

Liberdade de vontade como fundamento primeiro da responsabilidade penal

Luiz Regis Prado¹
Luís Roberto Gomes²

O conceito de liberdade impacta diretamente a teoria do delito e, conseqüentemente, a responsabilidade penal, relacionando-se diretamente com a fundamentação, a legitimação e a limitação do poder punitivo estatal.

É determinante para a escolha do Direito Penal que melhor representa certa forma de Estado, quando se pretende regular condutas humanas não pela força, mas pelo Direito, mediante sanções penais. Um Estado totalitário, que ignora a liberdade e trata o homem como ser irresponsável, como instrumento de política criminal, e aplica medidas de defesa social fundadas na periculosidade é absolutamente incompatível, por exemplo, com um Direito Penal, próprio do Estado democrático de Direito, que prima pela liberdade e pela dignidade como valores fundantes, que preexistem à norma constitucional.

Do ponto de vista filosófico, o tema vem sendo tratado desde a Antiguidade, com as mais variadas e díspares posturas, sendo importante ser destacado aqui as ideias principais de Pufendorf e Kant.

As bases iniciais da matéria estão fundeadas na filosofia grega, especialmente, em Platão (escolha) e em Aristóteles (ação voluntária e escolha deliberada).

Com Pufendorf (1632-1694), autor jusnaturalista racionalista, distinguem-se dois mundos diversos: o dos *entia physica* e o dos *entia moralia*, no primeiro, estão os objetos da natureza, o mundo da natureza, e visa ao aperfeiçoamento do universo (mundo físico); no segundo, estão a vida humana, a liberdade, e busca a perfeição do homem (mundo da cultura)³: “A proposição do mundo do espírito, quer dizer, do relativo aos

¹ Professor Titular de Direito Penal.

² Professor de Direito Penal no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Doutor em Direito (FADISP). Procurador da República.

³ Assim, BRUFRAU PRATS, J. *La actitud metódica de Pufendorf*, p. 145.

entia moralia, é a liberdade da vontade humana. Enquanto todo acontecer estranho ao homem, e em parte também o acontecer humano, segue a lei uniforme e imutável da causalidade, a ação humana, sempre que tenha a sua origem no entendimento e vontade, possui outro modo de determinação, a saber: a determinação pela liberdade”⁴.

É grande relevância, ainda no Século XVII, os ensinamentos por ele vertidos sobre a ação humana, conhecimento, vontade livre, imputação, responsabilidade que, posteriormente, vai contribuir para o desenvolvimento do conceito welzeliano de ação finalista. Pela primeira, entende-se “todo movimento que procede das faculdades de um homem; mas somente àqueles que têm a sua origem e direção a partir dessas faculdades com que Deus Onipotente dotou a humanidade, diferenciando-a dos irracionais, isto é, aquelas que são empreendidas pela luz do entendimento e por escolha livre”.⁵ Já sobre o segundo, diz ele: “Portanto, quanto àquela faculdade de compreender e julgar as coisas, que se chama entendimento; deve-se ter como certo, primeiro de tudo, que todo homem de idade madura e senhor de seus sentidos tem tanta luz natural nele que, com o necessário cuidado, e devida consideração, pode compreender corretamente pelo menos aqueles preceitos e princípios gerais que são condição essencial para que passemos nossas vidas aqui honesta e sossegadamente; e ser capaz de julgar se elas são congruentes com a natureza do homem. Pois, se pelo menos isso não for admitido dentro dos limites do *forum humanum* [ou Judicatura Civil], os homens poderiam pretextar uma ignorância insuperável para todos os seus fracassos, porque homem nenhum *in foro humano* pode ser condenado por ter violado uma lei que estava acima de sua capacidade compreender”⁶. O referido autor, mais adiante, conceitua vontade livre (não coagida): “chama-se vontade; pela qual, como um impulso interno, o homem impele-se à ação, e escolhe o que mais o agrada; e rejeita o que parece inconveniente para ele. O homem, portanto, tem isto de sua vontade: primeiro, ele tem um poder de agir voluntariamente, isto é, ele não é determinado por nenhuma necessidade intrínseca de fazer isto ou aquilo, mas ele mesmo é o autor de suas próprias ações. Em seguida, ele tem um poder de agir livremente, isto é, diante da proposta de um determinado objeto, ele pode agir ou não agir e ou acolhê-la ou rejeitá-la; e se diversos objetos são propostos, ele pode escolher um e recusar o resto. Ora, visto que entre as ações humanas algumas são empreendidas por seu próprio bem, outras porque servem à obtenção de algo mais; isto é, algumas são como o fim, e outras como meios;

⁴ WELZEL, H. *Introducción a la filosofía del Derecho*, p.136.

⁵ PUFENDORF, S. *Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural*, p.57.

⁶ IBIDEM, p.59-59.

quanto ao fim, até o onde concerne à vontade, este, uma vez sendo conhecido, ela primeiro o aprova e então segue vigorosamente no sentido de atingi-lo, de certo modo impelindo-se com mais ou menos avidez; e, uma vez obtido esse fim, ela pára sossegada e aproveita com prazer sua obtenção. Quanto aos meios, eles devem primeiro ser aprovados; então, os que são mais adequados ao propósito são escolhidos e finalmente aplicados ao uso”⁷.

Sobre o ponto, afirma Welzel: “Alla libertà dell’azione appartiene poi anche la conoscenza di ciò che si vuole, in altri termini vi appartiene l’intelletto. Questo presenta gli oggetti dinanzi alla volontà, per così dire come in uno specchio, ed esprime un giudizio sull’oggetto, il tempo, il modo ed i mezzi con cui si debba agire”⁸.

Então, vê-se claramente que a sua filosofia da cultura, inserta no mundo do espírito, se edifica completamente sobre o princípio de liberdade em contraposição à causalidade natural, sendo, pois, este conceito antropológico da liberdade fundamental para a noção ético-social e jurídica da liberdade⁹.

Para Kant, a autonomia se explicita por meio do imperativo categórico, em três formulações: o homem deve querer agir segundo a máxima de que a ação possa se tornar lei universal; o ser humano não é uma coisa, não é um objeto que possa ser utilizado simplesmente como meio, porque tem um valor absoluto, de ser um fim em si mesmo; a autodeterminação é expressa na ideia da vontade de todo ser racional concebida como vontade legisladora universal.¹⁰ Para Kant, como ser racional pertencente ao mundo inteligível, o homem não pode pensar nunca a causalidade da sua própria vontade, senão sob a ideia da liberdade, pois a independência das causas determinantes do mundo sensível é a liberdade. A ideia da liberdade está inseparavelmente ligada ao conceito de *autonomia*, e a este o princípio universal da moralidade, que figura na base de todas as ações de seres *racionais*, como a lei natural está na base de todos os fenômenos.¹¹

A capacidade humana de abertura aos valores é derivada de sua racionalidade e o distingue do sistema cerrado instintivo dos animais, que é vinculado, indefectivelmente, à necessidade natural própria da causalidade. Não que o homem não esteja sujeito a fatores causais, pois está, certamente, mergulhado nas conexões da realidade, é impulsionado por motivos e sentimentos e influenciado por condições

⁷ IBIDEM, p.63.

⁸ WELZEL, H. *La dottrina giunaturalistica di Samuel Pufendorf*, p.48.

⁹ WELZEL, H., op. cit., p. 145.

¹⁰ KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 62-77.

¹¹ IBIDEM, p. 109.

peçoais e sociais. Isso, porém, não o impede de criar e de tornar possível e real a ordem jurídica, estabelecendo relações normativas entre os semelhantes, como produto de sua cultura.

A liberdade, no sentido prático, é a independência do arbítrio frente à *coação* dos impulsos da sensibilidade, aduz Kant. Efetivamente, um arbítrio é simplesmente animal (*arbitrium brutum*) quando só pode ser determinado por impulsos sensíveis, isto é, *patologicamente*. Mas aquele que pode ser determinado independentemente de impulsos sensíveis, portanto por motivos que apenas podem ser representados pela razão, chama-se *livre-arbítrio* (*arbitrium liberum*). O arbítrio é sensível na medida em que é patologicamente afetado, como o arbítrio humano, porque a sensibilidade não torna sua ação necessária e o homem possui a capacidade de determinar-se por si, independentemente da coação dos impulsos sensíveis.¹²

O homem, aliás, é o único ser capaz de estabelecer normas e de se obrigar a cumpri-las, pois consegue orientar sua conduta a partir de valores, e tem capacidade de escolha entre o que considera valioso ou desvalioso, nas regras de conduta que estatui. Com isso, os mandamentos, proibições e respectivas sanções penais tornam-se plausíveis, com sentido, racionalidade e significação que são impossíveis no mundo da natureza.

Welzel destaca que a presença de um dever-ser obrigatório transcende a existência e tem como correlata a concepção da pessoa como ser responsável. É o polo supremo da teoria jurídica e representa o pressuposto de possibilidade da existência humana com *sentido pleno*. Enquanto a coação transforma o homem em mero objeto da influência causal do poder, em uma coisa entre outras coisas, a *obrigação* lhe impõe a *responsabilidade* pela ordem plena de sentido de sua vida e o converte em sujeito da conformação de sua existência. Obrigação e pessoa responsável, portanto, correspondem-se indissolúvelmente. Em cada obrigação é concebida também a pessoa responsável, a que aquela afeta. Por essa razão, todo mandato que enquanto norma jurídica queira obrigar ao homem, tem que reconhecê-lo como pessoa.

O reconhecimento do homem como pessoa responsável é um pressuposto mínimo que deve cumprir uma ordem social se não quiser simplesmente coagir como poder, mas obrigar como Direito.¹³

¹² KANT, I. *Crítica da razão pura*. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. A534 e p. A 801-803.

¹³ WELZEL, H. Verdad y límites del Derecho natural. In: *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*. Buenos Aires; Montevideo: B de F, 2004, p. 119-120.

A liberdade de autodeterminação conforme a normas, fins e valores é que permite ao homem figurar como destinatário de diretrizes normativas a respeito de seu comportamento no mundo, até porque somente o homem livre pode obrigar-se ético-socialmente e ser responsável pelas consequências que advém da prática de condutas não permitidas. Esta prerrogativa genuinamente humana, essencial para diferenciar o Direito do poder fático que simplesmente coage, é corroborada pela dignidade da pessoa humana e evita o uso do homem como simples instrumento ou coisa.

Observa-se que “na liberdade reside o fundamento primeiro da ideia de responsabilidade e de culpabilidade, sendo que a primeira não existe sem a segunda, ao menos no âmbito penal, e no Estado democrático”¹⁴.

Nessa linha, afirma-se que “a responsabilidade jurídica não tem nenhum sentido senão em relação à liberdade assegurada pelo direito - indissociável da noção de pessoa como ser livre, única capaz de responder por suas ações -, e que vincula reciprocamente os indivíduos”¹⁵. Em outras palavras, “a evitabilidade individual (poder agir de outro modo), de base ontológica, pressupõe sempre e exatamente a *liberdade* de poder se comportar de acordo com a norma (liberdade de escolha, de eleição, autodeterminação)”¹⁶. Assim, refutam-se concepções artificiosas que consideram a liberdade como uma espécie de ficção ou presunção jurídica, alheias ao real.

Além de representar contradição lógica, viola a dignidade da pessoa humana e o princípio de justiça material punir quem, por transtorno mental, não compreende a ilicitude do que faz; quem age sem consciência real ou potencial da ilicitude; ou quem realiza um injusto penal coagido moralmente, de forma irresistível. Não se pode punir, em suma, quem não tem o poder individual de agir de outro modo, em razão de haver circunstâncias ou condições da realidade que suprimam ou reduzam fortemente a liberdade de vontade.

A capacidade de autodeterminação da vontade humana, a liberdade e a dignidade “constituem bases jurídico-materiais essenciais para a conformação de um Direito Penal que reconheça o homem como ser obrigável e responsável e que queira se impor democraticamente, para a realização da justiça material”¹⁷. Ou seja, “a capacidade

¹⁴ PRADO, L.R. *Tratado de Direito Penal brasileiro: parte geral* (art. 1º a 120). Vol. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 587.

¹⁵ IBIDEM, p. 587.

¹⁶ IBIDEM, p. 587.

¹⁷ GOMES, L.R. *Culpabilidade e Constituição: dimensão penal constitucional da culpabilidade*. Londrina, PR: Thoth, 2021, p. 83.

de o homem obrigar-se ético-socialmente de forma livre é fundamental como sustentáculo da responsabilidade penal”¹⁸.

A liberdade de vontade, que é um bem da realidade humana, “é fundada, entre outros aspectos, em *como o homem se enxerga de fato*, como constrói as relações com seus semelhantes e como são edificadas as estruturas sociais. A liberdade, como diretriz geral da vida humana em sociedade, oferece ao Direito uma estrutura ontológica em face da qual incide valoração que a transforma em conceito jurídico, antes de tudo em conceito jurídico-constitucional. As normas jurídico-penais devem respeitar a concepção do homem como ser livre, capaz de se orientar e de se autodeterminar conforme ao sentido e ao valor, sob pena de contrariarem a visão prática da vida e a concepção constitucional do ser humano responsável”¹⁹.

O Direito estabelecido pelo homem não pode contrariar a imagem que tem de si mesmo como destinatário de normas, cabendo a orientação por essa visão do mundo e a aceitação da ideia da liberdade de vontade – não a liberdade em si mesma – mas como fundamento geralmente reconhecido da autoconsideração do homem.²⁰ Esta atitude do Direito encontra sua legitimação na prerrogativa que tem a imagem do mundo do homem para a ordem jurídica: a questão decisiva não é se realmente existe o livre-arbítrio, senão a representação que predomina em uma sociedade, a visão do mundo que nela se vive.²¹

Portanto, “de toda a sorte, é certo que não há como ser refutada ou solapada, de maneira convincente, a realidade de que a liberdade é inerente ao homem, e que tem ele autoconsciência da própria liberdade”²².

O Direito tem partido sempre da concepção do homem como pessoa, como ser responsável, sendo difícil imaginar, inclusive, que não fizesse isso e partisse de uma concepção determinista do ser humano, quando as normas seriam concebidas unicamente como fatores causais de possível influência na conduta dos cidadãos.²³ Porém, isso seria desconcertante e disfuncional, haja vista que o ser humano acredita que é livre e que tem o sentimento da liberdade de poder atuar, em cada momento, de um ou de outro modo, ou seja, de poder se atribuir livremente o fim de sua conduta.²⁴ Pelo contrário, “a

¹⁸ IBIDEM, p. 133.

¹⁹ IBIDEM, p. 138.

²⁰ HIRSCH, H-J. El principio de culpabilidad y su función en el *Derecho Penal*. In: *Derecho Penal. Obras completas. Tomo I*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1998, p. 170.

²¹ IBIDEM, p. 170-171.

²² PRADO, L.R., op. cit., p. 599.

²³ CERESO MIR, J. *Obras completas. Derecho Penal. Parte general*. Tomo I. Lima: ARA Editores, 2006, p. 881.

²⁴ IBIDEM, p. 881.

percepção do dado real de que o homem é e se sente livre constitui-se em âncora para o conceito de culpabilidade. Como bem se averba a experiência da vida tem mostrado que o homem pode sofrer coação e influência, mas também que pode a estas resistir. Ainda lhe resta um âmbito de livre determinação"²⁵.

De qualquer forma, “é certo, porém, que a liberdade humana, como dado real do existir, como expressão de um sentido na ordem social, está na base da construção normativa jurídica, e tem reconhecimento constitucional expresso (Preâmbulo e art. 5º, *caput*, CF)”²⁶.

A Carta brasileira de 1988, aliás, “se funda em uma concepção do homem como pessoa, como ser livre e responsável, capaz de autodeterminação segundo critérios normativos. Trata-se de fundamentar o Direito no respeito absoluto à dignidade humana (e liberdade), à sua condição de pessoa (princípio material de justiça de validade *a priori*), visto ser a base da ordem política e de paz social”²⁷.

Em um Estado constitucional de Direito, portanto, não se pode prescindir da liberdade de autodeterminação como fundamento essencial da responsabilidade penal, sob pena de descompasso com as estruturas humanas da realidade, de desafinação com a dignidade da pessoa humana e de inobservância da concepção de homem consagrada no texto constitucional.

²⁵ PRADO, L.R., op. cit., p. 599.

²⁶ IBIDEM, p. 586.

²⁷ IBIDEM, p. 601.