

VÍCTOR GABRIEL RODRÍGUEZ

LIVRE ARBÍTRIO E DIREITO PENAL

Revisão frente aos aportes da neurociência
e à evolução dogmática

 Marcial
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

PRÓLOGO

EDUARDO DEMETRIO CRESPO¹

Constituye para mí un gran honor redactar un prólogo para la magnífica monografía *Livre Arbítrio e Direito Penal: Revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática*, que a buen seguro se convertirá en referencia imprescindible.

El enunciado mismo del título revela la ambición (en el mejor sentido de la palabra) de quien se atreve a escribir sobre uno de los eternos temas filosóficos con repercusión directa para la configuración misma del concepto de responsabilidad penal y todas las consecuencias sistemáticas de ahí resultan. Afrontar semejante tarea requiere una enorme capacidad y, al mismo tiempo, una gran humildad. De ambas cualidades hace gala su autor, mi querido colega brasileño, el profesor Víctor Gabriel Rodríguez, a quien tuve oportunidad de conocer hace ya algún tiempo, puesto que tempranamente se puso en contacto conmigo y se desplazó a Toledo para conversar sobre el tema de su investigación. Aunque por motivos de salud no pude viajar a Brasil para formar parte del tribunal que habría de juzgar su trabajo, me alegró mucho saber que este le valió una plaza como Profesor Titular en el Campus Ribeirão Preto de la Universidad de São Paulo. Más tarde llegó su propuesta de prologar el libro que resulta de aquel ejercicio y una ulterior visita académica en enero de este mismo año, todo lo cual me ha alegrado mucho y le agradezco de corazón. De hecho, pocas cosas hay en la vida académica más satisfactorias que esta.

1. Catedrático de Direito Penal da Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, Espanha.

La obra trata de dar respuesta, en primer lugar, al desafío que viene dado por lo que él llama “tecnología neurocientífica” en el capítulo primero, al tiempo que analiza con especial cuidado las propuestas que provienen del normativismo funcionalista en perspectiva metodológica. Al mismo tiempo aclara que su trabajo no pretende ser un tratado sobre Neurociencias y Derecho penal, como tampoco una revisión metódica sobre la culpabilidad. En el capítulo segundo el Prof. Rodríguez aborda una profunda revisión filosófica desde la perspectiva del Derecho penal, teniendo en cuenta la obra de autores como Hartmann y Maturana, pero también Ginés de Sepúlveda o Bartolomé de las Casas, así como la diatriba entre Lutero y Erasmo de Rotterdam. Por su parte, el capítulo tercero se propone hacer un recorrido por la evolución de la dogmática penal tomando como pretexto la idea del libre arbitrio, lo que en efecto se puede considerar, como él expone, “punto nodal” de la polémica entre las distintas escuelas, como la escuela clásica y el positivismo. El capítulo cuarto, por su parte, prosigue con esa tarea y se centra en la evolución que parte con la obra de Hans Welzel y los desarrollos del llamado “post-finalismo”. Por último, el capítulo quinto cierra con la posición personal y algunas conclusiones.

La pregunta “rectora” que se plantea, a saber, si el futuro del Derecho penal depende directamente del posicionamiento metafísico sobre el libre arbitrio, se responde, como no podía ser de otro modo, de manera negativa. Las demás conclusiones parciales, que se ordenan en coherencia lógica con el recorrido argumentativo seguido, tienen como objetivo sustentar esta tesis.

Así, en primer lugar, los estudios neurocientíficos que mapean el cerebro vendrían a constituir una prueba negativa sobre la capacidad del ser humano de dar lugar a una nueva cadena causal, una decisión, distinta a aquella que resulta de los procesos físicos observables. Me atrevo a matizar en este punto que, en realidad y aunque resulte paradójico, siendo cierta esta afirmación, tampoco sería descartable lo contrario, esto es, que los avances científicos terminen por aportar elementos para una explicación psico-física de la consciencia que contemple retrospectivamente al propio sujeto -en palabras de Habermas- como participante *in foro interno*.

En segundo lugar, resulta clave en su análisis la adopción de algunas distinciones conceptuales de Eugenio Trías (el gran filósofo español conocido sobre todo por su concepción del “ser del límite”), en particular, su diferenciación entre pensamiento científico, filosófico y mágico. Desde ahí alcanza la conclusión de que el Derecho penal como discurso, salvo que quiera establecer criterios de responsabilidad absolutamente normativos, debe saber constituir un discurso metafísico incluso para comunicarse con las ciencias naturales.

Este es tal vez uno de los elementos clave para la comprensión última del “problema penal”, que, en realidad, conduce a la pregunta acerca de si los esfuerzos por configurar una comprensión post-metafísica del Derecho penal

y sus principales conceptos estructurales, como el de la culpabilidad, no han chocado de modo inevitable con los límites del propio lenguaje. Y, a pesar de todo, ignorarlos sería un gran error.

No menos retadoras son sus reflexiones acerca de que la “ilusión de libertad” ni siquiera es real y difiere en esencia de lo sea la consciencia, sin que sea posible encontrar, por otra parte, diferencia ontológica alguna entre “ilusión de libertad” e “ilusión de consciencia”. O la afirmación de que la gran fisura del pensamiento determinista radica en su moralismo oculto a partir de una silente condición de superioridad. De todo ello resultaría una gran aporía según la cual un ser humano juzgaría racionalmente que el (libre) arbitrio de un tercero es necesariamente esclavo, al mismo tiempo que lo trata como semejante.

En mi opinión, quien, como es mi caso, tiene ante sí la difícil tarea de presentar una obra de esta envergadura no debería desvelar “el final”, sino tan solo invitar al lector a adentrarse en ella con la garantía de que no le defraudará. Espero haber cumplido con este cometido. Por lo demás, me permito felicitar con efusividad al autor.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| Prólogo – Prof. Catedrático Eduardo Demetrio Crespo..... | 9 |
| Introdução geral e método | 17 |
| Capítulo 1 | |
| Livre arbítrio revisitado: o estado da arte nas neurociências | 21 |
| 1.1 Introdução: cabe a análise do livre arbítrio? | 21 |
| 1.2 Estado da Arte nas neurociências | 22 |
| 1.2.1 O tempo: os já históricos experimentos de Benjamin Libet e os estudos que o sucederam, pela tomada anterior da decisão | 23 |
| 1.2.2 O local: confrontando Descartes | 30 |
| 1.2.3 O objetivo: o enhancement | 33 |
| 1.3 Consequências filosóficas dessas descobertas | 35 |
| 1.3.1 Ressalva: Bioética e prática forense..... | 41 |
| 1.4 Definição terminológica: a liberdade | 42 |
| 1.5 Objeto do presente trabalho: a pergunta reitora..... | 43 |
| Capítulo 2 | |
| A visão filosófica..... | 45 |
| 2.1 Introdução: o filósofo como questionador da situação humana..... | 45 |
| 2.2 Patrística e Escolástica: da primeira Idade Média ao século XVI | 47 |
| 2.2.1 Santo Agostinho contra o maniqueísmo | 47 |
| 2.2.2 Organização do livre arbítrio em Tomás de Aquino..... | 52 |

| | | |
|---------|---|-----|
| 2.2.3 | O século XVI e suas controvérsias: o arbítrio escravo e a condição de pessoa..... | 55 |
| 2.2.3.1 | O debate entre Lutero e Erasmo de Rotterdam | 56 |
| 2.2.3.2 | O <i>De Servo Arbitrio</i> como contraponto à Diatribé | 58 |
| 2.2.3.3 | Breves considerações sobre a teoria luterana..... | 67 |
| 2.2.3.4 | Segue: entre Ginés de Sepúlveda e Bartolomé de Las Casas: a elevação do debate ao direito de manter a própria liberdade | 69 |
| 2.3 | Os filósofos a partir do Renascimento | 86 |
| 2.3.1 | Racionalismo cartesiano | 86 |
| 2.3.2 | Spinoza: determinismo e ilusão de liberdade..... | 92 |
| 2.3.3 | Leibniz: fatalismo, presciência de Deus e os mundos possíveis | 96 |
| 2.3.4 | Locke e o liberalismo pré-kantiano..... | 103 |
| 2.3.5 | Kant: liberdade no pensamento..... | 108 |
| 2.3.6 | Hegel: pessoa, direito e liberdade | 117 |
| 2.3.7 | Schopenhauer e o domínio da vontade | 122 |
| 2.4 | Questões contemporâneas..... | 129 |
| 2.4.1 | Nietzsche, determinismo, não-responsabilidade e fim da Moral | 129 |
| 2.4.2 | Nicolai Hartmann: ontologia crítica, ação final e indeterminismo em estratos..... | 134 |
| 2.4.3 | Determinismo biológico: entre a origem das espécies e a autopoiese..... | 138 |
| 2.4.3.1 | Darwin e a origem das espécies | 139 |
| 2.4.3.2 | Maturana e a autopoiese..... | 143 |
| 2.5 | O que nos diz a Filosofia..... | 149 |

Capítulo 3

| | | |
|-------|---|-----|
| | Direito penal clássico..... | 151 |
| 3.1 | Introdução: história do direito penal | 151 |
| 3.2 | Escola Clássica..... | 151 |
| 3.2.1 | A oscilante posição de Carrara..... | 152 |
| 3.2.2 | O correccionalismo indeterminista de Röder..... | 157 |

| | | |
|---------|--|-----|
| 3.3 | Escola positiva | 160 |
| 3.3.1 | Lombroso e o determinismo médico..... | 163 |
| 3.3.2 | Ferri e sua La negazione del libero arbitrio | 167 |
| 3.3.3 | Garofalo e o determinismo darwiniano..... | 170 |
| 3.3.4 | Positivismo e o determinismo no Brasil | 172 |
| 3.3.4.1 | Nina Rodrigues e a medicina lombrosiana | 173 |
| 3.3.4.2 | Escola de Recife a partir de Tobias Barreto: pena como experiência | 175 |
| 3.3.4.3 | O “Determinismo Psychico” de Pedro Lessa..... | 178 |
| 3.4 | Merkel e Liszt | 183 |
| 3.5 | A divergência de Wilhelm Sauer | 187 |
| 3.6 | Mezger e seu “über Willensfreiheit”: determinismo e normatividade da reprovação | 189 |
| 3.7 | O correccionalismo-positivista: Dorado Montero, Jiménez de Asúa e o Direito protetor dos criminosos | 194 |
| 3.8 | O Direito penal até o finalismo | 203 |

Capítulo 4

| | | |
|---------|---|-----|
| | Penalistas da atualidade | 205 |
| 4.1 | O finalismo penal: indeterminista por definição | 205 |
| 4.1.1 | Welzel e o indeterminismo em estratos | 208 |
| 4.1.2 | A crítica de Engisch | 211 |
| 4.1.3 | A resposta de Welzel..... | 215 |
| 4.2 | Visões pós-finalistas: o normativismo | 217 |
| 4.2.1 | A visão funcionalista de Roxin: presunção de liberdade | 219 |
| 4.2.2 | Ultra-normativismo de Jakobs: a visão sistêmica | 225 |
| 4.2.2.1 | Um pouco da teoria dos sistemas..... | 226 |
| 4.2.2.2 | O normativismo radical de Jakobs: a visão hegeliana de pessoa? | 231 |
| 4.3 | Opiniões contemporâneas sobre o livre arbítrio | 240 |
| 4.3.1 | Schünemann e a liberdade real..... | 240 |
| 4.3.2 | Hassemer..... | 243 |

| | |
|--|-----|
| 4.3.3 Demetrio Crespo e sua posição conciliatória..... | 244 |
| 4.3.4 Feijóo Sánchez | 246 |
| 4.3.5 Luzón Peña..... | 248 |
| 4.3.6 Pérez Manzano | 249 |
| 4.3.7 Mercedes Alonso e a reprovação das emoções..... | 251 |
| 4.3.8 A análise de Reinhard Merkel..... | 253 |
| 4.4 O direito penal do futuro..... | 255 |

Capítulo 5

| | |
|--|-----|
| Tomada de posicionamento | 257 |
| 5.1 Introdução: temas a considerar | 257 |
| 5.2 O lugar privilegiado da filosofia no Direito penal | 258 |
| 5.3 Filosofia, ciência e magia no Direito penal..... | 261 |
| 5.4 Liberdade e ilusão de liberdade | 263 |
| 5.5 Proposta: compatibilismo epistemológico | 268 |
| 5.6 Liberdade e ordenamento jurídico | 273 |
| 5.7 Liberdade, ação humana e reprovação penal | 275 |
| 5.8 Liberdade e função da pena | 279 |
| 5.8.1 Especificamente: o correccionalismo..... | 281 |
| 5.8.2 O direito individual de recusar a cura | 284 |
| 5.9 Conclusão principal | 286 |
| 5.9.1 Resposta à pergunta reitora..... | 287 |
| 5.9.2 Conclusões derivadas..... | 287 |
| Bibliografia | 295 |

INTRODUÇÃO GERAL E MÉTODO

O presente trabalho busca da resposta à seguinte questão reitora: é possível à dogmática penal desenvolver-se independentemente de um posicionamento sobre o *livre arbítrio*? Pergunta análoga já foi, ainda que de modo implícito, levantada em muitas monografias de Direito penal, mas cremos que isso não diminui a necessidade de, nas condições atuais da dogmática e do desenvolvimento social como um todo, retomá-la de modo, se não mais apurado, ao menos contemporâneo.

Dois são os problemas principais que demandam essa atualização da resposta. Primeiro, a evolução tecnológica das neurociências, cujos estudos hoje possibilitam mapear o cérebro e os demais órgãos em que se processem as tomadas de decisão do indivíduo, de maneira detalhada ao extremo. Desse mapeamento, substancialmente muito diverso das técnicas de décadas anteriores, derivam dúvidas como a existência ou extensão da liberdade de querer, ou mesmo a possibilidade de “cura” real de comportamentos criminosos por intervenção cirúrgica ou medicamentosa. Por isso, dedicamos parte do Capítulo 1 da monografia a descrever algo do estado atual dessa tecnologia neurocientífica, que funciona como um dos agentes provocadores do presente estudo.

Segundo problema que demanda atualizar a reflexão sobre o livre arbítrio é o próprio encaminhamento da dogmática penal. As propostas funcionalistas e, especialmente, o normativismo ao qual se direciona a dogmática mais influente no meio nacional procura desconsiderar a liberdade de querer, com argumentos bastante persuasivos. Entretanto, a nós incomoda que a problemática da *Willensfreiheit*, tão nuclear da metafísica, seja adrede dispensada da atribuição de responsabilidade, ausente um debate mais amplo. Nossa posição, antes mesmo de iniciar a pesquisa, foi a de que o tema, ainda que por pura questão metodológica, mereceria atenção dos penalistas, em grau, no mínimo, equivalente a outros problemas tão reiteradamente revisitados.

Por essa apresentação se pode esclarecer, *contrario sensu*, o que este trabalho *não* é: não nos propusemos a um tratado acerca das *neurociências* e o direito penal, e menos ainda a uma revisão metódica da *culpabilidade*, até porque essa releitura é realizada com alguma periodicidade por penalistas muito mais competentes que este autor. Propomo-nos a investigar a liberdade de querer e suas consequências, e a partir de então definir se discussão é mesmo dispensável à dogmática penal.

Ao se iniciar a pesquisa, já há alguns anos, confirmou-se que o acalorado debate, sobre ser o homem ou não, na relação de causalidade, um elo independente das demais leis da natureza havia sido, pouco a pouco, alijado pelo Direito penal. Por conta dessa constatação, fez-se imprescindível um trabalho em dupla vertente: descrever o embate argumentativo sobre a liberdade de querer na evolução da dogmática penal e, a partir dela, colher parâmetros para a revisão do tema da liberdade na Filosofia.

Desse modo, o *Capítulo 2* do presente trabalho é uma revisão filosófica construída sob a perspectiva do Direito penal. É impossível – e disso tínhamos ciência desde os primórdios da pesquisa – tracejar a evolução de toda a Filosofia, em especial quando se tem como norte um de seus pontos mais controversos: a liberdade do homem. Buscou-se então, ao menos de início, adentrar às correntes filosóficas que mais eram referidas pelos penalistas, supondo-se que seriam na dogmática as mais influentes. Isso justifica, por exemplo, a inserção de pensadores como Hartmann e até mesmo Maturana, cujas concepções foram pelos penalistas importadas – conquanto com várias transfigurações – ao discurso dogmático e ali se fizeram determinantes. Essa, por assim dizer, “abordagem penalista” que se imprimiu ao capítulo mais extenso da presente obra reflete-se no método da escrita, em termos intertextuais: algumas informações que seriam pueris a um estudioso da Filosofia são aqui registradas, a exemplo de referências históricas que situam no tempo cada filósofo, alusões à sua eventual pertinência a correntes de pensamento ou até mesmo algum detalhe biográfico. Como parâmetro de seleção dessas informações está este próprio pesquisador, motivo pelo qual ao leitor podem sobrar fragmentos que lhe sejam de evidente conhecimento. Frente a tal evidente risco, apenas tomamos o cuidado de que o óbvio não ocupe lugar central do texto.

Mas a aludida “abordagem penalista” que se faz no capítulo 02 não significou a inexistência, ao menos para este leitor, de muitas revelações no campo filosófico mais ortodoxo. Por isso, outros pensadores tão pouco referidos no Direito penal garantiram seu lugar em nossa análise, dada sua relevância para a metafísica em si: Spinoza, Leibniz e até Nietzsche são exemplos disso. A mais significativa descoberta, entretanto, nasceu da leitura das obras de Ginés de Sepúlveda e Bartolomé de las Casas. O primeiro construiu monografias densas sobre livre arbítrio e guerra justa, enquanto o segundo desenvolveu, sob o ponto de vista teológico, um tratado sobre o direito do infiel de não ser “convertido” ao Bem

senão por sua própria vontade, assim como sobre o desvalor moral dessa emenda forçada ao cristianismo. Um debate, portanto, muito diretamente transponível aos dias atuais, a partir do correccionalismo que as novas tecnologias neurológicas sugerem. Como encontramos esse debate mais importante e original no nosso texto, tomou-se o cuidado e a liberdade de redigir um entorno histórico mais detalhado, cujo objetivo é juntar elementos para permitir ao leitor julgar sobre a analogia de situações ao se transportarem os argumentos aos dias atuais. Também a diatribe entre Lutero e Erasmo de Rotterdam, que contemporaneamente ocorria no centro europeu, teve de ser descrita com algum pormenor, por conta também da modernidade dos argumentos. Dali se retiraram vocábulos e expressões como a recém utilizada “diatribe” e “arbítrio escravo”, que foram incorporados como imprescindíveis recursos linguísticos em nosso texto, bem como a inspiração de orientar o estudo a partir de uma pergunta reitora, porque foi esse o método que pautara as importantes monografias de ninguém menos que Schopenhauer e Pedro Lessa. O capítulo se encerra com a exposição pela vertente de biólogos que, embora tenham expressamente recusado que suas teorias fossem, antes de intensa adaptação, importadas ao debate filosófico-sociológico, vieram a ocupar, à sua revelia, lugar de destaque na doutrina penal. A analogia entre a antiga apropriação da teoria de Darwin e a atual de Maturana e Varela construiu-se, então, por si mesma.

O *Capítulo 3* traça um percurso pela evolução da dogmática penal, porém assumindo como eixo o estudo do livre arbítrio. Não foi, nesse texto, tarefa de todo difícil, porque a divergência entre determinismo e indeterminismo era ponto nodal da cizânia entre as Escolas, bem como das eventuais propostas de conciliação entre elas. Ali deu-se destaque à colheita de textos originais sobre os posicionamentos mais extremos, como a escola clássica e, principalmente, o positivismo. Há a consciência de que muitos penalistas de relevo deixaram de ser analisados, porém cremos que, quando se estabelece a liberdade de querer como ponto de atração, nossa seleção foi suficientemente criteriosa. O capítulo se encerra com o estudo dos correccionalistas espanhóis, porque seu ponto de vista, como já dito, assume relevo em nosso tema. Deixa-se, assim, o surgimento do finalismo welzeliano para o capítulo seguinte, consagrado aos “penalistas contemporâneos”.

Embora Hans Welzel não seja exatamente um autor a nós “contemporâneo”, a análise de seus escritos inaugura o *Capítulo 4* porque o finalismo é ainda atual. As propostas pós-finalistas, ainda que muito desenvolvidas, têm como ponto de partida a teoria de welzeliana: mesmo que para dela fugir, assumem-na como referência constante. O capítulo ocupa-se então de demonstrar como uma provocação acerca da eventual não-demonstração sobre a liberdade de querer no finalismo incomodou o criador da teoria, a ponto de motivá-lo a redigir vários textos na tentativa de estancar o debate. No contraponto, ninguém menos que Karl Engisch, defendendo um determinismo que, no limite, poderia minar as bases das então

inovadoras propostas do professor de Bonn. A partir dessas definições, as críticas pós-finalistas vêm analisadas, cremos, com algum detalhe, no finalismo e normativismo que, já tradicionalmente, se polarizam nas figuras de Roxin e Jakobs. Os textos deste último nos impuseram pesquisa mais detida, que houve de ter como premissa uma leitura pormenorizada de Luhmann, mesmo para rever se realmente houve no penalista de Bonn um “giro de Luhmann a Hegel”, que importa como influência e como tendência, pois o extremo normativismo de Jakobs é um atualíssimo norte a dispensar a diatribe. O capítulo encerra com a análise de penalistas de relevo que se dedicam especificamente ao tema da nova controvérsia sobre o determinismo, a fim de que a pesquisa documente e discuta propostas atuais. Demetrio Crespo, Mercedes Alonso Álamo e Reinhart Merkel são alguns dos apresentados ali.

É no *Capítulo 5* que fixamos nossas opiniões e conclusões. Ele difere dos demais, sobretudo em método. Trata-se de uma toma de posição sobre o já escrito, portanto, em termos de informação, nada mais é que uma retomada do quanto antes elaborado. Isso significa dizer que, de acordo com a proposta, as citações de novas obras, documentando assertivas, devem ser compreendidas mais como deslize do nosso percurso do que propriamente como acréscimo de pesquisa – e isso dizemos em prejuízo de nossa própria construção. As exceções ficam por conta de alguns textos consultados que apenas insinuam questões derivadas que não cabem na pesquisa. Para compensar esses eventuais ruídos metodológicos, tentou-se cuidar ao máximo das remissões aos capítulos anteriores, nos quais estariam discutidos os pontos retomados para construir a conclusão. Também somente nesse capítulo o nome dos autores referidos aparece em realce no corpo do texto, porque ali não figuram como argumento de autoridade, mas como referências internas do trabalho. Esse último capítulo assume, exclusivamente, também as feições do *ensaio*, para que suas conclusões sejam mais sinceras, não impositivas porém seguras, sob um ponto de vista assumido, o do pesquisador que logrou, como máximo esforço, a demonstração do estudo inscrito nas linhas anteriores. Ali se desenham os posicionamentos principais, suficientes para o que aparecerá ao fim: a resposta a nossa pergunta reitora e as conclusões derivadas, que fixam ponto de vista sobre as controvérsias periféricas que surgiram ao longo da pesquisa, bem como apontam a necessidade de que outros estudos, futuros, revisitem autores cujos trabalhos têm muito a contribuir com o direito penal da atualidade. São 33 *conclusões derivadas*, além da resposta à pergunta reitora.

É nesse sentido que entendemos original nossa monografia. Ela retoma a discussão da liberdade de querer no Direito penal diante dos problemas da atualidade, e busca identificar, ao fim, quais são as propostas teóricas penais que realmente dispensariam a querela do homem livre. Acreditamos haver elucidado a proposta com alguma solvência.

CAPÍTULO 1

LIVRE ARBÍTRIO REVISITADO: O ESTADO DA ARTE NAS NEUROCIÊNCIAS

1.1 Introdução: cabe a análise do livre arbítrio?

A questão do livre arbítrio, ou da liberdade da vontade, é central tanto na Filosofia quanto no Direito penal. Neste, em especial dentro da culpabilidade, mas também quando se comenta a função da pena, jamais foi raro que viesse o tema à tona, ainda que fora para afirmar simplesmente que a discussão acerca dele deva restringir-se a bizantinos debates filosóficos.

Propor-se a um novo estudo sobre o livre arbítrio exclusivamente merece, ao menos, alguma nova motivação. E ela se encontra, em grande parte, no recente avanço científico, em especial no aprofundado conhecimento das funções do cérebro, o que desperta outra vez novas questões que já foram objeto de análise penal, porém sobre razões bastante mais fundadas: são contundentes os estudos que demonstram que as funções do cérebro estão agora mapeadas pelos cientistas, e que, conseqüentemente, a possibilidade de manipulação do querer ou, ainda, da – com todas as ressalvas que haverá que fazer à expressão – “correção de desvios” é algo hoje bastante concreto.

Para nosso propósito, entretanto, esses avanços científicos não são o único móvel do estudo, porque, independentemente do estado tecnológico da medicina, o resgate do tema da liberdade de querer permite, cremos, contribuir para algo da interpretação do Direito penal contemporâneo: o incrementar de sua tendência normativista ou algum *regresso* (termo que também merece suas ressalvas) naturalista ou psicologizante, passam pelo grau de importância que se conceda à capacidade livre de agir do ser humano.

Com isso, estabelecer a investigação do livre arbítrio como eixo central do trabalho permite observar sob uma segura perspectiva a dogmática penal atual e sobre ela algo opinar. Para persegui-lo, há entretanto que resistir à tentação de desviar a outros caminhos próximos porém já trilhados: o relato da evolução do conceito de culpabilidade não pertence a nossos objetivos, embora evidentemente seja um assunto circundante, e o mesmo se diz da função da pena. Sobre esta, haverá realce – porque as inovações e possibilidades técnicas o exigem – à ideia de *correção*, que levanta problemas específicos concernentes à prevenção especial, os quais, acreditamos, merecem aprofundamento porque pouco tratados pelo Direito penal. Mesmo assim, repita-se, não é um estudo que procure definir a função da pena, o que mereceria uma mais ampla investigação, fora de nosso eixo definido.

Menos ainda, claro, espera-se colocar fim ao que até o momento se encara como um dos mais intermináveis debates filosóficos: a questão da liberdade humana. O que se pode tangenciar, porque o estado atual das ciências naturais impõe como pauta, é se existe prova concreta da ausência da liberdade de querer,¹ a partir da previsão causal do funcionamento orgânico, o que será logo adiante exposto, porém isso não é o tema filosófico em si.

Este primeiro capítulo tem, então, a pretensão de ser introdutório, fixando algumas bases atuais – e portanto com tremendo potencial de desatualização – da questão que adiante vai se discutir, em uma tríplice vertente: a descrição do estado da arte nas neurociências, porque, como dito, é um dos elementos que fermenta a discussão do tema a que nos propomos; depois, como elemento meramente expositivo também, os posicionamentos principais de filósofos contemporâneos acerca dessas novas descobertas, analisando seu impacto nas antigas questões em debate; por último, uma mínima definição conceitual sobre o livre arbítrio, para os limites de o que será discutido, seguido de algumas perguntas que devem nortear nosso estudo a partir do capítulo seguinte.

1.2 Estado da Arte nas neurociências

É precipitado afirmar que o estado atual da técnica de investigação do cérebro impõe uma alteração substantiva da estrutura da responsabilidade criminal. Talvez ao revés, possa ser concluído que as reflexões já realizadas acerca do tema do livre arbítrio, com algumas necessárias correções de rota, apenas se fortalecem mediante as descobertas que, a ritmo exponencial, se perfazem no campo médico-biológico. Mas é real afirmar que as descobertas da neurociência têm feito ressurgir mais intensamente as discussões sobre a liberdade de querer e de agir, a forma de responsabilização criminal, a possível intervenção curativa no indivíduo

1. Vide, como conclusão, adiante, o item 5.7.

que apresenta comportamento criminoso, ou, ainda, características que permitam identificar o *indivíduo* infrator.

Por isso, começar uma discussão sobre livre arbítrio pressupõe, ao menos como função narrativa, uma exposição sobre o estado da arte neurocientífico. Assumir a necessidade revisão por conta dessa notável evolução da tecnologia e da ciência implica, em nossa opinião, reconhecer também que tal tecnologia é relevante e útil para uma série de áreas do conhecimento, inclusive para o direito penal, ainda que através de outras interpretações menos dogmáticas, como a psicologia social. De aí que a descrição que aqui se fará não vem direcionada a desacreditar a conclusão de qualquer experimento, senão ao revés: procurará mostrar as mais recentes descobertas que, no momento em que se opera a presente pesquisa, estão em publicação, o que fatalmente dará conta de que, em escala *muito* diferenciada daquela de poucos anos atrás, o avanço científico traz instrumentos de explicação do processo cognitivo e decisório que merecem consideração imediata do Direito penal, desde que devidamente compreendidos.

Tratando-se, aliás, de compreensão, deve-se também ressaltar que maior parte dos estudos que aqui referimos advém das citações existentes no trabalho dos próprios penalistas que se dedicam ao tema, para que então recorramos às revistas de divulgação científica e, finalmente, em alguns casos, às publicações originais dos periódicos especializados. Estes, com sua linguagem hermética, tornam mais evidente a incapacidade desta pequena apresentação de julgar métodos e conclusões, ressaltando seu escopo de simples retrato instantâneo do estado tecnológico. Entretanto, como o objetivo não é o de contestação, tal tarefa se torna mais simples: relatam-se os principais experimentos que, sem dúvida, demonstrarão ao penalista que o *caminho* da ciência médica e biológica é o de negar a liberdade humana e de propor tratamentos eficazes aos desvios comportamentais.

Em busca de alguma precisão, entende-se que se possam descrever esses experimentos por três vertentes distintas: aqueles que demonstram que o cérebro se antecipa à consciência da decisão, aqueles que pugnam que é impossível existir mente dissociada do corpo, e os que já propõem formas de intervenção neuronal para direcionamento do comportamento humano. Todas elas tangenciam a questão principal que é nossa matéria de fundo: a liberdade de querer e de agir do ser humano, elemento para a intervenção penal.

1.2.1 O tempo: os já históricos experimentos de Benjamin Libet e os estudos que o sucederam, pela tomada anterior da decisão

Talvez os experimentos mais referidos² pelos penalistas atuais sejam os desenvolvidos por Benjamin Libet, quem teve a ideia de monitorar as ondas

2. Veja-se: JÄGER, Christian, Willensfreiheit, Kausalität und Determination: Stirbt das moderne Schuldstrafrecht durch die moderne Gehirnforschung? in: *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 01-2013,

eletromagnéticas do cérebro do indivíduo, no momento em que este deveria tomar uma decisão. Grosso modo, sua experiência consistia em serem os participantes da pesquisa postos sob eletroencefalograma, enquanto observavam um cronômetro bastante preciso.³ Quando estimulados em momentos distintos e incertos, propunham-se a (no seu controverso *urge to move*) a um movimento do pulso e logo anotavam o tempo exato em que tiveram consciência dessa vontade. O próprio sujeito da pesquisa, então, apontava, para depois reportá-lo, o instante em que tivera consciência de sua decisão, a decisão de mover-se.

Via o encefalograma, o médico californiano comprovou – ou ao menos propôs a comprovação via esse experimento – que o cérebro humano entra em atividade, para exercer um movimento, *centésimos* de segundos antes de que o indivíduo se dê conta de sua decisão por movimentar-se. Isso significa que o processo consciente de escolha é posterior a uma decisão inconsciente já tomada; portanto, a consciência de decisão é ilusória. Um dos primeiros estudos de Libet publicados nesse sentido, em 1983, conclui, após a análise de dados de dois grupos de três pessoas cada, que “a iniciativa cerebral de um ato livre e espontâneo pode começar inconscientemente, antes de qualquer consciência de que a decisão já se iniciou no cérebro”.⁴

Mesmo naquele estudo, já se criavam diversas hipóteses sobre o que realmente comprovam as ondas eletromagnéticas, em comparação com o que referem os sujeitos investigados, assentando que alguns décimos de segundo (medidos em centésimos de milésimos de segundo, em verdade⁵) antes da tomada de consciência do ato inicia-se um movimento cerebral. Delas, a mais imediata contesta o livre arbítrio, na medida em que a decisão existiria no cérebro, mas não de maneira consciente (porque em momento anterior ao da consciência), o que de fato elimina a liberdade de decisão e, portanto, de ação. Mas também já restava a hipótese de que houvesse uma fase de consciência irreversível pelo próprio indivíduo [*an earlier nonrecallable phase of the conscious urge exists, that is*

p. 8 e ss, (adiante comentados). Também RUBIA, Francisco J., El controvertido tema de la libertad, in: *Revista de Occidente* n. 356, Enero 2011, p. 7.

3. O cronômetro, batizado de “Oscilloscope clock”, é reproduzido de modo esquematizado em artigo mais recente de Libet. Trata-se de um ponto de luz que se move ao redor de um círculo, marcado com pontos de 00 a 60, como se se tratasse de um relógio que marcasse os sessenta segundos de um minuto. Entretanto, como descreve a figura, o ponto de luz envolve a periferia do relógio em 2.56 segundos, em lugar dos 60 segundos do relógio, com o que “each maked off ‘second’ (in the total of 60 markings), representes 43msecs of actual time here”. LIBET, Benjamin, Do we have free will?, in: *Journal of Consciousness Studies*, 6, ns. 8-9, 1999, p. 48 (Figure 1).

4. “It is concluded that cerebral initiation of a spontaneous, freely voluntary act can begin unconsciously, that is, before there is any (at least recallable) subjective awareness that a ‘decision’ to act has already been initiated cerebrally. This introduces certain constraints on the potentiality for conscious initiation and control of voluntary acts”. LIBET, Benjamin, GLEASON, Curtis, WRIGHT, Elwood, e PEARL, Dennis, *Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness-potential): the unconscious initiation of a voluntary act*, in: *Brain* (1983), n. 106, p. 623.

5. Em detalhes: idem, p. 635-636.

*non historable as a short term memory*⁶], o que foi considerado, no experimento, pouco provável, porém alternativa não de todo afastada. Também foi construída a hipótese da ocorrência de um “veto” mental consciente no processo inconsciente antes iniciado, possibilidade da qual naquele momento não foram encontrados indícios, mas que tampouco se descartou.⁷

Mas, passados mais de quinze anos desse primeiro experimento – mais exatamente em 1999 –, Libet o retoma e o refaz, a fim de revisar conclusões. Então já reproduziu suas experiências com técnicas mais avançadas, e volta a confirmar que as livres decisões são precedidas de uma alteração elétrica específica no cérebro, 550 microssegundos antes da ação,⁸ e cerca de 200 microssegundos antes da própria tomada de consciência de que se deseja agir. Tempo mais do que bastante, portanto, para seguir afirmando que o processo de decisão pelo movimento é anterior à consciência – ou seja, é inconsciente. Porém, nesse novo estudo, que aparece mais de década e meia depois de sua primeira versão, Libet concede maior ênfase à conjectura do *veto* da ação: o cérebro realmente prepara-se para *agir* antes portanto da tomada de consciência, porém existe a possibilidade de o indivíduo *posteriormente* recusar, de modo consciente, aquela ação anterior e inconscientemente iniciada. Se isso acontece, sustenta o pesquisador, permanece a comprovação do livre arbítrio, já que a tomada de consciência da ação concede a oportunidade de o indivíduo vetar o processo já em curso. Essa hipótese de veto foi relatada, diz, pelos sujeitos da pesquisa, o que permite Libet, nessa releitura, direcionar-se a outras conclusões: afirma que *nós*, não-sujeitos da pesquisa, sempre vivenciamos experiências de veto, especialmente quando somos lançados a uma ação de ‘consequências sociais inaceitáveis’.⁹ Evidentemente essa ressalva

6. A hipótese é afastada, entre outros argumentos, por ser “a hypothetical construct which, like some other potential uncertainties in timing an endogenous mental event, is at present not testable”. Mas adverte que, apesar de alijada, não é hipótese excluída. LIBET, Benjamin, GLEASON, Curtis, WRIGHT, Elwood, e PEARL, Dennis, *Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness-potential): the unconscious initiation of a voluntary act*, in: Brain (1983), n. 106, p. 639.

7. Desde esse experimento de 1983, então, as conclusões de Libet já são pelos próprios pesquisadores controvertidas, o que se apresenta sem menosprezar a relevância do estudo. Assume-se, como dito, a conclusão a que chega Rubia, dissertando sobre os experimentos de Libet: “Éstos son los experimentos que han llevado a pensar que la impresión subjetiva de la voluntad libre es una ficción. (...) La hipótesis construída sobre estos datos sí puede discutirse y de hecho así se ha hecho. Pero hoy por hoy estos datos apuntan a que la libertad, tal y como la entendemos, es decir de acción y de decisión, parece una ficción”. RUBIA, Francisco J., *El controvertido tema de la libertad*, cit., p. 9.

8. “Freely voluntary acts are preceded by a specific electrical change in the brain (the ‘readiness potential’, RP) that begins 550 ms before the act. Human subjects became aware in intention to act 350-400ms after RP starts, but 200ms before the motor act.” LIBET, Benjamin, Do we have free will?, in: *Journal of Consciousness Studies*, 6, ns. 8-9, 1999, p. 24.

9. “All of us, not just experimental subjects, have experienced our vetoing a spontaneous urge to perform some act. This often occurs when the urge to act involves some socially unacceptable consequence, like an urge to shout some obscenity at the professor”. LIBET, Benjamin, Do we have free will?, in: *Journal of Consciousness Studies*, 6, ns. 8-9, 1999, p. 52.

recupera toda a capacidade de o indivíduo decidir seus próprios atos.¹⁰ Ao menos, inverte o sentido da equação, para alcançar o mesmo resultado, pois, em lugar de o indivíduo querer sua ação, decide apenas por interromper ou não um processo de agir para o qual o cérebro se prepara, quando sua livre-decisão se transforma em um ato de censura: negativo, diferido no tempo, porém igualmente livre. Por esse motivo, a reinterpretação de Libet é utilizada como baluarte daqueles que defendem a liberdade de ação,¹¹ os não-deterministas, os quais invocam essa revista do próprio cientista como a sua redenção à lógica de o ser humano senhor de seus atos. Lido o artigo com alguma atenção, não se pode deixar de entender que ele realmente tenha uma forte carga de inclinação subjetiva¹² pela liberdade de agir, não cientificamente justificada.

Como se era de esperar, novas técnicas foram e estão sendo utilizadas para aprofundar os estudos de Libet, que sempre suscitaram novas questões,¹³ especialmente naqueles pesquisadores, ao contrário de Benjamin Libet, não tão dispostos a rever conclusões para confirmarem o “free will”, o livre querer. No ano de 2008, Haynes reproduz análogo experimento, convicto de que existiam ainda muitas dúvidas a serem transpostas, dentre elas o intervalo de tempo por demais exíguo entre as ondas cerebrais e o movimento desejado (em centenas de milissegundos),

10. Herzberg constrói interessantes considerações a respeito dessa mudança de pensamento no estudo de Libet. Atribui à tradição da separação alma-corpo a volta atrás do pesquisador da atividade cerebral, algo como, em palavras nossas, uma pressão da cultura ocidental difícil de transpor, acerca da existência de uma “imaterielle Kraft”, uma força imaterial no momento da decisão. Arrisca, inclusive, dizer que Libet esperava resultado contrário, uma reação cerebral logo após a consciência. Assim, explica: “Die Dualismen Leib/Seele, Körper/Geist haben eine lange abendländische Tradition. Benjamin Libet selbst war von den Resultaten seiner Experimente überrascht. Er hatte erwartet, dass das Gehirn erst kurz nach der bewussten Entschlussfassung Wirkung zeige. Noch ehe das Gehirn mit einer Bewegung sich einmische, habe das Ich sein Werk, die Fassung des Entschlusses, schon vollbracht. Aber auch, als er sich darin enttäuscht fand, hat er den Glauben an Geist und Seele, an ein über dem Gehirn waltendes und ihm befehlendes Ich nicht aufgegeben.” HERZBERG, Rolf Dietrich, *Ist unser Schuldstrafrecht noch zeitgemäß?* in: *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: FS für Wolfgang Frisch zum 70. GbStg.*, Berlin: Duncker & Humblot, 2013, p. 98.

11. É, por exemplo, no *Vetorecht* que se apegua Jäger, dentre outros argumentos, construindo um “freier Unwillen”: “Selbst wenn es daher keinen ‘freien Willen’ gibt, könnte man insoweit immerhin von einem ‘freien Unwillen’ sprechen, durch den es ermöglicht wird, das Schlimmste noch zu verhüten. Gerade diese Erkenntnis Libets ist für die moderne Gehirnforschung nicht widerlegt worden”. JÄGER, Christian, *Willensfreiheit, Kausalität und Determination...*, cit., p. 8.

12. Diz-se isso porque o texto mostra que o cientista não refaz experiências e tampouco nega frontalmente o que já houvera concluído. Seu trabalho é unicamente, como dissemos, dar maior ênfase a uma hipótese que já havia sido levantada ao tempo do estudo original (a possibilidade de veto). E o texto sintomaticamente finaliza com a citação de uma entrevista concedida por Isaac B. Singer, o escritor, afirmando que o livre arbítrio é o grande presente recebido pela humanidade. Com isso apenas mostramos o subjetivismo da interpretação, que resulta apenas da convicção pessoal da liberdade. Sobre os efeitos dessa convicção comentaremos algo no capítulo 4.

13. Assim, Smith: “Libet’s result was controversial. Critics said that the clock was distracting, and the report of a conscious decision was too subjective.” SMITH, Kerri, *Taking aim at free will*, in: *Nature*, Macmillan Publishers, vol. 477, set. 2011, p. 24.

o que poderia revelar imperfeição no estudo empírico¹⁴ e, daí, lançar em descrédito as conclusões. E também inovou no método para fazer com que o pesquisado decidisse entre *duas* opções de movimento, porque a escolha por um comportamento único positivo (um omitir ou um agir) não seria suficiente a comprovar uma verdadeira decisão.¹⁵ Assim, monitorou o cérebro de sujeitos que eram colocados diante de processos de escolha como apertar o botão direito ou esquerdo. Agora, em lugar do eletroencefalograma utilizava o fMRI,¹⁶ a ressonância magnética, que permite rastrear, mesmo que superficialmente, não apenas uma região do cérebro, mas sua totalidade. Conforme a descrição dos autores, aos sujeitos se pedia que relaxassem enquanto divisavam uma tela em que eram exibidas uma série de letras. Olhando a tela, quando se sentiam motivados a mover-se, escolhiam se o faziam pressionando o botão colocado ao seu indicador direito ou ao indicador esquerdo, enquanto memorizavam a letra que passava diante de si no momento da (consciência da) decisão. Logo que pressionavam o botão, na tela aparecia um novo “response mapping”, com quatro letras, sendo uma delas a que o sujeito vira quando se dava consciência de sua primeira decisão, e então confirmava essa letra com um segundo apertar do botão. Nesse intervalo, todo seu cérebro era rastreado por fMRI, o que permitia não apenas contrastar o tempo, mas saber quanta informação cada região cerebral detinha sobre a saída de uma intenção motora. Com esse método, – conforme descrito em revista científica de credibilidade – não apenas se concluiu que a decisão inconsciente se dava antes em outras regiões cerebrais (frontal e parietal córtex), distintas das que apontavam estudos anteriores (SMA¹⁷), como também que, nessa decisão mais complexa, o cérebro é acionado segundos antes da decisão consciente. Com esse tempo muito mais avançado, dizem Haynes e sua equipe, afastou-se a possibilidade de imprecisa conclusão¹⁸ dos outros estudos, e assim se confirma que os neurônios decidem muito antes de o sujeito ter consciência de seu processo de escolha. O estudo não se manifesta em específico sobre o livre arbítrio, mas indiretamente se refere ao

14. “Second, the time delay between the onset of the readiness potential and the decision is only a few hundred milliseconds. It has been repeatedly argued that potential inaccuracies in the behavioral measurement of the decision time at such short delays could lead one to misjudge the relative timing of brain activity and intention”. HAYNES, John Dylan, SOON, Chun Siong, BRASS, Marcel & HEINZE, Hans Jochen, Unconscious determinants of free decision in the human brain, in: *Nature Neuroscience*, vol. 11, n. 5, may 2008, p. 543.

15. “To rule out the idea that any leading activity merely reflects unspecific preparatory activation, it is necessary to study free decisions between more than one behavioral options”. HAYNES, John Dylan, SOON, Chun Siong, BRASS, Marcel & HEINZE, Hans Jochen, *Unconscious...*, cit., p. 543.

16. Functional Magnetic Resonance Imaging (fMRI).

17. Supplementary Motor Area (SMA).

18. “Also, in contrast with most previous studies, the preparatory time period reveals that the prior activity is not an unspecific preparation of response. Instead, it specially encodes how a subject is going to decide. (...) Notably, the lead times are too long to be explained by any timing inaccuracies in reporting the onset of awareness, which was a major criticism of previous studies”. HAYNES, John Dylan, SOON, Chun Siong, BRASS, Marcel & HEINZE, Hans Jochen, *Unconscious determinants...* cit., p. 545.

tema, seja porque retoma os experimentos que o discutiam, com o propósito de confirmar e aumentar suas conclusões em sentido determinista, seja por referir-se a uma “entrada na consciência” da decisão, onde ocorreria, conforme enunciam, a “livre” decisão, com essas aspas assim no texto original.

Ainda tantos outros experimentos seguem no mesmo sentido e, claro, irão aprofundar conclusões parelhas. Mais recentemente, o pesquisador Ithzak Fried e sua equipe refizeram¹⁹ o experimento de Libet, porém desta vez monitorando pacientes com eletrodos insertos no cérebro. Eram doze sujeitos da pesquisa, que somente puderam ser submetidos à introdução desses eletrodos para monitoramento de neurônios (1019 neurônios, para ser preciso) por conta de um tratamento para epilepsia²⁰ que lhes era aplicado. Concluíram os cientistas que aproximadamente a quarta parte dos sujeitos começava a incrementar sua atividade cerebral antes do momento da decisão, o que permitiu prever, com 80 por cento de precisão, o momento em que o paciente *tomaria* sua *decisão* por mover. Consideraram a principal conclusão do estudo esse último aspecto, o poder de alcance da *previsão do momento* de decidir, pelo devido monitoramento neuronal. E os frutos desse fato científico são ainda promissores, pois os pesquisadores reconhecem que muitas outras áreas do cérebro – que eles ainda não monitoram com os tais eletrodos – podem também sofrer alterações importantes, antes do momento da consciência²¹ da decisão. Sua contribuição para o tema segue então no mesmo sentido, de que existe uma ativação do cérebro anterior ao momento de decidir-se conscientemente e, em especial, que se pode *prever o momento da consciência* da decisão.

Estudos continuarão, embora sempre sob críticas.

Alguns desses críticos levantarão a questão de que os sujeitos são nele sempre submetidos a caricaturas de decisões, que não envolvem opções acerca da situação real da vida, evidentemente mais complexa. A noção de responsabilidade e reprovação, dirão, de que emana o valor do decidir não pode ser exemplificada por um simples movimento de dedos. É possível que os planejamentos complexos – imprescindíveis, adiantamos, para qualquer reprovação criminal – sejam opções

19. “We adopted a paradigm originally described by Libet and colleagues (Libet et alii, 1983). Subjects were presented with an analogue clock depicted in a laptop and were instructed to fixate at the center. A clock dial rotated on the screen with a period of 2,568 ms. Subjects were instructed to place their right index finger on a key on the laptop keyboard, to wait for at least one complete revolution of the dial, and then press the key whenever ‘they felt the urge to do so’. (...) We note that this ‘urge to move’ can be interpreted as a decision for self-initiated movement”. FRIED, Ithzak, MUKAMEL, ROY, KREIMAN, Gabriel, *Internally generated preactivation of single neurons in human medial frontal cortex predicts volition*, in: *Neuron*, 2011, feb. 10; 69 (3), p. 551.

20. Por questões éticas, então, todos os sujeitos do experimento tinham algum tipo de enfermidade cerebral já diagnosticada, mas isso não parece ser tão relevante para o método em si mesmo.

21. “Our sample of recordings is far from exhaustive. Other brains areas for which we did not record in the current study could contribute to volition”. FRIED, Ithzak, MUKAMEL, ROY, KREIMAN, Gabriel, *Internally generated...*, cit., p. 556.

que obriguem a uma *concatenação*, em que as frações de segundo que existem para a decisão desses atos menos complexos já importa pouco ou nada.²² Nesse sentido, o “urge to move”²³ que o experimento de Libet era capaz de detectar²⁴ pouco poderia ajudar em definir o que é uma real decisão. Em laboratório somente teria sido montado um experimento “no qual o sujeito tem como única preocupação a de satisfazer os pedidos formulados pelo pesquisador”,²⁵ que são bastante simples, resumidos na vontade de movimento da mão. Seria, então, até mesmo possível cogitar que os impulsos cerebrais captados por Libet (ou pelos que refizeram seus estudos com novas técnicas) não fossem mais do que uma demonstração de ansiedade²⁶ ao momento da decisão: ela seria então, *porque* ansiedade, necessariamente anterior e inconsciente, e nem por isso anteciparia a decisão por

22. E então surge a possibilidade, nada irreal, de a própria neurociência comprovar que o cérebro age de modo naturalístico determinado para pequenas decisões, e de modo livre (na mente ou espírito) para decisões mais complexas, o que seria muito próximo ao conceito de ação final de Hartmann (vide, adiante, 2.4.2) retomado por Welzel (vide 4.1). Não se dará grande realce a essa hipótese porque, como se verá, preferimos aceitar o fato de que as conclusões no sentido de o cérebro estar determinado, à luz de o que se pode comprovar pelos exames empíricos, seja real.

23. Nesse sentido é que concluem Pocket & Purdy, após detalhada revisão dos estudos neurocientíficos: “If that initiation [início de um agir criminoso] is the result of spontaneous urge, Libet’s result may be important. Acts predicated on spontaneous urge may well be preconsciously initiated. But if the act is initiated as the result of a definitive decision, Libet’s results may not be relevant at all. Our present data are less than conclusive, but they tend to show that a conscious decision to act may not occur after the start of brain activity is causal for brain activity”. POKETT, Susan, and PURDY, Suzanne C., Are voluntary movements initiated preconsciously?: The Relationships between readiness potentials, urges and decision, in: *Conscious will and responsibility*, Sinott-Amstrong and Nadell (org.), Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 44.

24. Frith, que fez uma experiência parecida, mas que concedia a possibilidade de o sujeito “escolher qual dos dedos mover”, reconhece no mesmo sentido: “To study truly willed behavior the participants must decide for themselves what to do rather than simply follow instructions. (...) For example, Libet and colleagues instructed participants to lift the index finger of their right hand, but gave them the freedom to make this response ‘whenever they felt the urge’. They could choose when to make the response, but not which response to make.” FRITH, Chris D., Free Will and Top-Down Control in the Brain, in: MURPHY, N., O’Connor, T. and ELLIS, G. (org.), *Downward Causation and The Neurobiology of Free Will*, Berlin: Springer Verlag, 2009, p. 203.

25. “Freedom matters because it is thought to ground moral responsibility, and the notion of holding someone morally responsible for an action that has no real consequences seems for the most part pointless. However, when we generate actions spontaneously in the context of such an experiment, we do not act for reasons at all, save the reason of complying with experiment’s demand”. ROSKIES, L. Adina, Why Libet’s studies don’t pose a threat to free will, in: *Conscious will and responsibility*, Sinott-Amstrong and Nadell (org.), Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 17.

26. É a tese levantada por Alexander, que chega a propor um novo experimento a fim de desfazer a dúvida: “It would be interesting to know what kind of brain activity would precede a moment of choice if, unlike in Libet’s experiment, the time for the choice were not at issue but were prescribed, and the subject were told either to act or refrain from acting at that time. (...) That result would be consistent with the brain’s activity indicating not a prior unconscious willing but rather a prewilling state of anticipatory tension”. ALEXANDER, Larry, Criminal and moral responsibility and the Libet experiments, in: *Conscious will and responsibility*, Sinott-Amstrong and Nadell (org.), Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 204.

si mesma. Tanto assim é que, se bem interpretamos todas as conclusões recentes de Fried, este consegue mapear o *momento* da decisão e não *qual* será ela exatamente, o que pode indicar que o cérebro simplesmente se prepara porque sabe que terá de decidir, mas isso não atingiria o processo decisório (seu resultado) em si mesmo. A possibilidade de que um *veto*, como um estágio censor da mente, se possa desencadear, revertendo o processo de decisão consciente para um não-querer é também, com Libet, hipótese a ser considerada, entre outras.

Aqui, porém, não se deve emitir juízo sobre o experimento em si, sobre seus métodos, até porque há que se reconhecer que a tendência é a de que as novas experiências confirmem, cada vez mais, essa atividade do cérebro anterior à consciência. Esses primeiros experimentos, que, por suas características, remetem por antonomásia a Libet, são, em nossa opinião, os que de modo mais incisivo demandam uma revisão sobre a liberdade humana, diante do Direito penal. Entretanto, a conclusão de que não exista uma decisão livre do homem, diante do quanto explicado nesse material científico que hoje se publica, tampouco é possível assumir sem questionamentos.

1.2.2 *O local: confrontando Descartes*

A evolução da neurociência vai, pouco a pouco, demonstrando que *realmente*, e não pela mera suposição advinda da observação anatômica do passado, pode-se atribuir a cada região cerebral uma função. O progresso dessas investigações, a mapear e encontrar cada uma das regiões em que se processam as percepções e os pensamentos – vimos que já é possível acompanhar *cada* neurônio, se monitorado por eletrodo – desmistifica a possível *separação entre mente e corpo*, que se costuma identificar como uma ideia central de Descartes.²⁷

O problema é que novos experimentos progridem ainda mais essa função, para mostrar que não apenas a separação entre cérebro e mente²⁸ não existe em si mesma, como um ser incorpóreo que se sobrepusera ao físico, mas também que não é apenas no labirinto de neurônios que se processam as ideias. A concepção de que os órgãos sejam um centro de percepção enquanto o cérebro é um centro de decisão também tende a ser superada.

27. Vide, adiante, 2.3.1.

28. Há que se definir, como questão terminológica inicial, que o termo *mente* terá de ser utilizado no mesmo sentido de *espírito*, ambas correspondendo ao *Geist* alemão. A relutância por identificar o termo *mente* e *espírito* como equivalentes é um problema talvez ligado à tradição religiosa, que recusa falar-se em *espírito* quando se trate apenas de um ente de liberdade fora do corpo. Isso, talvez, por conta de alguma aproximação entre *espírito* e *alma*. Essa dicotomia conduz a que o termo *mente* seja na linguagem comum associada à racionalidade, ao cérebro apenas. Note-se que o idioma inglês concede ao vocábulo *mind* o significado bem mais próximo ao *Geist* alemão que ao nosso significado português (em senso comum), do vocábulo ‘mente’ como “capacidade de raciocínio”. *Mente* ou *Espírito* serão aqui um elemento metafísico exterior ao cérebro fisicamente determinado.