

CULPABILIDADE E LIBERDADE EM DIREITO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA PERSPECTIVA DE FIGUEIREDO DIAS

CULPABILITY AND FREEDOM IN CRIMINAL LAW: A CRITICAL ANALYSIS OF THE PERSPECTIVE OF FIGUEIREDO DIAS

BRUNO TADEU BUONICORE

Doutorando em Direito Penal pela Universidade de Frankfurt .
Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.
Pesquisador visitante junto ao Max-Planck- Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Instituto Max Planck para Direito Penal Estrangeiro e Internacional) – Alemanha.
Advogado. bruno.buonicore@gmail.com

RESUMO: O objeto do presente artigo é a perspectiva de Figueiredo Dias sobre a culpabilidade jurídico-penal e a liberdade individual que a fundamenta. O objetivo é traçar uma análise crítica de tal perspectiva, sustentando ao fim que a concepção ontológico-filosófica de Figueiredo Dias sobre a liberdade individual provoca uma tripla aporia para a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Culpabilidade. Fundamentos. Liberdade. Figueiredo Dias.

ABSTRACT: The purpose of this article is Figueiredo Dias's perspective on the criminal-legal culpability and the individual freedom that underlies it. The objective is to draw a critical analysis of this perspective, holding to the end that the ontological-philosophical conception of Figueiredo Dias on individual freedom provokes a triple aporia for the foundation of criminal-legal culpability.

KEY-WORDS: Criminal Law; Culpability; Fundaments; Freedom; Figueiredo Dias

SUMÁRIO: I Introdução II Liberdade e culpabilidade em Figueiredo Dias II – A) Liberdade pessoal e culpabilidade pela personalidade II – B) A tripla aporia da proposta de Figueiredo Dias; III Breve conclusão

I. Introdução

O objeto do presente artigo é a perspectiva de Figueiredo Dias sobre a culpabilidade jurídico-penal e a liberdade individual que a fundamenta. O objetivo é traçar uma análise crítica de tal perspectiva, sustentando ao fim que a concepção ontológico-filosófica de Figueiredo Dias sobre a liberdade individual provoca uma tripla aporia para a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal. Assim como ocorre com a concepção finalista da liberdade da vontade de Welzel, o ontológico *poder-de-agir-de-outra-maneira*, a capacidade para o ilícito do agente (*poder-para-o-ilícito*) encontra uma barreira epistemológica intransponível na proposta ontológico-filosófica de Figueiredo Dias, não se deixando verificar empiricamente – *déficit de verificabilidade*. Além disso, a proposta de Figueiredo Dias desagua em uma perigosa noção de Direito Penal do autor e de instrumentalização funcional da liberdade individual.

Desse modo, pode-se dizer que a proposta enfraquece a culpabilidade jurídico-penal como centro normativo autônomo de legitimidade e limites da intervenção criminal no Estado Democrático de Direito, não superando a aporia finalista.

II. Liberdade e culpabilidade em Figueiredo Dias

O Professor Emérito da Universidade de Coimbra Figueiredo Dias oferece em sua Monografia *Liberdade, Culpa, Direito Penal* uma proposta original que, partindo de uma concepção ontológica, se propõe a analisar o eixo central que representa o objeto deste artigo: liberdade individual/culpabilidade. Os principais objetivos que motivam tal proposta do autor são: (1) o resgate da dimensão ética da culpabilidade; (2) a busca por uma alternativa para a liberdade da vontade que se afaste da concepção naturalista; (3) o desenvolvimento de um fundamento ontológico para a liberdade que, apesar de encontrar suas raízes na metafísica, atravesse o homem concreto; (4) o estabelecimento do conceito de *personalidade global* como mediador normativo entre o plano abstrato (metafísico) e o plano concreto (empírico); (5) a pressuposição de um conceito normativo de culpabilidade jurídico-penal que atenda às necessidades funcionais (político-criminais) e delas retire o seu norte e medida valorativa.¹

II A) Liberdade pessoal e culpabilidade pela personalidade

Munido do objetivo principal de resgatar o momento ético da culpabilidade, sem cair na aporia do finalismo de Welzel, Figueiredo Dias se questiona sobre em que medida seria possível fundamentar a dimensão ética da censura jurídico-penal, que não se separa da possibilidade da autodeterminação individual, em um plano diverso da liberdade da vontade – diverso do *poder-de-agir-de-outra-maneira*.² Figueiredo Dias reivindica uma resposta positiva para tal questionamento. Por meio da teoria da liberdade pessoal, o autor vai buscar a fundamentação ética da culpabilidade, sempre ligada à liberdade, em um plano ontológico-existencial.³ A liberdade da vontade welzeniana é substituída, nesse quadro teórico, pela liberdade pessoal do *ser total* que age, por meio de sua personalidade, no mundo concreto. Dessa maneira, a censura jurídico-penal deverá recair sobre um particular *dever ser* existencial ligado à personalidade do agente que fundamenta o fato.⁴

Segundo a doutrina da liberdade pessoal, a teoria da liberdade da vontade não supera as aporias próprias do conteúdo material da culpabilidade por estar presa a uma concepção de liberdade que encontra suas raízes no plano concreto.⁵ Na construção teórica de Figueiredo Dias, a liberdade que a culpabilidade pressupõe como fundamento não pode ser encontrada no plano da vontade concreta – que se liga

¹ Sobre a teoria de Figueiredo Dias, em suas linhas gerais, conferir: AMBOS, Kai. *Freiheit im Sein als Teil der Persönlichkeit und Grundlage strafrechtlicher Schuld*. Zur Schuldlehre von Jorge de Figueiredo Dias. GA 156, 2009. p. 561 ss.

² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal parte geral: questões fundamentais à doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 522; Idem. *Liberdade, culpa, direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 237.

³ Idem, ibidem, p. 155-156.

⁴ FIGUEIREDO DIAS. *Direito penal...* p. 517; Idem, *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 234 ss.

⁵ FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade...* p. 117; AMBOS, op. cit., p. 561 ss.

diretamente ao ilícito-típico no mundo. O problema da liberdade do homem se encontra nesse contexto para além da questão da liberdade da vontade. Não se trata de saber se o homem poderia ter agido de outra maneira na situação concreta, no plano de sua vontade; trata-se muito mais de reivindicar a liberdade pessoal do homem como *ser total* que age no mundo.⁶ A liberdade individual deve ser encarada como uma característica irrenunciável da existência humana; e seu desdobramento ético deve ser buscado em um plano antropológico-existencial.⁷ A base meta-dogmática que sustenta a teoria da liberdade pessoal de Figueiredo Dias é toda construída sobre o dualismo milenar entre realidade sensível (plano empírico) e realidade inteligível (plano metafísico-abstrato).⁸ A partir desse horizonte teórico, o autor defende que o fundamento material da censura jurídico-penal deve estar em uma dimensão que transcende a manifestação volitiva concreta, deve estar no *ser total* que age e que chama para si a responsabilidade pelo ilícito-típico.⁹

Para tanto, o autor dialoga com as construções filosóficas de Platão, Kant, Schopenhauer e Bergson.¹⁰ Da filosofia clássica de Platão, retira a ideia de autonomia da personalidade humana¹¹ e de capacidade de decisão livre pela própria existência.¹² Platão propôs uma nova via para o ser humano ao romper com a moral popular grega anterior. Se antes o responsável pelo desvalor das ações humanas era Zeus ou o destino, a partir da construção platônica do mito de *Er*,¹³ o homem passa a ser o responsável pelas escolhas livres que recaem sobre sua própria existência. Embora Figueiredo Dias tenha retirado da obra do filósofo clássico a capacidade do homem se decidir sobre si mesmo, bem como a noção de responsabilidade pelo que o ser humano é do ponto de vista da eticidade, os apontamentos de Platão não esclarecem as referências das decisões originárias do homem no mundo empírico, sendo insuficientes para o caminho dualista que Figueiredo Dias pretende traçar.¹⁴

O autor avança então para a filosofia de Kant.¹⁵ No paradigma filosófico de Kant, a contraposição entre a dimensão empírico-sensível e a dimensão inteligível-racional é muito clara. Ao mundo naturalístico contrapõe-se a razão pura, que é independente da experiência e que vai fundamentar a essência do homem.¹⁶ A partir dessa proposição filosófica, Figueiredo Dias apresenta o pensamento

⁶ As palavras de Figueiredo Dias: “(...) pois se o homem for, segundo a sua essência, livre, torna-se imediatamente pensável uma culpa como culpa da pessoa; e se o fato ilícito-típico puder ver-se, por seu lado, como fato de uma pessoa, torna-se imediatamente pensável que a culpa jurídico-penal seja dada, materialmente, como culpa da pessoa.” (FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade...* p. 118.)

⁷ FIGUEIREDO DIAS. *Direito penal...* p. 517 e p. 524; FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade...* p. 118.

⁸ AMBOS, op. cit., p. 562.

⁹ FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade...* p. 118-119.

¹⁰ AMBOS, op. cit., p. 562-563.

¹¹ FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade...* p. 119.

¹² AMBOS, op. cit., p. 562-563.

¹³ PLATÃO. *A República*. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Círculo do Livro 1997. p. 356 ss.

¹⁴ FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade...* p. 120-121.

¹⁵ AMBOS, op. cit., p. 562.

¹⁶ Sobre isso ver: PATON, Herbert James. *Kants Metaphysik der Erfahrung*. In: MALTER, Rudolf; KOPPER, Joachim (Org.). *Materialien zu – Kants Kritik der reinen Vernunft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1975. p. 134-172.

de Kant de que a liberdade residiria no mundo inteligível,¹⁷ em um espaço atemporal em que a essência conformadora do homem é a condição de todas as manifestações temporais no mundo sensível.¹⁸ Com base nessa construção, a ação, ainda que ligada a mecanismos de ordem natural, poderia ser objeto de censura, uma vez que sua atribuição recairia sobre a dimensão inteligível do autor – independente do plano natural.¹⁹

Ocorre que, nesse ponto, Figueiredo Dias reconhece os limites da teoria kantiana na formulação de um conceito material de culpabilidade jurídico-penal.²⁰ A liberdade, na teoria kantiana, encontra-se em um espaço metafísico estanque do mundo empírico, constatação que representa para Figueiredo Dias uma barreira para sua valoração jurídico-penal.²¹ O autor aponta que, ao reconduzir a responsabilidade do homem para o plano inteligível das exigências do imperativo categórico, a teoria da liberdade de Kant apresenta uma insuficiência, na medida em que um juízo de censura jurídico-penalmente relevante só pode encontrar sua razão de ser no homem concreto que age no mundo empírico.²² Para sustentar uma dimensão ética da liberdade ligada ao homem concreto, Figueiredo Dias anuncia o abandono da ideia kantiana de que o ser humano seria um cidadão de dois mundos estanques.²³ Assim, busca alinhar uma definitiva ponte de contato entre o mundo inteligível-abstrato e o mundo empírico-sensível.²⁴

De acordo com o autor, para que a liberdade inteligível, residente no mundo racional, possa apresentar um efeito empírico, no mundo sensível, seria preciso que ela estivesse enraizada no homem fático, na existência concreta. O caráter inteligível não deverá ser mais um elemento que está para além da ação empírica, anterior a ela e fora do tempo, mas uma realidade penetrante no existir histórico do homem.²⁵

Nessa operação em que o plano inteligível impregna o plano sensível com sua liberdade transcendental, tornando-se o seu fundamento, Figueiredo Dias vai buscar o desenvolvimento da teoria kantiana em Schopenhauer. Deste filósofo, o autor da doutrina da liberdade pessoal vai retirar a proposição de que o pensamento do *ser* é o motivo da ação, de modo que o anunciado efeito do mundo transcendental no mundo sensível seria fundamentado pela ideia de que a ação é a exteriorização empírica do *ser* inteligível.²⁶

Apesar de admitir que o acesso ao problema da liberdade humana apresenta-se de forma mais correta em Schopenhauer do que em Kant, Figueiredo Dias não se mostra ainda satisfeito. Embora compartilhe a ideia de que a ação é uma manifestação empírica da liberdade inteligível, que nasce na consciência

¹⁷ Sobre isso, ver: GUYER, Paul. *Kant and the experience of freedom*. New York: Cambridge Press, 1996. p. 27 ss.

¹⁸ FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade...* p. 122.

¹⁹ Idem, *ibidem*. p. 123.

²⁰ Id., *ibid.* p. 126.

²¹ AMBOS, *op. cit.*, p. 562 ss.

²² FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade...* p. 124-126.

²³ PATON, *op. cit.*, p. 134-172.

²⁴ Nas palavras do autor: “(...) uma liberdade real só se torna compreensível porque se viu no fenômeno da ação, no caráter empírico, um efeito do caráter inteligível e de sua liberdade.” (FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade...* p. 124-126.)

²⁵ Id., *ibid.* p. 124-127.

²⁶ Id., *ibid.* p. 127-128; AMBOS, *op. cit.*, p. 563.

humana como reconhecimento de sua possibilidade de vontade, o autor chama a atenção para o fato de que em Schopenhauer a liberdade continua em um estágio pré-individual do *ser*, um espaço que fundamenta o empírico, mas permanece dele apartado.²⁷

Por essa razão, na concepção de Figueiredo Dias, a liberdade como trabalhada em Schopenhauer não se mostra apta, ainda, a fundamentar a culpabilidade jurídico-penal.²⁸ Em que pese parecer não haver dúvidas para o autor de que a liberdade encontra o seu fundamento na essência ontológica da existência humana,²⁹ sua investigação se orienta sempre no sentido de buscar um atravessamento dessa liberdade, vinda do plano inteligível, no homem concreto, possibilitando assim a procurada sustentação material da culpabilidade jurídico-penal.³⁰

Ainda no caminho de encontrar a fundamentação da liberdade pessoal, Figueiredo Dias recorre às determinações de Bergson. Tal autor concebe a liberdade humana como um fenômeno da *personalidade global*, da alma *toda-inteira*. A origem das ações empíricas estaria em nossa alma total, ao passo em que somos livres quando nossos atos emanam de nossa *personalidade global* e a refletem. É a partir da ideia nuclear de que existiria uma correspondência entre o fato (ilícito-típico) e a personalidade que Figueiredo Dias vai traçar as delimitações da doutrina da liberdade pessoal como fundamento da culpabilidade.³¹

Na busca por uma liberdade que encontre seu fundamento no plano ontológico (“o lugar da liberdade vem a cobrir-se com a mais radical e originária das realidades: o existir humano”),³² mas que seja capaz de se manifestar no mundo empírico, o conceito de *personalidade global* se torna protagonista na construção da teoria da liberdade pessoal.³³ Para que a essência da liberdade viesse a impregnar a concreta existência humana, deixando para trás a ideia de uma liberdade puramente inteligível, seria preciso abandonar a concepção de homem abstrato e fundamentar o atravessamento da liberdade ontológica no homem concreto, que é capaz de se realizar na existência empírica.³⁴ Uma teoria positiva da liberdade individual somente poderia ser construída a partir de uma fundamentação onto-antropológica, no sentido proposto por Figueiredo Dias de costurar uma ligação entre as duas dimensões trabalhadas.³⁵ É precisamente nesse ponto que entra a noção de *personalidade global*. A complexa personalidade do homem, ou *personalidade global*, seria para o autor o mediador necessário entre a dimensão ontológico-fundante e a dimensão empírico-fundamentada do homem que se realiza no mundo fático.³⁶

²⁷ FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade...* p. 129-130.

²⁸ AMBOS, op. cit., p. 563 ss.

²⁹ FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade...* p. 136.

³⁰ AMBOS, op. cit. p. 561 ss; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Liberdade...* p. 135.

³¹ AMBOS, op. cit., p. 564; FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade ...* p. 132-133.

³² Id. *ibid.*, p. 136.

³³ Sobre a centralidade do conceito de personalidade, conferir: FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade...* p. 143-147 e p. 164.

³⁴ Idem, *ibidem*. p. 146-147.

³⁵ Id., *ibid.* p. 139.

³⁶ AMBOS, op. cit., p. 566 ss.

A liberdade individual positiva estaria, portanto, na teoria da liberdade pessoal, na possibilidade de decisão do homem sobre si mesmo. A escolha de uma ação concreta no mundo empírico seria resultado de uma decisão prévia do homem sobre o seu próprio *ser* e sentido, na dimensão de sua essência.³⁷ Da opção fundamental, prévia, pelo seu próprio *ser* e sentido, surgiria a liberdade pessoal do homem concreto que age de determinada maneira porque ele é como é.³⁸ A liberdade ontológica se ligaria, assim, a uma decisão do homem sobre si para, então, manifestar-se posteriormente no fato. Desse modo, Figueiredo Dias cinde uma liberdade ontológica e uma liberdade concreta, sendo que o espaço existencial de ligação entre ambas é a *personalidade global* do homem.³⁹

Sendo assim, considerando que a liberdade do homem que se realiza no mundo empírico se liga à liberdade ontológica por meio de uma decisão fundamental do ser humano sobre sua própria essência,⁴⁰ a *personalidade global* configurar-se-ia como o substrato material que deriva dessa decisão e intermedeia a ação concreta.⁴¹ A partir disso, é sobre a *personalidade global* que deve recair a culpabilidade jurídico-penal. Na qualidade de elemento que liga a decisão sobre si mesmo ao fato, a personalidade do agente fundamenta o ilícito-típico e atrai para si a censura jurídico-penal. O desdobramento dogmático da doutrina da liberdade pessoal de Figueiredo Dias é claro no sentido de que culpabilidade é, materialmente, o ter que responder pela *personalidade global* que se realiza no ilícito-típico, ao passo em que *eu* determino a minha ação criminosa quando livremente me decido sobre mim mesmo.⁴² As raízes éticas dessa censura sobre a personalidade humana estão, para o autor, no *dever ser* ético-existencial do homem de se realizar, na condução de sua vida individual e comunitária, de uma maneira que promova o *ser-livre* próprio e o dos demais. A máxima possibilidade de realização do *ser-livre* é o fio condutor ético da doutrina da liberdade pessoal,⁴³ de modo que a censura se dá quando o homem não responde, na opção essencial de seu existir, ao seu dever de promover o *ser-livre* ao ponto de violar, ou pôr em perigo, bens jurídico-penalmente relevantes.⁴⁴ Trata-se claramente de um pressuposto ético que encontra fundamento muito mais no plano metafísico abstrato do que no plano social, comunicativo e/ou intersubjetivo.

Figueiredo Dias consagra a *personalidade global*, no sentido existencial proposto, como o objeto da censura jurídico-penal.⁴⁵ Ainda que admita que a censura jurídico-penal deva referir-se ao ilícito-típico (direito penal do fato), o autor desloca para a personalidade do agente, que fundamenta o fato, toda a carga de desvalor jurídico (direito penal do autor). Tanto é assim que Figueiredo Dias chega ao ponto radical de afirmar que o alvo da censura são os elementos desvaliosos da personalidade do agente,⁴⁶

³⁷ FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade...* p. 146-147.

³⁸ *Idem*, *ibidem*. p. 147.

³⁹ AMBOS, *op. cit.*, p. 566 ss.

⁴⁰ FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade...* p. 150.

⁴¹ *Idem*, *ibidem*. p. 164-165.

⁴² FIGUEIREDO DIAS. *Temas básicos...* p. 234 ss.

⁴³ FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade...* p. 158-160.

⁴⁴ FIGUEIREDO DIAS. *Direito penal...* p. 534.

⁴⁵ AMBOS, *op. cit.*, p. 566 ss.

⁴⁶ FIGUEIREDO DIAS. *Direito penal...* p. 524-525.

devendo o mesmo responder pela desconformação de sua personalidade com a personalidade suposta pela ordem jurídico-penal vigente:

Quando o agente pratica um ilícito-típico (...) se manifestam no fato qualidades pessoais jurídico-penalmente desvaliosas e, neste sentido, uma personalidade censurável. E é a medida da desconformação entre o valor da personalidade documentada no fato e a essência de valor da personalidade suposta pela ordem jurídico-penal que dá a medida da censura pessoal.⁴⁷

Para além da exposição do caminho percorrido por Figueiredo Dias na tentativa de superar as aporias do conteúdo material da culpabilidade, sobretudo no que tange à dimensão ética da liberdade humana e seu desdobramento no ilícito-típico, faz-se importante a apresentação, nesse momento, da perspectiva sustentada pelo autor no que diz respeito à posição da dogmática jurídico-penal no âmbito da ciência conjunta do Direito Penal. Embora Figueiredo Dias critique a funcionalização do conceito de culpabilidade, sustentando o resgate de seus elementos éticos, não é possível dizer que o autor tenha abandonado tal concepção, sendo mais adequado afirmar que a doutrina da liberdade pessoal representaria uma perspectiva funcional moderada do conceito de culpabilidade – uma concepção ontológica que flerta com a concepção funcionalista: “Em sua perspectiva prática, torna-se a doutrina da liberdade pessoal em certa medida uma concepção funcionalista da culpabilidade”.⁴⁸ Isso significa que, apesar da teoria da liberdade pessoal reivindicar o resgate de uma dimensão ética da censura jurídico-penal, Figueiredo Dias parece estar convencido de que a carga axiológica que deve orientar a intervenção criminal e, especificamente, o conteúdo material da culpabilidade, advém da política criminal:

Por isso também se pode assinalar à política criminal uma posição de autonomia e transcendência perante a dogmática e o sistema jurídico-penais, sendo ela competente para demarcar os limites últimos da punibilidade. A esta luz não mais faz sentido a manutenção do conceito de culpa se ele não for traçado em termos tais que respondam às exigências fundamentais da política criminal.⁴⁹

II B) A tripla aporia da proposta de Figueiredo Dias

Sustenta-se que a teoria da liberdade pessoal de Figueiredo Dias representa para a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal uma tripla aporia que enfraquece o centro normativo do conceito como espaço dogmático de legitimidade e limites da intervenção criminal: (1) aporia da culpabilidade pela personalidade (direito penal do autor); (2) aporia da raiz transcendental da liberdade individual na escolha sobre o próprio *ser*; (3) aporia da funcionalização político-criminal do conceito. Pode-se dizer que as aporias de número 1 e 3 guardam uma relação com as concepções naturalista e funcionalista, de modo que é na aporia de número 2 que o *déficit de verificabilidade* próprio da concepção ontológica aparece de forma mais evidente.

A doutrina da liberdade pessoal confere à culpabilidade pela personalidade – às decisões sobre o próprio *ser* que se manifestam pela *personalidade global* no ilícito-típico concreto – um significado

⁴⁷ FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade...* p. 263. Ver também p. 184-185.

⁴⁸ Tradução nossa, in verbis: “In ihrer praktischen Umsetzung wird die Persönlichkeitslehre zum Teil einer gemäßigt funktionalen Schuldlehre (...)” (AMBOS, op. cit., p. 583.)

⁴⁹ FIGUEIREDO DIAS. *Direito penal...* p. 237.

praticamente equivalente à culpabilidade pelo próprio caráter, que o autor tanto critica. Embora sustente Figueiredo Dias que sua concepção ético-existencial de personalidade se distancia de uma ideia psicológico-naturalística de caráter, ambos os conceitos não podem estar apartados, sobretudo porque o conceito difuso de personalidade utilizado por Figueiredo Dias continua a carregar uma carga de conteúdo normativo própria da apreciação do caráter, no sentido de que o agente deve conformar suas escolhas sobre si mesmo a certo padrão proposto pela ordem jurídico-penal. Ademais, como substrato humano resultante das escolhas do homem sobre si próprio, a categoria da *personalidade global*, para além do que ainda deve-se dizer, não se mostra apta a garantir uma segurança jurídica necessária para a delimitação da censura jurídico-penal, já que, em termos práticos, a personalidade humana pode ser tudo aquilo que nela deseja-se enxergar desde um ponto de vista normativo.⁵⁰

Além disso, não fica suficientemente claro na doutrina da liberdade pessoal qual é exatamente a relação causal entre a decisão fundamental do sujeito sobre o seu próprio *ser* e a realização do ilícito-típico. Fica evidente que a personalidade humana viria a fundamentar o fato delituoso, mas não de que forma a decisão prévia sobre si mesmo se manifestaria na ação criminosa. Fundamentalmente, a ideia de que o sujeito age de determinada maneira porque *ele é como é* não parece oferecer, necessariamente, postulados vinculantes em sua essência. Se Figueiredo Dias direciona a censura jurídico-penal para um momento prévio de decisão do agente sobre si, então necessária seria a clara explicitação da relação causal entre essa decisão prévia sobre o *ser* e a posterior ação ilícita-típica, que encontra sua ancoragem na personalidade.⁵¹ Fato é que ainda que Figueiredo Dias procure sempre sustentar a ideia de um direito penal do fato, em que a censura somente recai sobre a *personalidade global* porque esta fundamenta o ilícito-típico, entende-se que não é possível fundamentar uma proposta de culpabilidade pelo fato e pelo autor ao mesmo tempo,⁵² de modo que a doutrina da liberdade pessoal desagua em uma perigosa noção de direito penal do autor, que não se coaduna com o Estado Social e Democrático de Direito.

Ao deslocar a liberdade individual para um momento ontológico prévio, de escolha do sujeito sobre o seu próprio *ser*, Figueiredo Dias apenas altera o espaço de manifestação do *déficit de verificabilidade* próprio da perspectiva ontológica. Assim como o welzeniano *poder-de-agir-de-outra-maneira* – como uma realidade ontológico-metafísica – não pode ser verificado objetivamente, a capacidade existencial para se decidir sobre o próprio *ser* e sentido na formação da *personalidade global* também não pode – *poder-de-agir-de-outra-maneira* e *poder-de-se-decidir-de-outra-maneira-sobre-o-próprio-ser* são fenômenos que se equivalem em termos fundamentais de indeterminação, sendo separados muito mais por uma questão temporal do que propriamente por uma questão epistemológica. Isso significa que Figueiredo Dias não opera uma destranscendentalização da liberdade individual. Pelo contrário, a proposta ético-existencial de uma possibilidade de escolha do indivíduo sobre seu próprio *ser* apenas

⁵⁰ AMBOS, op. cit., p. 570 ss.

⁵¹ Conferir, nesse sentido, a crítica de Ambos a Figueiredo Dias: AMBOS, op. cit., p. 575 ss. Ambos afirma que Figueiredo Dias acaba por sustentar uma culpabilidade pela personalidade que não se afasta da culpabilidade pelo caráter, à qual o autor se opõe.

⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 527.

reforça o pressuposto metafísico como fundamento da liberdade, agravando com isso o *déficit de verificabilidade* e as consequências que decorrem de uma proposta que ignora totalmente as relações sociais concretas na formação da capacidade do indivíduo para o ilícito que a ordem jurídico-penal pressupõe como axioma.

As aporias de número 1 e 2, se somadas ao entendimento de que os valores que devem orientar a censura jurídico-penal advêm da política criminal, apontam para uma radical instrumentalização da liberdade individual em que teremos a seguinte equação: valores de política criminal (ligados à prevenção geral) que incidem diretamente sobre a personalidade do sujeito e que encontram como único fundamento uma liberdade individual transcendental inverificável. Em última análise, trata-se de fato de um direito penal do autor em que o indivíduo deve adequar as escolhas internas sobre seu próprio *ser* à uma ordem jurídico-penal orientada pelos interesses da política-criminal dominante.

Com a intenção de rebater eventuais críticas direcionadas à doutrina da liberdade pessoal, como é o caso aqui proposto, Figueiredo Dias, na conclusão de sua Monografia, aponta que os perigos de uma instrumentalização de sua perspectiva de culpabilidade são, em verdade, os perigos de uma determinada perspectiva de direito. Com isso, seu conceito seria forjado para um Estado Democrático de Direito, ao passo em que qualquer manipulação totalitária seria fruto de um abandono do Estado de Direito e não o resultado da precariedade de sua fundamentação. A história tem mostrado, entretanto, que o Estado de Direito é construído por uma luta diária, de modo que qualquer abertura que se dê por meio de um conceito passível de manipulação é, de fato, perigosa. Sobretudo no que diz respeito ao princípio da culpabilidade, é prudente não contar com a bondade dos bons. Ademais, como aponta Martins, o Estado Democrático de Direito não existe de forma pura, antes carrega sempre vetores totalitários para com os quais se deve estar atento.⁵³

III. Breve conclusão

Figueiredo Dias propõe o deslocamento do lugar da liberdade humana. Para o autor, a liberdade que a culpabilidade pressupõe não pode ser buscada na psicologia da vontade, no poder de escolha na situação empírica, mas na antropologia e ontologia filosóficas, que percebem a liberdade humana como um estado existencial irrenunciável, não como uma ação. A doutrina da liberdade pessoal propõe o resgate da dimensão ética da culpabilidade por meio de uma concepção ontológico-existencial de liberdade. A base filosófica que sustenta a teoria de Figueiredo Dias é construída sobre o dualismo entre realidade sensível e realidade inteligível. A personalidade é para Figueiredo Dias o elemento mediador entre a decisão fundamental do ser-pessoa sobre si mesmo e a realização de uma ação concreta no mundo. Por essa razão, o autor sustenta que a censura jurídico-penal tem como objeto os elementos desvaliosos da personalidade do agente. Para o autor, são os valores político-criminais que devem iluminar o conteúdo material da culpabilidade jurídico-penal.

Entende-se que se de um lado Figueiredo Dias não soluciona a aporia finalista, por estar a raiz da liberdade individual daquele que comete o ilícito-típico em um plano metafísico inverificável (liberdade

⁵³ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 105 ss.

ontológico-existencial do *ser total* que age no mundo), de outro nos conduz a doutrina da liberdade pessoal para uma perigosa noção de direito penal do autor e de submissão do significado da liberdade individual à política criminal e à prevenção geral funcionalistas. A tripla aporia da teoria de Figueiredo Dias aqui sustentada se resume da seguinte forma: (1) Aproximação de um direito penal do autor; (2) Falta de uma destranscendentalização do conceito de liberdade que represente, de fato, uma alternativa ao finalismo em nível epistemológico; (3) Funcionalização do conceito de culpabilidade, não representando a teoria da liberdade pessoal efetivamente uma alternativa ao projeto funcionalista no que diz respeito à relação entre política criminal e dogmática jurídico-penal.