

RESENHA DE *FREIHEIT UND SCHULD ALS ANERKENNUNG*:
DIE ENTWICKLUNG DES STRAFRECHTLICHEN SCHULDBEGRIFFS
IM DEMOKRATISCHEN UND SOZIALEN RECHTSSTAAT

(CULPABILIDADE, LIBERDADE E RECONHECIMENTO: CONTRIBUTO
AO DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE
NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO)

REVIEW OF *FREIHEIT UND SCHULD ALS ANERKENNUNG*: *DIE ENTWICKLUNG DES STRAFRECHTLICHEN SCHULDBEGRIFFS IM DEMOKRATISCHEN UND SOZIALEN RECHTSSTAAT*
(CULPABILITY, FREEDOM AND RECOGNITION: CONTRIBUTION TO THE DEVELOPMENT OF THE CONCEPT OF CULPABILITY IN THE SOCIAL AND DEMOCRATIC STATE OF LAW)

GÜNTHER JAKOBS

Professor Emérito de Direito Penal e Filosofia do Direito na Universidade de Bonn.

Traduzido por

BRUNO TADEU BUONICORE

Professor Titular do PPG em Direito do Centro Universitário de Brasília. Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Doutor em Direito Penal – *summa cum laude* – pela Universidade de Frankfurt. ORCID: [0000-0002-0536-268X].
bruno.buonicore@gmail.com

RAMON NEGÓCIO

Professor da Universidade 7 de Setembro (Uni7). Doutor em Teoria do Direito pela Universidade de Frankfurt. ORCID: [0000-0003-4724-9658].
negocioramon@gmail.com

ÁREAS DO DIREITO: Fundamentos do Direito; Penal

RESUMO: Trata-se da tradução de resenha da tese de Bruno Tadeu Buonicore, apresentada para obtenção do Título de Doutor na Universidade de Frankfurt/Alemanha, confeccionada pelo Professor de Direito Penal Günther Jakobs. A tese que é objeto da resenha trata do conceito de culpabilidade no Estado Social e Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Resenha – Jakobs – Culpabilidade – Liberdade – Reconhecimento.

ABSTRACT: This is the translation of the review of Bruno Tadeu Buonicore's thesis, presented to obtain his Doctor's Degree at the University of Frankfurt/Germany, written by Professor of Criminal Law Günther Jakobs. The thesis which is the object of this review is about the concept of culpability in the Social and Democratic State of Law.

KEYWORDS: Review – Jakobs – Culpability – Freedom – Recognition.

De plano, defende Bruno Tadeu Buonicore, em seu trabalho apresentado na Universidade de Frankfurt, a tese de que a liberdade individual e, com isso, a culpabilidade, não podem ser representadas pela perspectiva naturalista, que a perspectiva ontológica não é passível de verificação e que a perspectiva funcionalista não deixa de tratar a liberdade individual como uma ficção. Os dois últimos modelos – “conceitos deficitários” – deveriam então ser substituídos pela “noção de reconhecimento material da liberdade individual como uma realidade intersubjetiva, historicamente construída e mediada pelo Estado” – trata-se de um anúncio poderoso.

Buonicore começa seu primeiro capítulo imediatamente com a apresentação da concepção naturalista, que é diagnosticada, já no título do capítulo, como portadora de um *déficit de normatividade*, um posicionamento que tem procedência, uma vez que os naturalistas não lidam com normatividade, mas tão somente com efetividade. Buonicore esclarece que no sistema de v. Liszt e Beling existiriam dificuldades para conceituar a omissão e demonstra as consequências do naturalismo para o conceito psicológico de culpabilidade, que seria considerado insuficiente desde as contribuições de Frank. O cerne da crítica reside no fato de que o sistema causal de ação resulta em uma “ação sem subjetividade individual como conteúdo e uma culpabilidade sem autodeterminação como pressuposto”. O capítulo se encerra com uma apresentação realmente vasta das problemáticas naturalistas que se ligam aos “novos achados da neurociência.” Além da teoria de Kant, na qual o determinismo valeria apenas para os fenômenos da natureza (“compatibilismo não naturalista”), Buonicore demonstra ainda, entre outros, três pontos de vista na teoria do conhecimento, nomeadamente: (1) privilégio cognitivo da empiria naturalista – um “incompatibilismo naturalista” (Markovitsch, Prinz, Roth, Singer); (2) minimização naturalista do conceito de liberdade (Biere e em parte Libet); (3) liberdade como mera atribuição formal – modelo funcionalista (Roxin, Jakobs e eventualmente Klaus Günther). Como resultado, todas as três maneiras recebem de Buonicore a crítica de que não consideram ou até mesmo não tem condições de considerar o reconhecimento intersubjetivo material como fonte da liberdade individual.

Do segundo capítulo são feitas aqui apenas algumas observações acerca da “concepção ontológica da liberdade individual.” Após Binding, Buonicore trata de trabalhar

Welzel, que pressupõe a ontologização dos conceitos por meio das chamadas *estruturas lógico-objetivas*, algo que fora, como apresentado por Buonicore, criticado por Arthur Kaufmann. Na doutrina de Welzel, busca-se encontrar uma alternativa sólida para a perspectiva naturalista (fatos objetivos/fatos subjetivos). A partir disso, conforme discorre Buonicore, a culpabilidade deixa de ser um fato psíquico e passa a ser a censura da formação incorreta da vontade livre, que significa mais do que a mera externalização da vontade não obstaculizada – a liberdade individual é concebida como o *poder-agir-de-outra-maneira*. Nesse ponto, Buonicore identifica um *déficit de verificabilidade*: “o *poder-agir-de-outra-maneira* não é mais do que uma ficção”, que se relaciona “com aquilo que se passa ontologicamente na realidade existencial e subjetiva do outro.” Por essa razão, Buonicore compreende o conceito de liberdade individual de Welzel como produto de uma “especulação metafísica não verificável” – este ponto será abordado ainda ao fim desta resenha.

No terceiro capítulo, Buonicore trata da “concepção funcionalista da liberdade individual”, que recebe, já no título do capítulo, um certificado de “*déficit de legitimidade*.” Após breves apontamentos sobre Durkheim, Parsons e Luhmann (circunscritos aos “sistemas sociais”), Buonicore realiza uma minuciosa discussão com o funcionalismo teleológico de Roxin, que, todavia, não oferece atenção direta a nenhum dos três sociólogos. Já no início, Buonicore formula um ponto crítico: já que, como o próprio Roxin afirma, sua pressuposição de liberdade individual revela uma proposição normativa, tenderia Roxin, segundo Buonicore, a deixar de lado a busca por um “conceito material e concreto de liberdade individual, plausível no nível epistemológico,” em nome de uma atribuição ficcional como pressuposição utilitarista orientada pela prevenção geral; uma limitação da pretensão da política criminal em nome de um direito do agente ativo do delito não poderia ser fundamentada desta forma. A posição de Roxin sobre a relação entre política criminal e sistema penal também é rejeitada: a introdução de valores de política criminal no sistema penal levaria a um utilitarismo ancorado em fins de prevenção geral. As observações acerca da imputação objetiva que seguem são breves. A *permeabilidade ao apelo normativo* como pressuposto da culpabilidade para Roxin é apontada como possuidora de fundamentos de ordem “naturalista”; além disso, esse pressuposto não poderia também ser verificado, assim como o *poder-agir-de-outra-maneira*, o que deveria deixar clara a intenção de Buonicore de se afastar da dimensão de uma pessoa isolada e partir para uma linha de argumentação intersubjetiva.

Antes de Buonicore elaborar mais sobre esse ponto, ele critica ainda a teoria social-funcionalista deste resenhista. Nesta abordagem, a sociedade não poderia “ser estruturada a partir de relações intersubjetivas entre sujeitos realmente autônomos (...) mas apenas a partir de normas que protegem os interesses do grupo” (a esse respeito, em referência muito próxima a H. Schneider) e a atuação das pessoas seria então dominada por interesses do grupo (!). Porém, o direito do “indivíduo ontológico” teria que preceder seus deveres (mas, incidentemente, como pensar em um direito sem dever correspondente?). Como resultado, segundo Buonicore, a perspectiva social-funcionalista

padeceria tanto de um *déficit de legitimidade* quanto de um *déficit de reconhecimento*. Tal crítica se baseia no pressuposto de que a orientação da imputação para a preservação da estrutura normativa da sociedade “instrumentaliza” os indivíduos, sujeitos, ou pessoas, vez que “a capacidade de seguir a norma encontra fundamento antes em um *dever* generalizado do que em uma capacidade individualizada.” Para falar sem rodeios, a abordagem teórica social-funcionalista sujeitaria os indivíduos aos interesses da sociedade, ao passo em que não levaria em consideração a condição previa de sua liberdade e, com isso também, de sua culpabilidade.

Essa é, no entanto, uma falha recorrente na compreensão da argumentação teórica sistêmica: na imputação, os indivíduos só existem na medida em que eles não podem ser representados como pessoa, ou seja, são separados da operação de imputação (!). Aquele, porém que pode ser representado como pessoa e, portanto, não deve ser julgado de acordo com o código livre/não livre, mas sim de acordo com o código responsável/não responsável, não está ligado à arbitrariedade de alguém, como pensa Buonicore, mas segue os princípios estabelecidos na lei, que são consolidados nos sistemas vinculados à lei por um acoplamento estrutural. Se isso resultar em uma visão geral liberal de sociedade, seria uma tolice, se não um crime, não querer suportar nenhum custo próprio em benefício do contexto social; pois as benesses de uma sociedade liberal não vêm de graça. Mas se a ordem perde sua aceitação geral (e na modernidade isso pressupõe liberdade), então seria inútil querer excluir o direito penal dessa perda de cultura (ou dessa mudança cultural) ou mesmo usá-lo contra ela; pois não se pode romper a relação entre direito penal e sociedade.

Em seu 4º (e último) capítulo, Buonicore começa com uma apresentação crítica da doutrina de Günther, baseando-se principalmente na obra “Schuld und kommunikative Freiheit” (“*Culpabilidade e liberdade comunicativa*”) (2005). Primeiramente, a teoria do discurso de Habermas é delineada; trata-se do estabelecimento de condições do agir com uma “reivindicação transsubjetiva de validade”, isto no contexto de uma democracia deliberativa. Com Günther, como afirma Buonicore, “o sujeito ativo do delito, (...) na qualidade de pessoa deliberativa, deve ser considerado não apenas como o destinatário (pessoa jurídica), mas também como o próprio autor (cidadão) das normas penais”, com a consequência de possuir o dever de seguir a norma, na medida em que tem a capacidade de se posicionar criticamente diante de suas ações e declarações. De acordo com Günther, no caso de normas que tenham surgido de acordo com o procedimento previsto, o dever de seguir a norma é consequência de uma “identificação entre o direito subjetivo à participação política (...) e a atribuição da liberdade individual” como pressuposto da culpabilidade. Assim, para Günther, o dever de seguir as normas resulta “não de uma subjetividade individual monologicamente concebida, mas do espaço intersubjetivo de comunicação entre os indivíduos” – Buonicore, entretanto, critica a representação “generalizada” (“idealizada”) do sujeito em Günther, que não levaria em conta as suas condições sociais concretas. A partir disso, estaria ausente a consideração da cidadania material que preenche a cidadania formal.

Esse déficit é superado se utilizando Honneth (principalmente “Das Recht der Freiheit”, 2011) (*O direito da liberdade*), principalmente pela consideração de uma ideia social da liberdade individual. A partir disso, exige-se a consideração das respectivas condições de “trabalho, educação, saúde, cultura, alimentação, socialização, etc.”, com a consequência direta: “não há pena sem reconhecimento – *nulla poena sinne recognitio*”, e trata-se de um “reconhecimento material”. Se tal reconhecimento material existe ou não, poderia ser observado no caso concreto: “A possível falha do Estado em cumprir com seus deveres sociais para com o sujeito ativo do delito, nos termos previstos na Constituição, poderia ser empiricamente verificada” (!). A determinação empírica da situação social concreta oferece, portanto, uma base para a proposição normativa. Entretanto, isto não deve se dar de forma totalmente livre da metafísica, já que na posição da liberdade ontologicamente pressuposta (ver os comentários do capítulo 2) surge um direito à liberdade, também não fundamentado empiricamente.

O resenhista, que admite, sem desculpas, uma propensão parcial, é forçado a levantar uma série de perguntas: (1) o Estado constitucional social e democrático é introduzido como um *deus ex machina*. Como deve ser pensado o seu surgimento? (2) se o Estado deve fornecer o reconhecimento material, por que isso tem algo a ver com intersubjetividade? O reconhecimento parece ser mediado institucionalmente; (3) Que medida do *status* de cidadania material deve ser garantida pelo Estado social e democrático? Condições “celestiais” dificilmente podem ser postulados na terra; (4) A justiça no caso individual concreto depende de quanta complexidade ela permite ainda administrar. Devem ser descartadas então todas as generalizações? Contra uma resposta afirmativa, a doutrina de Günther (apresentada no início do capítulo 4) parece quase como um baluarte jurídico; (5) O que deve ser feito com aqueles que permaneceram irrecuperáveis? Dificilmente se pode deixá-los continuar a agir sem obstáculos, e uma integração – tardia – também pressupõe sua disposição; (6) A falta de aceitação da participação democrática e dos serviços sociais oferecidos pelo Estado pode mascarar o estado culturalmente miserável de um delinquente? (7) Principalmente: qual é a razão para punir um culpado de acordo com a doutrina de Buonicore? Considerando que ele é também autor da norma, poderia se fundamentar um dever de tolerância, mas seria muito difícil retirar essa medida da noção de “justiça”, o que conhecidamente já sabia Liszt. Buonicore descarta todos os outros propósitos de punição como “utilitários” e “instrumentalizadores” do indivíduo.

De fato, não se pode esperar de um primeiro acesso à construção diferenciada de Honneth sobre as condições da liberdade individual uma representação absolutamente completa. Portanto, deve-se “reconhecer” que Buonicore abriu uma grande porta em seu capítulo 4 e que sistematizou e desenvolveu muitas críticas nos três capítulos anteriores, de modo que adesões às suas construções podem ser esperadas com entusiasmo.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Culpa e castigo: modernas teorias da culpabilidade e os limites ao poder de punir, de Karyna Batista Sposato – *RBCCrim* 56/33-59 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 3/745-767;
- Culpabilidade e funcionalismo: uma análise a partir das concepções de Roxin e Jakobs, de Oliveiros Guanais – *RBCCrim* 169/81-116; e
- Foucault e o economismo penalógico, de Clécio Lemos – *RBCCrim* 176/211-231.