

**Instinto, moral e direito: uma abordagem naturalista  
do fenômeno jurídico e do instituto da sanção**

Junior Camilo de Sousa<sup>1</sup>  
Bruno Salvador de Freitas<sup>2</sup>

**RESUMO**

O presente artigo propõe-se a fazer uma análise evolucionária do direito, baseada neste novo paradigma interacionista que promove a interface entre as ciências humanas ou sociais (aqui, em particular, as ciências jurídicas) e as chamadas “novas ciências da natureza humana”. Como objeto de estudo delimitado, este trabalho foca-se na história evolutiva das práticas punitivas até a construção do conceito sociocultural e jurídico de sanção penal, mediante uma revisão da literatura que corrobora a noção de punição como fator dissuasivo essencial à organização da conduta social humana.

**Palavras-chave:** Análise evolucionária do direito. Sanção penal. Paradigma interacionista.

**ABSTRACT**

This paper is aimed at carrying out an evolutionary analysis of law, based on the new interactionist paradigm promoting the interface between human or social sciences (here, particularly the law sciences) and the so-called “new sciences of human nature”. As far as a delimited object of study is concerned, this work focuses on the evolutionary history of punishing practices until the construction of the sociocultural and juridical concept of penal sanctions, via a review of the literature which corroborates the notion of punishment as a deterrent factor which is essential for organizing humans’ social conduct.

**Keywords:** Evolutionary analysis in law. Penal sanction. Interactionist paradigm.

---

<sup>1</sup> Acadêmico do Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Estadual da Paraíba. Campina Grande-PB. E-mail: camilojr1976@hotmail.com

<sup>2</sup> Acadêmico do Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Estadual da Paraíba. Campina Grande-PB. E-mail: bruno\_jedy@hotmail.com

## INTRODUÇÃO

As questões levantadas no âmbito de fenômenos hodiernos, como o *pós-positivismo jurídico*<sup>3</sup> ou o *neoconstitucionalismo*,<sup>4</sup> voltando a enfatizar a relevância dos valores morais e a primazia dos princípios e direitos fundamentais dentre os demais, ainda que não encontrem consenso, evidenciam um problema de que não é mais prudente esquivar: o *juspositivismo* está em crise. Constatação que, por sua vez, não sinaliza na direção de um revigoramento do *jusnaturalismo* clássico, não obstante algumas interessantes releituras de suas teorias feitas por alguns autores, como, por exemplo, o mais proeminente jusnaturalista da atualidade, John Finnis.<sup>5</sup>

Com efeito, o problema a que ora se alude, como destaca o Prof. Atahualpa Fernandez, reside em que tanto o positivismo jurídico quanto o jusnaturalismo

se definem por referência a uma *realidade* preexistente: aquele, por referência à realidade das leis (im-)postas (antes) pelo poder constituído; este, por referência a uma natureza humana como “*produto final*” do direito ou uma “*realidade de caráter absoluto*” que não é instituída pelo homem, mas antes o vincula.<sup>6</sup>

Em ambos os casos, tratam-se de “realidades” preexistentes invariavelmente *supostas*; jamais objetiva e empiricamente *demonstradas*. De maneira que, na prática, tais pressupostos acabam por mais se assemelhar a dogmas religiosos, justificados tão somente pelo princípio *sola fide*.

Isto posto, cumpre salientar que o presente artigo, inspirado em parte na perspectiva pós-positivista, em parte na revolução neodarwiniana nas ciências que se focam no estudo da natureza humana (o que inclui as ciências sociais e jurídicas, enquanto voltadas para o animal humano e suas instituições construídas para lidar com os imperativos dessa mesma natureza na experiência social), propõe precisamente essa mudança paradigmática na abordagem do fenômeno jurídico. Por meio de um modelo heterodoxo na esfera da teoria do direito, o que se visa é proceder a uma investigação que rastreie a origem dos códigos morais de conduta, a fim

---

<sup>3</sup> Visão cujas raízes se encontram nas obras de jusfilósofos como Robert Alexy (**Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008) e Ronald Dworkin (**Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002).

<sup>4</sup> Vide DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006.

<sup>5</sup> A perspectiva jusnaturalista do renomado jusfilósofo australiano, reconhecidamente influenciada pela filosofia tomista, por exemplo, elenca o que ele denomina bens humanos básicos, os quais seriam anteriores ou exteriores à moralidade, evidentes por si mesmos, sem uma medida comum, constituindo fins em si mesmos, imprescindíveis ao desenvolvimento humano em todo tempo e lugar. Tais bens, em sua opinião, seriam: a vida, o conhecimento, a experiência lúdica, a experiência estética, a sociabilidade, a razoabilidade prática e a religião. Vide FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

<sup>6</sup> FERNANDEZ, Atahualpa. **Direito & natureza humana**: as bases ontológicas do fenômeno jurídico. Curitiba: Juruá, 2007, p. 24, nota de rodapé, grifos do autor.

de entender como, destes, foi possível chegar ao desenvolvimento de códigos jurídicos bem mais complexos, reguladores da vida social, nas mais variadas culturas. Saliente-se ainda que, para maior delimitação do objeto estudado, o principal foco de análise neste trabalho consiste no instituto da sanção (na estrita acepção de *punição*), de que se destaca sua universalidade, como elemento onipresente em todas as culturas, e procura-se entender sua ontologia, o que também compreende discutir a questão de sua proposta essencialidade como fator coercitivo indispensável à organização da conduta social humana.

Cumprido esclarecer, ainda, que a investigação supramencionada consiste numa revisão interdisciplinar da literatura *científica*, ao invés da doutrina tradicional, o que se julga aqui mais prolífico, enquanto se aplica ao estudo do fenômeno jurídico um novo paradigma interacionista, que promova a interface entre as ciências sociais e as ciências naturais da mente e do comportamento humanos, em prol das mútuas coerência e compatibilidade teóricas.

Tal paradigma constitui, nas palavras do já citado Prof. Fernandez,

um modelo vertical de *integração conceitual* entre as ciências do comportamento [que serve] como justificativa para o emprego da ciência cognitiva, da neurociência cognitiva, da genética do comportamento, da primatologia e da psicologia evolucionista no contexto de uma teoria acerca das bases ontológicas (e metodológicas) do fenômeno jurídico. A ideia básica consiste em propor que várias disciplinas contidas nas ciências sociais e do comportamento tornem-se mutuamente coerentes e compatíveis com o que é conhecido nas ciências naturais, ou seja, uma explicação verticalmente integrada dos fenômenos.<sup>7</sup>

Ademais, cumpre salientar que esta aproximação naturalista abre portas para o desenvolvimento, num futuro breve, de uma corrente teórico-científica promissora — já denominada, nos Estados Unidos, “Evolutionary Analysis in Law” (Análise Evolucionista do Direito)<sup>8</sup> —, que auxilie a filosofia e teoria do direito hodiernos, conciliando o estudo dos fenômenos jurídicos com o conhecimento produzido nas chamadas “ciências da natureza humana”<sup>9</sup>. Possibilidade esta demasiado oportuna, quando já não mais parece ponto pacífico que as teorias jusfilosóficas tradicionais, insistindo em se isolar em suas ilhas dogmático-ideológicas, tenham fôlego para uma longa sobrevivência, ao menos não no sentido de continuarem respondendo satisfatoriamente aos questionamentos levantados em face do estágio atual

---

<sup>7</sup> Idem, *ibidem*, p. 30, nota de rodapé, grifos do autor.

<sup>8</sup> Vide, por exemplo, o *site* da SEAL – Society for Evolutionary Analysis in Law, da Faculdade de Direito da Universidade Vanderbilt: <http://law.vanderbilt.edu/seal/index.htm>

<sup>9</sup> “O homem se tornará melhor quando lhe for mostrado como ele é”, escreveu Tchekhov; portanto, as novas ciências da natureza humana podem ajudar na condução a um humanismo realista e fundamentado na biologia. Elas revelam a unidade psicológica de nossa espécie sob as diferenças superficiais da aparência física e da cultura local” (PINKER, Steven. **Tábula rasa**: a negação contemporânea da natureza humana. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 14).

do conhecimento científico sobre o comportamento humano e suas bases neurogenéticas. Em suma, o momento torna procedente (e mesmo urgente) a transferência do problema do direito para um plano interdisciplinar mais fecundo que as vetustas teorias clássicas, já notadamente obsoletas.

## 1 AS RAÍZES DA MORAL HUMANA

### 1.1 O INSTINTO DE PUNIR

Nestes tempos em que a aproximação das ciências humanas ou sociais com as “ciências da natureza humana” tem se revelado tão promissora para o avanço do conhecimento, oferecendo um distinto prisma para se repensar as instituições contemporâneas, vem da etologia e da primatologia (auxiliares nessa nova linha de estudo integrado) uma gama relevante de dados que permitem rastrear as raízes biológicas desses constructos da cultura humana. Isto porque o estudo das origens da propensão universal da humanidade a desenvolver regras e práticas punitivas ou coercitivas (que induzam comportamentos sociais desejáveis) passa, inevitavelmente, pela questão de se haveria bases instintivas que levassem à reprodução de versões rudimentares desse comportamento em outras espécies.

Quanto à questão, hoje já se sabe a resposta. Com efeito, são inúmeros os dados sobre animais sociais que mantêm práticas punitivas contra agressores e trapaceiros em seu grupo, e a forma como o fazem, ou antes, a análise de seu comportamento observado, tem levado muitos cientistas a concluir que essas espécies possuem um tipo primitivo de *intuição moral*. Nas palavras de Robinson, Kurzban e Jones, constata-se com frequência, entre esses animais, que a vítima de algum ato prejudicial, assim como “os parentes da vítima, além de outros, às vezes evitam ou agem de forma agressiva em relação a indivíduos que se esquivam de normas ou expectativas grupais ou diádicas”.<sup>10</sup> Essa tendência comportamental, de os que foram diretamente prejudicados, seus parentes e outros do grupo voltarem-se contra indivíduos “malfeitores” ou negligentes, já foi observada não apenas entre primatas e outros mamíferos, como também em espécies bem mais distantes dos humanos, na árvore evolutiva.

---

<sup>10</sup> ROBINSON, Paul; KURZBAN, Robert; JONES, Owen D. The origins of shared intuitions of justice. *Vanderbilt Law Review*. Nashville, TN: Vanderbilt University Law School, v. 60, n. 06, p. 1633-1687, 2007, p. 1655, tradução nossa.

A título de exemplo, numa espécie de “blue wrens” (*Malurus cyaneus*) — ave típica da Austrália —, há aquelas que assumem o papel de “ajudantes”, i.e., indivíduos que ajudam a alimentar os filhotes de um casal de fora de seu círculo familiar, logo que nascem. Conforme experimentos demonstraram, se alguns “ajudantes” são afastados do grupo durante essa fase em que são tão necessários, ao que se os reintroduz entre seus pares, passam a ser claramente hostilizados ou desprezados pelos outros. Porém, se o afastamento involuntário ocorre em qualquer outro período, seu retorno não é acompanhado de qualquer reação adversa.<sup>11</sup> (O fato de que tenham deixado o grupo por literal “motivo de *força maior*” não tem relevância, visto que os módulos cognitivos dessas aves não lhes permitem ponderar sobre tal informação: o que importa é a constatação da ausência num momento de necessidade.)

São fartos os casos de comportamentos punitivos semelhantes, em geral em espécies de elevada sociabilidade, em que a ação punida é sempre contrária ao interesse coletivo do grupo. Entre os ratos-toupeira pelados (*Heterocephalus glaber*), para citar outro exemplo, as rainhas parecem estimular ataques contra indivíduos que são mais preguiçosos no cumprimento dos trabalhos essenciais à colônia.<sup>12</sup> Ao passo que, em algumas espécies de lobos, aqueles que se excedem em lutas simuladas, uma brincadeira habitual, são geralmente punidos com o isolamento social por seu violento descontrole. Não lhes restando senão deixar o grupo, esses “excluídos” acabam morrendo numa taxa muito acima da média.<sup>13</sup>

Os primatas (parentes mais próximos dos humanos) formam, por sua vez, um grupo de espécies entre as quais tanto vigoram punições mais sistemáticas a atos transgressores de algum membro da comunidade, como também se observa um sofisticado padrão comportamental de justa cooperação. Por exemplo, se o indivíduo A entra num conflito para ajudar B, com o qual não tem nenhuma relação de parentesco, B retribuirá a ação mais tarde, quando for A quem estiver em apuros. Tal comportamento já foi observado entre babuínos, macacas e chimpanzés. Nas atividades que exigem cooperação, por sua vez, indivíduos que se esforçam *menos* passam a ser rechaçados, não são mais recrutados para as atividades e acabam excluídos pelo grupo, na hora de gozar dos benefícios advindos dessas atividades. Entre os

---

<sup>11</sup> MULDER, Raoul A.; LANGMORE, Naomi E. Dominant males punish helpers for temporary defection in superb fairy-wrens. **Animal behaviour**. Amsterdam: Elsevier, v. 45, p. 830-831, 1993.

<sup>12</sup> REEVE, Hudson. Queen activation of lazy workers in colonies of the eusocial naked mole-rat. **Nature**. Londres: Nature Publishing Group, v. 358, p. 147-148, jul. 1992.

<sup>13</sup> BEKOFF, Marc. Wild justice, cooperation, and fair play: minding manners, being nice, and feeling good. In: SUSSMAN, Robert; CHAPMAN, Audrey (Org.). **The origins and nature of sociality**. Nova York: Aldine de Gruyter, 2004, p. 53-80.

primatas, a punição é tanto *maior* quanto *pior* for o dano causado pelo transgressor, em particular no que diz respeito ao bem-estar do grupo como um todo. Numa colônia de macacos rhesus (*Macaca mulatta*), por exemplo, se um indivíduo encontra alimento, mas esconde dos outros a informação vital, no momento em que é descoberta sua omissão, passa a ser alvo de atos de extrema violência por parte de seus pares.<sup>14</sup>

Os primatologistas estão de acordo em que os símios tendem a recompensar as boas ações, ao passo que geralmente tratam ações prejudiciais segundo o princípio do “olho por olho, dente por dente”. Como salientou Frans de Waal: “A inclusão de atos negativos amplia consideravelmente o escopo do balanço geral que eles parecem manter nas relações sociais: não apenas ações benéficas são recompensadas, mas parece haver uma tendência a ensinar uma lição àqueles que agem de forma negativa”.<sup>15</sup>

Não se pode creditar à mera coincidência (improvável) ou à influência cultural (inexistente) a observação de tais e tantos comportamentos de recompensa ou punição entre outras espécies de animais sociais, como resposta a atos, respectivamente, favoráveis ou prejudiciais — neste caso, se não ao indivíduo que os pratica, decerto aos membros da comunidade, como grupo intradependente. Aparentemente, veem-se aí formas rudimentares de instintos e intuições semelhantes àqueles sobre os quais podem ter evoluído os sentidos de moral e “justiça” do *Homo sapiens*, subjacentes à construção socioadaptativa do direito.

## 1.2 A MENTE MORAL

Ainda há muito a se descobrir e entender sobre como a evolução biológica moldou os cérebros humanos diante dos problemas adaptativos enfrentados no ambiente ancestral, mas o

---

<sup>14</sup> Para todos estes exemplos sobre primatas, vide: DE WAAL, Frans B. M.; LUTTRELL, Lesleigh M. The similarity principle underlying social bonding among female rhesus monkeys. **Folia Primatologica**. Basel: Karger, v. 46, n. 4, p. 215-234, 1986; DE WAAL, Frans B. M. Food sharing and reciprocal obligations among chimpanzees. **Journal of Human Evolution**. Amsterdam: Elsevier, v. 18, n. 5, p. 433-459, ago. 1989; FLACK, Jessica C.; DE WAAL, Frans B. M. Any animal whatever: Darwinian building blocks of morality in monkeys and apes. In: KATZ, Leonard D. (Org.). **Evolutionary origins of morality: cross-disciplinary perspectives**. Thorverton: Imprint Academic, p. 01-31, 2000; HAUSER, Marc D.; MARLER, Peter. Food-associated calls in rhesus macaques (*Macaca mulatta*): II. Costs and benefits of call production and suppression. **Behavioral Ecology**. Oxford: Oxford University Press, v. 4, n. 3, p. 206-212, 1993; MELIS, Alicia P.; HARE, Brian; TOMASELLO, Michael. Chimpanzees recruit the best collaborators. **Science**. Washington, DC: AAAS, v. 311, n. 5765, p. 1297-1300, 2006; PACKER, Craig. Reciprocal altruism in Papio Anúbis. **Nature**. Londres: Nature Publishing Group, v. 265, p. 441-442, fev. 1977, e SEYFARTH, Robert M.; CHENEY, Dorothy L.. Grooming, alliances and reciprocal altruism in vervet monkeys. **Nature**. Londres: Nature Publishing Group, v. 308, p. 541-542, abr. 1984.

<sup>15</sup> DE WAAL, Frans B. M. **Good natured: The origins of right and wrong in humans and other animals**, Cambridge-MA: Harvard University Press, 1996, p. 159, tradução nossa.

estágio atual do conhecimento sobre os substratos neurogenéticos da mente<sup>16</sup> assombra, se comparado à verdadeira “idade das trevas” de poucas décadas atrás. A arquitetura mental do cérebro humano é hoje normalmente entendida como uma complexa organização modular, tal como a propusera Jerry Fodor, em 1983,<sup>17</sup> compreendendo, de forma geral e intuitiva,

a diferenciação interna de um sistema capaz de gerar ganhos em competência e desempenho. [Ganho este que] pode decorrer da maior integração dos componentes internos do módulo, como de sua adaptação a um domínio específico de problemas externos e de seu isolamento funcional em relação a outras instâncias controladoras do comportamento.<sup>18</sup>

A história evolutiva desses módulos cognitivos faz-se relevante para as ciências humanas ou sociais (em especial para as ciências jurídicas), em virtude de não parecer justificável, em absoluto, a resistência acadêmico-científica em se buscar compreender o tipo complexo de mente que evoluiu nos humanos, como se fosse desimportante e inútil procurar desvendar *como e por que* suas operações de processamento de dados levam, via de regra, à produção de regras de conduta social em *todos* os lugares onde humanos convivam, a despeito do tipo de cultura sob a qual se organizem. O tema decerto interessa à teoria geral do direito, visto que

[a] *criação* de regras de conduta só é possível se tomamos como premissa uma ideia de direito fundamentada, entre outras coisas, **em uma moral de respeito mútuo**, ou seja, de que somos nós mesmos quem, ao conceber o direito como uma estratégia socioadaptativa, outorgamos, por meio de normas compartilhadas, direitos e deveres morais a todo homem, com vistas a viabilizar os quatro modelos elementares de vínculos sociais relacionais e, assim, a vida social mesma.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> A neurociência atual não encontrou qualquer evidência que suporte a tradicional visão dualista da mente, como uma entidade independente do cérebro. De modo que, qualquer discussão *cientificamente fundamentada* sobre a mente deve ter em conta a relação ontologicamente monista corroborada pelas pesquisas contemporâneas, ainda que crenças filosóficas, religiosas e ideológicas tenham forte dependência do dualismo clássico como um de seus pilares de sustentação. Convém, nesse sentido, salientar a procedente definição de Steven Pinker, segundo quem “a mente é um sistema de órgãos de computação, projetados pela seleção natural para resolver os tipos de problemas que nossos ancestrais enfrentavam em sua vida de coletores de alimentos, em especial entender e superar em estratégia os objetos, animais, plantas e outras pessoas. [...] A mente é o que o cérebro faz; especificamente, o cérebro processa informações, e pensar é um tipo de computação”. Outra vez: “a mente não é o cérebro, e sim o que o cérebro faz, e nem mesmo é tudo o que ele faz, como metabolizar gordura e emitir calor. [...] O status especial do cérebro deve-se a uma coisa especial que ele faz, a qual nos permite ver, pensar, sentir, escolher e agir. Essa coisa é o processamento de informação, ou computação” (PINKER, Steven. **Como a mente funciona**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 32; 34-35).

<sup>17</sup> FODOR, Jerry A. **The modularity of mind**: an essay on faculty psychology. Cambridge, MA: MIT Press, 1983.

<sup>18</sup> ADES, César. A expressão da modularidade, **Scientiæ studia**, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 283-308, 2009, p. 284.

<sup>19</sup> FERNANDEZ, op. cit., p. 185-186, itálico do autor, negrito nosso. (Os quatro modelos elementares de vínculos relacionais a que o autor alude encontram-se em: FISKE, Alan. **Structures of social life**: the four elementary forms of human relations. Nova York: The Free Press, 1993. Estudos diversos parecem indicar a existência de quatro formas elementares de relações humanas pelas quais se constroem estilos de interação e estrutura sociais, que são aprovados e integram um consenso: *communal sharing*, isto é, a partilha comunitária ou identidade social; *authority ranking*, hierarquização; *market pricing*, proporcionalidade; e *equality matching*, igualdade, equiparação. Estas estruturas são identificadas em todas as culturas examinadas por Fiske, denunciando uma propensão arraigada nos módulos mentais humanos para sua concepção e estabelecimento na vida social.)

Logo, entender como e por que os humanos produzem regras morais é o primeiro passo no estudo da gênese do direito propriamente dito. Conforme esclarece Fernandez, nesse entendimento reside, inclusive, uma resposta simples para um velho mistério que assombra o mundo do positivismo dogmático: o fato de que parecem existir direitos e deveres que não foram outorgados. A realidade é que *todos* os direitos, inclusive os fundamentais, *têm de ser* outorgados a quem os porta; todavia, tal outorga não se dá em virtude de premissas religiosas ou metafísicas, mas, antes, por parte das próprias pessoas, no que se encontram vinculadas por uma *moral* de mútuo respeito, generalizada no seio de seu microcosmo social (i.e., a família, o grupo, a tribo), a partir do que o conceito pode se universalizar como crença culturalmente construída e transmitida (numa espécie dotada da faculdade da linguagem).

Desse modo, postular alguma entidade divina ou uma “norma fundamental”<sup>20</sup> como fonte primeira de todo o direito constitui tão somente o tipo de exercício que resulta, sempre, de abstrações e reflexões *prescindíveis*, enquanto ignoram os fundamentos ontológicos do fenômeno normativo, como este se revela no contexto das estratégias socioadaptativas desenvolvidas pela espécie humana no ambiente ancestral. Tais postulados não levam em conta o princípio elementar de que não há “direito ou dever que não seja outorgado para resolver os problemas adaptativos a ele relacionados”<sup>21</sup>.

De fato, o que as pesquisas atuais têm demonstrado é que o direito, como artefato relacional sociocultural, parece ter suas raízes profundamente arraigadas em intuições e conceitos *morais*, que primariamente se constroem (em face de *input*<sup>22</sup> social) pelas computações dos módulos cognitivos humanos. Isto porque, ao nível do cérebro e da mente, a já estudada sobreposição de valores morais sobre a racionalização analítica, por exemplo, denuncia uma íntima relação com a história evolutiva da espécie, uma vez que

[a] tomada de decisões morais é movida por emoções. [Ela ativa] partes do cérebro que remontam à transição dos répteis de sangue frio para os mamíferos que alimentam, cuidam e amam. Somos equipados com uma bússola interna que nos diz como devemos tratar os outros. A racionalização em geral vem depois do fato, quando já pusemos em ação as reações preordenadas de nossa espécie.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> O conceito de “norma fundamental” (“*Grundnorm*”) é definido em: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 216-217.

<sup>21</sup> FERNANDEZ, op. cit., p. 186.

<sup>22</sup> Nas neurociências e ciências cognitivas, chama-se *input* os estímulos sensoriais processados pelo cérebro, o sinal de entrada de informações, ao passo que a resposta, a habilidade, o comportamento a que leva o *input* denomina-se *output*.

<sup>23</sup> WAAL, Frans de. **Eu, primata**: por que somos como somos. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 235.

Esse vínculo cognitivo do *Homo sapiens* com seu passado evolutivo, a recorrente imisção de valores morais sobre sua razão analítica, já foi evidenciada, inclusive, numa esfera ainda um tanto controversa do mundo jurídico atual: a da interpretação judicial do direito.<sup>24</sup>

Pesquisadores da Universidade Vanderbilt (EUA), sob a direção do Prof. Owen D. Jones, usaram um aparelho de fMRI (um scanner de ressonância magnética funcional) para analisar como se processa o julgamento imparcial de terceiros (um ideal almejado em qualquer sistema judiciário de um Estado democrático de direito), i.e., o julgamento de alguém cuja condenação não é de interesse pessoal de quem julga.<sup>25</sup> Os voluntários submetidos ao experimento deveriam avaliar a responsabilidade penal e determinar sentenças para os acusados em 50 cenários hipotéticos, variando de delitos leves (como furto simples) a crimes hediondos (como estupro e homicídio qualificado).

Nos casos em que a ausência de dados circunstancialmente atenuantes facilitava deduzir a responsabilidade do acusado, havia notável ativação do córtex pré-frontal dorsolateral direito (associado ao raciocínio analítico) e ativação da porção anterior do sulco intraparietal (região associada a funções cognitivas como a seleção geral de resposta a estímulo sensorial e comparações numérico-quantitativas).<sup>26</sup> Já nos casos em que os atenuantes lançavam dúvidas sobre a culpabilidade do acusado, era outra a área que mais notadamente se ativava, qual seja: a amígdala, o córtex pré-frontal medial e o córtex cingulado posterior (circuitos emocionais e socioafetivos do cérebro). Na verdade, esta área também se ativava (com menor intensidade) mesmo nos casos em que a responsabilidade do acusado era mais evidente.

O que os pesquisadores concluíram foi que

o envolvimento geral tanto do córtex pré-frontal quanto das regiões afetivas do cérebro na racionalização jurídica é remanescente de seus papéis no julgamento moral [...]. [De modo que] tanto a tomada de decisões moral quanto a jurídica dependem de “frias” computações deliberadas auxiliadas pelo córtex pré-frontal e de “fervorosos” processos emocionais representados nas redes socioafetivas do cérebro [...].<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Acerca do debate em torno do tema, vide: NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>25</sup> BUCKHOLTZ, Joshua W. et al. The neural correlates of third-party punishment. **Neuron**. Cambridge, MA: Cell Press, v. 60, n. 5, p. 930-940, dez. 2008.

<sup>26</sup> Para Buckholtz e seus colegas de pesquisa, a ativação do sulco intraparietal “pode indicar um papel para essa área na associação de uma ação específica (i.e., selecionar uma consequência punitiva) com um dado cenário” (id., *ibid.*, p. 934, tradução nossa).

<sup>27</sup> Id., *ibid.*, p. 935-936.

A descoberta de que as emoções interferem não apenas nos julgamentos morais, mas também no raciocínio analítico “imparcial”, importa, por exemplo, no âmbito do direito, na apreciação da prática de decisões judiciais monocráticas. Ademais, some-se aos questionamentos levantáveis em face desses achados a não menos relevante confirmação de que, na presença de um auditório (no sentido de uma ou mais pessoas acompanhando o processo de julgamento), há uma acentuada tendência de quem está julgando a punir mais e mais severamente (cedendo ao apelo moral sabidamente majoritário ou mais publicamente manifesto), propensão que cai vertiginosamente quando os casos podem ser julgados anonimamente.<sup>28</sup> Um achado decerto relevante, por exemplo, no contexto do debate em torno da pressão dos meios de comunicação sobre o trabalho do judiciário.

### 1.2.1 A mente moral e o contrato social

Filósofos contratualistas clássicos, como Hobbes e Rousseau, ainda que concordassem em que possivelmente houve um pacto social tácito no momento inaugural da vida humana em sociedade, tinham uma visão um tanto distinta da natureza dos humanos que o firmaram. Para o primeiro, o ser humano era, inescapavelmente, o *homini lupus* por natureza,<sup>29</sup> em face de cujos impulsos naturais far-se-ia necessária a outorga de poder a uma autoridade central, estabelecida pelo contrato social, visando a garantir o respeito mútuo aos direitos individuais, sem o que a vida em sociedade seria impraticável.

Para Hobbes, a regra de ouro, de fazer aos outros aquilo que se deseja que lhe façam, como garantir a realização da justiça, a equidade, a compaixão entre os homens etc., resultaria inútil na ausência de um poder centralizado que, impondo temor, garantisse que os indivíduos não cedessem a suas paixões naturais, “as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes”<sup>30</sup>. Jean-Jacques Rousseau, entretanto, tinha uma

---

<sup>28</sup> KURZBAN, Robert; DESCIOLO, Peter; O'BRIEN, Erin. Audience effects on moralistic punishment. **Evolution and Human Behavior**. Amsterdam: Elsevier, v. 28, n. 2, p. 75-84, mar. 2007.

<sup>29</sup> É notória a visão do renomado filósofo inglês, de que, em estado de natureza, “o homem é para o homem um verdadeiro lobo” (HOBBS, Thomas. **De cive**. Whitefish, MT: Kessinger Publishing, 2004, carta de dedicatória, p. 02, tradução nossa), o qual está sempre inclinado a estabelecer uma indesejável situação de “guerra de todos os homens contra todos os homens” (Id. **Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 111).

<sup>30</sup> Id., *ibid.*, p. 143.

visão mais positiva que a de Hobbes, no tocante à natureza humana. Esta, acreditava ele, portava uma bondade inata e inerente, a qual a vida em sociedade tratava de corromper.<sup>31</sup>

É inegável que os séculos XIX e XX tenham sido notavelmente influenciados pela romântica visão do “bom selvagem” rousseauiano. O trauma causado por regimes absolutistas e totalitários e o temor de que aceitar “o homem lobo do homem” hobbesiano significaria abrir precedentes para a justificação da tirania como consequência inevitável da natureza humana (um típico raciocínio *non sequitur*) ajudaram a estabelecer a crença das modernas correntes culturalistas nas ciências sociais, segundo as quais, exceto por alguns atos nada originais, como andar, comer e mamar, por exemplo, praticamente não haveria comportamentos geneticamente transmissíveis, sendo as ações humanas, em sua quase totalidade, *aprendidas*. É um dogma cultuado entre filósofos e cientistas sociais, raramente posto em questão.

Nesse sentido, parece não ter significado muito o fato de que Franz Boas, um dos pioneiros e mais proeminentes nomes do culturalismo, numa famosa obra em que reafirma sua tese do comportamento adquirido, curiosamente, tenha reconhecido que a existência de universais verificáveis em todas as culturas do globo, tais como “semelhanças de pensamento e de ações”, ou “características elementares de estrutura gramatical [que] são comuns a todas as línguas”, bem como tipos de crenças muito semelhantes, possam ter surgido “independentemente *por causa da similaridade da estrutura mental do homem*”<sup>32</sup>. Convenientemente, foi ignorado o detalhe de que, se há algo na estrutura mental dos humanos que redunde em padrões semelhantes de pensamento, ações, crenças,<sup>33</sup> bem como fixa estruturas universais subjacentes às gramáticas de todas as línguas humanas,<sup>34</sup> a mente não pode ser uma tábula rasa, como creem os culturalistas. Os indivíduos da espécie aparentemente já nascem dotados dos “softwares” mentais (os módulos cognitivos) que se ativam, em face de *inputs* ambientais, e os processa, produzindo os referentes *outputs* cognitivos e comportamentais.

---

<sup>31</sup> “Estabelecamos como uma máxima incontestável que os primeiros impulsos da natureza estejam sempre certos: *não há nem um traço de perversidade original no coração humano; nem se encontra nele um só vício do qual não se possa dizer como e por onde entrou*” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Emile or on education**. Nova York: Basic Books, 1979, livro 1, p. 92, grifos nossos, tradução nossa). “Que [o jovem] saiba que o homem é naturalmente bom; que ele o sinta, que julgue seu próximo por si mesmo, mas que veja como a sociedade deprava e perverte os homens” (Id., *ibid.*, livro 4, p. 237, tradução nossa).

<sup>32</sup> BOAS, Franz. **The mind of primitive man**. Nova York: Macritchie, 2008, p. 165; 167, trad. e grifos nossos.

<sup>33</sup> PINKER, op. cit., 1998; Id. **Do que é feito o pensamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

<sup>34</sup> Cf. CHOMSKY, Noam. **Estruturas sintáticas**. Lisboa: Edições 70, 1980; PINKER, Steven. **O instinto da linguagem**. São Paulo: Martins Fontes, 2002; JACKENDOFF, Ray. **Foundations of language: brain, meaning, grammar, evolution**. Nova York: Oxford University Press, 2003.

Também escapa aos culturalistas que a complexa arquitetura neural humana, que conecta os módulos mentais de modo a funcionarem interativamente no processamento de informações, pode redundar na produção final de padrões semelhantes e genéricos de crenças e comportamentos, mas não impõe resultados, não implica a produção de conceitos idênticos. Os valores morais, culturalmente construídos, tão semelhantes na forma, mas tão diversos no conteúdo, são um bom referencial de produto do funcionamento modular da mente humana. Contudo, isto impõe uma indagação: por que o animal humano tornou-se um animal moral?

O fato é que, no ambiente ancestral, onde foi geneticamente desenhado o cérebro do *Homo sapiens*, a disputa e a partilha do espaço e de recursos decerto acarretou as complexas relações interpessoais inerentes à vida social, que podem ter sido os estímulos ambientais mais relevantes para a ação da seleção natural. A consequente evolução de seu córtex fez da espécie animais dotados de módulos cognitivos perceptuais e conceituais de primeira ordem, assim como dos bem mais impressionantes módulos de segunda ordem.

A importância dessa evolução evidencia-se na constatação de que, caso os humanos tivessem apenas módulos de primeira ordem, bem poderiam se dar conta das coisas ao seu redor (“Há nuvens carregadas no céu.”) e fazer inferências a partir dessas percepções (“É bem possível que chova em breve.”); todavia, seriam incapazes de emitir juízos sobre as crenças e comportamentos alheios ou sobre os seus próprios, ficando presos a seus conceitos formados e comportamentos produzidos, não podendo, em absoluto, adotar outros, novos.<sup>35</sup> Isto porque somente um “organismo que [...] está dotado também de um módulo metarrepresentacional [de segunda ordem] pode representar-se conceitos e crenças acerca de conceitos e crenças, pode avaliá-los criticamente e aceitá-los ou rechaçá-los no terreno das metarrepresentações.”<sup>36</sup> Nos primórdios da vida social, se houve um momento de firmação de um contrato social ou algo análogo, isso só foi possível pela evolução desses módulos metarrepresentacionais.

A emergência dos valores morais, aliás, está intimamente vinculada à experiência de vida social da espécie. Afinal, já de início, para que essa organização ocorresse, era necessário condicionar a conduta humana, de maneira a inibir comportamentos incitados por aspectos instintivos notadamente antissociais de sua natureza. É bem provável que a metarrepresentação de conceitos, fundamentados em intuições elementares partilhadas com outras espécies,

---

<sup>35</sup> São os módulos cognitivos de segunda ordem que permitem aos humanos, num exemplo bem simples, não apenas ter desejos (“Preciso de uma dose de uísque bem rápido!”), como também desejos acerca de seus desejos (“Gostaria de não ser tão viciado em beber, como sou.”).

<sup>36</sup> FERNANDEZ, op. cit., p. 187, nota de rodapé.

tenha possibilitado a construção do primeiro tipo de código de conduta entre humanos: as regras morais — possibilitadas e transmitidas mediante a evolução da linguagem.

A partir de então, ao longo de seu desenvolvimento social, grande parte dos conceitos humanos serviriam convenientemente ao propósito de reforçar essas normas, de modo que, não parece ser mero acaso que o amálgama de crenças morais e religiosas possa ser rastreado até o início da história documentada, daí se perdendo na pré-história inescrita. A religião, como legitimadora de valores morais condicionantes da conduta social, traz, em seus dogmas de fé e no significado culturalmente atribuído a seus representantes, uma autoridade instrumental no estabelecimento da organização axiológica entre os povos de ontem e de hoje.

## 2 DAS PENAS MORALISTAS À SANÇÃO JURÍDICA

O desenvolvimento sistemático de regras de conduta morais, possibilitado pela evolução de módulos cognitivos de segunda ordem, e, obviamente, da faculdade da linguagem,<sup>37</sup> norteou-se quase sempre pela prática punitiva em sentido manifestamente *retributivista*,<sup>38</sup> i.e., punir a fim de dar aos infratores uma merecida retribuição pelo mal praticado. Com efeito, as punições do tipo “Olho por olho” têm acompanhado a humanidade desde o início da vida social ao tempo presente, quando a lógica que a sustenta ainda fundamenta grande parte da argumentação, por exemplo, na defesa da pena de morte.

Isto se deve, em grande extensão, à incapacidade humana de julgamento plenamente imparcial, filtrado de toda a influência da moralidade própria do julgador, como já destacado no presente trabalho, o que revela uma espontânea propensão a julgar com base em crenças pessoais, para o que se deve seguramente atentar. Ao mesmo tempo, saliente-se a complexa construção da noção moderna de entes inimputáveis, fruto de um longo e controverso pro-

---

<sup>37</sup> Uma importante descoberta dos últimos anos foi a de que a evolução da faculdade humana da linguagem está de alguma forma relacionada com a expressão do gene FOXP2, bem como, possivelmente, com as diferenças no DNA não codificante em interruptores e regiões em suas proximidades, os quais têm efeito sobre o local onde o gene se expressa, bem como a intensidade de sua expressão. Ainda que a versão humana desse gene seja única entre as espécies viventes, a partir da análise de fósseis encontrados, descobriram-se recentes evidências de que os neandertais tinham um FOXP2 idêntico ao do *Homo sapiens*, incluindo as mesmas duas mutações características nas posições 911 e 977 do exon 7, o que significa que essa espécie extinta, se ainda não era capaz de falar, estava bem próxima de evoluir essa faculdade (KRAUSE, Johannes et al. The derived FOXP2 variant of modern humans was shared with Neandertals. **Current Biology**. Cambridge, MA: Cell Press, v. 17, n. 21, nov. 2007, p. 1908-1912).

<sup>38</sup> Dentre autores retributivistas clássicos, encontram-se, por exemplo, nomes como Immanuel Kant, Georg W. F. Hegel, Edmund Mezger e Karl Binding (MORAIS, Cristiani P. de. Direito de punir: legitimidade do Estado e não de particulares. Orientação: Silvânia K. de F. Lima. **Revista Dataveni**®. Campina Grande: EDUEPB, v. 1, n. 1, p. 85-93, jan./jun. 2010, p. 88).

cesso de reflexão, investigação, teorização e debates, que não raro encontrou entraves precisamente nesse aspecto funcional da mente humana, tão propensa a dar espaço à imisção de crenças particulares no exercício da racionalização analítica. A inimputabilidade foi um instituto concebido no decurso de uma história que, apreciada em retrospectiva, soa trágica e cômica, ao mesmo tempo.

Atualmente, parece óbvio à maioria das pessoas que os mentalmente insanos, as crianças muito pequenas, os animais e os objetos inanimados não podem ser penalmente imputáveis, antes de tudo, porque, respectivamente, o funcionamento anômalo de seu cérebro, sua imaturidade cognitiva, a limitação natural de suas faculdades mentais e a ausência de qualquer tipo de mente privam-nos da capacidade de fazerem uma escolha fundamentada. À maioria das pessoas, basta o reconhecimento dessa incapacidade, dessa limitação essencial, para que os considerem não passíveis de responsabilização por seus atos. Todavia, há evidências dos caminhos tortuosos que tiveram de ser percorridos, antes de as pessoas chegarem ao consenso moderno em torno dos entes inimputáveis. A esse respeito, chamam a atenção os inúmeros relatos conhecidos de antigas práticas punitivas contra objetos (como, por exemplo, machados<sup>39</sup> e sinos<sup>40</sup>) e animais<sup>41</sup>, incluindo uma porca sentenciada à morte por infanticídio (executada em praça pública, vestindo trajes humanos), em Falaise, na França, em 1386,<sup>42</sup> e as formigas condenadas numa ação cível, na província de Piedade, no Maranhão, em 1713.<sup>43</sup>

A realidade é que o processo de transição conceitual das primeiras regras morais para as normas de um ordenamento jurídico de caráter mais lógico-racional, pragmático e pretensamente não moralista, revela-se vagaroso, variável em face de distintos *inputs* socioculturais e inerentemente inconclusivo, já que uma *plena* dissociação entre direito e moral colide com o padrão natural de processamento de informação nos módulos cognitivos humanos. A busca por produzir leis mais prático-realistas, mais razoáveis, condizentes com relações sociais *sui generis* do mundo contemporâneo, constitui esforço louvável e imprescindível num Estado de

---

<sup>39</sup> BUDIN, Stephanie L. **The Ancient Greeks**: an introduction. Nova York: Oxford University Pr., 2009, p. 296.

<sup>40</sup> KAPLAN, John; SKOLNICK, Jerome H. **Criminal justice**: introductory cases and materials. 3. ed. Mineola, NY: The Fountain Press, 1982, p. 73.

<sup>41</sup> BEIRNE, Piers. The law is an ass: reading E.P. Evans' The medieval prosecution and capital punishment of animals. **Society and Animals**. Ann Harbor, MI: ASI, v. 2, n. 1, p. 27-46, 1994; BÍBLIA. Êxodo. Português. **Bíblia sagrada**. 172. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2007, cap. 21, vers. 28, p. 122.

<sup>42</sup> BEIRNE, op. cit., p. 31.

<sup>43</sup> Id., *ibid.*, p. 33-34.

direito, mas jamais se poderão pretender, ao mesmo tempo, plenamente amorais ou imorais e inquestionavelmente eficazes.

O fato é que, se uma norma jurídica pode, sem dúvida, ser “moral, amoral, imoral, justa, injusta, religiosa ou antirreligiosa”,<sup>44</sup> a recepção geral a ela não tende a ir ao encontro de *qualquer* conteúdo normativo proposto. Como acertadamente destacou Beccaria, embora tão distante, no tempo, do atual conhecimento sobre a natureza humana, é necessário ter sempre em conta os “sentimentos indelévels do coração do homem”, pois toda lei “que não estiver fundada nessa base achará sempre uma resistência que a constringerá a ceder”.<sup>45</sup>

Destarte, uma lei poderia descriminalizar o homicídio ou o estupro, por exemplo, tornando impuníveis aqueles que os praticassem; no entanto, uma aceitação popular majoritária a esse tipo de lei seria não apenas difícil, como provavelmente inverificável em qualquer cultura do planeta. Como o registrou o antropólogo Donald E. Brown, a punição do assassinato e do estupro no interior do grupo social constitui um universal humano, presente entre todos os povos conhecidos.<sup>46</sup> O que leva a uma relevante indagação: se uma lei não deve colidir com certos valores profundamente arraigados no senso moral humano, a intuição que impõe a lógica do “castigo merecido” estaria, enfim, justificada? Respondendo categoricamente: não.

Há uma contradição intrínseca à teoria retributivista da pena: sua própria lógica, ou antes, sua “lógica”. Embora condizente com um comportamento instintivo, irrefletido, não utilitarista, a punição vista meramente como retribuição ao mal praticado não faz nenhum sentido, do ponto de vista de uma racionalização lógica de fato. Condenar um homicida à pena de morte não restitui a vida que foi tirada, e isto é tão óbvio que os próprios parentes da vítima são os primeiros a admiti-lo. Porém, tal raciocínio implica, inevitavelmente, a conclusão de que *sanção alguma* poderia fazê-lo. Nenhuma punição é capaz de trazer compensação por uma perda tão significativa como a de uma vida humana, o que torna a teoria retributivista um contrassenso, especialmente no que concerne à utilidade didática da sanção (o homicida não “aprende a lição” por um motivo evidente: está morto). Contudo, a despeito de tal paradoxo, não há dúvidas de que seria ainda mais descabido sugerir a extinção do direito penal, por motivo de duvidosa utilidade, justamente porque ele é precisamente isso: útil.

---

<sup>44</sup> DINIZ, Maria Helena. **Conceito de norma jurídica como problema de essência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 72, nota de rodapé; p. 135.

<sup>45</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 18.

<sup>46</sup> BROWN, Donald E. **Human universals**. Filadélfia, PA: Temple University Press, 1991.

O fato é que há um outro tipo de racionalização que melhor fundamenta a necessidade de punir, bem como oferece o porquê de não tornar habitual a prática da impunidade: a teoria do caráter *preventivo* da pena, também conhecida como teoria utilitarista ou consequencialista. Por esta perspectiva, a sanção justificar-se-ia como instrumento de dissuasão de comportamentos socialmente indesejados e danosos, especialmente em face de terceiros, que evitariam a prática do ato ilícito por receio da pena imposta a outros que nele incorreram.<sup>47</sup> É o ganho social com a punição do indivíduo criminoso que torna a pena útil e justificável,<sup>48</sup> ao mesmo tempo em que confere especial relevância ao conceito de *responsabilidade* (outro universal humano identificado por Donald Brown).

Um dos claros motivos de não mais haver sanção penal para animais ou enfermos mentais psicótico é (ainda antes do entendimento científico) a nítida percepção de que estes são entes incapazes fazer escolhas fundamentadas, cientes das possíveis consequências de seus atos. Não faz sentido atribuir responsabilidade por violar uma norma, como a de que não se pode ferir um ser humano, a uma criatura ou outro ser humano que não pode ser dissuadido de fazê-lo, ainda que lhe seja informado sobre a existência da norma. A norma coercitiva só se aplica a quem poderia ser por ela coagido.

## 2.1 DETERMINISMO E LIVRE-ARBÍTRIO

A questão da responsabilidade ainda conduz a intermináveis debates sobre o vetusto dilema antinômico do livre-arbítrio *versus* determinismo. Um debate que, a propósito, não parece fazer tanto sentido, se apreciado por uma perspectiva compatibilista, a qual, não por acaso, tem conquistado cada vez mais adeptos entre filósofos e cientistas dedicados ao estudo da relação genes-cérebro-mente. O raciocínio elementar, aprofundado pelas interessantes discussões filosóficas nesse campo, é o de que determinismo e livre-arbítrio não apenas são perfeitamente compatíveis, como são também *desejáveis*. Afinal, num mundo de indivíduos do-

---

<sup>47</sup> “Um delito já cometido, para o qual não há mais remédio, apenas pode ser punido pela sociedade política para obstar que os outros homens incidam em outros idênticos pela esperança de ficarem impunes” (BECCARIA, op. cit., p. 38).

<sup>48</sup> “Um crime [‘que violasse ao mesmo tempo todas as leis mais respeitadas’] deveria ser punido? De acordo com que medida? Que utilidade poderia ter seu castigo na economia do poder de punir? Seria útil na medida em que poderia reparar o ‘mal feito à sociedade’. Ora se deixarmos de lado o dano propriamente material — que embora irreparável como num assassinato é de pouca extensão na escala de uma sociedade inteira — *o prejuízo que um crime traz ao corpo social é a desordem que introduz nele*: o escândalo que suscita, o exemplo que dá, a incitação a recomeçar se não é punido, a possibilidade de generalização que traz consigo” (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 78, grifos nossos).

tados de pleno livre-arbítrio, ninguém poderia ser responsabilizado por ato algum, visto que, como destaca Steven Pinker, semelhante entidade, simplesmente, não precisaria se deter

ante a ameaça de punição, não se envergonharia com a perspectiva do opróbrio, e nem mesmo sentiria a pontada de culpa que talvez inibisse uma tentação perversa no futuro, porque sempre seria possível optar por afrontar essas causas de comportamento. Não poderíamos esperar reduzir atos malignos instituindo códigos morais e legais, pois um agente livre, flutuando num plano diferente dos das setas de causa e efeito, não seria afetado pelos códigos. Moralidade e lei não teriam utilidade.<sup>49</sup>

Em suma, num mundo de entes com *pleno* livre-arbítrio, vã seria a noção de responsabilidade.

Por outro lado, num mundo onde as crenças e ações estivessem submetidas a um inescapável determinismo (biológico ou cultural<sup>50</sup>), tampouco faria sentido responsabilizar as pessoas por seus feitos. Que outra opção teriam? Se o desenvolvimento incompleto do córtex pré-frontal (o que, aliás, só se conclui entre os 25 e 30 anos de idade) de um jovem saudável de 17 anos ou sua criação em meio a um ambiente violento, miserável e sem amor familiar *determinam* suas escolhas e atos, não faz sentido algum falar em responsabilidade. Como culpar quem só poderia ter agido *daquela* maneira?

A verdade é que a resolução (provavelmente inalcançável) do dilema proposto pelas noções clássicas de determinismo e livre-arbítrio não tem realmente uma importância pragmática para o mundo jurídico. Este vem logrando resultados louváveis há tempos, precisamente por não ter de lidar com as noções absurdas de arbítrio plenamente livre ou de determinismo total, que, em ambos os casos, minariam por completo o sentido do direito, pondo inteiramente por terra o ordenamento em que se assenta a sociedade.

Ademais, como Pinker faz questão de salientar:

A experiência de escolher não é uma ficção, independentemente de como o cérebro funciona. É um processo neural, com a óbvia função de selecionar o comportamento segundo suas consequências previsíveis. Responde a informações mandadas pelos sentidos, incluindo as exortações de outras pessoas. Você não pode sair dele nem deixar que ele prossiga sem você, pois ele *é* você. De qualquer modo, se a mais rígida forma de determinismo fosse real, você não poderia fazer nada a respeito, porque sua ansiedade quanto ao determinismo e o modo como você lidaria com ele também seriam determinados. É o medo existencial do determinismo que representa a verdadeira perda de tempo.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> PINKER, op. cit., 2004, p. 246.

<sup>50</sup> É curioso notar que muitos dos que se recusam a aceitar as descobertas das neurociências, acusando-as de se prestarem à defesa do que rotulam como “determinismo biológico” ou “reducionismo biológico”, são ferrenhos advogados do determinismo ou reducionismo sociocultural ou ambiental. Por que haveria formas de determinismos condenáveis e outras desejáveis é uma questão menos relacionada com o conhecimento científico do que com a posição filosófico-ideológica dos que defendem a mente como uma tábula rasa preenchida pelos estímulos externos, socioculturais.

<sup>51</sup> Id., *ibid.*, p. 243, grifo do autor.

Isto porque o que realmente importa ao direito, em especial aos direitos penal e civil, são conceitos como *capacidade* ou *responsabilidade*, pois, como bem lembra o filósofo Daniel Dennett, “o que quer que seja a responsabilidade, tomada como um estado metafísico, a menos que a vinculemos a algum reconhecível desiderato social, ela não terá pretensão racional alguma sobre nossa estimativa”.<sup>52</sup> De fato, responsabilidade é uma ideia concebida apenas na experiência social, visto que, na situação hipotética de um homem isolado numa ilha, não teria sentido algum. É um instituto que só se manifesta nas relações interpessoais, como atributo de todo ente *considerado* capaz de se autodeterminar em face das normas vigentes numa sociedade.<sup>53</sup>

## 2.2 DA RESPONSABILIDADE E DAS PENAS

Diante do que foi exposto até aqui, voltando à questão da punição de indivíduos infratores, esta, em vez de traduzir uma ilógica retribuição, parece justificar-se mais como um necessário instrumento de política preventiva, pois presta-se a reforçar o almejo e a manutenção de condutas sociais responsáveis, no amplo contingente da população que, em face de cada sanção exemplar, pode ser dissuadido de comportamentos desviantes e indesejáveis. Porém, convém destacar que mesmo a sanção preventiva encerra seu próprio paradoxo.

O fato é que as pessoas não se dissuadem diante dos mesmos graus de severidade das penas fixadas em lei, como bem sabem os formuladores de políticas de segurança pública. Se fulano facilmente desistiria de violar uma regra, caso a sanção por sua violação fosse um ano de prisão, a verdade é que tal prazo poderia simplesmente não intimidar beltrano, que apenas se deteria em face da ameaça de ter de cumprir uma pena privativa de liberdade de 15 anos ou mais. Logo, uma pena de 15 anos de prisão seria *necessária* para dissuadir beltrano e outros como ele, mas, por outro lado, significaria impor um sofrimento desnecessário a fulano e à maioria das pessoas para quem a ameaça de apenas *um* ano encarcerado já seria suficientemente dissuasiva, mas que, por força de outros fatores priorizados por um ou outro destes, decidiram assumir o risco do qual estavam cientes e receosos, e acabaram pegos.

---

<sup>52</sup> DENNETT, Daniel C. **Elbow room**: the varieties of free-will worth wanting. Nova York: Oxford University Press, 1984, p. 163, tradução nossa.

<sup>53</sup> Para enriquecedoras discussões sobre determinismo e livre-arbítrio, além da supracitada obra de Dennett, vide: SMILANSKY, Saul. **Free will and illusion**. Nova York: Oxford University Press, 2000. DENNETT, Daniel C. **Freedom evolves**. Nova York: Viking Penguin, 2003. PINKER, op. cit., 2004, cap. 10, p. 242-258.

Além disso, qualquer pena entre um e 15 anos que se decidisse implementar seria problemática, uma vez que tanto causaria sofrimento desnecessário a uns quanto seria ineficaz contra os beltranos da sociedade. Para piorar, como não há apenas dois fatores nessa equação, já que existem inúmeras e distintas pessoas, que se dissuadem diante de distintos valores do fator coercitivo, simplesmente não há uma melhor política punitiva para o contingente total de uma população. O mais indicado, como o sugere Pinker, será sempre sopesar os “benefícios de dissuadir transgressores” e “os custos de infligir sofrimento”<sup>54</sup>.

### 3 A SANÇÃO E A ORGANIZAÇÃO DA CONDUTA SOCIAL HUMANA

Embora os estudos sobre a influência preventiva da sanção sejam controversos, é fato indiscutível que a maioria deles não apenas corrobora a tese, como também traz ao menos dois dados assaz relevantes: *a)* a certeza de punição e a severidade da pena constituem eficientes fatores de intimidação social, ainda que *b)* o impacto da certeza de punição seja bem mais conspícuo e coercivo que o grau de severidade da pena, propriamente dito.<sup>55</sup> Esses dados têm especial relevância em face dos que já se levantaram no Brasil, onde, dos cerca de 40 mil homicídios praticados por ano, 92% nem chegam à constituir objeto de inquérito policial, que dirá de uma ação penal.<sup>56</sup>

Nesse cenário de impunidade, as estatísticas nacionais praticamente se reproduzem nas da cidade do Rio de Janeiro, onde 92,2% dos inquéritos referentes a casos de homicídio supostamente doloso nem chegam ao Ministério Público ou são por este rejeitados em virtude de insuficiente instrução. Ao passo que *metade* dos casos de investigação bem-sucedida consiste em crimes passionais, “que são pouco importantes na dinâmica criminal geral”.<sup>57</sup>

Some-se a isso o fato de que, enquanto em países como o Japão e o Canadá, por exemplo, respectivamente, 58 e 45% dos crimes graves são esclarecidos, e, na Inglaterra, 90% dos homicídios são solucionados, no Brasil, a estimativa é de que “não mais do que 3 a 5% dos

---

<sup>54</sup> PINKER, op. cit., p. 257.

<sup>55</sup> RUPP, Thomas. **Meta analysis of crime and deterrence**: a comprehensive review of the literature. Norderstedt: Books on Demand GmbH, 2008, p. 192. EIDE, Erling; RUBIN, Paul H.; SHEPHERD, Joanna M. **Economics of crime**. Foundations and trends in microeconomics 2. Hanover, MA: Now Publishers Inc., 2006, p. 02.

<sup>56</sup> VIAPIANA, Luiz Tadeu. **Economia do crime**: uma explicação para a formação do criminoso. Porto Alegre: Age, 2006, p. 139.

<sup>57</sup> LIMA, Rosa. CAVALCANTI, Marcos (Org.). **Brasil eficiente, Brasil cidadão**: a tecnologia a serviço da justiça social. Rio de Janeiro: E-Papers, 2003, p. 22.

crimes violentos são apurados”.<sup>58</sup> Um tal clima geral de impunidade é, inquestionavelmente, relevante no contexto da escolha de se arriscar ou não em atos ou condutas ilícitos, pois o conhecimento de como a ameaça expressa no texto da lei se traduz na real atuação do Estado inevitavelmente entra no cálculo do infrator, que antecede à infração.

O valor de uma ameaça reside no efeito de intimidação que esta consegue produzir, já que ter de cumpri-la (qualquer que seja ela) resulta sempre oneroso para o ameaçador. Se o ameaçado está ciente disso, a eficácia da promessa de sanção vê-se sob um risco potencial, o que impõe a obrigação de que o ameaçador (aqui, o Estado) cumpra a imposição da sanção prevista em lei, a fim de evitar o pleno descrédito do instituto e a consequente ineficácia da lei. Assim, em outras palavras, não apenas a sanção revela-se um elemento imprescindível ao ordenamento jurídico de uma sociedade, como também precisa ser eficiente e inexoravelmente aplicada, se realmente se pretende um fator organizador da conduta social humana.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No presente artigo, procedeu-se a uma análise evolucionista do fenômeno jurídico, pautada num modelo que busca integrar saberes das ciências humanas ou sociais e das chamadas “novas ciências da natureza humana”. Nesse sentido, foi sumariada a história evolutiva da humanidade, centrando-se no processo socioadaptativo que a conduziu, desde as rudimentares intuições morais partilhadas por diversas espécies e a elaboração metarrepresentacional de moralidades mais substanciais à manifestação consequente do fenômeno jurídico propriamente dito, organizador das sociedades constituídas. A revisão da literatura teórico-científica aqui apresentada (que pouco se embasou na doutrina jurídica ou jusfilosófica) destacou os variados contornos axiológicos que os humanos atribuíram, no decurso da história civilizada, ao instituto da sanção (e àqueles a este relacionados, como o da imputabilidade). Tal processo, curiosamente, sugere uma necessidade intuitiva de justificar de forma racional todo conceito ou princípio que as computações mentais humanas impõe como essenciais à vida social.

Dito de outra forma, a garantia estatal da eficácia da sanção penal, destacada na seção anterior, sem dúvida, compõe um conjunto de fatores imprescindíveis à manutenção da ordem social. Porém, deve-se ter em conta que, tomada isoladamente, a eficácia não é suficiente para tornar a própria sanção conceitualmente aceitável e conferir-lhe caráter de essencialidade dentro do ordenamento jurídico estabelecido. Isto porque, como destaca Fenandez,

---

<sup>58</sup> VIAPIANA, op. cit., p. 139.

se há uma coisa que o pensamento evolucionista sobre a ética nos ensina é que as normas de conduta são uma necessidade, uma necessidade natural das sociedades humanas, as quais têm, como as outras, necessidade de regras, mas que, além disso, *têm necessidade de justificações racionais para essas regras, para as poderem aceitar*. A eficácia da regra não é para nós suficiente. Os homens têm necessidade de saber se a regra que seguem é legítima. É desta necessidade que deriva o naturalismo evolucionista em matéria de ética, pois há outras constantes que, do mesmo modo que a necessidade de normas de conduta, atravessam as culturas humanas e a sua história: há, em particular, a necessidade de encontrar causas, a necessidade de saber. É certamente nisto que o homem revela a sua maior força: ele continua a querer erguer-se acima da animalidade de que se sente impregnado, viabilizando novos meios para regular a sua conduta e desmistificando o que, nos seus comportamentos, crenças e juízos, é a expressão oculta da natureza nele presente.<sup>59</sup>

Destarte, tanto o esforço de interpretação retributivista da sanção quanto o de sua utilidade preventiva constituem, ambas, em seu sentido profundo, resultados dessa construção subjetiva de uma justificativa (auto)convincente, que ofereça um suporte racional sobre o qual o instituto adquire legitimidade.

Colocada esta última questão quanto à essencialidade da sanção como fator sobretudo dissuasivo na organização da conduta humana em qualquer sociedade, convém, enfim, destacar que, como se buscou demonstrar no presente trabalho, ainda que heterodoxo, o paradigma da análise naturalista-evolucionista integrado à esfera das ciências humanas ou sociais, inclusive no estudo do direito, revela-se ferramenta teórica de considerável utilidade. Não por acaso, vem sendo adotado em escala cada vez mais ampla, principalmente nos países cujo sistema jurídico é a *common law*, fortemente embasado no estabelecimento de jurisprudências. O que não significa que em países onde vigora o direito romano-germânico (*civil law*), como o Brasil, o presente modelo interacionista não possa ser, também, um valioso instrumento auxiliar na análise do fenômeno jurídico, conforme se procurou demonstrar aqui, no estudo delimitado da sanção penal.

Por fim, tal modelo, como foi demonstrado na apreciação das origens da sanção penal, pode fornecer fundamentos mais sólidos sobre os quais firmar a própria teoria do direito, a filosofia jurídica ou mesmo a teoria constitucional. Nesta última seara, poder-se-ia promover uma releitura, por exemplo, de conceitos como a “vontade de constituição”, de Hesse,<sup>60</sup> ou os “fatores reais de poder”, de Lassale,<sup>61</sup> a partir de dados empíricos provenientes de disciplinas distintas, os quais lhes conferissem contornos mais tangíveis, aprofundando a análise para além dos estratos mais superficiais e aparentes desses fenômenos. É, em suma, um paradigma fecundo, o da análise evolucionista no direito, concebido num tempo de verdadeira revolução

---

<sup>59</sup> FERNANDEZ, op. cit., p. 195, grifos nossos.

<sup>60</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Safe, 1991.

<sup>61</sup> LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1985.

no campo das ciências focadas no estudo da espécie humana, sob seus aspectos biológicos, comportamentais e cognitivos. Uma revolução, a propósito, da qual, como alguns autores já salientam, as ciências sociais não deveriam ficar de fora.<sup>62</sup>

### Referências Bibliográficas

ADES, César. A expressão da modularidade, **Scientiæ studia**, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 283-308, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARKOW, Jerome H. **Missing the revolution**: Darwinism for social scientists. Oxford/Nova York: Oxford University Press, 2006.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

BEIRNE, Piers. The law is an ass: reading E.P. Evans' The medieval prosecution and capital punishment of animals. **Society and Animals**. Ann Harbor, MI: ASI, v. 2, n. 1, p. 27-46, 1994.

BEKOFF, Marc. Wild justice, cooperation, and fair play: minding manners, being nice, and feeling good. In: SUSSMAN, Robert; CHAPMAN, Audrey (Org.). **The origins and nature of sociality**. Nova York: Aldine de Gruyter, 2004, p. 53-80.

BÍBLIA. Êxodo. Português. **Bíblia sagrada**. 172. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2007.

BOAS, Franz. **The mind of primitive man**. Nova York: Macritchie, 2008.

BROWN, Donald E. **Human universals**. Filadélfia, PA: Temple University Press, 1991.

BUCKHOLTZ, Joshua W. et al. The neural correlates of thiry-party punishment. **Neuron**. Cambridge, MA: Cell Press, v. 60, n. 5, p. 930-940, dez. 2008.

BUDIN, Stephanie L. **The Ancient Greeks**: an introduction. Nova York: Oxford University Pr., 2009.

CHOMSKY, Noam. **Estruturas sintáticas**. Lisboa: Edições 70, 1980.

DENNETT, Daniel C. **Elbow room**: the varieties of free-will worth wanting. Nova York: Oxford University Press, 1984.

\_\_\_\_\_. **Freedom evolves**. Nova York: Viking Penguin, 2003.

DE WAAL, Frans B. M. **Good natured**: The origins of right and wrong in humans and other animals, Cambridge-MA: Harvard University Press, 1996.

---

<sup>62</sup> BARKOW, Jerome H. **Missing the revolution**: Darwinism for social scientists. Oxford/Nova York: Oxford University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. Food sharing and reciprocal obligations among chimpanzees. **Journal of Human Evolution**. Amsterdam: Elsevier, v. 18, n. 5, p. 433-459, ago. 1989

DE WAAL, Frans B. M.; LUTTRELL, Lesleigh M. The similarity principle underlying social bonding among female rhesus monkeys. **Folia Primatologica**. Basel: Karger, v. 46, n. 4, p. 215-234, 1986.

DINIZ, Maria Helena. **Conceito de norma jurídica como problema de essência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EIDE, Erling; RUBIN, Paul H.; SHEPHERD, Joanna M. **Economics of crime**. Foundations and trends in microeconomics 2. Hanover, MA: Now Publishers Inc., 2006.

FERNANDEZ, Atahualpa. **Direito & natureza humana**: as bases ontológicas do fenômeno jurídico. Curitiba: Juruá, 2007.

FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

FISKE, Alan. **Structures of social life**: the four elementary forms of human relations. Nova York: The Free Press, 1993.

FLACK, Jessica C.; DE WAAL, Frans B. M. Any animal whatever: Darwinian building blocks of morality in monkeys and apes. In: KATZ, Leonard D. (Org.). **Evolutionary origins of morality**: cross-disciplinary perspectives. Thorverton: Imprint Academic, p. 01-31, 2000.

FODOR, Jerry A. **The modularity of mind**: an essay on faculty psychology. Cambridge, MA: MIT Press, 1983.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Safe, 1991.

HOBBS, Thomas. **De cive**. Whitefish, MT: Kessinger Publishing, 2004.

HAUSER, Marc D.; MARLER, Peter. Food-associated calls in rhesus macaques (*Macaca mulatta*): II. Costs and benefits of call production and suppression. **Behavioral Ecology**. Oxford: Oxford University Press, v. 4, n. 3, p. 206-212, 1993.

JACKENDOFF, Ray. **Foundations of language**: brain, meaning, grammar, evolution. Nova York: Oxford University Press, 2003.

KAPLAN, John; SKOLNICK, Jerome H. **Criminal justice**: introductory cases and materials. 3. ed. Mineola, NY: The Fountain Press, 1982.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRAUSE, Johannes et al. The derived FOXP2 variant of modern humans was shared with Neandertals. **Current Biology**. Cambridge, MA: Cell Press, v. 17, n. 21, nov. 2007.

KURZBAN, Robert; DESCIOLO, Peter; O'BRIEN, Erin. Audience effects on moralistic punishment. **Evolution and Human Behavior**. Amsterdam: Elsevier, v. 28, n. 2, p. 75-84, mar. 2007.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1985.

LIMA, Rosa. CAVALCANTI, Marcos (Org.). **Brasil eficiente, Brasil cidadão: a tecnologia a serviço da jus-tiça social**. Rio de Janeiro: E-Papers, 2003.

MELIS, Alicia P.; HARE, Brian; TOMASELLO, Michael. Chimpanzees recruit the best collaborators. **Science**. Washington, DC: AAAS, v. 311, n. 5765, p. 1297-1300, 2006

MORAIS, Cristiani P. de. Direito de punir: legitimidade do Estado e não de particulares. **Revista Dataveni@**. Campina Grande: EDUEPB, v. 1, n. 1, p. 85-93, jan./jun. 2010.

MULDER, Raoul A.; LANGMORE, Naomi E. Dominant males punish helpers for temporary defection in superb fairy-wrens. **Animal behaviour**. Amsterdam: Elsevier, v. 45, p. 830-831, 1993.

NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PACKER, Craig. Reciprocal altruism in Papiro Anúbis. **Nature**. Londres: Nature Publishing Group, v. 265, p. 441-442, fev. 1977

PINKER, Steven. **O instinto da linguagem**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Como a mente funciona**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

\_\_\_\_\_. **Tábula rasa: a negação contemporânea da natureza humana**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

REEVE, Hudson. Queen activation of lazy workers in colonies of the eusocial naked mole-rat. **Nature**. Londres: Nature Publishing Group, v. 358, p. 147-148, jul. 1992.

ROBINSON, Paul; KURZBAN, Robert; JONES, Owen D. The origins of shared intuitions of justice. **Vanderbilt Law Review**. Nashville, TN: Vanderbilt University Law School, v. 60, n. 06, p. 1633-1687, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Emile or on education**. Livro 1. Nova York: Basic Books, 1979.

RUPP, Thomas. **Meta analysis of crime and deterrence: a comprehensive review of the literature**. Norderstedt: Books on Demand GmbH, 2008,

SEYFARTH, Robert M.; CHENEY, Dorothy L.. Grooming, alliances and reciprocal altruism in vervet monkeys. **Nature**. Londres: Nature Publishing Group, v. 308, p. 541-542, abr. 1984.

SMILANSKY, Saul. **Free will and illusion**. Nova York: Oxford University Press, 2000.

VIAPIANA, Luiz Tadeu. **Economia do crime**: uma explicação para a formação do criminoso. Porto Alegre: Age, 2006.

WAAL, Frans de. **Eu, primata**: por que somos como somos. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

*site* da SEAL – Society for Evolutionary Analysis in Law, da Faculdade de Direito da Universidade Vanderbilt: <http://law.vanderbilt.edu/seal/index.htm>

**Artigo recebido em: 16/02/2011**

**Artigo aprovado em: 15/04/2011**