

DIREITO PENAL E FISCALISMO

CRIMINAL LAW AND PHYSICALISM

Eduardo José Siqueira*

Resumo

O texto aborda o direito penal sob a visão de mundo fiscalista (ou materialista) e como essa filosofia já influenciou o direito penal e como ainda influência através do conceito de livre-arbítrio e pena, especificamente a pena retributiva. É abordado o nascimento do direito penal através da evolução humana, como os humanos enxergam o mundo natural de sua própria forma através das lentes da seleção natural e como o cérebro humano foi forjado ao longo de milênios para ter determinadas crenças a respeito de direito e moralidade e que essas crenças não encontram correspondência alguma nas ciências naturais, mas são fundamentos das ciências normativas, especificadamente do direito penal. O texto aborda as descobertas das ciências naturais que fundamentam essa filosofia e as possíveis consequências que a adoção dessa visão de mundo tem no direito, moralidade e na sociedade democrática.

Palavras-Chave: Retribuição. Livre-arbítrio. Culpabilidade. Evolucionismo. Materialismo.

Abstract

The text addresses criminal law under the physicalist (or materialist) worldview and how this philosophy has already influenced criminal law and how it still influences it through the concept of free will and punishment, specifically retributive punishment. It discusses the birth of criminal law through human evolution, how humans see the natural world in their own way through the lens of natural selection, and how the human brain has been forged over millennia to have certain beliefs about law and morality, and that these beliefs find no correspondence in the natural sciences, but are foundations of the normative sciences, specifically criminal law. The text addresses the findings of the natural sciences that underlie this philosophy and the possible consequences that the adoption of this worldview has on law, morality, and democratic society.

Keywords: Retribution. Free Will. Culpability. Evolutionism. Materialism.

Sumário

1. Introdução: direito penal e fiscalismo (ou materialismo). 2. Retribuição e pena. 3. Livre-arbítrio. 4. Conclusão: inferências e consequências. Referências.

* Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

1 INTRODUÇÃO: DIREITO PENAL E FISCALISMO (OU MATERIALISMO)

O direito penal foi construído sob premissas tribalistas de senso comum, e mesmo hoje em dia com a “cientifização” do debate esses fundamentos ainda permanecem essenciais no estudo. Senso comum inclui elementos como a moralização, atribuição de responsabilidade, e a pena retributiva.

O senso comum gera interpretações erradas de conceitos naturais e até mesmo traz a existência conceitos que não tem correspondência alguma com a realidade natural. Aqui não será propostas soluções, o objetivo é meramente expor os erros e promover uma reflexão.

A primeira pergunta que vem é: porque se preocupar com isso? O direito penal está funcionando bem do jeito que está. Porém, a realidade natural tem consequências materiais no mundo, ela se impõe acima da imaginação humana. Conforme as ciências normativas se distanciarem mais e mais das ciências empíricas problemas vão surgir. Todas as ciências acompanham as ciências naturais que são a base de tudo. Esse é o padrão histórico que a ciência passou na humanidade.

As premissas de senso comum são confrontadas com as descobertas das ciências naturais. O papel que elas cumprem é questionado.

Primeiro se explica o fiscalismo e porque o naturalismo nas ciências penais realmente quer dizer fiscalismo – a doutrina monista de que tudo que existe é material e segue leis de causalidade muito estritas. Também sobre a dificuldade que existe em aplicar o fiscalismo as ciências humanas que são construídas sobre premissas dualistas desde a sua origem.

O que deve ser esclarecido primeiro é que o direito penal quando aborda “naturalismo” não está falando sobre naturalismo, e sim sobre fiscalismo (ou materialismo), uma outra corrente filosófica (embora próxima). O termo naturalismo ficou e não foi atualizado, acredito eu, pelo motivo que a teoria foi abandonada e é praticamente histórica.

O que é fiscalismo? É a filosofia monista de que tudo é material ou físico, ou em outras palavras é dizer que apenas um tipo de substância compõe o mundo.¹ Pode ser encontrada nas variações de que tudo que existe pode ser explicado pela física, ou reduzido a ciência da física, ser precedido de elementos físicos², ou reconhecidos pela

¹ (MOSER, 1995, p. 4)

² STOLJAR, Daniel. *Physicalism*. Abingdon: Routledge, 2012, p. 43.

física.³ Como se acredita apenas na existência de um plano (o plano material) o fisicalismo é uma das formas de monismo filosófico.

Quanto a filosofia naturalista, se trata da premissa de que tudo que está contido no espaço-tempo pode ser explicado pelas ciências naturais. O naturalismo comporta o fisicalismo.⁴

Por que fisicalismo e não naturalismo? O teor das discussões são fisicalistas porque presumem monismo. Ao contrário do naturalismo que pode comportar elementos dualistas. Por exemplo, o teor da discussão a respeito do livre-arbítrio é que de acordo com as ciências naturais não se pode censurar a culpabilidade porque o livre-arbítrio nasce do cérebro e o cérebro é material, e por isso segue leis de causalidade rígidas.

O fisicalismo é uma forma de ver o mundo, e por isso não se admite exceções. Se o fisicalismo for verdade então tudo tem que ser explicado por ele, pois se algo escapar significa que a teoria é falsa.⁵ Isso inclui as ciências normativas, éticas, teológicas. Absolutamente tudo.

Essa teoria filosófica escapa muito do senso comum. Já as teorias jurídicas são completamente fundadas sobre senso comum. Conceitos dualistas infestam as doutrinas de direito em suas diversas formas: justiça, vontade, livre-arbítrio, dever, entre outros. Essa distância tão grande faz o fisicalismo ser de difícil manuseio quando se trata de ciências humanas, principalmente do direito.

Quando se fala de fisicalismo nas ciências humanas é muito comum que duas áreas das ciências naturais sejam abordadas: neurociências e teoria evolucionista. Se o ponto é o comportamento humano e você é seu cérebro então as neurociências deveriam ser capazes de explicar como esses comportamentos funcionam. E a teoria evolucionista deve ser capaz de dar resposta ao porque determinada função do cérebro existe. Quando se estuda astronomia não se questiona a vontade dos astros, eles são apenas substâncias químicas eternas flutuando no vazio e obedecendo leis de causalidade por bilhões de anos repetidamente. Mas quando se estuda o homem diversas perguntas surgem. Os humanos atribuem responsabilidade uns aos outros, os atos humanos parecem ser imprevisíveis e até mesmo contraditórios. É esse sentimento de humanos para com humanos que gerou o problema do dualismo nas ciências humanas. Esse comportamento tem suas raízes na evolução dessa espécie, como será explorado.

³ MOSER, *Contemporary Materialism: A Reader*, p. 40.

⁴ *Ibid.*, p. 35.

⁵ STOLJAR, *Physicalism*, p. 15.

2 RETRIBUIÇÃO E PENA

A primeira forma de punição foi a punição retributiva. Os ancestrais dos humanos eram criaturas retributivas, não porque existiam complexas doutrinas a respeito da ética ou do bem da retribuição como existem hoje em dia, mas porque eles eram compelidos a retribuir por seus cérebros.

O sentimento retributivo emerge quando se crê que algo errado, injusto ou inadequado foi feito contra um indivíduo ou grupo. Não necessariamente precisa vir acompanhado de raiva ou ressentimento que frequentemente são sentimentos confundidos com o próprio sentimento retributivo. No papel de um sentimento ele também tem a função unificadora do grupo – contagia o grupo e o unifica sobre esse mesmo sentimento.

A tese evolucionista para as intuições morais em geral seria a de que os humanos que desenvolveram moralidade transmitiram seus genes adiante enquanto os que não desenvolveram foram extintos. Ter moralidade era útil porque criava reciprocidade e uma garantia de cooperação, estreitando laços além do grupo familiar. Grupos grandes conseguem conquistar mais, caçar animais maiores, se proteger contra grupos menores e encontrar maior disponibilidade de parceiros (variedade genética) para uma reprodução mais otimizada.⁶

Grupos que tinham capacidade de cooperação maior tinham vantagem quando em conflito com outros grupos. Eliminando esses grupos os humanos primitivos se certificaram que os genes que possibilitavam a cooperação – os genes que habilitam a capacidade de julgamento moral, fossem transmitidos, enquanto os humanos que não o possuíam iam sendo lentamente eliminados. Sua eliminação não ocorreu apenas entre conflitos de grupos, mas dentro dos próprios grupos se eliminava aqueles que não tinham capacidade para moralidade, através de retribuição.⁷

Há evidência que o sentimento retributivo pode ter sido responsável pela eliminação de humanos sem acesso a moralidade, uma vez que eles foram excluídos da sociedade cooperativa, seja através de morte ou banimento, como punição por serem *free riders*. Um grupo de humanos primitivos que possui sentimentos negativos contra um *free rider*

⁶ JOYCE, Richard. *Evolution of Morality*. Cambridge: The MIT Press, 2006, p. 141.

⁷ GREENE, Joshua. *Moral Tribes: Emotion, Reason, and the Gap Between Us and Them*. London: Penguin Books, 2013, p. 186.

é capaz de exercer punição e através disso assegurar a cooperação, seja fazendo ele cooperar ou excluindo seus genes daquele grupo.⁸

A punição é inerente a um sistema moral. Sem isso não teria como os humanos primitivos asseguraram o seu cumprimento, o humano ganha muito com a cooperação e precisava dos meios para assegurá-la e garantir que fosse a mais eficiente possível. Porém esse sentimento era experienciado e não racionalizado. A grande vantagem de sentimentos sobre a racionalização é que eles oferecem resposta imediata.⁹

Logo, os humanos primitivos faziam algo que era benéfico para a sociedade, mas eles não sabiam disso racionalmente, eles apenas sentiam e agiam.

O sentimento retributivo é apenas mais uma ferramenta da evolução humana, escrita em nossos genes, inescapável. Da mesma forma que evoluímos, por exemplo, para sermos bípedes, também evoluímos para experienciar e aplicar a retribuição como resposta a imoralidade ou amoralidade.¹⁰

Temos muita evidencia científica de que o humano é um animal punitivista e retributivo. Não apenas isso, mas é frequente nos experimentos que se encontre humanos praticando o que veio a ser denominado “punição altruísta”. A punição altruísta acontece quando um humano que não tem nada a ganhar, pelo contrário, muitas vezes sai perdendo, engaja em um comportamento punitivista.¹¹

Disso é natural inferir que o primeiro direito que existiu foi o direito penal. Quando os grupos passaram a ficar grandes demais, diversos interesses diferentes surgiram (inclusive a respeito do que deve ser considerado moral e imoral) e se tornou necessário racionalizar e organizar a retribuição. Sentimentos podem vir de fatos inexistentes ou inexatos, um humano primitivo poderia sentir sentimento retributivo sem que ele fosse pautado por algo que realmente merecesse retribuição.

É peculiar que a tese evolucionista transforme a pena retributiva em uma pena consequencialista. Se os humanos evoluíram para ter sentimento de retribuição contra os indivíduos que atacam valores relevantes para o coletivo como meio de excluir eles da sociedade então essa intuição retributiva serve um propósito consequencialista de eliminar *free-riders* e corruptores da sociedade e assegurar a participação de todos no sistema cooperativo. Nesse caso a retribuição como fim em si mesmo é falsa – os

⁸ JOYCE, *Evolution of Morality*, p. 142.

⁹ WIEGMAN, Isaac. The Evolution of Retribution: Intuitions Undermined. *Pacific Philosophical Quarterly*, v. 98, n. 2, p. 193–218, 2017, p. 5.

¹⁰ JOYCE, *Evolution of Morality*, p. 147.

¹¹ GREENE, *Moral Tribes: Emotion, Reason, and the Gap Between Us and Them*, p. 59.

humanos apenas seriam levados a crer nisso, mas o verdadeiro propósito da retribuição seria consequencialista.¹²

Mas seria um consequencialismo em sentido amplo, não da teoria do consequencialismo na ética. A doutrina moral do consequencialismo presume decisões racionais baseadas nos resultados dessas decisões. Os sentimentos e intuições que foram garantidas aos humanos através de evolução são princípios simples de comportamento feitos para assegurar a sobrevivência do grupo.

Mas se isso for verdade não tem como escapar da ideia de que o sentimento retributivo é uma ilusão. Isso nos levaria a repensar o propósito de todas as instituições que nasceram da retribuição? Sem os genes que permitiram a retribuição é difícil pensar que *free riders* não tivessem sabotado a sociedade logo no começo. A popularização da prática do *free riding* teria atrasado o avanço da humanidade porque os indivíduos cooperariam menos.

Existem muitas teorias divergentes a respeito da retribuição. John Cottingham lista oito variações da teoria.¹³, Adriano Teixeira cita quatro ¹⁴. Mas em seu núcleo ela ainda se trata da mesma ideia que os primeiros homens tinham. É totalmente baseada em um sentimento humano. Naturalmente os humanos são compelidos a experienciar esses sentimentos, eles estão em seus genes e são a base para a construção do seu cérebro.

Teorias utilitárias sofisticadas ainda seriam elaboradas se os humanos vissem a punição apenas em termos racionais? Os humanos ainda promoveriam a punição?

A natureza está puxando as cordas dos humanos fazendo eles acreditarem que a retribuição é um bem em si mesmo? Nós criamos o direito penal, a filosofia ética, as teorias da pena, apenas para cumprir esse propósito evolutivo?

Mesmo as teorias utilitárias ainda serviriam o propósito evolutivo original. Os humanos apenas racionalizaram algo como uma justificativa para um sentimento mais profundo que eles não conseguem escapar e controlar? Não realmente importa como se pune e qual a justificativa racional para punição desde que ela ocorra de qualquer forma. Se ela ocorrer seu propósito primitivo foi cumprido, seja a sua justificação teológica, ética ou alguma complexa e sofisticada teoria utilitarista.

¹² WIEGMAN, *The Evolution of Retribution: Intuitions Undermined*, p. 20.

¹³ COTTINGHAM, John, Varieties of Retribution, *The Philosophical Quarterly*, v. 29, n. 116, p. 238, 1979, p. 1.

¹⁴ TEIXEIRA, Adriano, Las teorías retributivas en el pensamiento angloamericano contemporáneo, *En Letra: Derecho Penal*, v. 7, p. 35–77, 2018, p. 43.

A premissa básica da retribuição é simples: a prática de um delito basta para justificar a aplicação da pena. Se a teoria evolucionista se mostrar verdadeira então a retribuição não é retribuição, ela apenas parece que é. Uma ilusão da mente humana. Isso por si só já ataca um dos pressupostos da retribuição que é o valor da pena em si mesmo. Se o valor da pena é evolutivo ele não é um valor em si mesmo, mesmo que sejamos levados a crer por nossos cérebros que sim. Nós punimos porque em algum momento em um passado muito distante isso ajudou nossos ancestrais a transmitirem os seus genes.¹⁵

Isso é conhecido como um *debunking argument*, um argumento que expõe uma teoria como falsa usando suas origens e funções originais.¹⁶ É frequentemente usado por naturalistas e materialistas para atacar instituições deontológicas.

Não existe uma correlação entre o julgamento retributivo e um fato que pode ser encontrado no mundo. O julgamento moral faz referência a uma verdade que não se encontra na natureza – a de que a punição é devida.¹⁷ É exigido que a crença e o que ela prega tenham uma conexão de coerência. A crença foi gerada por um processo (ou fato) que mantém relação com a verdade? Se um sujeito acreditar que ele deve esperar quatro minutos para atravessar uma rua, pois pelo contrário será atingido por um relâmpago, essa crença e sua causa mantem alguma relação? É razoável que esse sujeito acredite que será atingido por um relâmpago se não completar o ritual?¹⁸

Porém isso apenas remove uma justificativa para o argumento. Ele pode ter outras. A retribuição pode ser justificada por suas consequências, ou talvez as suas garantias. É questionável se a retribuição ainda seria retribuição nesses termos.¹⁹

É natural concluir que a punição não tem valor intrínseco, apenas consequencialista. Mas não dá para ignorar a forma que os humanos veem o mundo. O pensamento punitivista, seja na sua forma retributiva ou consequencialista, vai se impor na mente humana. Nós encontraremos diversas formas de justificar a punição racionalmente, vamos elaborar teorias sofisticadas apenas para atender esse sentimento humano e tentar escondê-lo embaixo de um manto de racionalização.

Os humanos vivem e sentem dessa forma, mesmo se tudo isso for uma farsa ela ainda é uma necessidade humana a ser atendida. Uma necessidade fisiológica, que gera alterações no cérebro, e logo, no jeito que percebemos o mundo. Mesmo o maior dos

¹⁵ WIEGMAN, *The Evolution of Retribution: Intuitions Undermined*, p. 10.

¹⁶ *Ibid.*, p. 3.

¹⁷ JOYCE, Richard, *The Myth of Morality*, 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 163.

¹⁸ KAHANE, Guy, Evolutionary debunking arguments, *Nous*, v. 45, n. 1, p. 103–125, 2011, p. 105.

¹⁹ *Ibid.*

racionalistas vai sentir impulso retributivo, é uma resposta natural a determinados estímulos.

A melhor hipótese é que os nossos julgamentos morais em geral, incluindo o desejo de punir, se encontram na junção temporoparietal direita.²⁰ A retribuição existe materialmente no cérebro humano. Não apenas isso, mas interferir externamente nessa região do cérebro altera a percepção de um indivíduo sobre julgamentos sobre justiça, podendo ele ter reações mais severas ou mais indulgentes para com o agressor.²¹

3 LIVRE-ARBÍTRIO

Um dos assuntos mais debatidos no âmbito das ciências normativas é o livre arbítrio. Como atribuir responsabilidade pelos atos de alguém se esse indivíduo não tem livre-arbítrio? Nossas ciências normativas são totalmente baseadas na ideia de que o indivíduo é livre para escolher.

Porém, as neurociências nos últimos trinta anos vêm mostrando evidências de que essa crença na liberdade é uma ilusão da mente humana. As evidências são muitas e mostram por motivos diferentes que o livre-arbítrio é muito duvidoso.

Aqui partimos da premissa monista de que se o livre-arbítrio existe ele deve existir no cérebro – órgão que permite a racionalização e a tomada de decisões. Dessa premissa já vem o primeiro argumento contra o livre-arbítrio: se o cérebro é um objeto material e objetos materiais seguem a lei da causalidade, então tudo que o cérebro produz é uma causa derivada.²²

É possível afirmar que uma causa derivada é livre? Uma causa derivada pressupõe a influência de fenômenos anteriores a ela. Esses fenômenos anteriores podem viciar o grau de liberdade da decisão e fazer dela menos livre ou totalmente determinística.²³

Um dos requisitos para o livre-arbítrio então seria o domínio sobre esses processos químicos do cérebro, mas não existe controle consciente sobre eles.²⁴

²⁰ SELARO, Roberta *et al*, Increasing the role of belief information in moral judgments by stimulating the right temporoparietal junction, *Neuropsychologia*, n. 77, p. 400–408, 2015, p. 400.

²¹ *Ibid.*, p. 404.

²² HIRSTEIN, William; SIFFERD, Katrina L.; FAGAN, Tyler K., *Responsible Brains: Neuroscience, Law, and Human Culpability*. Cambridge: MIT press, 2018, p. 47.

²³ PATTERSON, Dennis; PARDO, Michael S. (Orgs.), *Philosophical Foundations of Law and Neuroscience*. New York: Oxford University Press, 2016, p. 10.

²⁴ HÖRNLE, Tatjana. *Dois estudos: teorias da pena e culpabilidade*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 95.

Esse debate tem incidência na teoria da culpabilidade e seu postulado de “poder agir de forma diversa” ou “capacidade de entender o que a lei quer transmitir”. O poder agir de forma diversa se trata de uma exigência, ou afirmação de capacidade, que segue a ideia da previsão causal. Os humanos preveem fluxos causais em suas mentes e agem para atingir resultados futuros dessa causalidade.

Ser responsável por algo é uma questão de causalidade. O humano iniciou um curso causal ou interferiu. Sem o livre-arbítrio, os humanos que não compreendem suas ações ou que representaram errado algum elemento são apenas mais uma parte do contínuo fluxo causal do mundo – por isso é exigido o poder agir de outra forma e o elemento do injusto.

Disso presumimos que o humano culpável não é apenas mais um elo na corrente causal do mundo, mas um agente capaz de interferir nele e modificá-lo conforme a sua vontade.

Mas e se o humano for realmente mais um elo? A teoria do poder agir de outro modo fica seriamente comprometida. A responsabilidade seria uma farsa. Cometer aquele delito penal (ou moral) era um destino inevitável. Quando as condições foram atingidas o fenômeno ocorreu.²⁵

Essas condições são eventos físicos, materiais. O cérebro só funciona quando são atingidas determinadas condições químicas e físicas. Uma escolha só pode ser feita se existir um cérebro. Ele está sujeito a influência física e química do corpo.²⁶

Mas essa influência é grande o suficiente para que não haja liberdade? Temos evidências de que a estrutura do cérebro muda comportamento, moralidade e visão de mundo.²⁷ Essa questão está sendo levantada da forma errada. Pressupor influência presume duas entidades separadas: o influenciador e o influenciado. Mas se o cérebro e a mente são a mesma entidade essa pergunta se torna impossível. A estrutura do cérebro é um dos próprios componentes da mente. Nesse cenário a única censura de culpabilidade adequada seria a de caráter.

É possível censurar um agente pelo o que ele é. Se mente e cérebro são a mesma coisa então é razoável punir um agente que tem uma estrutura cerebral inclinada a um comportamento antissocial ou violento, ou qualquer outra coisa no seu cérebro que o leve

²⁵ CARUSO, Gregg D.; FLANAGAN, Owen (Orgs.). *Neuroexistentialism: Meaning, Morals, and Purpose in the Age of Neuroscience*. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 333.

²⁶ HÖRNLE, *Dois estudos: teorias da pena e culpabilidade*, p. 82.

²⁷ EASTMAN, Nigel; CAMPBELL, Colin. Science and society: Neuroscience and legal determination of criminal responsibility. *Nature Reviews Neuroscience*, v. 7, n. 4, p. 311–318, 2006, p. 313.

a cometer um delito. Ele estaria respondendo pelo o que ele é, mas sem julgamentos morais, afinal nunca houve momento de escolha ou formação desse caráter, era tudo inevitável. Essa é uma das seis respostas que Hörnle apresenta para o problema e parece ser a mais intuitiva.²⁸

A censura pelo caráter presume uma continuidade. A pessoa de “mal caráter”, ou seria mais adequado dizer, com um cérebro indesejado, provavelmente vai reincidir. Como ajustá-la? Remover da sociedade permanentemente? Manter vigilância? Operar o seu cérebro para fazer cessar o comportamento criminoso, mudando sua personalidade?²⁹Essas são perguntas difíceis de responder.

Uma outra possibilidade é o direito penal de medida de segurança – a total abolição do conceito de reprovabilidade. Pelo o que foi apresentado anteriormente é difícil acreditar que funcionaria.³⁰ O humano é punitivista, e esse sistema provavelmente se degeneraria em alguma forma de punição.

E a reprovabilidade nos termos que entendemos atualmente?

Se um agente não pode ser reprovado ele não pode ser punido (segundo o sistema vigente). No máximo ele tem que ser corrigido (por motivos utilitaristas). O próprio conceito de reprovação, sentimento humano que foi emprestado para o direito, foi anteriormente exposto como uma possível farsa. Mas também foi visto anteriormente que o humano demanda punição de outros humanos, é compelido a isso. O que fazer então?

É possível promover o ficcionalismo como uma forma de contrariar a natureza. As ciências normativas existem de humanos para humanos, para regular o mundo como os humanos percebem.³¹ Contudo, ele deve ter limites e não sair do controle, afinal a realidade material se impõe.

Mesmo se houvesse prova definitiva de que os humanos não possuem livre-arbítrio eles ainda pensariam dessa forma, ainda veriam o mundo dessa forma e atribuiriam responsabilidade aos seus semelhantes. Mesmo nas civilizações deterministas, por exemplo os gregos e os nórdicos da Europa, ainda havia punição e atribuição de responsabilidade.

²⁸ HÖRNLE, *Dois estudos: teorias da pena e culpabilidade*, p. 111.

²⁹ *Ibid.*, p. 113.

³⁰ *Ibid.*, p. 98.

³¹ MOORE, Michael S. *Mechanical Choices*. New york: Oxford University Press, 2020, p. 272.

4 CONCLUSÃO: INFERÊNCIAS E CONSEQUÊNCIAS

Após essa revisão de conceitos é razoável inferir que o primeiro propósito do direito penal é administrar punição e satisfazer à vontade retributiva humana. A vontade retributiva humana tem o propósito de afastar ou reeducar outros humanos que não seguem regras que supostamente beneficiam a sociedade (mas eles não sabem disso).

Se esse for o verdadeiro propósito do direito penal então se trata de reeducar aqueles que podem ser reeducados e adaptados a sociedade e eliminar aqueles que não podem. *Em outras palavras, o propósito do direito penal de uma perspectiva materialista é assegurar a cooperação entre os humanos através de educação ou eliminação daqueles que não cooperam o suficiente.*

Esse propósito é o único que faz sentido de uma perspectiva materialista pelo motivo de ser fundado em conceitos materiais e nas ciências naturais como a biologia e a neurociência.

Mas esses propósitos não devem ser perseguidos através de teorias sem fundamento na realidade material (como são muitas teorias consequencialista). Felizmente, as neurociências devem ser capazes de indicar quem pode ser reeducado e quem não pode em um futuro próximo.

A premissa do direito penal como meio de assegurar a cooperação poderia resolver os problemas levantados pelas ciências naturais, enquanto ao mesmo tempo é explicado por ela.

Então se a responsabilidade é uma farsa toda pena é injusta. Mas até mesmo a pena é um conceito construído sobre premissas falsas. Nós punimos porque foi bom para os nossos ancestrais e a prática permaneceu. Até o próprio conceito de justiça seria uma fraude uma vez que só sentimos isso para nos impulsionar a tomar determinadas ações que facilitaram a transmissão genética de nossos antepassados há milênios atrás.

Se a justiça é uma farsa então aplicar a pena injusta não realmente importa, porque esse conceito sequer existe. Mas ofenderia a sociedade, pois os humanos são compelidos a acreditar em justiça mesmo se eles tiverem conhecimento de sua verdadeira natureza.

O fisicalismo leva a teoria do direito penal ao absoluto ceticismo. Nessa visão de mundo o direito penal é impossível, ele não faz nenhum sentido. Mas mesmo se isso se confirmasse é improvável que a prática da punição iria simplesmente sumir da sociedade. Como demonstrado anteriormente os humanos são compelidos a punir.

O que pode ser proposto é a substituição das bases do direito penal de uma teoria de senso comum para teorias baseadas nas ciências naturais. Isso não implica a reforma do direito penal, mas a sua substituição por um sucessor, pois o direito penal é impossível sem a psicologia de senso comum.

Uma possibilidade é reducionismo. Nesse caso seria interessante se penalistas trabalhassem em colaboração com neurocientistas e físicos para descobrir a quais eventos neuronais e ambientais os crimes podem ser reduzidos.³² E a partir da descoberta tentar influenciar mecanicamente esses eventos. Mas isso é o mesmo que dizer que as ciências humanas não existem, ou que são uma ciência de transição. O que inclui o direito. Todo jurista então teria que no mínimo ter conhecimentos avançados sobre ciências naturais.³³

No fim fica a questão: isso importa? Desde que o propósito do direito penal de eliminar e educar seja cumprido não importa os seus fundamentos e justificativas, eles apenas causam mudanças nos meios. Esse é apenas um trabalho de adequação do direito penal às novas descobertas das ciências. Mesmo se o ficcionalismo for adotado ainda é relevante que o penalista conheça os fundamentos físicos do comportamento humano e do mundo que o cerca.

Entender as funções originais do direito penal pode ajudar a refina-lo. Perseguir seus propósitos originais de forma mais eficiente. Mas para isso é necessário mais conhecimento sobre as ciências naturais, algo que não depende do jurista e sim dos cientistas da área – o que o jurista pode fazer é apenas pegar as descobertas e tentar adaptar o direito a elas.

A principal contribuição é o poder de saber quem pode ser reeducado e quem não pode. Após isso o método de como reeducar e reinserir. Cada peça no corpo cooperativo é importante.

O senso comum é de difícil reconciliação em uma era aonde as ciências naturais avançam tão rápido. Com frequência existe uma contradição entre o que as pessoas aprendem no dia a dia a respeito de ciências naturais e o que elas têm que acreditar e defender quando se trata de direito. Começar a adaptar exige que os institutos dualistas sejam questionados, os penalistas precisam estar dispostos a isso.

³² PAPINEAU, David, Physicalism and the Human Sciences. In: MANTZAVINOS, Chrysostomos (Org.), *Philosophy of the Social Sciences: Philosophical Theory and Scientific Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 104.

³³ *Ibid.*, p. 110.

Outra questão de difícil conciliação é a de como o humano vê o mundo e como o mundo realmente é. Na sociedade democrática pode acontecer dos seus integrantes exigirem um direito de senso comum porque eles percebem o mundo através do senso comum, e não estariam dispostos a aprender ou concordar com visões de mundo materialistas. O cérebro tem alguma flexibilidade, mas somos “programados” para ver algumas situações de determinada forma e exige grande esforço conseguir ver elas como realmente são. Como foi demonstrado anteriormente isso foi importante para que humano chegasse até aqui, como a espécie mais bem sucedida já conhecida.

REFERÊNCIAS

- CARUSO, Gregg D.; FLANAGAN, Owen (Orgs.). *Neuroexistentialism: Meaning, Morals, and Purpose in the Age of Neuroscience*. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- COTTINGHAM, John. Varieties of Retribution. *The Philosophical Quarterly*, v. 29, n. 116, p. 238, 1979.
- EASTMAN, Nigel; CAMPBELL, Colin. Science and society: Neuroscience and legal determination of criminal responsibility. *Nature Reviews Neuroscience*, v. 7, n. 4, p. 311–318, 2006.
- GREENE, Joshua. *Moral Tribes: Emotion, Reason, and the Gap Between Us and Them*. London: Penguin Books, 2013.
- HIRSTEIN, William; SIFFERD, Katrina L.; FAGAN, Tyler K. *Responsible Brains: Neuroscience, Law, and Human Culpability*. Cambridge: MIT press, 2018.
- HÖRNLE, Tatjana. *Dois estudos: teorias da pena e culpabilidade*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.
- JOYCE, Richard. *Evolution of Morality*. Cambridge: The MIT Press, 2006.
- JOYCE, Richard. *The Myth of Morality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- KAHANE, Guy. Evolutionary debunking arguments. *Nous*, v. 45, n. 1, p. 103–125, 2011.
- MOORE, Michael S. *Mechanical Choices*. New York: Oxford University Press, 2020.
- MOSER, Paul K. *Contemporary Materialism: A Reader*. Abingdon: Routledge, 1995.
- PAPINEAU, David. Physicalism and the Human Sciences. In: MANTZAVINOS, Chrysostomos (Org.). *Philosophy of the Social Sciences: Philosophical Theory and Scientific Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 103–123.
- PATTERSON, Dennis; PARDO, Michael S. (Orgs.). *Philosophical Foundations of Law and Neuroscience*. New York: Oxford University Press, 2016.
- SELARO, Roberta; GÜROGLU, Berta; NITSCHKE, Michael A.; et al. Increasing the role of belief information in moral judgments by stimulating the right temporoparietal junction. *Neuropsychologia*, n. 77, p. 400–408, 2015.

STOLJAR, Daniel. *Physicalism*. Abingdon: Routledge, 2012.

TEIXEIRA, Adriano. Las teorías retributivas en el pensamiento angloamericano contemporáneo. *En Letra: Derecho Penal*, v. 7, p. 35–77, 2018.

WIEGMAN, Isaac. The Evolution of Retribution: Intuitions Undermined. *Pacific Philosophical Quarterly*, v. 98, n. 2, p. 193–218, 2017.

Submetido em 15 de março de 2022.

Aprovado para publicação em 20 de dezembro de 2025.

