

Livre-arbítrio e Direito Penal: uma crítica spinozana

Dr. Rodrigo de Souza Costa¹

Resumo: É de se notar que uma das estruturas fundantes da reprovação penal é o conceito de culpabilidade. Se forem explorados os seus fundamentos, será verificado que a noção de livre-arbítrio faz parte integrante desse juízo de reprovação de modo a permitir que seja coibida a escolha livre e consciente contrária ao Direito realizada por aquele que possui a necessária capacidade para a concretização de tal seleção. Ao trazer uma estruturação filosófica que não compreende noções como a de livre-arbítrio, Spinoza permite pensar-se um fundamento de reprovação longe de tais pressupostos sendo de grande valia sua noção de civilidade (*pietas*), sendo a sanção jurídica um mecanismo capaz de incentivar a constituição de práticas dispostas à construção da noção de comum.

Palavras-Chave: Spinoza, Livre-arbítrio, Civilidade, Culpabilidade.

Abstract: It should be noted that one of the founding structures of criminal reproach is the concept of culpability. If its foundations are explored, it will be verified that the notion of free will is an integral part of this disapproval judgment in order to allow that the free and conscious choice contrary to the Law made by those who have the necessary capacity to carry out such selection can be restraint. By bringing a philosophical structure that does not contains notions such as free will, Spinoza allows one to think of a ground of disapproval far from such assumptions, and his notion of civility (*pietas*) is of great value, so as the legal sanction can be faced as a mechanism capable of encouraging the constitution of practices ready to build the notion of common.

Keywords: Spinoza, Free will, Civility, Culpability.

1. Direito Penal, culpabilidade e livre-arbítrio

Das estruturas que são apontadas como integrantes do conceito de crime, talvez aquela que acabe por adquirir maior relevância para o Direito Penal seja a culpabilidade. Estabelecida há pouco mais de uma centena de anos como um juízo de reprovação realizado sobre o agente, por meio do fato², é a partir dela que se costuma extrair o fundamento da sanção penal.

Por sua vez, a culpabilidade se estrutura a partir de três elementos: a imputabilidade, o potencial conhecimento da ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa.

Por imputabilidade entende-se a possibilidade de alguém ser submetido a uma sanção penal³. Como requisitos integradores dessa imputabilidade se costuma elencar a maturidade, verificada por meio de uma presunção legal que estabelece uma idade específica⁴ para que esta seja adquirida e a sanidade, cuja ausência impede a responsabilidade do indivíduo que portar

¹ Professor adjunto de Direito Penal da Universidade Federal Fluminense. Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

² ZAFFARONI e PIERANGELI. Eugênio Raúl & José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. V. 1. Parte Geral 6ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 517 e sgs.

³ Idem., p. 535 e sgs.

⁴ Em regra, estabelece-se um limite de idade como forma de estabelecer-se essa presunção. No Brasil a idade eleita é a de 18 anos. (Artigo 27 do Código Penal Brasileiro e Artigo 228 da Constituição Federal Brasileira).

uma patologia psiquiátrica que o impeça de entender o caráter ilícito dos fatos ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, como marcos para compreensão deste instituto⁵.

O potencial conhecimento da ilicitude seria a possibilidade que o indivíduo teria de entender o caráter ilícito desse fato, mesmo que ele não exerça esse conhecimento no caso concreto⁶.

Por exigibilidade de conduta diversa tem-se um juízo realizado sobre a conduta do agente que tende a definir se, naquelas circunstâncias, era possível ao indivíduo ter um comportamento conforme o Direito, ou seja, ter escolhido um caminho diferente daquele que ele enfim tomou⁷.

Por esse breve relato, é fácil notar que a estrutura do Direito Penal até hoje utilizada tem por fundamento essencial a noção moderna de livre-arbítrio. Tendo o conceito de culpabilidade no centro da questão, percebe-se a dependência que a concepção atual de Direito, e mais especificamente de Direito Penal, têm dessa matriz teórica.

Percebe-se, inicialmente, que os critérios escolhidos para a determinação das pessoas que podem ou não ser submetidas ao juízo de reprovação penal, chamados de critérios de imputabilidade, findam por escolher aquelas que, supostamente são capazes de realizar escolhas livres e conscientes e, para tanto, possuem sanidade mental e maturidade.

Essas mesmas pessoas, por força dessa conjunção, têm de ter a possibilidade de entender o que é certo e o que é errado, uma vez que, se não conseguem compreender que uma conduta é ilícita, não podem ser reprovadas.

Tudo isso deságua na noção de que o indivíduo só pode ser reprovado por conta da má escolha por ele realizada de concretizar um comportamento contrário ao Direito, quando lhe era possível não fazer isso. É aqui que se encontra o ponto essencial para se compreender de que maneira a noção de livre-arbítrio se faz tão importante, como capacidade de realização de uma escolha livre e consciente por parte do indivíduo, conhecedor de todas as causas.

A pergunta que ora se coloca é inevitável: se o Direito Penal está impregnado da noção de livre-arbítrio, que funciona como fundamento para a reprovação jurídica, é possível pensar-se numa alternativa jurídica que não se baseie nessa noção? É viável buscar-se na obra

⁵ Artigo 26 do Código Penal Brasileiro.

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Vol I. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal. Parte geral. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

spinozana inspiração para a formatação de uma proposta de Direito fora dos limites do livre–arbítrio?

2. Um Direito Penal sem livre–arbítrio?

Inicialmente, socorrendo–se Spinoza, é necessário que antes da formulação de outra proposta de sanção jurídica, deve–se afirmar a necessidade do Direito como pressuposto. Este só seria dispensável no caso de todos os homens se portarem de acordo com a razão, mas, como na prática os homens agem mais com base em afetos do que na razão, torna–se necessário o Direito:

Ora, se os homens fossem por natureza constituídos de modo que não desejassem senão o que ensina a reta razão, certamente a sociedade não necessitaria de nenhuma lei, bastando apenas fornecer aos homens os verdadeiros ensinamentos morais para que espontaneamente e de inteira e livre vontade, fizessem aquilo que verdadeiramente interessa. Quão diferente, porém, é a constituição da natureza humana! Todos procuram, de fato, o que lhe é útil, mas quase nunca segundo os preceitos da reta razão; pelo contrário, a maioria das vezes desejam as coisas e consideram–nas úteis unicamente por capricho e por paixão, sem olhar para o futuro nem para razões de nenhuma outra espécie. Daí que nenhuma sociedade pode subsistir sem o poder e a força, nem conseqüentemente, sem leis que moderem e coíbam o desejo e os desenfreios impulsos dos homens (SPINOZA, Baruch. Tratado Teológico–Político, p. 85)⁸.

Na esquematização proposta por Spinoza, o Direito pode aparecer como uma das instituições que podem ser fundadas como forma de se permitir a consagração da liberdade. Percebe–se que é possível uma captura radicalmente democrática do Direito, e do Direito Penal, iniciando–se esse movimento pela modificação da base sobre a qual está assentada a sua sanção.

Assim, ter–se–ia a instituição do Direito como um dos mecanismos de contra poder possíveis para a garantia da democracia, permitindo–se assim as condições essenciais para que o processo de liberação da multidão possa ocorrer. Visa–se a garantia das condições que podem possibilitar a liberação da multidão, mas não apenas a evitação da violação dessas circunstâncias e sim a sua propagação.

Lembre–se que, pela condução da razão, o homem é levado a procurar o bem comum e, por óbvio, não fará o mal ao outro homem. Desta forma, a prática criminal certamente não se dá com o indivíduo conduzindo–se pela razão, e sim implicado por um afeto negativo. Talvez esteja aqui a chave para se entender de que maneira poder–se–ia justificar a sanção. Como a atuação do homem é, em regra, regida pelos afetos e, apenas um afeto mais forte e em sentido contrário é capaz de arrefecer a influência de outro afeto, tem–se que o Direito deveria

⁸ Há quem veja semelhança na abordagem spinozana e aquela formulada por Freud, na particular necessidade de contenção/ordenação dos afetos SEMERARI, Giuseppe. L'Ontologia della sicurezza in Spinoza. Spinoza nel 350° anniversario della nascita. Atti Del Congresso (Urbino 4-8 ottobre 1982). Org. Emilia Giancotti. Napoli: Bibliopolis, 1985, p. 117. Veja–se FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização. Trad. José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago editora, 1997.

promover a propagação de afetos contrários aqueles tidos como negativos. A partir do momento em que o indivíduo mergulhado nessa dinâmica impotente é levado a praticar o que o código jurídico traduz como crime, surge a resposta estatal para que, com base num mecanismo capaz de incentivar práticas constitutivas, gere-se um afeto mais forte e em sentido contrário ao aqui produzido.

Com isso, necessita-se recorrer ao conceito de civilidade (*pietas*) para se compreender como isso pode ocorrer. Na obra de Spinoza a constituição do Estado se dá por meio da produção de práticas, ritos que forjarão as condições por meio das quais se pretende estabelecer o Estado podendo-se que afirmar que a política spinozana é uma prática constituinte, inata ao humano.

Como os homens em regra portam-se mais de acordo com os afetos do que com a razão, cabe ao Estado promover práticas, ao mesmo tempo em que é fundado por elas, mesmo que estas incidam no campo afetivo, que contribuam para a concretização da liberdade. Essas práticas são mencionadas na obra do filósofo a partir da noção de civilidade. Na obra spinozana a *pietas* pode ser entendida como civilidade, ou seja, parâmetros de conduta, que implicam num certo agenciamento público, próprios do processo de construção da política spinozana, fundamentais para a constituição do comum, essencial para a concretização da comunidade política. Isso é fácil de entender uma vez que se recorda que a política spinozana é uma política de ação, constitutiva e não meramente ideativa. São práticas que levam à conformação democrática, a uma atuação sob a condução da razão, “o desejo de fazer o bem, que surge por vivermos sob a condução da razão”⁹.

Assim, a civilidade finda por constituir-se em um conjunto de práticas que levam o indivíduo à construção do comum, por meio da promoção de afetos positivos, podendo o Direito ser encarado sob essa perspectiva.

Desta maneira, o Direito, por meio da sanção jurídica, pode ser um desses instrumentos por meio dos quais se pode incentivar essa sorte de práticas.

A partir daí, tem-se por certo que uma mudança radical em termos de sanção penal necessariamente deve ocorrer. O ponto de partida é o estabelecimento do fim do monopólio da pena privativa de liberdade. Se o ser humano age, em regra, movido por afetos e que, dentro da dinâmica afetiva, apenas um afeto contrário e mais forte consegue colocar fim à dinâmica afetiva. Desta forma, torna-se fundamental que se disponibilize ao julgador a maior quantidade de alternativas possíveis para que este possa adequá-las ao caso concreto.

⁹ SPINOZA, Baruch. *Ética*, Parte IV, Proposição XXXVII, Escólio 1.

Some-se a isso a afirmação de Spinoza de que

há tantas espécies de alegria e tristeza e de desejo e, conseqüentemente, tantas espécies de cada um dos afetos que desses são compostos (tal como a flutuação de ânimo) ou derivados (tais como o amor, o ódio, a esperança, o medo, etc.), quantas são as espécies de objetos pelas quais somos afetados (SPINOZA, Baruch. *Ética*, Parte III, Prop. LVI).

Daí conclui-se que os afetos que podem levar à produção de um ato delituoso podem ser os mais variados, sendo certo que, tanto a cominação quanto a aplicação da pena devem abarcar o maior leque possível de alternativas para que possa ser contrariado o afeto responsável pela produção daquele evento.

Com isso, quanto maior o número de possibilidades de pena previstas para uma determinada situação tipificada como criminosa, maiores são as chances de a pena permitir o aumento da potência individual.

Poder-se-ia alegar que, em tese, como a pena privativa de liberdade representa a forma mais grave de intervenção do Estado na vida do indivíduo, esta seria capaz de produzir o afeto mais fortemente contrário a qualquer outro que, porventura pudesse levar ao cometimento do delito.

Tal entendimento não pode prosperar por algumas razões. Inicialmente o próprio Spinoza aduz que, apesar de não existir sociedade que possa existir sem o poder ou sem a força, “nunca um poder violento se aguentou por muito tempo; um poder moderado, ao contrário é duradouro”¹⁰. Desta forma, o respeito à intervenção mínima deve ser mantido, evitando-se tanto quanto possível a privação da liberdade, já que “as leis, qualquer que seja o regime, terão de ser definidas de forma que os homens sintam-se constrangidos, ao tanto pelo medo como pela esperança de algum bem que desejem acima de tudo”¹¹.

Por óbvio parece interessante que a pena privativa de liberdade fique reservada apenas para as mais graves hipóteses previstas pelo ordenamento jurídico, entendendo-se, entretanto, que ainda não vai se dela prescindir. Esta afirmação possibilita, como se verá adiante, repensar-se, também, a sua execução, o que implicaria, também, numa profunda reforma.

Não se pode negar as dificuldades que o encarceramento puro e simples pode gerar ao indivíduo, mas também fica claro que a noção de liberdade pode ser entendida como algo muito maior do que a possibilidade de ir e vir. Por essa razão é que se pode falar num indivíduo fora dos muros da prisão que não seja livre. Assim como a paz não é a mera ausência de guerra, se o indivíduo possui sua liberdade de ir e vir garantida, mas não exerce outra gama de direitos

¹⁰ SPINOZA, Baruch. *Tratado Teológico-Político*, p. 86.

¹¹ *Idem*.

tão importantes quanto essa parcela de liberdade, entende-se que não se pode afirmar que ele seja livre.

Entretanto, o simples fato de retirar a liberdade de alguém, pelo menos em tese, não parece ser útil para fazer com que se promova a liberdade. Retomando os ensinamentos a que se recorreu acima, deve-se recordar que um dos objetivos da obra spinozana é a fuga da passividade, o que gera a formatação política por meio da promoção de práticas constituintes.

Pensando-se desta maneira, pode-se imaginar a privação da liberdade associada a uma série de medidas capazes de promover a saída do condenado desse regime de passividade, o engendramento de atividades que possam permitir ao apenado rotinas de empoderamento e constituição do comum. Daí algumas alternativas parecem surgir: a educação, o trabalho e a manutenção do direito de votar do preso, hipóteses que poderiam provocar uma mudança estratégica importante na participação e na integração deste na vida comunitária. É claro que estes se constituem temas por demais amplos, mas, para que sejam melhor desenvolvidos, devem ser objeto de outro trabalho.

Referências Bibliográficas

- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Vol I. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal. Parte geral. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização. Trad. José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago editora, 1997
- SEMERARI, Giuseppe. L'Ontologia della sicurezza in Spinoza. Spinoza nel 350° anniversario della nascita. Atti Del Congresso (Urbino 4-8 ottobre 1982). Org. Emilia Giancotti. Napoli: Bibliopolis, 1985
- SPINOZA. Baruch. Tratado Teológico-Político. Trd. Diogo Pires Aurélio. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- SPINOZA. Baruch. Ética. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2007
- ZAFFARONI e PIERANGELI. Eugênio Raúl & José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. V. 1. Parte Geral 6ª ed. São Paulo: RT, 2006.