduos inocentes contam como “castigo”, enquanto que, nos termos do modelo atual, essas sanções são consideradas como medidas de segurança. As diferenças entre o modelo proposto por mim no presente artigo e o atual sistema de punição são principalmente terminológicas e sem grandes diferenças normativas. Ademais, se punir os inocentes significa sancionar alguém que não tenha cometido delito, então a teoria aqui defendida não leva a punir inocentes.³⁶³ As pessoas que não cometeram delitos não devem ser punidas sob a o modelo de “punição como veículo para coibir a periculosidade”, porque o cometimento de um delito é o evento que desencadeia a previsão de futura periculosidade.

³⁶¹ ROSEN, F. Utilitarianism and the punishment of the innocent: the origins of a false doctrine. *Utilitas*, Oxford, v. 9, n. 23, 1997. p. 28.

³⁶² *Ibidem*, p. 23.

³⁶³ Existem pelo menos dois sentidos em que um agente pode se opor à punição com base em sua inocência. Primeiro, o ator pode alegar que, embora tenha se envolvido em um delito de que é inocente, porque não pode ser legitimamente culpado do envolvimento no reconhecido ato ilícito, uma vez que ele deve ser exculpado. Em segundo lugar, o agente pode alegar que é inocente, porque, de modo algum, se envolveu no delito. A teoria de punição defendida nesta seção pode ser contestada com base na antiga concepção de “inocência”, mas não na última.

6.3.2 O Modelo de Pena como Veículo para Coibir a Periculosidade Levaria à Punição de Pessoas Antes de Elas Agirem

Outra objeção à visão de pena aqui discutida seria que o foco na periculosidade poderia levar a punir as pessoas perigosas antes mesmo de elas se envolverem em um ato.³⁶⁴ Essa objeção é inspirada em parte pela perspectiva orwelliana³⁶⁵ de um futuro que se pareceria com o que foi descrito no filme “Minority Report”³⁶⁶, em que três oráculos humanos, *precogs* (pré-conhecedores), podem identificar futuros criminosos antes que eles cometam o ato delitivo.³⁶⁷ Isso, por sua vez, lança dúvidas sobre a chamada exigência de ação (*act requirement*), que é uma das mais veneráveis e fundantes teorias do Direito Penal. Essa teoria poderia levar, também, a punir as pessoas por simples contemplação ou pensamento em cometer um delito, se tais pensamentos se revelarem como indicativo de periculosidade. Isso não é apenas normativamente desinteressante, como também de constitucionalidade duvidosa. A Suprema Corte dos EUA decidiu que a imposição de pena sobre as pessoas, em virtude do cometimento dos denominados *crimes de status*, ofende a Oitava Emenda que proscree punições cruéis e incomuns.³⁶⁸ Assim, o indivíduo deve ser punido por aquilo que ele fez, não pelo que ele é. Além disso, ele é muito pouco. E mais: acredita-se que a Constituição também proíbe a punição de meros pensamentos ou deliberações internas, quando ausente qualquer sorte de ato que demonstre a consistência de suas intenções.³⁶⁹

³⁶⁴ BATEY, Robert. Minority report and the law of attempt. **Ohio State Journal of Criminal Law**, lv. 1, n. 689, 2004.

³⁶⁵ ORWELL, George. **Nineteen eighty-four**. Austin: Holt Rinehart & WInstons, 2000. p. 174 (“Pensamentos e ações que, quando detectados, significam morte segura não são formalmente proibidos, e os expurgos intermináveis, prisões, torturas, detenções, e vaporizações não são impostos como castigo para crimes que tenham sido efetivamente cometidos, mas são apenas a limpeza de pessoas que poderiam talvez cometer um crime em algum momento no futuro”).

³⁶⁶ MINORITY REPORT (20th Century Fox Film Corporation, DreamWorks SKG 2002). Filme baseado em um conto escrito em 1956: DICK, Philip K. The Minority report. **The minority report and other classic stories**, 2002. p. 71.

³⁶⁷ *Ibidem*.

³⁶⁸ Veja *Robinson v Califórnia*, EUA 370 660, 666-67 (1962). Até mesmo um dia na prisão seria uma punição cruel e fora do normal para o “crime” de ter um resfriado comum”. ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. *Robinson v. Califórnia*, EUA 370 660, 666-67, 1962. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/370/660/case.html>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

³⁶⁹ Ver, por exemplo, *Stanley v Georgia*, EUA 394 557, 566 (1969) (“toda o nossa herança constitucional se rebela contra a ideia de dar ao governo o poder de controlar a mente dos homens”). ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. *Stanley v Georgia*, EUA 394 557, 566, 1969. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/557>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

A primeira resposta a esta objeção é que não há atualmente nenhuma máquina ou ser humano que possa prever com exatidão se um determinado indivíduo vai cometer um crime no futuro.³⁷⁰ Portanto, o risco de punir alguém que não seja realmente perigoso com base em previsões abstratas de periculosidade é bastante elevado. Tendo em conta que o dano causado como resultado de punição nesses casos é bastante significativo (privação de liberdade em muitos casos), temos boas razões para infligir tal dano somente se houver quase certeza sobre as condições desencadeantes que justificam a sua imposição (periculosidade, de acordo com a teoria da punição aqui discutida). Uma vez que atualmente não temos a capacidade de prever, com qualquer grau de certeza, se determinados indivíduos que não tenham cometido delito no passado vão se comportar de forma perigosa no futuro, devemos nos abster de punir pessoas antes de elas agirem, com base em previsões de periculosidade que não são fundamentadas na prática anterior de crimes. Mas, e se em algum momento no futuro forem desenvolvidas tecnologias do tipo “Minority Report” que nos permitam prever futuros atos criminosos com grande precisão, bem antes que a pessoa cometa um crime?³⁷¹ Seria aceitável punir as pessoas antes que elas se envolvam em uma prática delitiva? Se tais casos, alguma vez, surgirem no futuro (esse é um grande “se”), pode ser legítimo tomar providências contra esse indivíduo antes que ele aja, e, em alguns casos extremos, inclusive pode ser possível limitar sua liberdade. No entanto, talvez seja melhor para tratar esses casos como exemplos de confinamento civil, pois não está claro se faz sentido falar-se em punir alguém que ainda está por cometer um delito.³⁷²

³⁷⁰ Algumas jurisdições atualmente usam um programa de computador que pode ajudar a prever se determinados presos são mais ou menos propensos a reincidir. O professor Richard Berk, da Universidade da Pensilvânia, desenvolveu o programa. O professor Berk reconhece, no entanto, que o programa “[não é] nem de longe capaz de fazer [o que os precog do Minority Report poderiam fazer].” BATES, Daniel. The Real Minority Report: U.S. Police Trial Computer Software That Predicts Who Is Most Likely to Commit a Crime. **Daily Mail Online**. Disponível em: <<http://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-1306070>>. Acesso em: 4 nov. 2015.

³⁷¹ A imprensa já está traçando paralelos entre o programa do Professor Berk e as máquinas utilizadas no Minority Report para prever futuros crimes. *Ibidem*.

³⁷² Isso, de certa forma, é algo que já fazemos quando decidimos que se trata de um caso de prisão civil.

CONCLUSÃO

Este artigo iniciou-se com uma referência a “Cândido”, de Voltaire³⁷³. Nesse célebre livro, o autor chamou a atenção para o problema do livre-arbítrio, contrastando a visão do personagem Cândido, que defende que o que faz o ser humano especial é uma espécie de liberdade que está falta em outros animais, com a visão de Martinho, outro personagem, para quem as regras do determinismo eliminam a possibilidade do livre-arbítrio e, talvez, a responsabilidade moral.

Desde que “Cândido” foi publicado, muitos filósofos, cientistas e juristas propuseram diferentes formas de resolver o problema do livre-arbítrio. Depois de todo esse tempo, pode-se afirmar com segurança que não há argumento “nocaute”, que demonstre que o livre-arbítrio é compatível ou incompatível com a verdade do determinismo causal. Diante desse impasse dialético, este artigo sustenta que para decidirmos se devemos manter ou abandonar a ideia de livre-arbítrio, devemos perguntar se admitir o livre-arbítrio é mais ou menos normativamente vantajoso do que fazendo a suposição oposta.

Além disso, este artigo sugere que há boas razões para acreditar que a maneira mais interessante normativamente para sair do labirinto do livre-arbítrio é assumir a incompatibilidade do determinismo e do indeterminismo com o tipo de liberdade que está no cerne de leis e teorias penais contemporâneas. Ao assim fazer, tal fato não tornaria nossas vidas menos interessantes, isso poderia nos levar a um sistema de justiça penal mais humano e eficiente do que aquele que pressupõe que somos dotados do tipo de livre-arbítrio que sustenta juízos de culpa e elogio. Conseqüentemente, ao contrário do que a maioria dos filósofos e penalistas argumenta, punindo sem livre-arbítrio não é menos interessante do que a alternativa contrária.

³⁷³ VOLTAIRE, nota 3; ver o texto que acompanha a nota 3.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler; MORSE, Stephen J. **Crime and culpability: a theory of criminal law**. New York: Cambridge University, 2009.
- ARISTOTLE. **Nicomachean ethics**. Oxford: Oxford University, 2002.
- _____. **Nicomachean ethics**. Translated by Martin Oswald. Indianapolis: Bobbis-Merril, 1962. (Library of Liberal Arts).
- BARKAN, Steven E.; BRYJAK, George J. **Fundamentals of criminal justice: a sociological view**. 2nd ed. Boston: Allyn and Bacon, 2011.
- BATES, Daniel. The Real minority report: U.S. Police Trial Computer Software that predicts who is most likely to commit a crime. **Daily Mail Online**. Disponível em: <<http://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-1306070>>. Acesso em: 4 nov. 2015.
- BATEY, Robert. Minority report and the law of attempt. **Ohio State Journal of Criminal Law**, Columbus, OH, v. 1, n. 689, p. 689-698, 2004. Disponível em: <http://moritzlaw.osu.edu/students/groups/osjcl/files/2012/05/Batey_1_2.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2015.
- BERGELSON, Vera. **Victims' rights and victims' wrongs: comparative liability in criminal law**. Stanford, Calif: Stanford University, 2009.
- BEROFSKY, Bernard. Ifs, cans and free will: the issues. In: KANE, Robert (Ed.). **The Oxford handbook of free will**. New York: Oxford University, 2002.
- BISHOP, Robert C. Determinism and Indeterminis. In: ENCYCLOPEDIA of philosophy. 2nd ed. Farmington Mills, MI: Thomson Gale, 2005. v. 3. p. 32-33. Disponível em: <<http://philsci-archive.pitt.edu/2324/1/Article.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2015.
- BLACKSTONE, Willian. **Commentaries on the laws of England**. London: Routledge-Cavendish, 2001
- BLAKELEY, Curtis R. **America's prisons: the movement towards profit and privatization**. Boca Raton: Brown Walker, 2005.
- BOK, Hilary. **Freedom and responsibility**. Princeton: Princeton University, 1998.
- BORN, Max. **The Born-Einstein letters: friendship, politics and physics in uncertain times**. 2nd ed. New York: Palgrave Macmillan, 2005.
- BLACK'S law dictionary 41. 9th ed. Eagan: West Publishing, 2009.
- BRENNER, Sue Wolf. Undue influence in the criminal law: a proposed analysis of the criminal offense of "causing suicide. **Albany Law Review**, Albany, NY, v. 47, n. 62, p. 76-77, 1982-1983.
- BUCHWALD, Diana; THORNE, Kip. Preface to Born. In: BORN, Max. **The Born-Einstein letters: friendship, politics and physics in uncertain times**. 2nd ed. New York: Palgrave Macmillan, 2005.
- CHIESA, Luis E. Duress, demanding heroism, and proportionality: the erdemovic case and beyond. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Nashville, Tenn, v. 41, n. 741, p. 746-748, 2008. Disponível em: <<http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1403&context=lawfaculty>>. Acesso em: 29 out. 2015.
- CHIESA, Luis E. Normative gaps in the criminal law: a reasons theory of wrongdoing. **New Criminal Law Review**, v. 10, n. 102, 2007.

COKE, Edward. **Institutes on the laws of England**: concerning hight, treason and other pleas of the crown, and criminal causes. London: W. Rarvlins, 1797.

COOK, Vivian James; NEWSON, Mark. **Chomsky's universal grammar**: an introduction. 2nd ed. Malden, MA: Blackwell, 1997.

CORRADO, Michael L. The Abolition of punishment. **Suffolk University Law Review**, Boston, Mass., v. 35, n. 20, 2001.

DENNETT, Daniel C. **Elbow room**. Bradford: Bradford Book, 1984.

_____. **Freedom evolves**. New York: Penguin, 2003.

_____. **The intentional stance**. Cambridge: MIT, 1996.

DRESSLER, Joshua. Rethinking the heat of passion: a defense in search of a rationale. **The Journal of Criminal Law & Criminology**, Baltimore, MD, v. 73, n. 2, p. 420-470, Summer 1982.

DUBBER, Markus D. **Criminal law**: model penal code. New York: Foundation Press, 2002. (Turning Points Series).

DUFF, R. A. **Punishment, communication and community**. Oxford: Oxford University, 2001.

EARMAN, John. **A primer on determinism**. Dordrecht: Reidel, 1986.

EKSTROM, Laura Waddell. Libertarianism and Frankfurt-Style cases. In: KANE, Robert (Ed.). **The Oxford handbook of free will**. New York: Oxford University, 2011. p. 309-321.

EPICURO. Letter to Menoeceus. In: MORGAN, Michael L. (Ed.). **Classics of moral and political theory**. 2nd ed. Indianapolis: Hackett, 1992. p. 427-424.

ESTADOS UNIDOS. **Estado versus Jones**, 1978, 577 P. 2d 357, 361 (Kan. Ct. App. 1978). Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/kansas/court-of-appeals/1978/49-138-6.html>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

ESTADOS UNIDOS. California Court of Appeals. **People v. Horn**, 205 Cal. Rptr. 119, 129, 1984. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/158/1014.html>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

ESTADOS UNIDOS. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Eirghth Circuit. **Jacobson v. United States**, 503 U.S. 540, 548-550, 1992. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/503/540/case.html>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

ESTADOS UNIDOS. Connecticut Court of Appeals. **One Way Fare v. Dep't of Consumer Prot.**, 901 A.2d 1246, 1249, 2006. Disponível em: <<https://www.jud.ct.gov/external/supapp/Cases/AROp/AP96/96AP395.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema de Washington. **Estado versus Rivas**, 896 P.2D 57, 62, Washington, 1995. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/washington/supreme-court/1995/62404-6-1.html>>. Acesso em: 5 jan. 2016.

ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals. **United States v. Cullen**, 454 F.2d 386, 390-391, 7th Circuit., 1971. Disponível em: <<https://casetext.com/case/united-states-v-cullen-2>>. Acesso em: 5 jan. 2016.

ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals of the State of New York. **People versus Kibbe**, 321 NE2d 773, 773-74, 1974. Disponível em: <<https://casetext.com/case/people-v-kibbe-1>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

ESTADOS UNIDOS. Court of Criminal Appeals of Texas. **Williams versus o Estado**, 235 SW3D 742, 2007. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/texas/court-of-criminal-appeals/2007/pd-0446-06-6.html>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

ESTADOS UNIDOS. District Court for the Eastern District of Virginia. **Snider v. Smyth**, 187 F. Supp. 299, 302, 1960. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/187/299/2095182>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

ESTADOS UNIDOS. District Court of Appeal of Florida, Fifth District. **Hernández v. State**, 17 So. 3d 748, 750-751, 2009. Disponível em: <<https://casetext.com/case/hernandez-v-state-650>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Smith versus Wade**, 461 EUA 30, 48, 1983. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/461/30/case.html>. Acesso em: 11 jan. 2016.

ESTADOS UNIDOS. Oklahoma Supreme Court. **Ellis v. Fixico**, 50 P.2D 162, 164, 1935. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/oklahoma/supreme-court/1935/29977.html>>.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Robinson v. Califórnia**, EUA 370 660, 666-67, 1962. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/370/660/case.html>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Stanley v Georgia**, EUA 394 557, 566, 1969. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/557>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of Kansas. **Estado v. Baker**, 197 P.3D 421, 426-27, 2008.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of Wisconsin. **State v. Esser**, 115 N.W.2d 505, 529, 1962 (Hallows, J., voto dissidente). Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/wisconsin/supreme-court/1962/16-wis-2d-567-6.html>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

FEINBERG, Joel. **Doing and deserving**: essays in the theory of responsibility. Princeton, N.J. Princeton University, v. 69, n. 16, 1970.

FISCHER, John Martin. **Our stories**: essays on life, death, and free will. New York: Oxford University, 2009.

FISCHER, John Martin et al. A Brief introduction to some terms and concepts. In: _____. **Four Views on Free Will**, Malden. MA, v. 1, n. 3, p. 1-4, 2007.

FISCHER, John Martin et al. Compatibilism. In: _____. **Four views on free will**, Malden. MA, v. 44, n. 54, p. 44-87, 2007.

FISCHER, John Martin et al. **Four views on free will**. Oxford: Blackwell, 2007.

FISCHER, John Martin; RAVIZZA, Mark. Responsibility and control: a theory of moral responsibility. **The Journal of Philosophy**, New York, NY, v. 98, n. 2, p. 93-100, Feb. 2001. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2678484?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 4 nov. 2015.

FLETCHER, George P. **The grammar of criminal law**: American, comparative, and international. Oxford: Oxford University, 2007.

FLETCHER, George P. What is punishment imposed for? **Journal of Contemporary Legal Issues**, San Diego, Calif., v. 5, n. 101, p. 108-109, 1994.

FLETCHER, George P.; CHIESA, Luis E. Self-defense and the psychotic aggressor. In: ROBINSON, Paul H. et al. (Ed.). **Criminal Law Conversations**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 371-372.

FRANKFURT, Harry C. Alternate possibilities and moral responsibility. **Journal of Philosophy**, New York, NY, v. 66, n. 23, p. 829-839, 1969. Disponível em: <http://www.unc.edu/~dfrost/classes/Frankfurt_PAP.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2015.

FRANKFURT, Harry G. Freedom of the will and the concept of a person. In: WATSON, Gary (Ed.). **Free will**. Oxford: Oxford University, 1982. p. 81-95.

GALLISTEL, Charles R. Learning organs. In: BRICMONT, Jean; FRANCK, Julie. **Chomsky Notebook**. New York: Columbia University, 2009. p. 193-202.

GARNEFSKI, Nadia; OKMA, Sjoukje. Addiction-risk and aggressive/criminal behaviour in adolescence: influence of family, school and peers. **Journal of Adolescence**, London, v. 19, n. 6, p. 503-512, Dic. 1996. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0140197196900494>>. Acesso em: 3 nov. 2015.

GRAY, David. Punishment as suffering. **Vanderbilt Law Review**, Nashville, Tenn, v. 63, n. 6, 2010. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1573600>. Acesso em: 4 nov. 2015.

HAJI, Ishtiyaque. Compatibilist views of freedom and responsibility. In: KANE, Robert (Ed.). **The Oxford handbook of free will**. New York: Oxford University, 2002. p. 202-208.

HALL, Jerome. **General principles of criminal law**. Indianapolis: The Bobbs Merrill, 1960.

HART, Herbert Lionel A. Punishment and Responsibility. **Philosophy**, v. 45, n. 72, p. 162, Apr. 1970. Disponível em: <<http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=3424568>>. Acesso em: 29 out. 2015.

HART, Herbert Lionel A.; HONORÉ, Tony. **Causation in the law**. 2nd ed. Oxford: Clarendon, 1985.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Cambridge: Cambridge University, 1904.

HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. **The Common law**. New York: Dover, 1881.

HULST, Harry van der (Ed.). Re-recursion and human language. **Studies in generative grammar**, Berlin, New York; De Gruyter, 2010. p. xv-liii.

HUSAK, Douglas N. Philosophy of criminal law. **Noûs**, Bloomington, Ind., v. 1, n. 1, p. 78-122, 1987.

ISMAEL, Jenann. Quantum mechanics. In: THE STANFORD Encyclopedia of philosophy, Nov. 2009. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/qm>>. Acesso em: 3 nov. 2015.

JAKOBS, Günther. Individuo y persona: sobre la imputación jurídica penal y los resultados de la moderna investigación neurológica. In: ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **El problema de la libertad de acción en el derecho penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2007.

KANE, Robert. Libertarianism. In: FISCHER, John M. et al. **Four Views on Free Will**, v. 5, n. 7, p. 5-43, 2007.

_____. **The significance of free will**. New York: Oxford University, 1986

_____. Some neglected pathways in the free will labyrinth. In: KANE, Robert (Ed.). **The Oxford handbook of free will**. New York: Oxford University, 2002. p. 406-437.

KAYE, Anders. Resurrecting the causal theory of the excuses. **Nebraska Law Review**, Lincoln, NE, v. 83, n. 4, p. 1116-1177, 2005. Disponível em: <<http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1292&context=nlr>>. Acesso em: 4 nov. 2015.

KOLBER, Adam J. The Subjective experience of punishment. **Columbia Law Review**, New York, v. 109, n. 182, p. 182-236, 2009. Disponível em: <<http://columbialawreview.org/wp-content/uploads/2014/04/109-1-Kolber.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2015.

KUCZYNSKI, John-Michael. **Conceptual atomism and the computational theory of mind: a defense of content-internalism and semantic externalism**. Amsterdam, Philadelphia: J. Benjamins, 2007.

LAFAVE, Wayne R. **Substantive criminal law**. 2nd ed. Eagan, MN, Thomson/West, 2003. (Hornbook Series).

LIBET, Benjamin. Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action. **Behavior & Brain Sciences**, New York, v. 28, p. 529-566, 1985. Disponível em: <<http://selfpace.uconn.edu/class/ccs/Libet1985UcsCerebrallInitiative.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2015.

LIBET, Benjamin et al. Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness potential): the unconscious initiation of a freely voluntary act. **Brain**, v. 106, n. 3, p. 623-642, Sept. 1983.

MCKINNEY, William Mark; THOMPS, Edward. **McKinney's Consolidated Laws of New York Annotated**. St. Paul: West Publishing, 2009.

MASSACHUSETTS DEPARTMENT OF PUBLIC HEALTH 1, 5. Disponível em: <<http://www.mass.gov/eohhs/docs/dph/cdc/reporting/iq-faq.rtf>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

MOORE, Michael S. Causation and the excuses. **Califórnia Law Review**, Berkeley, Calif., v. 73, n. 4, p. 1144-1145, July 1985.

_____. **Placing Blame: a theory of criminal law**. Oxford: Clarendon, 1997.

_____. Responsibility and the unconscious. **Southern California Law Review**, Los Angeles, Calif., v. 53, 1990.

MORGAN, Michael L. (Ed.). **Classics of moral and political theory**. 2nd. Indianapolis: Hackett, 1992.

MORRIS, Norval; TONRY, Michael. **Between prison and probation: intermediate punishments in a rational sentencing system**. New York: Oxford University, 1990.

MORSE, Stephen J. Criminal responsibility and the disappearing person. **Cardozo Law Review**, New York, NY, v. 28, n. 6, p. 2545-2575, 2007. Disponível em: <<https://www.law.upenn.edu/cf/faculty/smorse/workingpapers/28CardozoLRev2545%282007%29.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2015.

MORSE, Stephen J. Deprivation and desert. In: HEFFERNAN, Willian C.; KLEINING, John (Ed.). **From social justice to criminal justice: poverty and the administration of criminal law**. New York: Oxford University, 2000.

_____. Determinism and the death of folk psychology: two challenges to responsibility from neuroscience. **Minnesota Journal of Law Science & Technology**, Minneapolis, Minn., v. 9, n. 1, p. 1-36, 2008. Disponível em: <[https://www.law.upenn.edu/cf/faculty/smorse/workingpapers/9MinnJLSci&Tech1\(2008\).pdf](https://www.law.upenn.edu/cf/faculty/smorse/workingpapers/9MinnJLSci&Tech1(2008).pdf)>. Acesso em: 3 nov. 2015.

- MORSE, Stephen J. Reason, results, and criminal responsibility. **University of Illinois Law Review**, v. 2004, n. 363, 2004. Disponível em: <<http://www.illinoislawreview.org/wp-content/ill-content/articles/2004/2/Morse.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2015.
- NOZICK, Robert. **Philosophical explanations**. Cambridge: Harvard University, 1981.
- ORWELL, George. **Nineteen Eighty-Four**. London: Secker and Warburg, 1949.
- _____. **Nineteen Eighty-Four**. Austin: Holt Rinehart & WInstons, 2000.
- PEREBOOM, Derki. Hard incompatibilism. In: FISCHER, John Martin et al. **Four views on free will**. Oxford: Blackwell, 2007. p. 85-152
- PEREBOOM, Derk. **Free will**. 2nd ed. Indianapolis, IN: Hachette, 2009.
- _____. **Living without free will**. New York: Cambridge University, 2001.
- _____. Living without free will: the case for hard incompatibilism. In: KANE, Robert (Ed.). **The Oxford handbook of free will**. New York: Oxford University, 2002.
- PETTIT, Philip. Satisficing consequentialism. **Proceedings of the Aristotelian Society**, v. 58, p. 139-163; 165-198, 1984. Disponível em: <<https://www.princeton.edu/~ppettit/papers/1984/Satisficing%20Consequentialism.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2015.
- PINK, Thomas. **Free will: a very short introduction**. Oxford: Oxford University, 2004
- PINKER, Steven. The blank slate: the modern denial of human nature. **General Psychologist**, London, v. 41, n. 1, p. 3-4, 2006.
- POUND, Roscoe. Introdução. In: SAYRE, Francis B. **A selection of cases on criminal law**, Rochester, NY: Lawyers Co-operative, 1927. p. xxxvi, xxxvii-xxix
- ROBINSON, Paul H. **Criminal law 162**. Oxford: Clarendon, 1997.
- _____. **Distributive Principles in Criminal Law**, n. 75, 2008.
- ROSEN, F. Utilitarianism and the punishment of the innocent: the origins of a false doctrine. **Utilitas**, Oxford, v. 9, n. 23, p. 23-37, Mar. 1997.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2000.
- RUTTER, Michael C. **Genes and behavior: nature-nurture interplay explained**. Malden, MA: Wiley/Blackwell, 2006.
- SAYRE, Francis B. Public welfare offenses. **Columbia Law Review**, New York, v. 33, n. 55, p. 55-84, 1933.
- SEARLE, John R. Minds brains and programs. **The Behavioral and Brain Sciences**, Cambridge, v. 3, n. 3, p. 417-457, 1980. Disponível em: <<http://www.class.uh.edu/phil/garson/MindsBrainsandPrograms.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2015.
- SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. Cambridge: Harvard University, 2004.
- SHAW, William. The Consequentialist perspective. In: LANDAU, Russ Shafer (Ed.). **Ethical theory: an anthology**. Malden, MA: Blackwall, 2007. p. 332.
- SHIELDS, Christopher. **Aristotle's De Interpretatione**. Cambridge: Peterhouse, 2002

- SIMMONS, Kenneth W. The Crime/tort distinction: legal doctrine and normative perspectives. **Widener Law Journal**, Harrisburg, PA, v. 17, p. 719-732, 2008. Disponível em: <http://www.bu.edu/lawlibrary/facultypublications/PDFs/Simons/Crim_Torts_Distinction.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2015.
- SLOBOGIN, Christopher. **Minding justice**: laws that deprive people with mental disability of life and liberty. Cambridge, Mass.: Harvard University, 2006.
- STOLL, Michael. Note Miles to go before we sleep: Arizona's "guilty except insane" approach to the insanity defense and its unrealized promise. **Georgetown Law Journal**, Washington, DC, v. 97, p. 1767-1772, 2009.
- STRAWSON, Galen. The Bounds of freedom. In: KANE, Robert (Ed.). **The Oxford handbook of free will**. New York: Oxford University, 2002. p. 441-460.
- STRAWSON, Peter. Freedom and resentment. **Proceedings of the British Academy**, London, v. 48, n. 1, p. 1-25, 1962. Disponível em: <<http://philpapers.org/rec/STRFAR>>. Acesso em: 29 out. 2015.
- TAYLOR, Christopher; DENNETT, Daniel. Who's afraid of determinism? rethinking causes and possibilities. In: KANE, Robert (Ed.). **The Oxford handbook of free will**. New York: Oxford University, 2002. p. 257-277.
- TEN, C. L. **Crime, guilt and punishment**: a philosophical introduction. Oxford: Clarendon, 1987.
- TORCIA, Charles E.; WHARTON, Francis. **Wharton's Criminal Law** §.15th ed. Deerfield, Il.: Clark Boardman Callaghan, 1994.
- THOMAS DE AQUINO. **Summa Theologica**: question 83, art. 1. Trad. Padres da Província Dominicana Inglesa. 2. ed. rev., 1920.
- VARGAS, Manuel. Revisionism. In: FISCHER, John Martin et al. **Four views on free will** Oxford: Blackwell, 2007. p. 126-1643.
- VOLTAIRE. **Cândido**. Disponível em: <<http://www.ourcivilisation.com/smartboard/shop/voltaire/candide/chap21.htm>>. Acesso em: 4 jan. 2016.
- _____. **Cândido**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000009.pdf>>. Acesso em: 4 jan. 2016.
- WEGNER, Daniel M. **The Illusion of conscious will**. Cambridge, Mass.: Massachusetts Institute of Technology, 2002.
- WILLIAMS, Glanville. Finis for novus actus? **The Cambridge Law Journal**, London, v. 48, n. 3, p. 391-416, Nov. 1989. Disponível em: <<http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=3059244>>. Acesso em: 29 out. 2015.