

LIVRE-ARBÍTRIO E DIREITO PENAL: A PROBLEMÁTICA DA VONTADE EM FRENTE ÀS NOVAS DESCOBERTAS DA NEUROCIÊNCIA¹

FREE WILL AND CRIMINAL LAW: THE PROBLEMATIC OF WILL IN FRONT THE NEW DISCOVERIES OF THE NEUROSCIENCE

Igor Martinez SILVA²

Roberta dos Santos Pereira de CARVALHO³

ISSUE DOI: 10.21207/2675-0104.2020.1109

RESUMO

A presente artigo tem por objetivo relacionar os avanços da neurociência com o Direito Penal. Por meio dessa ciência foram levantados, através de experimentos, questionamentos a respeito do livre-arbítrio e da liberdade de escolha. Dessa forma, ao colocar em xeque a existência da real autonomia de agir, a neurociência causa impactos em campos como os da filosofia, sociologia e ao direito como um todo,

¹O presente artigo sintetiza a monografia de conclusão da pesquisa, realizada para o Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2019-2020) da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP.

²Discente da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP. Bolsista do Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2019-2020).

³Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1993) e mestrado em Direito das Relações Econômico Empresariais pela Universidade de Franca (2003). Atuou como professor titular da Universidade de Franca - UNIFRAN, até junho de 2008. Atualmente exerce a docência junto ao Centro Universitário da Fundação Educacional Guaxupé-MG e na Faculdade Dr. Francisco Maeda- FAFRAM, em Ituverava-SP. Presta Serviços como Professor Colaborador da Faculdade de Direito de Franca-SP. Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Penal, Direito Processual Penal, Prática Penal e Direito Previdenciário.

especialmente no que tange o Direito Penal. Destarte, busca-se, portanto, analisar os possíveis impactos dessas novas descobertas no conceito de culpabilidade dentro do Direito Penal, visando delimitar os usos destes estudos no âmbito jurídico.

Palavras-chave: Neurociência. Livre-Arbitrio. Culpabilidade. Responsabilidade Penal.

ABSTRACT

The objective of this article is to relate the impact of neuroscience advances on the interpretation of Criminal Law. This field of neurology, through recent experiments, has raised new questions over free will and freedom of choice. Neuroscience is able to impact many fields of research such as philosophy, sociology and law as whole, especially affecting the branch of Criminal Law. Therefore, the present study aims to analyze the impacts of these discoveries on the very concept of culpability in Criminal Law, in order to establish boundaries in the usage of these studies regarding the law interpretation.

Keywords: Neuroscience. Free Will. Culpability. Criminal Liability.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre os aspectos que lapidam o conceito de culpabilidade, relacionados à indemonstrabilidade da liberdade de vontade sobre a ótica das novas descobertas da neurociência, problematizando este tema no âmbito do Direito Penal.

Os avanços da tecnologia possibilitaram ao mapeamento mais preciso das faculdades mentais por meio de dispositivos, como por exemplo, o eletroencefalograma. Conseqüentemente, a comunidade científica obteve respostas jamais imaginadas sobre o cérebro humano, e, dentre elas, voltou-se à tona, desta vez pela ótica empírica, não mais filosófica, as discussões acerca do determinismo e da incapacidade do “agir de maneira diversa”.

Tendo como base o que fora acima exposto, o presente trabalho vislumbra analisar as relações da neurociência com o Direito Penal, delimitando até que ponto aquela o influencia. O motivo da importância em se discutir o presente tema trata-se da culpabilidade fundamentada no mito indemonstrável da possibilidade de agir com conduta diversa, que se relaciona com o discurso do dever-ser. Outro ponto de extrema relevância que impeliu o desenvolvimento deste estudo é o fato de diversos tribunais utilizarem-se das concepções subjetivas do próprio julgador para a análise da culpabilidade, fundamentada pelo juízo de reprovação que recai sobre o autor.

Tais relações, como dito, se relacionam ao conceito de culpabilidade no âmbito da responsabilização penal, que possui como fundamento o livre-arbitrio. Assim, para melhor análise da situação em que se encontra o Direito Penal a respeito do tema, a pesquisa também traz em

seu bojo a evolução das escolas penais, e como estas abordam a culpabilidade. Posto isto, segue-se para a exposição do experimento de Benjamin Libet, responsável por iniciar os questionamentos sobre a liberdade de vontade do ponto de vista empírico.

Para o desenvolvimento do presente, recorreu-se à pesquisa bibliográfica, analisando livros, artigos científicos sobre a neurociência, bem como sobre sua relação com o Direito Penal, *sites* da *internet* e doutrinas penalistas. Os principais autores utilizados para se definir o eixo teórico desta pesquisa foram Jéssica Cristina Ferracioli e Thales Cavalcanti Coelho em suas teses de doutorado e mestrado, respectivamente.

Assim, a presente pesquisa visa trazer as considerações iniciais sobre a relação entre as duas ciências como também versa sobre a culpabilidade no Direito Penal e seu conceito.

Também aborda a viabilidade da *Neurolaw*, e quais suas limitações e atuais aplicações no âmbito penal internacional. Abarca, também, as teorias à respeito do neurodireito, sendo uma vertente negacionista, entendendo que em nada se aplica na ciência penal conceitos estabelecidos por outras ciências, e outra compatibilista, visando conciliar tais conceitos entre ambos os campos de estudo, analisando também como se encontra a temática no ordenamento jurídico penal brasileiro, analisando jurisprudências e o art. 26 do Código Penal, sobre a inimputabilidade e a semi-imputabilidade.

Por fim, conclui-se com tudo que será exposto que serão traçados os limites da compatibilidade entre as duas ciências, pois o Direito não pode marginalizar qualquer ciência, mesmo que sejam epistemologicamente distintas, visando também contribuir, desta forma, com um Direito Penal mais digno e humanitário.

2. A CULPABILIDADE E A NEUROCIÊNCIA

Como relatado acima, os avanços da neurociência trouxeram novamente o debate sobre a existência do livre-arbítrio e da volitividade da conduta humana, e o instituto do Direito Penal que possui estreita relação com a manifestação da vontade é a culpabilidade.

A culpabilidade é um tema historicamente recente para este campo dos estudos jurídicos, tendo como marco do início de seus estudos enquanto categoria sistemática do delito a segunda metade do século XIX, separando a antijuridicidade da culpabilidade (BITTENCOURT, 2012),

tornando-se majoritária no estudo da dogmática penal a partir da obra de Von Liszt, que dizia que é “pelo aperfeiçoamento da teoria da culpabilidade que se mede o progresso do Direito Penal”.

Por mais que nessa época houve avanços notáveis acerca do tema, ainda não se atingiu um consenso acerca do consenso e missão da culpabilidade, discussão que se mantém viva até os dias de hoje (BITTENCOURT, 2012). Assim, as recentes descobertas referidas acima podem adentrar tal debate, fornecendo uma infinidade de material para o aperfeiçoamento da teoria da culpabilidade.

A respeito da culpabilidade, por ora, tem-se definido, segundo Bittencourt (2012), que sua função é fundamentar a punição estatal e limitá-la, sendo entendida como um juízo de individualização para se atribuir a responsabilidade penal, representando uma garantia de que o infrator não sofrerá punição excessiva do estado, respeitando o princípio *nulla poena sine culpa*. Também, segundo o autor supracitado, possui um caráter preventivo, garantindo assim a estabilidade normativa ao reforçar a obrigatoriedade do cumprimento das leis.

Assim, há um triplo sentido para a culpabilidade: primeiramente, a culpabilidade como fundamento, sendo necessários três requisitos – capacidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa – constituindo os elementos positivos do conceito dogmático de culpabilidade, em que ausente qualquer um desses, impede-se a sanção penal; em segundo lugar, a culpabilidade como limite do *jus puniendi*, sendo imposta na medida correta; e por último a própria culpabilidade, sendo contrária à responsabilidade objetiva, tratando-a de forma individual e subjetiva (BITTENCOURT, 2012).

Assim, o princípio da culpabilidade assegura que ninguém responda por qualquer resultado imprevisível ou caso não tenha agido com dolo ou culpa.

2.1 A CULPABILIDADE COMO ELEMENTO DO CRIME E SUA RELAÇÃO COM O LIVRE ARBÍTRIO

A doutrina se diverge em duas grandes correntes de pensamento ao se tratar da culpabilidade como elemento constitutivo do crime. Temos assim a concepção clássica e a finalista da conduta.

Na primeira, a culpa e o dolo se alojam no interior da culpabilidade, visando assim afastar a responsabilidade penal objetiva

(MASSON, 2019). Assim, para que se constitua o crime, na visão clássica, este deve constituir o fato típico e ilícito, praticado pelo agente culpável. Assim, a análise do conceito de crime adota um caráter tripartido.

Já na segunda, o dolo e a culpa são retirados da culpabilidade, sendo inseridos no interior da conduta (MASSON, 2019), criando-se assim a ideia de “culpabilidade vazia”. Com tal mudança, foi-se possível a análise do crime por dois critérios distintos: o bipartido e o tripartido.

Na forma bipartida, o crime passa a ser apenas fato típico e ilícito, excluindo-se a culpabilidade como seu elemento. Esta última, portanto, será pressuposto da pena.

Na forma tripartida, o crime ainda há a culpabilidade como seu elemento, mas difere-se da forma clássica pelo fato de o dolo e a culpa constituírem não mais a culpabilidade (pois esta é vazia), mas integrarem a conduta do agente.

A teoria adotada no ordenamento jurídico-penal brasileiro é a Teoria da Culpabilidade Limitada, conforme o que dispõe o item 17 da Exposição de Motivos da Reforma do Código Penal em 1984 (Lei nº 7.209/84):

17. É, todavia, no tratamento do erro que o princípio *nullum crimen sine culpa* vai aflorar com todo o vigor no direito legislado brasileiro. Com efeito, acolhe o Projeto, nos artigos 20 e 21, as duas formas básicas de erro construídas pela dogmática alemã: erro sobre elementos do tipo (*Tatbestandsirrtum*) e erro sobre a ilicitude do fato (*Verbotsirrtum*). Definiu-se a evitabilidade do erro em função da consciência potencial da ilicitude (parágrafo único do artigo 2), mantendo-se no tocante às discriminantes putativas a tradição brasileira, que admite a forma culposa, em sintonia com a denominada “teoria limitada da culpabilidade” (Culpabilidade e a Problemática do Erro Jurídico Penal, de Francisco de Assis Toledo, in Rev. Trib. 517/251). (BRASIL, 1984)

Assim, o conceito de culpabilidade adotado no Direito brasileiro é fundado na potencial consciência da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa. Posto isto, prossegue-se com as relações que as novas visões trazidas pela neurociência podem trazer ao Direito Penal.

3. A NEUROLAW (NEURODIREITO) E O DIREITO PENAL

Nas últimas décadas, as ciências naturais, principalmente no campo neurocientífico, foram marcadas por um vertiginoso

desenvolvimento, principalmente no que tange aos estudos comportamentais. Diversos estudos se originaram buscando entender o funcionamento do cérebro, que, conseqüentemente, levaram à análise de questões comportamentais, que por sua vez levaram aos questionamentos sobre o livre arbítrio. Decorrente disto, os experimentos realizados, como o de Libet outrora citado, testaram de forma direta a existência da liberdade de vontade, e seus respectivos resultados levantaram novamente as discussões a respeito deste tema.

Por mais que a neurociência seja um campo de estudos relativamente novo, com o seu desenvolvimento sendo impulsionado apenas a partir da segunda metade do século XX, já foi capaz de produzir resultados muitas vezes inesperados. Eis a questão: seriam estes avanços e descobertas capazes de impactar outras áreas do conhecimento, principalmente na concepção filosófica, a respeito do livre-arbítrio? Seria a neurociência capaz de acabar de uma vez por todas com a ideia de livre-arbítrio, tendo em vista toda a imagem mecânica do cérebro que ela formula?

Há de se ressaltar que a evolução dessa jovem ciência proporcionou alguns impactos no ponto de vista jurídico. Em alguns países estrangeiros, como nos Estados Unidos da América, o Reino Unido e a Índia, a leitura de da atividade cerebral, principalmente por meio dos exames de neuroimagem, têm sido utilizada como prova técnica nos processos penais ao redor do mundo e influenciando em seus julgamentos (COELHO, 2015, p. 148) As finalidades das aplicações destes exames como meio probatório variam, sendo as mais recorrentes: (i) demonstrar a incapacidade do réu, decorrente de sua condição mental, de ser interrogado perante o Juízo; (ii) indicar a ciência do acusado referente a perpetração do crime, em que este possuía conhecimento experimental; e (iii) pedir as mitigação da culpabilidade, levando e conta o precário desenvolvimento do sistema nervoso central, como no caso dos adolescentes, ou, até mesmo, em razão de alguma anormalidade mental. (CHURCH, 2012, p. 1825-1831 apud COELHO, 2015, p. 148).

Todavia, por mais que tais aplicações sejam recorrentes nos tribunais estrangeiros, e que, sem dúvidas, serão uma tendência – aqui, tem-se em vista que estes tribunais chegaram a utilizar depoimentos de neurocientistas como peritos ou assistentes técnicos – ainda não se faz claro o grau de credibilidade que estas informações apresentam no que tange suas finalidades.

É claro que, em alguns casos, o uso da tecnologia do neuroimageamento fez-se de suma importância ao demonstrar a disfunção cerebral em comportamentos criminosos, que, em uma primeira análise, seria produto apenas da vontade consciente do agente do crime. Um relevante caso em que houve a apuração da inimizabilidade do agente devido à uma desordem mental, é um caso conhecido como “Pedofilia Adquirida”, alvo de análise pelo neurocientista David Eagleman (2011), em matéria à revista *The Atlantic*, intitulado *The Brain on Trial*.

O caso acima referido ocorreu no início dos anos 2000, quando um homem de cerca de 40 anos chamado Alex (nome fictício) começou a desenvolver interesses em pornografia infantil, mas não um interesse pequeno, mas um enorme. Ele começou a gastar muito de seu tempo navegando por entre sites de pornografia infantil, bem como em revistas de mesmo teor. Alex tinha vontade de parar com tal comportamento, mas o prazer neles é o que sobrepunha sua capacidade de autocontrole. Por mais que estava em constante controle deste estranho prazer, Alex conhecia da reprovabilidade de sua conduta, o que fazia que ele sempre escondesse seus atos. Porém, no decorrer do tempo, Alex muito sutilmente começou a flertar e fazer alguns avanços de cunho sexual contra sua sobrinha pré-adolescente, que alarmaram sua esposa sobre o comportamento estranho de seu marido, e logo, ela veio a descobrir sua coleção de pornografia infantil.

Alex foi removido de sua casa, acusado de pedofilia e sentenciado a reabilitação ao invés da prisão. No programa de reabilitação, Alex passou a ter mais comportamentos de cunho sexual inadequados, desta vez contra os funcionários da clínica bem como com os pacientes dela, o que levou ao seu envio para a prisão.

No mesmo momento de sua transferência, Alex começou a se queixar de fortes dores de cabeça, e, na noite anterior ao seu novo julgamento, não conseguia mais aguentar de tanta dor, e foi levado ao hospital. Em um exame de ressonância magnética (MRI), constatou-se o pior: Alex levava consigo um tumor na região do córtex orbitofrontal⁴, que

⁴Em síntese, o córtex orbitofrontal está relacionado, de forma secundária, aos sentidos do paladar e do olfato, e atua como responsável por estabelecer um sistema de recompensas por meio de estímulos nervosos. Essa área também está relacionada aos estímulos de recompensa envolvendo o tato e a visão. Estes estímulos são responsáveis pelo aprendizado do cérebro, sendo responsáveis por determinar, grosso modo, os gostos e o senso social. No entanto, uma má formação no córtex orbitofrontal pode desencadear um aprendizado reverso do que outrora foi, causando assim mudanças comportamentais anormais ao indivíduo. (ROLLS, 2004)

o levou à mesa de cirurgia. Estranhamente, após a remoção do tumor e de sua recuperação, o apetite sexual de Alex retornou ao normal.

No entanto, um ano após o feito, seu comportamento pedófilo retornou. Intrigados com tal acontecimento, neurorradiologistas submeteram Alex a um novo exame, que comprovou que uma pequena parte do tumor que não foi retirada na cirurgia começou a crescer novamente. Alex voltou para a mesa de cirurgia, e após nova remoção do tumor, seu comportamento mais uma vez voltou ao normal.

O caso acima exposto pode ser explicado pelo fato do córtex orbitofrontal estar estreitamente envolvido no controle comportamental social, de forma que lesões desta magnitude, seja na infância ou na idade adulta, podem levar à incapacidade de autocontrole, falhas de julgamento e colaboram para a formação de personalidades antissociais.

Todavia, por mais que de fato haja exemplos, como o em análise, em que o uso efetivo da neurociência para aferir a imputabilidade ao autor do injusto foi realizado com sucesso, há de se tomar precauções ao uso deste tipo de conhecimento no meio jurídico-forense.

Para Adina Roskies e Walter Sinnott-Armstrong (2011, p. 106-107 apud COELHO, 2015, p. 150), definir o que é normal ou não no cérebro por meio de neuroimageamento é de extrema dificuldade, isto se dá pelo fato dos estudos que utilizam-se dessa técnica fazerem análises em grupos, extraindo assim uma média coletiva. Dessa forma, a análise individual do perfil funcional pode variar de tal maneira da média do grupo de maneira que se poderia alegar que a maioria das pessoas, individualmente falando, estariam diferidas da normalidade. Concluem os pesquisadores que, meros desvios da média, por mais que numericamente significativos, não apresentam, via de regra, uma repercussão a respeito de eventuais anormalidades relevantes à imputação penal, ou seja, aquelas que incidem de forma direta na distorção do comportamento do indivíduo.

Desta forma, verifica-se a relação entre as duas ciências, a neurociência e o direito penal. Por mais que se apresenta com pouca base teórica, a intersecção entre ambas já pode ser analisada, como o caso narrado deixa claro. Deve-se, portanto, entender e estabelecer os limites teóricos da aplicação dessa conexão disciplinar.

4. PANORAMA DAS IMPLICAÇÕES PROVINDAS DA NEUROCIÊNCIA

Tendo em vista a ausência de material para que se tenha um consenso definitivo sobre a correlação entre a neurociência e o Direito Penal, faz-se mister, ao menos, trazer ao presente estudo o panorama geral deste “casamento”.

Inicialmente, há de se definir, então, do que se trata o ora referido Neurodireito Penal. Para Jéssica Cristina Ferracioli (2018, p. 206), trata-se de disciplina responsável por desenvolver critérios de compatibilização entre ambas as ciências em questão, visando aperfeiçoá-lo.

Há, no entanto, duas vertentes principais a respeito deste tema, sendo elas a posição radical (ou negacionista) e a receptiva (ou compatibilista).

A primeira, como diz o seu próprio nome, postula que os novos artifícios da neurociência não podem ser aplicados, muito menos surtir algum real efeito no campo do Direito Penal. A justificativa por trás deste pensamento se deve ao fato de o campo jurídico é uma ciência absolutamente independente, possuindo total liberdade para construir os seus próprios conceitos, estando assim imunizado de qualquer tipo de discussão polêmica que possa interferir nesses. (FERRACIOLI, 2018, p. 206)

Um dos defensores dessa vertente é o funcionalista Günther Jakobs (2012, p. 24), que argumenta que ao se adotar o determinismo como uma verdade absoluta é um ato eivado de dificuldades e inconsistências. Postula, em primeiro lugar, que a consciência, na ótica determinista, perderia a sua função, tendo em vista que a conduta seria fundamentada na atuação corporal. Questiona, ainda, qual a vantagem evolutiva do estabelecimento da psique humana, já que todos os atos estão pré-determinados.

No entanto, vale ressaltar que as contribuições da neurociência, nada mais são, no atual estágio de seu desenvolvimento, do que uma comunicação, já que os conhecimentos sobre os cursos causais no cérebro humano permitem uma orientação, tendo em vista as diversas evidências, por mais que não sejam uma absoluta verdade.

Desta forma, independentemente do grau de evolução da neurociência, Jakobs leciona que o Direito Penal suportaria toda a polêmica criada, pois a culpabilidade não se trata de um conceito de caráter empírico, mas sim, normativo. (JAKOBS, 2008, p.182)

Hassemer, concordando com o Pensamento de Jakobs, acrescenta que a responsabilidade e a imputação possuem alicerce em razões sociais. Postula assim, que a concepção da responsabilidade como comunicação

normativa do cotidiano faz parte do Direito Penal há muito tempo, e encontra respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, diz o doutrinador que o Direito Penal se expressa, principalmente, no princípio da imputação, em que de maneira objetiva, estabelece a relação causal entre conduta e resultado, e, em plano subjetivo, entre o resultado e a responsabilidade do autor, fundamentando assim a culpabilidade, que se dá pelo juízo de reprovabilidade que recai sobre a conduta típica e ilícita (HASSEMER, 2014, p. 9-10).

A posição recepcionistas, na contra mão do que propõe a negacionista, defende que há de ser feita a compatibilidade entre as ciências sempre que haver sinais de potencial mudança da compreensão do objeto regulado pelo Direito Penal.

Sob esta ótica, Demetrio Crespo defende que a ciência penal não pode se abster dos conhecimentos provenientes de outros campos do conhecimento, principalmente quando estes trouxerem novos dados sobre o comportamento humano, que podem incidir de forma relevante no objeto de estudo de regulação da legislação (DEMETRIO CRESPO, 2013, p. 22; PÉREZ, 2011, p. 117-161; SÁNCHEZ, 2011, p. 269-297 apud FERRACIOLI, 2018, p. 211).

Explica Demetrio que, tal relação deve ser estabelecida devido ao fato dos tribunais aplicarem diariamente a ideia de que a liberdade de ação é resultado direto da liberdade de vontade, além do fato de a dogmática penal não ser capaz de cumprir com seu objetivo da forma esperada, necessitando buscar campos de maior amplitude, como a filosofia e a neurociência. Postula o referido estudioso

Os focos de influência da Neurociência sobre o Direito são enormemente amplos e vão desde aspectos relacionados com o tipo de conhecimento associado à investigação neurocientífica e seus limites empíricos, passando pelo problema crucial de como conjugar estes “saberes” com o estado de conhecimento atual na Ciência do Direito (DEMETRIO CRESPO, 2011, p. 19)

Para o autor, não há como se sustentar no atual cenário o indeterminismo livre-arbitrista, nem mesmo o determinismo mecanicista, pois não há como se falar em extremos ao propor-se um intercâmbio entre a Neurociência e o Direito Penal (DEMETRIO CRESPO, 2011, p. 19). São incompatíveis, portanto, devido ao fato de o indeterminismo se apresentar por meio de um pressuposto metafísico, não sendo possível correlacionar-se com resultados empíricos, enquanto no que tange o determinismo, oriundo do método científico, no qual traça a imagem do ser humano

embasada em determinadas características comuns, contradizendo o ideal de liberdade. (DEMETRIO CRESPO, 2011, p. 23).

Visando sanar com tal incompatibilidade, Demetrio Crespo propõe a conciliação entre ambas as ciências, fundada no compatibilismo humanista. O termo é explicado da seguinte forma: compatibilismo, pois a proposta se trata justamente de estabelecer uma ponderação entre a ciência empírica e o direito; e humanista, pelo fato da ciência, seja lá qual seja, encontrar sua única razão de ser na dignidade da pessoa humana (DEMETRIO CRESPO, 2011, p. 23).

Assim, acredita-se na busca e elaboração de critérios compatibilizantes, visando evitar que a aplicação cega do que pondera cada vertente sobre o comportamento humano, prescindindo sempre o respeito aos princípios basilares de cada seara, especialmente no que tange o direito penal, evitando que sua aplicação a torne cruel, degradante, marginalizante e estigmatizante, atropelando todas as conquistas referentes aos direitos humanos, sua dignidade, e, acima de tudo garantir o Estado Democrático de Direito (DEMETRIO CRESPO, 2011, p. 19).

De mesmo posicionamento, Víctor Gabriel Rodríguez busca fundamentar a proposta compatibilista na Filosofia, entendendo que os resultados auferidos pelos estudos da neurociência são certos, e suas consequências no âmbito penal, inevitáveis. Desse modo, o estudioso postula que há de se acreditar em responsabilidade moral, aplicando-se aqui a ótica do conhecimento metafísico, em que as normas da biologia seriam apenas pontos a serem considerados e observados no que tange a explicação da responsabilidade individual. (RODRÍGUEZ, 2014, p.279-280).

Por fim, dispõe o estudioso a verdadeira compatibilidade está no entendimento de que estas ciências possuem diferentes objetos de conhecimento, não se tratando apenas de uma divisão didática, mas epistemológica, sendo o Direito originário do polo metafísico, e seu futuro depende desse posicionamento a respeito do livre-arbítrio.

5. POSICIONAMENTO DO ORDENAMENTO PENAL BRASILEIRO

Tendo em vista o que fora exposto no decorrer do presente artigo, é de extrema importância trazer a temática abordada para o Direito Penal Brasileiro.

O Código Penal traz em seu ordenamento medidas alternativas de punição aos que apresentam psicopatias. No entanto, é de difícil classificação no que diz a respeito da imputabilidade e da semi-imputabilidade. Dispõe o art. 26 do diploma legal.

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, 1940)

Por mais que haja esta difícil constatação a respeito das diferenças entre estes termos, no Brasil, o agente psicopata é tratado como semi-imputável, pois possui a capacidade de reconhecer o caráter ilícito de sua conduta, mas, incapaz de fazer o julgamento moral necessário e de controlar seu ato impulsivo. Ressalta-se que, para o Código Penal, é isento de pena apenas àqueles que portam alguma doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardo do cérebro. As psicopatias, no entanto, não possuem requisitos para serem inimputáveis, pois não se trata de doenças mentais, mas sim de transtornos de personalidade. (RODRIGUES, 2019)

Assim, a medida de segurança, como explica Heitor Piedade Junior em sua obra “Personalidade psicopática, semi-imputabilidade e medida de segurança”, tem como meta máxima a tentativa de readaptar a personalidade desses indivíduos aos padrões éticos da sociedade (PIEADADE JÚNIOR, 1982).

Reforça tal argumento o seguinte trecho transcrito da Conferência apresentada pelo professor Nelson Hungria ao Congresso Hispano-Luso-Americano realizado em São Paulo, em janeiro de 1955:

O tratamento dos delinquentes psicopatas, no regime da medida de segurança, pode ser chamado, com propriedade, de psicoterapia educacional. O que conta, acima de tudo, é a readaptação social, ainda quando não e possa eliminar totalmente a constitucional ou mórbida variação da norma (HUNGRIA, 1955 apud PIEADADE JUNIOR, 1982, p 219).

Assim, a medida de segurança teria como objetivo desenvolver nos semi-imputáveis a compreensão da necessidade de autocontrole. A solução seria a implementação de uma segunda educação, tendo em vista que os portadores dessas personalidades psicopáticas carregam a insubordinação no sangue e nos seus nervos. Não são, de fato, doentes mentais, mas apresentam defeitos psíquicos que os tornam antissociais. São deficientes emocionais, que sabem que fazem o mal, mas não possuem nenhum sequer juízo de reprovabilidade comportamental (PIEIDADE JÚNIOR, 1982).

Além disto, a jurisprudência nacional dispõe sobre as aplicações das medidas de segurança, como segue a ementa do Egrégio Tribunal de Justiça de Goiás, em que reforma a pena dada pelo magistrado, reduzindo-a devido à comprovada semi-imputabilidade à época do crime.

APELAÇÃO CRIMINAL. JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. PLEITO DE ALTERAÇÃO DA FRAÇÃO REDUTORA RELATIVA A SEMI-IMPUTABILIDADE PENAL (ARTIGO 26, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO PENAL) PARA O PATAMAR DE 2/3 (DOIS TERÇOS) . IMPOSSIBILIDADE. 1. Correta a aplicação do patamar mínimo de 1/3 (um terço) pela semi-imputabilidade, pois constatado através de perícia que apelante ao tempo dos fatos possuía retardo mental leve. REDUÇÃO DA PENA BASE. VIABILIDADE. EQUÍVOCO NA VALORAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS (ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL). 2. Impõe-se a redução das penas iniciais fixadas na sentença hostilizada, porquanto o magistrado a quo se equivocou na valoração de duas circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, quais sejam, conduta social e personalidade do agente. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. PENA REDIMENSIONADA. (GOIÁS; TJ-GO, 2017)

Até mesmo no que tange em matéria disciplinada pelo Código Penal Militar, há o mesmo entendimento à respeito da semi-imputabilidade. É o que segue o acórdão da do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME MILITAR. USO DE DOCUMENTO FALSO. ART. 315 C/C 311, AMBOS DO CÓDIGO PENAL MILITAR. INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL. SEMI-IMPUTABILIDADE PENAL. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. ?Se a doença ou a deficiência mental não suprime, mas diminui consideravelmente a capacidade de entendimento da ilicitude do fato ou a de autodeterminação, não fica excluída a imputabilidade, mas a pena pode ser atenuada, sem prejuízo do disposto no art. 113? (art. 48, parágrafo único, do

Código Penal Militar). 2. Demonstrada a semi-imputabilidade do acusado, por meio de incidente de insanidade mental, não há falar em absolvição do réu, mas apenas em atenuação da pena, pois, apesar da sua enfermidade ter influenciado na prática delitativa, o acusado possuía a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, no momento do crime. 3. Os mínimos e máximos genéricos de pena previstos no artigo 58 do Código Penal Militar aplicam-se residualmente. 4. Recurso conhecido e desprovido. (DISTRITO FEDERAL; TJ-DF, 2016)

No que diz respeito à imputabilidade, apenas incidirá quando o agente do ato criminoso for diagnosticado por meios técnicos cabíveis com algum tipo de doença mental, como a esquizofrenia, psicose, paranoia ou até mesmo o desenvolvimento retardado do cérebro (NUCCI, 2011).

Afirma o autor supramencionado que, a lei penal adota um critério misto, também chamado de biopsicológico, sendo indispensável para a comprovação das faculdades mentais deficitárias o laudo psicológico, que se conduz a partir do que fora determinado do laudo médico.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho tem como objetivo expor e discorrer sobre as relações existentes entre o Direito Penal e a Neurociência, principalmente no que tange a culpabilidade. Visto que na atualidade essas questões envolvendo as duas ciências se demonstram recorrentes, há de ser declarada maior afinidade ao prisma compatibilista, outrora apresentado no presente estudo. Assim faz-se mister as seguintes reflexões.

A evolução das tecnologias é, sem dúvida, a mais incontestável realidade dos dias atuais. A cada ano, o aperfeiçoamento dos dispositivos em todos os seguimentos da indústria tecnológica é extremamente elevado. Por óbvio, as ciências médicas não ficam de fora desses seguimentos, oferecendo resultados cada vez mais precisos nos exames, seja qual for sua área. Como ramo desta ciência, a neurociência também não foge da tendência evolutiva de seus dispositivos.

Desde o experimento de Benjamin Libet, que demonstrou de excelente forma que os processos volitivos se iniciam no inconsciente, oferecendo, assim, subsídios para se considerar cientificamente que o ser humano não é de fato livres sobre suas escolhas. Para a Neurociência, a

liberdade de vontade está intrinsicamente atrelada ao bom funcionamento do cérebro, em que a intenção consciente é consequência, e não causa da atividade cerebral.

A tecnologia possibilitou o acesso em tempo real das faculdades mentais do indivíduo, bem como analisar sua herança genética e aspectos que impactam o modo de agir deste. Sobre esse fascinante e novo contexto, há de se analisar de forma ética e equilibrada a sua aplicação no âmbito penal. Tal análise deve ser extremamente cuidadosa e atenta, evitando, pois, o retorno do determinismo clássico de Césare Lombroso e Herbert Spencer, infringindo a dignidade da pessoa humana e o reestabelecimento de penas fundamentadas na eugênia, bem como impedir a ascensão de um sistema penal eivado de inimizabilidade fundamentada na não-culpabilidade, colocando em risco ao bem estar social como um todo.

Como se pode notar no presente trabalho, o Direito Penal, assim qualquer ciência, está em constante evolução e desenvolvimento. Da teoria clássica do delito até o pós-finalismo, é nítida a alteração no conceito de culpabilidade. Prevalece, pois, nos dias atuais, a culpabilidade como o agir de modo diverso, presumindo assim a liberdade de escolha dos indivíduos. Mas, como há de ser este conceito se os resultados empíricos demonstram a indícios de que não há, de fato, livre-arbítrio?

O Direito, por mais que seja uma ciência com autonomia sobre a confecção de seus próprios princípios e conceitos, não pode marginalizar as demais ciências. O presente trabalho adota o ponto de vista de Victor Gabriel Rodríguez, outrora citado, em que ambas as ciências possuem diferentes objetos de estudo, o que não impede que o Direito Penal utilize determinados pontos dos esclarecimentos da Neurociência.

Tendo em vista que o neuroimageamento, uma das invenções do campo da medicina da mente, anda sendo utilizado como meio de provar a incapacidade de agir de modo diverso e a nítida influência de questões orgânicas nisto em tribunais estrangeiros, demonstra-se que o tema é de afinidade internacional. No Brasil, há na legislação penal a previsibilidade de tratamento diferenciado ao criminoso que possui qualquer deficiência cerebral que impossibilite a suas tomadas de decisões, considerando este inimputável e aplicando-lhe medidas de segurança. Há também, de mesma forma, o instituto da semi-imputabilidade, que é aplicado aos detentores de distúrbios de personalidade, considerando que, por mais que este possuísse juízo de reprovabilidade de sua conduta, não pôde evitar praticá-la devido aos seus incontrolláveis impulsos. Para estes, a lei oferece a redução de

pena, em certos casos, um misto de apenação com medida de segurança, visando reeduca-lo.

Conclui-se assim que o tema abordado é de extrema importância, pois, a partir destes questionamentos sobre a liberdade de vontade, será possível delimitar as relações com a culpabilidade e o Direito Penal, o que implica diretamente na aplicação da pena e de seus resultados. Tendo em vista que os atos são resultados fatores biológicos e sociais, o estudo visa contribuir com a melhor delimitação do tema, bem como estabelecer os caminhos que a dogmática penal poderá escolher em um futuro impactado pelo neodeterminismo biológico, visando aplicar o Direito de forma digna e humanitária.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Thales Calvalcanti. **Livre-arbítrio e culpabilidade**: a responsabilização penal em face das contribuições da neurociência. 2015. 232 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Compatibilismo Humanista: uma proposta de conciliação entre neurociências e direito penal. *In*: MAROTO CALATAYUD, Manuek (Coord.); DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dir.). **Neurociência e direito penal**: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Montevideo: B de F, 2013.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação Criminal nº 00210675020138070016**. Relator: Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior. DJ: 06 ago. 2020.

Disponível em:

<https://pje2i.tjdft.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=ef2c78748c5027037c4757360298253b1639dd15693e6db4a252636e8c73423711f7859c6dc74311769b2cccd199e3e982dc57f628884431&idProcessoDoc=186>. Acesso em: 28 set. 2020.

EAGLEMAN, David. The Brain on Trial. **The Atlantic**, 2011 Disponível em:

<https://www.google.com/url?q=https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2011/07/the-brain-on-trial/308520/&sa=D&ust=1600519245163000&usg=AFQjCNHaLzynxw5fMSUVcIKgU8ZAl6Z1BA>. Acesso em: 15 nov. 2019.

FERRACIOLI, Jéssica. **Neurociência e o direito penal**: a culpabilidade e o panorama das implicações neurocientíficas. 2018. 282 f.. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Apelação Criminal nº 01379712320158090051**.

Relatora: Des. Carmecy Rosa Maria A. de Oliveira. DJ: 27 jul. 2017. Disponível em:

<https://www.tjgo.jus.br/sge/dmcomp.php>. Acesso em: 28 set. 2020.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HASSEMER, Winfried. Neurociência e culpabilidade em direito penal. *In*: BUSATO, Paulo César (Org.) **Neurociência e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2014.

JAKOBS, Günther. Indivíduo e pessoa: imputação jurídico-penal e os resultados da moderna Neurociência. *In*: SAAD-DINIZ, Eduardo, POLAINO-ORTS, Miguel (Orgs.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012.

LIBET, Benjamin. Do we have free will?. **Journal of Consciousness Studies**, v. 6, n. 8–9, 1999, p. 47–57. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/551587e0e4b0ce927f09707f/t/57b5d269e3df28ee5e93936f/1471533676258/Libet%2C+Do+We+Have+Free+Will%3F.pdf>. Acesso em: 27 set. 2020.

MASSON, Cléber Rogério. **Direito Penal esquematizado**: Parte Geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. **Personalidade psicopática, semi-imputabilidade e medida de segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROLLS, Edmund T. The functions of the orbitofrontal cortex. **Brain and Cognition**, v. 55, n.1, 2004, p. 11-29. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S027826260300277X#!>. Acesso em: 15 mar. 2020.

RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. **Livre-arbítrio e direito penal: revisão aos aportes da neurociência e à evolução dogmática**. 2014. 321 f. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2014.