

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

**ASPECTOS DA TEORIA DA CONDUTA À LUZ DAS CIÊNCIAS
COGNITIVAS**

Por

EDUARDO CAMPELLO DIPP

CURITIBA

2001

EDUARDO CAMPELLO DIPP

**ASPECTOS DA TEORIA DA CONDUTA À LUZ DAS CIÊNCIAS
COGNITIVAS**

**Monografia apresentada como requisito
parcial para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito, no Curso de
Direito da Universidade Federal do
Paraná.**

**Orientador: Prof. Arnaldo F. Busato
Filho.**

CURITIBA

2001

TERMO DE APROVAÇÃO

ASPECTOS DA TEORIA DA CONDUTA À LUZ DAS CIÊNCIAS COGNITIVAS

Por

EDUARDO CAMPELLO DIPP

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

Orientador: Prof. Arnaldo Faivro Busato Filho

Prof.

Prof.

Curitiba, 19 de novembro de 2001.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Arnaldo Faivro Busato Filho, por acender em mim o gosto pela pesquisa científica, e por ajudar-me a reacender o gosto pelo desafio.

Ao meu pai, pelo interesse, pelo incentivo, por ajudar na revisão do texto e, sobretudo, pelas críticas sempre pertinentes, que muito influenciaram no resultado final deste trabalho.

À Ju, pela torcida, e pelas alegrias e tristezas sempre compartilhadas.

Muitas pessoas, com seus apoios e incentivos, palavras e gestos, fizeram com que fosse possível o término, não só deste trabalho, mas de toda uma etapa da minha vida. A todas estas pessoas dirijo o meu “muito obrigado” mais sincero.

RESUMO

Esta é uma monografia de caráter interdisciplinar, que tem por objetivo abordar a teoria da conduta em Direito Penal sob o enfoque das ciências cognitivas. Procura, primeiramente, situar a teoria da conduta no âmbito da teoria do delito, apontando as principais características das teorias mais influentes historicamente (teorias causal-naturalistas, social e final), concluindo pela supremacia da teoria finalista e abordando os principais aspectos da conduta sob a ótica do finalismo. Apresenta, ainda, em linhas gerais, os principais aspectos das ciências cognitivas: suas origens, seus postulados principais e sua visão quanto ao funcionamento da mente humana. São abordados, principalmente, os aspectos relevantes para a teoria da conduta, como as questões relativas à consciência, à vontade e às representações mentais. Por fim, em sua terceira parte, este estudo procura relacionar os conceitos das ciências cognitivas com a teoria da conduta, encontrando elementos que propiciem o diálogo entre estas duas ciências, na busca por um novo modelo de conduta baseado nas noções de consciência, vontade, finalidade e, sobretudo, intencionalidade.

SUMÁRIO

TERMO DE APROVAÇÃO.....	iii
AGRADECIMENTOS.....	iv
RESUMO.....	v
INTRODUÇÃO.....	1
PARTE I - A TEORIA DA CONDUTA.....	4
1.1. A CATEGORIA DA CONDUTA NO DIREITO PENAL.....	4
1.2. AS TEORIAS DA CONDUTA.....	8
1.2.1. <i>A Teoria Causalista</i>	8
1.2.2. <i>A Teoria Social da Ação</i>	10
1.2.3. <i>A Teoria Finalista</i>	11
1.2.4. <i>Superação das Demais Teorias pelo Finalismo</i>	13
1.3. A CONDUTA FINALISTA.....	16
1.3.1. <i>Aspectos da Conduta Finalista</i>	16
1.3.2. <i>Resultado e Nexo de Causalidade</i>	19
1.3.3. <i>Ausência de Conduta</i>	20
1.3.4. <i>A Conduta Biociberneticamente Antecipada</i>	23
PARTE II - AS CIÊNCIAS COGNITIVAS.....	26
2.1. INTRODUÇÃO HISTÓRICA.....	26
2.1.1. <i>Conceito e Origem</i>	26
2.1.2. <i>Principais Postulados</i>	32
2.1.3. <i>Abordagem Multidisciplinar da Mente Humana</i>	35
2.2. O MODELO COGNITIVISTA DE MENTE HUMANA.....	37
2.2.1. <i>O Cérebro e a Mente</i>	37
2.2.2. <i>A Mente: Forma de Funcionamento e Conteúdo</i>	40
2.2.3. <i>A Consciência e as Representações Mentais</i>	44

PARTE III - A TEORIA DA CONDUTA À LUZ DAS CIÊNCIAS

COGNITIVAS	51
3.1. ASPECTO OBJETIVO DA CONDUTA HUMANA.	51
3.1.1. <i>A Ação Motora.</i>	51
3.1.2. <i>A Omissão.</i>	53
3.2. ASPECTOS SUBJETIVOS DA CONDUTA.....	57
3.2.1. <i>A Consciência e a Liberdade.</i>	57
3.2.2. <i>Intencionalidade.</i>	62
3.2.3. <i>Finalidade.</i>	67
3.2.4. <i>Vontade.</i>	68
3.3. AUSÊNCIA DE CONDUTA.....	71
3.3.1. <i>Delimitação do Problema.</i>	71
3.3.2. <i>Estados de Inconsciência.</i>	74
CONCLUSÃO.....	78
BIBLIOGRAFIA.....	83

INTRODUÇÃO

A implantação da monografia de conclusão do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, através das alterações curriculares de 1996, foi um grande passo para o desenvolvimento de pesquisas científicas pelos alunos de graduação. Através da pesquisa monográfica a formação torna-se mais completa, proporcionando ao estudante a possibilidade de um aprofundamento maior na área jurídica que mais lhe interessar.

Esta monografia vem contribuir para o estudo de uma das categorias mais importantes para o Direito Penal, considerada a “pedra angular” da Teoria do Delito¹ e “coluna vertebral”² do conceito analítico de crime: a conduta humana.

Em que pese sua importância para a Escola Finalista e para o Direito Penal como um todo, verifica-se um certo desinteresse, em boa parte da doutrina e do ensino jurídico brasileiros, em atualizar seus conceitos em relação à Teoria da Conduta, adotando os postulados de uma das teorias mais aceitas e utilizando-se dos conceitos da teoria adotada, sem muitas vezes atentar para as inovações trazidas pela doutrina estrangeira e ciências afins.

A falta de atualização dos conceitos fundamentais relativos à Teoria da Conduta é danosa sobretudo quando se vê o problema de uma ótica finalista, como é o caso deste estudo: pois para o finalismo, ao contrário das teorias clássicas, o que se busca é um conceito de conduta que não seja criado pelo Direito, mas que seja apreendido pelo Direito em sua estrutura ôntico-ontológica³.

¹ PIERANGELI, J. H. Conduta: ‘Pedra Angular’ da Teoria do Delito, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 573, julho de 1983, p. 315-329

² VALLEJO, M. J. **El Concepto de Acción en la Dogmática Penal**. Madrid: Editorial Colex, 1994, p. 14.

³ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 409.

Para que a estrutura ôntico-ontológica da conduta seja respeitada, faz-se necessário um diálogo interdisciplinar com as modernas ciências da mente, capazes de explicar com muito mais propriedade científica fenômenos como ação, omissão, consciência, finalidade, vontade, entre outros. É a busca por elementos que possibilitem este diálogo o que move o presente trabalho.

Trata-se, assim, de trabalho investigatório, objetivando estabelecer um diálogo interdisciplinar entre as ciências penais e as ciências cognitivas⁴, através da coleta de dados das ciências cognitivas e jurídicas e da análise comparativa entre estes dados, buscando critérios válidos para que os conceitos da Teoria da Conduta possam ser encarados à luz das modernas ciências da mente.

A importância do tema resta evidente por si só. Com efeito, é pacífico o entendimento de que não se pode conceber uma Ciência Penal divorciada da realidade fática, e a realidade do funcionamento da mente, com as inúmeras descobertas proporcionadas pelas ciências cognitivas nos últimos anos, não pode deixar de ser levada em consideração quando trata-se de definir e teorizar sobre a conduta humana.

As inúmeras conquistas do finalismo foram sem dúvida limitadas pelo conhecimento científico de que se dispunha, à época, sobre o homem e o funcionamento de sua mente. Sob o risco de estagnar, quer em uma ciência abstrata e sem qualquer interdisciplinariedade, quer em uma ciência meramente instrumental para os fins que se propõe, uma moderna Teoria da Conduta deve, necessariamente, investigar as modernas ciências da mente para fundamentar seus conceitos.

Investigar a conduta humana à luz das modernas ciências da mente nada mais é que continuar o caminho aberto pelo projeto finalista, no sentido de se procurar adotar um conceito de conduta que corresponda à sua “natureza”, ao seu “ser”.

⁴ Como será visto adiante, a teoria da mente oriunda do projeto multidisciplinar das ciências cognitivas é considerada “a grande teoria da mente deste final de século”, cf. DEL NERO, H.S. **O Sítio da Mente: pensamento, emoção e vontade no cérebro humano**. São Paulo: Collegium Cognito, 1997, p. 203.

Neste sentido, os objetivos buscados por este estudo são: apresentar um quadro geral das teorias da conduta, com enfoque maior sobre o finalismo; introduzir aos operadores jurídicos os conceitos fundamentais das modernas ciências cognitivas, com ênfase nos conceitos que se relacionam mais intimamente com o assunto aqui versado; e, por fim, apresentar os pontos de intercessão entre as duas ciências, especialmente aqueles em que as ciências cognitivas confirmam, complementam ou esclarecem os aspectos da conduta finalista. Estes objetivos são verificáveis pela estrutura escolhida para a obra, que foi dividida em três partes: I – A Teoria da Conduta; II – As Ciências Cognitivas; e III – A Teoria da Conduta à luz das Ciências Cognitivas.

A metodologia escolhida foi essencialmente a pesquisa bibliográfica interdisciplinar, que não teve a pretensão de ser exaustiva. Quanto às ciências cognitivas, optou-se, juntamente com o professor orientador, pelos autores mais representativos em termos de divulgação da nova ciência, evitando-se os autores mais técnicos, dada a impressionante complexidade da teoria, que envolve uma infinidade de minúcias que não interessam para os fins deste estudo. Quanto às teorias da conduta, optou-se por autores representativos de cada uma das principais teorias, além de obras que tratam do tema de maneira exemplar, e, para os conceitos mais simples e introdutórios, recorreu-se aos manuais didáticos.

PARTE I - A TEORIA DA CONDUTA

1.1. A CATEGORIA DA CONDUTA NO DIREITO PENAL.

A categoria da conduta é um dos elementos fundamentais sobre os quais se estrutura o Direito Penal. Com efeito, sendo o Direito Penal o ramo do Direito que define os comportamentos criminosos e as penas respectivas, vê-se o crime como o seu conceito central, e, dentro do conceito de crime, vê-se a conduta como sendo a sua pedra angular⁵.

Na verdade, o delito pode ser conceituado de três formas: formal, material e analiticamente. Formalmente, delito é aquilo que é definido em lei como tal. Este conceito é evidentemente tautológico, e gera, portanto, a necessidade de se abordar o fenómeno criminoso de outras formas, ou seja, material e analiticamente.

Materialmente, existem diversas teorias que explicam do que se trata o delito: para o positivismo legalista, os conceitos formal e material se confundem; em uma perspectiva sociológica, crimes seriam as condutas socialmente danosas; em uma perspectiva moral, crimes seriam violações de deveres éticos elementares; e para uma perspectiva denominada de racional, os crimes seriam as condutas danosas em relação a bens jurídicos dotados de dignidade penal⁶.

Em sua definição analítica, por outro lado, se procura evidenciar os elementos constitutivos do crime. Nesta visão, conquanto haja divergências entre as teorias da ação em relação aos conteúdos de cada um dos elementos constitutivos do delito, existe um acordo mais ou menos generalizado na doutrina de que o crime é a conduta típica, ilícita (antijurídica) e culpável. Tendo em conta esta definição, vê-se

⁵ A este respeito: PIERANGELI, op. cit.

⁶ Para um aprofundamento sobre a questão do conceito material de delito, ver: DIAS, J. de F. **O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995

que o primeiro requisito para que um ato seja configurado como crime é que o mesmo decorra de uma ação ou omissão humana (conduta).

Sendo a ação o elemento básico do crime, “deriva-se a necessidade de que o conceito de ação seja suficientemente amplo para que compreenda todas as formas de condutas relevantes para o Direito Penal (ação e omissão, condutas dolosas ou culposas). A ação deve cumprir, além disso, a função de elemento de união ou enlace de todas as fases do juízo jurídico-penal (tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade)”⁷.

Estas duas funções do conceito de ação (compreender todas as condutas juridicamente relevantes e servir de elemento estruturante, de união entre os demais elementos do delito), são explicitadas por Vallejo que, citando Roxin, fala da conduta como sendo o “elemento básico” e o “elemento de união” do conceito de crime:

En primer lugar, ofrece un concepto general para todas las aparências de comportamiento sancionable, un genus proximum al que siguen todas las determinaciones de contenido más concretas como *differentiae specificae*. La acción describe un ‘algo’ que subsiste tanto en las acciones dolosas e culposas, como en los delitos de omisión y que se configura como el elemento común al que se pueden reconducir todas las configuraciones especiales de comportamiento sancionable. [elemento básico]

Además, añade ROXIN, se dice que la acción liga las diferentes categorías del delito entre ellas; primero se fija la acción como tal y luego se califica como típica, antijurídica, culpable e punible. El concepto de acción pasa de este modo por el sistema entero y forma su columna vertebral [elemento de união]⁸.

Existe ainda a função limitadora do conceito de conduta, já que os comportamentos humanos que não se enquadram no conceito de ação são excluídos, antecipadamente, do conceito de crime, e não carecem de relevância para o Direito Penal:

Finalmente, el concepto de acción tiene la misión de excluir todo aquello que desde un principio entra en consideración para una valoración penal: hechos producidos por animales, actos de personas jurídicas, meros pensamientos y convicciones, incluso

⁷ CEREZO MIR, apud BITENCOURT, C. R. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 179.

⁸ ROXIN, parafraseado por VALLEJO, op. cit., p. 14.

realidades exteriores que, como los ataques convulsivos, delirios etc., no obedecen al control y la dirección del aparato síquico; hablamos aquí del ‘significado práctico’ de la acción como ‘elemento fronterizo’, de su ‘función delimitadora’.⁹

Realmente, um dos princípios fundamentais do Direito Penal é o de que não há crime sem ação (*nullum crimen sine conducta*), esta num sentido amplo, como sinônimo de conduta, que inclui a ação em sentido estrito, que é o fazer, e a omissão, que é o não fazer o que se deve. Trata-se, este princípio, de uma garantia jurídica elementar: “Se fosse eliminado, o delito poderia ser qualquer coisa, abarcando a possibilidade de penalizar o pensamento, a forma de ser, as características pessoais etc. Neste momento de nossa cultura isto parece suficientemente óbvio, mas, apesar, disto, não faltam tentativas de suprimir ou de obstaculizar este princípio elementar”.¹⁰

Desta forma, situar a conduta humana como a base, a pedra angular do delito, e portanto do Direito Penal, significa “defender a vigência de um direito penal que reconheça um mínimo de respeito à dignidade humana”¹¹.

Quanto ao conceito de conduta humana, tem-se que o Direito Penal não pode criar este conceito, mas sim apreendê-lo da realidade. É o que Zaffaroni e Pierangeli chamam de “reconhecer e respeitar o conceito ôntico-ontológico” da conduta¹². A conduta é um fenômeno que existe, que possui um “ser”, uma estrutura ôntico-ontológica, independentemente do que o Direito Penal diga sobre ela. Neste sentido, o Direito Penal não cria o conceito de conduta, e muito menos cria a conduta, mas simplesmente emite sobre ela um juízo de desvalorização, de reprovabilidade, sem nada agregar ao conceito de conduta através deste juízo.

O Código Penal brasileiro, a exemplo dos códigos de outros países, não apresenta um conceito de ação ou omissão, deixando-o implícito e atribuindo sua

⁹ Ibid., p. 14-15.

¹⁰ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 409.

¹¹ Id.

¹² Ibid., p. 408.

elaboração à doutrina¹³. Esta elaboração se constitui na busca de um conceito de ação que expresse o seu real significado (a sua estrutura ôntico-ontológica), ao mesmo tempo em que atenda às suas finalidades para o Direito Penal.

Esta necessidade de buscar um conceito de conduta que reconheça e respeite o seu “ser”, é motivo que impulsiona a discussão deste trabalho. Se as ciências que estudam o comportamento e o funcionamento mental humano têm apresentado novas respostas ao problema da conduta, faz-se imprescindível aos teóricos do Direito Penal estarem atentos a estas descobertas, sob pena de se criar uma ciência penal artificial, normativista ou baseada em pressupostos ultrapassados.

Dependendo do sentido que se dá à palavra ação, modifica-se o todo o conceito analítico do crime, decorrendo disto a existência das diversas teorias a respeito, que ainda hoje estão longe de chegar a um consenso:

Meio século de controvérsia dos modelos causal e final sobre o conceito de ação não conseguiu reduzir a discussão da matéria. Ao contrário, com o surgimento de outras definições de ação, qualquer consenso sobre o tema parece mais distante do que nunca: o modelo social de ação, uma espécie de tentativa de conciliação dos modelos causal e final, define a ação como o comportamento humano socialmente relevante; o modelo negativo de ação define ação como não evitação do comportamento proibido; o modelo pessoal de ação define ação como manifestação da personalidade humana. E existem, também, o modelo lógico analítico, que define ação como emprego de regras da experiência, da lógica, da linguagem, etc., e o modelo de ação intencional, que a define como atuação decisiva para o acontecimento...¹⁴

É normalmente na necessidade da amplitude do conceito de ação e no significado da vontade na conduta humana que são geradas a maioria das controvérsias entre as teorias. São estas controvérsias que se passará a analisar, com uma breve exposição das três teorias mais relevantes historicamente para o Direito Penal, para então, a partir do finalismo, levantar a discussão sobre as contribuições que podem advir das ciências cognitivas para o desenvolvimento da dogmática jurídico-penal.

¹³ BITENCOURT, op. cit., p. 178.

¹⁴ SANTOS, J. C. dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2000, p. 10.

1.2. AS TEORIAS DA CONDUTA.

1.2.1. A Teoria Causalista.

Para a teoria causalista da ação, também denominada tradicional, naturalista, causal-naturalista ou clássica, “a conduta é um comportamento humano voluntário no mundo exterior, que consiste em fazer ou não fazer. É um processo mecânico, muscular e voluntário(...), em que se prescindido do fim a que essa vontade se dirige”¹⁵. A ação é, pois, um simples processo causal desencadeado por um determinado ato de vontade do agente.

Nesta teoria, não existe ação sem resultado, e a voluntariedade da ação indicaria apenas a ausência de coação física irresistível (*vis absoluta*). A omissão, por sua vez, consiste em não impedir voluntariamente um resultado. Esta forma de conceber a ação como uma modificação física causada pela vontade do agente, divide a ação em três momentos: a vontade, a manifestação dessa vontade (através de um fazer ou não fazer), e o resultado que é a modificação do mundo externo. Não se pergunta, no entanto, sobre o conteúdo da vontade, isto é, sobre a finalidade da ação.

Embora reconheçam que uma ação implica uma finalidade, “os causalistas entendem que, para se concluir pela existência de uma ação típica, deve-se apreciar o comportamento sem qualquer indagação a respeito de sua ilicitude ou de sua culpabilidade”¹⁶. Para estes teóricos, a conduta é o efeito da vontade, sem considerar o seu conteúdo, que corresponde à finalidade do comportamento: enquanto a ação

¹⁵ MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 17ª ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2001, p. 102. A utilização de manuais didáticos, como os do Prof. Julio Fabbrini Mirabete e do Prof. Cesar Roberto Bitencourt, neste trabalho, se deve ao fato de que, nestes tópicos iniciais o objetivo é o de introduzir o tema, situando de maneira breve o finalismo entre as demais teorias da conduta. Para este propósito, a linguagem mais adequada é a linguagem dos manuais didáticos.

¹⁶ Id.

pertence à tipicidade do Direito Penal, contemplada apenas a vontade de agir, o **conteúdo** da vontade (a projeção da vontade sobre o resultado da ação) pertence à **culpabilidade**, e aí deve ser analisada.

Essa teoria foi manejada por muito tempo com comodidade, mantendo um **esquema** em que o conceito de conduta se apresentava como “natural”, ocultando **unicamente** um processo causal. Era fácil conceber o ilícito como a causação objetiva de um resultado danoso, onde a culpabilidade é que era subjetiva. Caso a conduta deixasse de ser um processo causal, reconhecendo um conteúdo de vontade, todo o esquema se desmoronava.

Para Zaffaroni e Pierangeli, os argumentos utilizados pelos causalistas, que defendem que a vontade não tem necessidade de conteúdo, e que a finalidade pode ser deixada para um segundo plano, contradizem a essência do Direito, pois segundo eles “o Direito não será, para esta concepção, uma ordem reguladora de condutas, e sim de processos causais, o que é absurdo: o Direito não regula fatos, mas apenas fatos humanos voluntários, isto é, condutas”¹⁷.

Outra grande crítica à teoria residiu em que a mesma também não poderia explicar convenientemente “a tipicidade quando o tipo penal contém elementos subjetivos (finalidade da ação, ânimo do agente, etc.), que fazem parte da própria descrição legal e onde a vontade final do agente está indissolivelmente ligada a sua ação”¹⁸.

Cumprindo, ainda, mencionar, no âmbito da teoria causal, a tentativa de alguns doutrinadores de extirpar os defeitos vislumbrados na teoria naturalística, e que deram origem à chamada concepção normativa da ação. De acordo com esta teoria, desenvolvida a partir da causal-naturalística, não há conduta juridicamente indiferente, no sentido de que toda conduta humana refere-se a uma norma e possui um conteúdo

¹⁷ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 424.

¹⁸ MIRABETE, op. cit., p. 102.

normativo, lícito ou ilícito.

De conformidade com tal orientação, só se considera conduta a realização de uma vontade juridicamente relevante, ainda que divorciada da realidade naturalística, permanecendo estranho ao Direito tudo aquilo que a norma jurídica considere indiferente. Donde deflui que os requisitos da conduta são três: modificação no campo do Direito (parte objetiva); vontade juridicamente relevante que corresponda à referida modificação (parte subjetiva); e uma ponte causal que supere o abismo que se põe entre a realização objetiva e o impulso subjetivo¹⁹.

Este sistema, também chamado de neo-clássico, acaba por incorrer nos mesmos erros da teoria clássica, desprezando a questão da finalidade e produzindo um esquema que termina por se afastar da realidade social.

1.2.2. A Teoria Social da Ação.

Para a teoria social da ação, “a ação é a conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana. A relevância social da ação é o critério conceitual comum a todas as formas de comportamento e, portanto, também ao crime”²⁰.

A definição ensinada por Julio Fabbrini Mirabete foi construída por Johannes Wessels, a partir das críticas às formulações iniciais de Eberhardt Schmidt. A teoria social surgiu como uma tentativa de ponte entre as teorias causalista e finalista, “por considerar que a direção da ação não se esgota na causalidade e na determinação individual, devendo ser questionada a direção da ação de forma objetivamente genérica”²¹.

A teoria social “vê na relevância social do fazer ou da omissão humanos o critério conceitual comum a todas as formas de comportamento. Engloba o agir como fator sensível da realidade social, com todos os seus aspectos pessoais, finais, causais e

¹⁹ COSTA JUNIOR, P. J. da. **Nexo Causal**, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 21-22

²⁰ MIRABETE, op. cit., p. 103.

²¹ BITENCOURT, op. cit., p. 186.

normativos”²².

Essa teoria se origina da procura de um conceito de ação unitário, superior, compreensivo da ação e da omissão de ação. Para os autores desta teoria, isto é possível através de um ponto de vista valorativo superior, devendo ser procurado na relação do comportamento humano com o seu meio social.

Daí surge o conceito social de ação, que é o comportamento humano de relevância social. Como se depreende do estudo de Wessels, o importante, neste caso, é a relevância dos efeitos do comportamento dos sujeitos no meio social que se encontram. Por esta razão, esta teoria parece ser a que tem mais problemas de definições e de uniformização de linguagem, uma vez que não esclarece convenientemente no que consistem o “fenômeno social” e a “relevância social da ação”.

Esta imprecisão se dá devido à suposta índole conciliadora das teorias sociais, pois permitem incluir em sua definição ora o conceito final de ação ora o conceito causal. O atributo da “relevância social”, não integra a realidade descritível pela observação sensorial, pois é uma qualidade da ação atribuída por juízo de valor que qualifica a ação como crime.

Os adeptos da teoria social também questionam os causalistas puros: “Pela incapacidade de compreender corretamente este conteúdo de significado social e pessoal da atuação humana, devem fracassar as teorias da ação que partem de um fundamento puramente causal”²³.

1.2.3. A Teoria Finalista.

Para a teoria final da ação, “como todo comportamento do homem tem uma

²² WESSELS, J. **Direito Penal: Parte Geral**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1976. p. 20.

²³ *Ibid.*, p. 21.

finalidade, a conduta é uma atividade final humana e não um comportamento simplesmente causal. Como ela é um fazer (ou não fazer) voluntário, implica necessariamente uma finalidade. Não se concebe vontade de nada ou para nada, e sim dirigida a um fim²⁴.

O conceito finalista foi formulado e sistematizado por Hans Welzel como crítica ao modelo causal, especialmente à insustentável separação entre a vontade o conteúdo da mesma. Assim, na formulação de Welzel:

Ação humana é o exercício de uma atividade final. A finalidade ou o sentido final da ação se baseia no poder humano de prever, em determinados limites, por força de seu saber causal, os possíveis efeitos de sua atividade, propor-se diferentes fins e dirigir, planificadamente, sua atividade para realização destes fins. Porque a finalidade se baseia na capacidade da vontade de prever, em determinados limites, as conseqüências da intervenção causal, e através desta, dirigi-la planificadamente para a realização do fim; a vontade consciente do fim, que dirige o acontecer causal, é a espinha dorsal da ação final²⁵.

A característica ontológica ou real do conhecer ou do querer humanos, está na intencionalidade, isto é, na finalidade que é sempre visada pelo agente. Este modelo final de ação distingue fato natural de ação humana: o fato natural é um fenômeno determinado pela causalidade, um produto mecânico de relações causais cegas; a ação humana é um acontecimento dirigido pela vontade, que é a energia produtora da ação, e pela consciência que é sua direção inteligente.

Para os finalistas, a ação humana tem, portanto, duas dimensões: subjetiva e objetiva. A dimensão subjetiva da ação, que ocorre na esfera intelectual, tem como principal elemento a vontade consciente direcionada a um fim. Conforme ensina Cezar Roberto Bitencourt²⁶, a fase subjetiva possui três momentos: a) antecipação do objetivo pretendido; b) seleção dos meios de execução adequados para a consecução do fim; e, c) consideração das conseqüências meio/fim. Continua o mestre ensinando que a fase

²⁴ MIRABETE, op. cit., p. 102.

²⁵ WELZEL, H. apud SANTOS, op. cit., p. 14. Ver, também, no mesmo sentido, a tradução espanhola de WELZEL, H. **Derecho Penal** - parte general. Buenos Aires: De Palma, 1956.

²⁶ BITENCOURT, op. cit., p. 184.

objetiva ocorre no mundo real, e compreende a “execução da ação real, dominada pela determinação do fim e dos meios na esfera do pensamento. Em outros termos, o agente põe em movimento, segundo um plano, o processo causal, dominado pela finalidade, procurando alcançar o objetivo proposto”.

Na formulação de Paulo José da Costa Júnior, encontra-se a seguinte descrição:

Evidencia-se o coeficiente físico da ação numa movimentação corporal. Através dela, transborda o querer íntimo. A ação adquire realidade e ingressa no mundo fenomênico, depois de elaborada no mundo intrapsíquico. Essa face externa da ação poderá consistir na movimentação dos membros, na simples palavra, ou em outras deslocções parciais do corpo²⁷.

Este trabalho inicia-se com uma filiação evidente à teoria finalista, que foi a única capaz de vislumbrar a importância da finalidade na estrutura da conduta humana. É a partir desta teoria que se procurará discutir a viabilidade de um conceito contemporâneo de conduta, em concordância com os ensinamentos emanados nas novas teorias sobre a mente humana.

Para isto, os próximos passos serão discorrer brevemente sobre os elementos principais desta teoria final da ação, para então, no final desta parte, apresentar, em linhas gerais, a chamada “conduta biociberneticamente antecipada”, elaboração teórica que é fruto do desenvolvimento da teoria finalista, já procurando integrar seus conceitos em uma abordagem interdisciplinar, relacionando-os com as teorias cibernéticas.

1.2.4. Superação das Demais Teorias pelo Finalismo.

Uma das primeiras críticas aos finalistas foi que “o conceito final de ação determina o sentido da ação de forma extremamente unilateral em função da vontade individual, quando deveria fazê-lo de uma forma objetiva sob um ponto de vista

²⁷ COSTA JUNIOR, op. cit., p. 10-11.

social”²⁸. Quanto a este ponto, Welzel responde que “o sentido social de uma ação determina-se não só pelo resultado, mas também pela direção da vontade que o autor emprega na ação”²⁹.

O caráter finalista da ação também é questionado sob o argumento que não se pode afirmar que um homem, em todas suas ações, primeiramente traça um objetivo de sua conduta, para depois então conduzi-la através de uma refletida mobilização dos fatores causais, uma vez que ao lado de uma forma de ação consciente, existem formas de conduta determinada pelo subconsciente e omissões, nas quais faltaria uma direção finalista do acontecer causal.

Um exemplo clássico apontado como de falta de finalidade e existência de relevância social da conduta é o caso em que uma mãe permanece imóvel, desconhecendo a situação de perigo, e não impede que seu filho tome um veneno para matar a sede³⁰. Na verdade, existem diversos exemplos como este, que pressupõem um defeito da teoria finalista ao tentar explicar os delitos culposos e os omissivos. Tais críticas, contudo, são improcedentes.

Com efeito, a ação culposa é definida como execução defeituosa de uma ação, que deveria ter sido realizada de modo diferente. Existe uma finalidade na ação dos crimes culposos, apenas esta finalidade não está direcionada ao cometimento do delito e é, portanto, irrelevante penalmente.

Nos crimes culposos, compara-se precisamente a direção finalista da ação realizada com a direção finalista exigida pelo Direito. O fim pretendido pelo agente geralmente é irrelevante, mas não os meios escolhidos ou a forma de sua utilização. Como exemplifica Cerezo Mir, ‘o homem que dirige um veículo e causa, de forma não dolosa, a morte de um pedestre, realiza uma ação finalista - dirigir um veículo. O fim da ação - ir a um lugar determinado - é jurídico-penalmente irrelevante. O meio escolhido - o automóvel - também o é, neste caso. No entanto, é jurídico-penalmente relevante a forma de utilização do meio se o motorista, por exemplo, o conduz em velocidade excessiva’³¹.

²⁸ SCHMIDT, E. apud BITENCOURT, op. cit., p. 186.

²⁹ WELZEL, H. apud BITENCOURT, op. cit., p. 186.

³⁰ Exemplo utilizado em WESSELS, op. cit., p. 21.

³¹ BITENCOURT, op. cit., p. 185.

Quanto aos crimes omissivos, afirmam Zaffaroni e Pierangeli³² que é final tanto a conduta que viola o tipo ativo quanto a que viola o tipo omissivo. A circunstância de que em uma delas o delito ocorra pela prática daquilo que é proibido e na outra o delito ocorra em comparação com aquilo que deveria ter sido feito em nada altera a estrutura das condutas proibidas.

Neste mesmo sentido é a posição de Juarez Cirino dos Santos, que rebate ambas as críticas apresentadas contra o finalismo:

A ação imprudente é definível como execução defeituosa de uma ação, ou como execução de uma ação defeituosa (a ação deveria ser realizada de modo diferente): o defeito da ação final reside no modo concreto de sua realização, lesivo do cuidado exigido ou do risco permitido em ações socialmente perigosas, porque o autor confia na evitação de consequências sociais indesejáveis, ou, simplesmente, não pensa nelas. A omissão de ação, ao contrário da ação dolosa (que não deveria ter sido realizada) ou da ação imprudente (que não deveria ser realizada daquele modo), deve ser pensada a partir do conceito de ação mandada, como acontecimento social construído pela finalidade de proteger bens jurídicos em situação de perigo: a inexecução da ação mandada por um sujeito capaz de agir para impedir o resultado e proteger o bem jurídico caracteriza a omissão de ação. Nesta perspectiva, a teoria final da ação permite compreender as ações dolosas como execução de ações proibidas, as ações imprudentes como execução defeituosa de ação (ou de ação defeituosa) e a omissão de ação como inexecução de ação mandada, dolosa ou imprudente³³.

No que tange às demais teorias, por outro lado, as críticas dos estudiosos finalistas são contundentes, e permitem que se fale em uma superação do finalismo em relação às teorias causal-naturalistas e à teoria social.

Quanto à teoria social, vê-se que o conceito de conduta humana não se deduz da relevância social, que, por si só, é insuficiente para integrar um conteúdo razoável do conceito de ação no Direito Penal. Conceitualmente o atributo da relevância social não integra a realidade da ação, sendo uma qualidade da ação atribuível por um juízo de valor próprio dos conceitos axiológicos que qualificam a ação como crime³⁴.

Por este motivo, alguns autores, como Ebert, afirmam a existência de apenas

³² ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 425.

³³ SANTOS, op. cit., p. 18-19.

³⁴ Ibid., p. 21.

dois sistemas de fato punível (crime): “o sistema causal e o final. Isto devido ao conceito social de ação não ter desenvolvido seu próprio sistema, utilizando, ora o causal e ora o final”³⁵.

Zaffaroni é ainda mais enérgico em suas críticas ao conceito social de ação, definindo este conceito como sendo estéril:

Não é possível extrair qualquer outra consequência desta teoria que - por nebulosa - se tem pretendido que sirva de base a todas as estruturas do delito. A exigência da ‘relevância social’ como lesividade social é inadmissível. Uma conduta é uma conduta, embora não seja socialmente lesiva. Por outra parte, a lesividade social da ação no plano pré-típico não pode ser outra coisa além de um juízo ético, o que em uma sociedade pluralista é extremamente difícil e, ademais, excessivamente perigoso. Implica um sociologismo demasiadamente apressado, cujas consequências são imprevisíveis³⁶.

Quanto às teorias causalistas, além das críticas já mencionadas nos parágrafos a ela dedicados, é criticada principalmente por tentar introduzir um conceito de conduta próprio do Direito Penal, mas que se divorcia da realidade. Os causalistas não negam que as condutas humanas possuem uma finalidade, mas desejam que esta finalidade seja analisada apenas no que tange à culpabilidade:

El causalismo desnaturaliza a la conducta. Muy pocas teorías jurídicas desnaturalizan un fenómeno como el causalismo. Aquí la gravedad del caso es mayor, porque si los causalistas reconocen que **toda conducta onticamente tiene una finalidad**, al suprimirsela en su consideración jurídico-penal, resulta que el derecho opera con una conducta que no es conducta³⁷.

1.3. A CONDUTA FINALISTA.

1.3.1. Aspectos da Conduta Finalista.

³⁵ EBERT apud SANTOS, op. cit. p. 20.

³⁶ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 427.

³⁷ ZAFFARONI, E. R. Síntesis de algunas implicaciones del concepto finalista de la conducta en la teoría general del delito. **Ministerio Público do Estado do Paraná**, Curitiba, vol. 06, 1976, p. 79.

Conduta é o comportamento humano voluntário conscientemente dirigido a **um fim**.

Por ser comportamento humano, estão excluídos desta categoria todos os **fatos naturais**, bem como os comportamentos animais e as ações de pessoas jurídicas. Além disso, este comportamento pressupõe um agir sobre o mundo (no caso de condutas ativas, comissivas) ou um deixar de agir (no caso de condutas omissivas). A mera deliberação interna, a cogitação e o planejamento intelectual da prática de um crime que não se materializa em um ato ou em uma omissão não constituem conduta. Aliás, esta não é uma visão exclusiva da dogmática penal, mas sim de toda a Ciência do Direito:

“As regras do direito existem para regular a conduta das pessoas, umas com relação às outras. Daí dizer-se que ao Direito não interessam os problemas intrasubjetivos, isto é, da pessoa para com ela mesma, a não ser na medida em que esse elemento interior e subjetivo corresponda a um comportamento exterior e objetivo”³⁸.

Cumprido, daí, ressaltar novamente os caracteres subjetivo e objetivo da conduta: a dimensão subjetiva ocorre na esfera intelectual, e engloba a antecipação do objetivo pretendido, a seleção dos meios de execução adequados para a consecução do fim e a consideração das conseqüências dos meios escolhidos para se chegar ao fim pretendido; a dimensão objetiva ocorre no mundo real, ou seja, é a manifestação exterior e objetiva das deliberações internas e subjetivas do agente.

Quanto à questão terminológica, “conduta” parece ser o termo mais adequado, porque abrange os conceitos de ação ou omissão. A utilização dos vocábulos “ato” ou “ação” é passível de dúvidas, uma vez que estas palavras são utilizadas normalmente em relação às condutas ativas, comissivas, e não abrangem a omissão.

Luiz Jiménez de Asúa, que dedica páginas de seu Tratado de Direito Penal à

³⁸ CARVALHO, P. de B. Direito Positivo e Ciência do Direito, *in* **Curso de Direito Tributário**, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 02.

matéria, discorda deste entendimento, afirmando que: “conducta... se refiere más bien al comportamiento, a uma actuación más continuada y sostenida que la del mero ‘ato psicológico’, que, como vemos, es el punto de partida para el juicio de reproche em que consiste la culpabilidad”³⁹. Tal entendimento, coerente com seu pensamento causalista, é convenientemente rechaçado por Zaffaroni, quando este afirma: “Não cremos que isto tenha fundamento, porque a consideração a respeito da extensão da atividade é determinada pelo tipo e não pela expressão que usamos no nível ôntico-ontológico”⁴⁰.

O conceito refere-se também à conduta voluntária, ou seja, sem vontade não há conduta. A vontade é entendida aí como um conceito ativo, isto é, como o querer que se materializa em uma ação, e não pode ser confundida com o simples desejo que apenas espera o resultado sem nada contribuir para que ele aconteça.

Esta vontade possui, ainda, um conteúdo, que é a finalidade. Neste ponto, doutrinadores de todas as correntes são acordes em afirmar que não existe vontade de nada ou vontade para nada, mas que toda vontade é vontade de algo. Este é um dos pontos capitais em que o finalismo se distancia das demais teorias, pois as teorias clássica e neo-clássica negam a estrutura ôntico-ontológica da conduta e dividem a vontade, colocando o seu conteúdo (finalidade) para ser apreciado apenas no juízo de culpabilidade.

Coloca-se, também, em relação à vontade, a questão de ser a vontade livre ou não, que para os finalistas, aí sim, é uma questão a ser resolvida no âmbito da culpabilidade. Nem sempre a vontade é livre. Um sujeito pode ser coagido de forma irresistível para que pratique um determinado ato, de modo que existirá vontade direcionada à realização deste ato, mas esta vontade não poderá ser chamada de livre.

Ultrapassado este ponto, cumpre ainda sintetizar brevemente a posição que

³⁹ ASUA, L. J. de. **Tratado de Derecho Penal**. 5ª ed. Buenos Aires: Losada, 1992, Tomo III: El delito, p. 330. Sobre a matéria, ver o ponto 1046 da referida obra, pp. 329-333.

⁴⁰ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 412.

ocupam na teoria geral do delito, de acordo com a teoria finalistas, os demais elementos que compõem o conceito analítico de crime. Para este intento, apela-se uma vez mais aos ensinamentos de Zaffaroni⁴¹:

1. Conduta, entendida como ação voluntária (final).
2. Tipicidade, entendida como proibição de conduta em forma dolosa ou culposa. O tipo é, portanto, misto: objetivo e subjetivo, sendo que o principal de seus elementos subjetivos é o dolo ou a culpa. Para que o fato seja típico, é necessário que haja congruência entre o tipo objetivo e o tipo subjetivo.
3. Antijuridicidade, entendida como contradição da conduta realizada com a ordem jurídica. É, portanto, um juízo que recai sobre a conduta.
4. Culpabilidade, entendida como reprovabilidade pessoal. O dolo não pertence à culpabilidade, mas o conhecimento da ilicitude pertence, assim como a imputabilidade. É, portanto, um juízo que recai sobre o agente.

1.3.2. Resultado e Nexos de Causalidade.

Outro ponto importante no que concerne à conduta finalista relaciona-se ao resultado desta conduta e ao nexos de causalidade. Muito já se discutiu, na doutrina, para saber se o resultado e o nexos causal fazem parte da conduta ou devem ser analisados em um momento posterior. A melhor teoria, no entanto, é a que sustenta que no nível de análise da conduta (pré-típico) não interessam o resultado e o nexos de causalidade, mesmo porque ambos os fenômenos acompanham a conduta mas não se confundem com ela. Além disso, é cediço que existem tipos de crimes em que o resultado não importa para que haja consumação (delitos formais e de mera conduta).

Neste ponto, faz-se necessária a distinção entre o nexos de causalidade e a

⁴¹ Alguns trechos deste resumo foram retirados de ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 399, e outros foram retirados de ZAFFARONI, op. cit.

previsão da causalidade: “A previsão da causalidade pertence à conduta, e dela não pode ser separada, porque sobre ela é armada a finalidade. A previsão aqui se refere a uma causalidade futura, imaginada pelo autor. Por sua vez, o nexo de causalidade é algo passado, histórico, que o juiz comprova depois do fato, no momento de julgar”⁴².

Por esta distinção, é possível perceber que o resultado e o nexo da conduta realmente não fazem parte da conduta, muito embora deva-se reconhecer que a toda ação efetivamente corresponde um resultado e que ambos estão unidos por um nexo de causalidade. A previsão da causalidade, por sua vez, está efetivamente incluída na conduta, e neste caso não pode haver separação, mesmo porque é sobre esta previsão que se assenta a finalidade da ação. É a esta previsão dos resultados que o próximo item é dedicado, dada a importância da matéria para o tema que aqui vem sendo tratado.

Não cabe, aqui, discorrer sobre as diversas teorias que procuram explicar a relação de causalidade. A simples menção das teorias mais importantes revela a complexidade da matéria, considerando o número de elaborações teóricas que se propõem a explicar o fenômeno da causalidade: teoria da equivalência ou da condição sine qua non, adotada pelo Direito brasileiro; teoria da causalidade adequada, teoria da causa eficiente, teoria da condição mais eficaz, teoria da causalidade jurídica, teoria da causa humana, teoria da imputação objetiva, etc.⁴³

1.3.3. Ausência de Conduta.

Foi mencionado em item anterior que uma das funções do conceito de conduta é a sua função limitadora, ou seja, a função de excluir imediatamente de

⁴² Ibid. p. 418.

⁴³ Quanto a este tema, pode-se recorrer aos manuais para uma visão panorâmica da matéria. As teorias aqui citadas foram extraídas de PRADO, L. R.; BITENCOURT, C. R. **Elementos de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 72-75. Para um aprofundamento na matéria, ver COSTA JUNIOR, op. cit.

qualquer juízo jurídico-penal todas aquelas situações ou comportamentos que não se encaixem em sua definição. Faz-se necessário, então, neste momento, expor aquelas situações em que os doutrinadores concordam que a conduta está ausente.

Primeiramente, existem os casos de coação física irresistível, em que os movimentos do indivíduo não são determinados pela sua própria disposição interior, mas sim por uma força física externa que age sobre ele. ‘Por força física irresistível devem-se entender aquelas hipóteses em que opera sobre o homem uma força de tal proporção que o faz intervir como uma mera massa mecânica’⁴⁴. É o caso, por exemplo, do indivíduo que é empurrado por uma força a qual não é capaz de resistir e vem a quebrar algum objeto valioso, causando assim um dano.

Não se pode confundir, por outro lado, a coação física com a coação moral. Como já mencionado, nos casos de coação moral subsiste a vontade do agente, muito embora esta vontade não seja livre. O agente comete, nestes casos, inegavelmente uma conduta, e o estado de coação em que se encontrava deverá ser analisado na culpabilidade.

Outro caso de ausência de conduta refere-se às situações em que o indivíduo está em estado de inconsciência. Para que haja vontade deve haver consciência (este ponto será melhor esclarecido adiante), e, portanto, não há que se falar em conduta voluntária quando o indivíduo está inconsciente. Entre os casos de inconsciência catalogados pela doutrina pode-se citar as crises epiléticas (em que os movimentos involuntários podem ferir alguém), desmaios (uma mãe pode desmaiar e cair sobre o seu bebê, matando-o) e delírios (durante os quais o sujeito pode preferir palavras injuriosas, por exemplo).

Existem casos de inconsciência em que doutrina se divide, ante a dúvida quanto ao verdadeiro estado das faculdades mentais do agente. São os casos, por exemplo, do sonambulismo e dos transe hipnóticos:

⁴⁴ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 433.

Há certos estados do sujeito - nem todos eles patológicos -, cuja natureza no campo da neurologia é muito discutível, estando submetida a intensa investigação. Tais são os casos do sonho fisiológico e do transe hipnótico. Ante a dúvida acerca da natureza destes estados, devemos concluir que o sonho e o transe hipnótico constituem casos de ausência de conduta. Cabe incluir neste rótulo também os episódios sonambúlicos.

Quanto aos narcóticos, produzirão uma incapacidade que terá de ser valorada em cada caso: se o sujeito foi privado de consciência por efeito do narcótico, não haverá conduta; se o narcótico apenas produziu nele uma perturbação da consciência, haverá uma incapacidade psíquica de tipicidade da conduta ou de culpabilidade⁴⁵.

Juarez Cirino dos Santos alerta, por outro lado, que a posição de Zaffaroni de, na dúvida, considerar estes casos como de ausência de conduta, não é a posição dominante, ao menos nos casos de hipnose: “A teoria dominante admite ação, porque o hipnotizado não pode realizar ações reprovadas pela censura pessoal, mas um segmento respeitável fala em não-ação”⁴⁶.

Existem casos, todavia, em que o indivíduo se coloca voluntariamente em um estado de inconsciência ou sob a ação de uma força física irresistível. Nestes casos, o indivíduo realiza uma conduta final (a de se colocar sob este estado). Para estas situações, o Direito Penal apresenta soluções, que podem levar o indivíduo a responder por crime doloso (se o agente coloca-se nestes estados com a finalidade prévia de delinquir - princípio da *actio libera in causa*) ou culposo (se o agente coloca-se neste estado por imprudência, negligência ou imperícia).

Inexiste conduta, também, ao menos para a teoria final da ação, quando tratarem-se de movimentos reflexos, involuntários: “movimentos reflexos desencadeados por estímulos sensoriais ou fisiológicos a partir do sistema nervoso periférico, em geral incorporados filogeneticamente como reações motoras de defesa ou autoproteção, sem o concurso da vontade consciente do autor, não constituem ação”⁴⁷.

⁴⁵ Ibid., p. 438.

⁴⁶ SANTOS, op. cit., p. 31.

⁴⁷ Ibid., p. 30.

Após esta exposição, resta, por fim, analisar a chamada antecipação biocibernética do resultado, que merece destaque neste ensaio, tendo em vista o diálogo que esta formulação procura travar com a biocibernética, que é uma das disciplinas fundamentais das ciências cognitivas.

1.3.4. A Conduta Biociberneticamente Antecipada.

Como visto, não se pode discordar de Zaffaroni e Pierangeli quando afirmam que “o direito em geral – e o direito penal em particular – limita-se a agregar um desvalor jurídico a certas condutas, mas em nada muda o ôntico da conduta”, ou seja, que o direito “tem que respeitar o ‘ser’ da conduta”. Explicam eles que o “ser” da conduta é a chamada “estrutura ôntica” e o conceito que se tem deste “ser” é o ontológico, e portanto, o conceito “ôntico-ontológico”, formulado primeiramente por Welzel, serve “para indicar que o conceito ontológico corresponde a um ‘ser’ entendido realisticamente”⁴⁸.

A hodierna doutrina do direito penal é predominantemente finalista, porque admite que toda conduta tem uma finalidade, e que esta finalidade não pode ser desprezada ou cindida da conduta para ser apreciada na culpabilidade, sob pena de ser desrespeitado o conceito ôntico-ontológico.

Dentro dessa concepção, na qual nos posicionamos, nega-se toda possibilidade de separar o fim da vontade. Resulta inquestionável que toda vontade se dirige a um fim, ou, por outras palavras, inexistente vontade e conduta sem uma finalidade. A vontade não é a singela ‘vontade de movimentar o corpo’, sem a ‘vontade de inervação’. A vontade manifesta-se em querer algo. Conseqüentemente, o que existe é a vontade de e a vontade para, pois resulta inconcebível a vontade de nada ou a vontade para nada. Sustentar o contrário implica em considerar a conduta em um nível físico e prescindir dos níveis psicológico e sociológico da complexização. O nível psicológico, que é impossível desligar da conduta sem que ela deixe de ser tal, é o que introduz o nexo de finalidade⁴⁹.

Esta negação da possibilidade de separação entre a vontade e finalidade

⁴⁸ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 408.

⁴⁹ PIERANGELI, op. cit., p. 319.

levaram Welzel a manifestar-se que “talvez tivesse sido preferível denominar a teoria finalista de uma consideração biociberneticamente antecipada”, afirmando que “a direção final de uma ação se faz em duas etapas: uma passa-se totalmente na esfera do pensamento e a outra no mundo real”, esta sempre precedida por aquela⁵⁰.

Recusando-se a falar em elementos da conduta, Zaffaroni e Pierangeli denominam estas etapas de “aspectos da conduta”, e procuram distinguir o aspecto interno do aspecto externo. Ao interno, pertenceria a proposição de um fim e a seleção dos meios para sua obtenção. Somente concluída esta etapa é que se passaria à exteriorização da conduta, consistente no desencadeamento da causalidade em direção à produção do resultado⁵¹.

Explicando biocibernética como o resultado da “combinação das disciplinas físicas com a biologia”, e revelando que esta ciência tem mostrado que “em toda conduta há uma programação, a partir de uma antecipação do resultado”, Zaffaroni e Pierangeli afirmam que, independentemente da denominação da ação final, “resulta pouco menos que indiscutível que esta é a estrutura ôntica da conduta, que de qualquer maneira deve ser respeitada pelo direito penal”⁵².

Quanto ao aspecto interno da conduta (proposição de um fim e seleção dos meios para sua obtenção), tem-se que o sujeito produz representações mentais, primeiro dos fins e depois dos meios dos quais se utilizará para chegar aos fins. Ou seja, primeiro o sujeito antecipa biociberneticamente (através de representações mentais) o resultado pretendido (fase 01); depois, através de novas representações, percorre mentalmente o trajeto que utilizará para chegar ao fim pretendido, escolhendo os meios de que poderá dispor (fase 02); e por fim, põe em prática aquilo que, em sua mente, havia antecipado através das representações (aspecto externo da conduta - fase 03).

⁵⁰ WELZEL, H. apud PIERANGELI, op. cit., p. 319.

⁵¹ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 415.

⁵² Ibid., p. 416.

Zaffaroni e Pierangeli representam graficamente este modelo de conduta através de uma linha tracejada (interna) que sai do sujeito chega até o fim proposto (fase 01), de outra linha tracejada que retorna do fim até o estado em que se encontra o sujeito (fase 02), e por fim uma linha contínua indo do sujeito ao fim (fase 03)⁵³.

A concepção de Welzel, pela qual a conduta, quando praticada no mundo real já foi precedida pela etapa na esfera do pensamento, ou seja pela antecipação biocibernética - com a proposição do fim que o autor quer realizar, a seleção dos meios para se atingir o fim proposto e a consideração dos efeitos concomitantes - é considerada por Pierangeli como equivalente à de Nicolai Hartmann quando este explica a diferença entre nexo causal e nexo final:

... no nexo causal, de uma causa sai um efeito; este, por sua vez, causa um novo efeito, e assim, se segue in infinitum... sem que com o nexo se realize um fim. No nexo final, contrariamente, se põe um fim, que pode estar bem além. No pensamento se localizam os meios que retrocedem a partir do fim, para culminar, realizando-os e com eles também o fim. O nexo final se constrói, dessa maneira, sobre o nexo causal ...⁵⁴.

São destas premissas que parte este estudo, para propor o diálogo entre elas e as novas ciências cognitivas, sobre as quais se passará a expor.

⁵³ Id.

⁵⁴ HARTMANN, N. apud PIERANGELI, op. cit., p. 319.

PARTE II - AS CIÊNCIAS COGNITIVAS⁵⁵.

2.1. INTRODUÇÃO HISTÓRICA.

2.1.1. Conceito e Origem.

O escopo deste trabalho é analisar a categoria da conduta humana sob o enfoque das ciências cognitivas. Convém, portanto, apresentar aos operadores jurídicos, a quem este trabalho se destina, os principais conceitos desta nova disciplina denominada de ciência(s) cognitiva(s), ao menos em suas linhas gerais. Este tópico será visto sem a preocupação de discorrer sobre todas as idéias centrais desta nova ciência da mente, mas apenas os conceitos mais pertinentes ao presente estudo.

Ciência Cognitiva é a alcunha genérica para um conjunto de esforços interdisciplinares⁵⁶ que visam compreender a mente e sua relação com o cérebro humano. Nas palavras de Howard Gardner, um dos maiores divulgadores da nova

⁵⁵ Esta parte do trabalho revelou-se de extrema dificuldade para ser desenvolvida, especialmente tendo em conta os objetivos específicos desta monografia. A ciência cognitiva é considerada por muitos não só uma disciplina, mas uma 'superdisciplina' que envolve uma enormidade de conceitos e áreas do conhecimento. A bibliografia, além de ter se tornado extremamente vasta nas últimas décadas, é essencialmente multidisciplinar, e pressupõe do leitor uma grande quantidade de conhecimentos prévios. Traduzir todos estes conceitos para uma linguagem acessível ao operador jurídico e resumir um campo de conhecimentos tão amplo nas poucas páginas deste ensaio fez com que se corresse o risco de simplificar demasiadamente algumas partes, atenuar diferenças significativas entre correntes rivais e omitir pontos relevantes. Espera-se, contudo, que os pontos fundamentais para o objetivo deste trabalho tenham sido abordados, ao menos de forma suficiente para iniciar um debate sobre as relações entre as ciências cognitivas e as ciências jurídicas.

⁵⁶ É devido à interdisciplinaridade, característica essencial dos novos estudos sobre a mente humana, que se procura falar em ciências cognitivas, no plural. Hoje em dia, existem filósofos, psicólogos, antropólogos, especialistas em eletrônica e outras áreas do saber trabalhando com a cognição humana através de diferentes abordagens. O que une estas abordagens sob a denominação genérica de "ciências cognitivas" é a filiação destes pesquisadores a determinados eixos centrais que norteiam os trabalhos, e que serão o objeto de estudo deste e dos próximos capítulos.

ciência, ela é:

um esforço contemporâneo, com fundamentação empírica, para responder questões epistemológicas de longa data - principalmente aquelas relativas à natureza do conhecimento, seus componentes, suas origens, seu desenvolvimento e seu emprego. Embora o termo ciência cognitiva seja às vezes ampliado, passando a incluir todas as formas de conhecimento - tanto animado como inanimado, tanto humano como não humano - aplico o termo sobretudo a esforços para explicar o conhecimento humano.⁵⁷

Suas origens remontam à primeira metade do Séc. XX, época em que, especialmente nos Estados Unidos, era paradigmática nas ciências psicológicas a corrente, de índole positivista, denominada de behaviorismo ou comportamentalismo.

O behaviorismo dominava as ciências psicológicas nos Estados Unidos desde a década de 1920. Seu objetivo era transformar a psicologia em 'verdadeira ciência', cujo objeto de estudo seria o comportamento observável, evitando analisar tópicos como pensamento, imaginação, desejos ou intenções. Buscavam, assim, a objetividade científica e se limitavam estritamente a métodos públicos de observação, que qualquer cientista pudesse aplicar e quantificar.

Um elemento importante nos postulados behavioristas é a crença no poder determinante do ambiente sobre a conduta dos indivíduos.

Ao invés de indivíduos que agem de certa maneira por causa de suas próprias idéias e intenções, ou porque seus aparatos cognitivos contêm determinadas tendências estruturadoras autônomas, os indivíduos eram vistos como refletidores passivos de várias forças e fatores de seu ambiente. Um elaborado aparato explicativo detalhando princípios de condicionamento e reforço foi construído, para explicar como exatamente esta aprendizagem e modelação de um comportamento específico poderia acontecer⁵⁸.

Pretendiam os behavioristas, assim, eliminar toda subjetividade da psicologia, dando à mesma uma dignidade de ciência natural, nos moldes do projeto científico positivista.

É a partir do final da década de 1940 que surgem as primeiras e veementes críticas ao Behaviorismo no panorama da Psicologia, vindas dos pesquisadores que

⁵⁷ GARDNER, H. *A Nova Ciência da Mente*, São Paulo: Edusp, 1996, p. 19-20.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 26-27.

hoje são considerados pioneiros das ciências cognitivas. Estes primeiros teóricos desafiaram os pressupostos behavioristas ao procurar demonstrar que uma teoria da atividade humana teria de dar conta de comportamentos complexamente organizados, como por exemplo a linguagem, e que essa organização do comportamento não era imposta de fora, mas emanava de dentro do organismo. Desafiavam, ainda, a concepção de que o sistema nervoso encontra-se em estado de inatividade a maior parte do tempo, só respondendo quando estimulado.

Nesta mesma época, especialmente a partir da década de 1950, são sintetizadas drogas que atuam nas chamadas patologias neurológicas superiores (psiquiátricas); lança-se a Teoria da Informação, logo exportada para muitos outros domínios; começam a ser construídos computadores capazes de exibir comportamento inteligente e unificam-se os esforços de engenheiros e médicos através da Cibernética para construir modelos artificiais e naturais de comportamento. Em todos estes fatos encontramos os embriões das ciências cognitivas.

Howard Gardner, em sua obra sobre a história da nova ciência, marca o seu início particularmente no Simpósio Hixon, realizado em 1948 no Instituto Tecnológico da Califórnia (CALTECH), em que foi apresentada a ruptura definitiva de um grupo de estudiosos com o pensamento comportamentalista:

O primeiro conferencista, o matemático John von Neumann, forjou uma comparação extraordinária entre o computador eletrônico e o cérebro. O conferencista seguinte, o matemático e neurofisiologista Warren McCulloch, utilizou um título provocativo ('Por que a Mente Está na Cabeça') para lançar uma ampla discussão sobre como o cérebro processa informação - como von Neumann, ele queria explorar alguns paralelos entre o sistema nervoso e 'máquinas lógicas' para tentar compreender porque nós percebemos o mundo da forma que o fazemos.

Menos enfadonho nas últimas inovações tecnológicas, porém mais versado nos problemas de explicar o comportamento humano, o palestrante seguinte, o psicólogo Karl Lashley, fez o discurso mais iconoclastico e memorável. Falando sobre 'O Problema da Ordem Serial no Comportamento', ele desafiou a doutrina (ou dogma) que dominara a análise psicológica nas últimas décadas e estabeleceu um programa de pesquisa totalmente novo. Nos termos da discussão, Lashley identificou alguns dos principais componentes

necessários para uma ciência cognitiva, ao mesmo tempo em que censurava aquelas forças que haviam impedido o seu surgimento antes daquele momento.⁵⁹

Uma contribuição importante para o desenvolvimento das ciências cognitivas foi dada em 1936 pelo matemático Alan Turing. Com efeito, Turing comprovou, através da idealização de uma máquina hipotética, que seria possível, ao menos em tese, a construção de máquinas que fossem capazes de “pensar”. Além desta comprovação, que ia ao encontro das intuições dos pioneiros das ciências cognitivas, a importância de Turing reside no fato de que os cientistas cognitivos passaram a utilizar (e muitos utilizam até hoje) a sua máquina como o modelo mais viável de funcionamento da mente humana.

A máquina podia, em tese, executar qualquer cálculo concebível, e é descrita com clareza pelo neurocientista Steven Pinker:

...máquina hipotética cujos símbolos de inputs e outputs pudessem corresponder, dependendo dos detalhes da máquina, a qualquer uma dentre numerosas interpretações sensatas. A máquina consiste em uma fita dividida em quadrados, um cabeçote que lê e escreve capaz de imprimir e ler um símbolo em um quadrado e de mover a fita em uma ou outra direção, um indicador capaz de apontar um número fixo de marcas traçadas na máquina e um conjunto de reflexos mecânicos. Cada reflexo é desencadeado pelo símbolo que está sendo lido e pela posição do indicador naquele momento e imprime um símbolo na fita, move a fita e/ou desloca o indicador. A máquina pode receber a quantidade de fita de que precisar. Esse modelo é denominado máquina de Turing.

O que essa máquina simples pode fazer? Ela pode receber símbolos que representam um número ou um conjunto de números e imprimir símbolos representando novos números, que são o valor correspondente para qualquer função matemática que possa ser resolvida por uma seqüência de operações passo a passo (...) A equivalência entre as máquinas de Turing, as funções matemáticas calculáveis, a lógica e a gramática levou o lógico Alonzo Church a conjecturar que qualquer receita ou conjunto de passos bem definidos que seguramente produza a solução de um problema em um período de tempo finito (ou seja, qualquer algoritmo) pode ser implementado em uma máquina de Turing.

O que isso significa? Significa que (...) na medida em que o pensamento consiste em aplicar qualquer conjunto de regras bem especificadas, pode-se construir uma máquina que, em

⁵⁹ Ibid., p. 25-26.

certo sentido, pense.⁶⁰

Foi sugerida a hipótese, a partir do que ficou provado pela máquina de Turing, que seria possível programar uma máquina de forma tal que seria impossível discriminar as suas respostas daquelas criadas por um ser humano vivo. Esta noção é o chamado ‘teste de Turing’: se um observador não é capaz de distinguir as respostas de um computador programado das de um ser humano, diz-se que a máquina passou no teste de Turing.

Os trabalhos de Turing mostravam a possível natureza computacional dos processos de pensamento. Nos anos 50, bastou que se construíssem os primeiros programas computacionais capazes de provar teoremas matemáticos para que a nova teoria geral da mente proposta pelos cientistas cognitivos ganhasse respaldo e começasse a se desenvolver.

Outra linha de pensamento fundamental para o desenvolvimento da ciência cognitiva foi a das redes neurais, apresentada primeiramente por McCulloch e Pitts, que mostraram que as operações de uma célula nervosa (os neurônios) e suas conexões com outras células nervosas (chamadas de redes neurais) podiam ser modeladas em termos de enunciados lógicos. Este modelo permitia enxergar a forma de ativação e impulso entre as células nervosas de um modo semelhante às relações entre proposições lógicas: assim, quando se está lidando tanto com lógica quanto com neurônios, a união da entidade A com a entidade B pode implicar em uma entidade C⁶¹.

“Turing mostrou a possibilidade de máquinas de grande potência e McCulloch e Pitts demonstraram que ao menos uma máquina - o cérebro humano - poderia ser pensada como operando segundo a lógica, e, portanto, operando como um

⁶⁰ PINKER, S. **Como a Mente Funciona**, 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 79. Na verdade, todas as obras de divulgação das ciências cognitivas apresentam uma descrição da máquina de Alan Turing, tendo em conta a contribuição essencial dada pela máquina ao modelo de mente cognitivista.

⁶¹ GARDNER, op. cit., p. 33.

computador poderoso”⁶².

Estes estudos abriram espaço para a chamada “teoria computacional da mente”, que vê os computadores (não os microcomputadores caseiros, mas as máquinas hipotéticas como as de Turing) como o modelo mais viável para explicar o funcionamento da mente:

A teoria computacional da mente não é a mesma coisa que a desprezada ‘metáfora do computador’. Como ressaltaram muitos críticos, os computadores são seriais, fazendo uma coisa por vez; os cérebros são paralelos, fazendo milhões de coisas de uma vez. Computadores são rápidos; cérebros são lentos. Os computadores possuem um número limitado de conexões; os cérebros possuem trilhões (...) O argumento não é que o cérebro é como os computadores vendidos nas lojas. Em vez disso, o argumento é que cérebros e computadores incorporam inteligência por algumas das mesmas razões.⁶³

É preciso citar, ainda, a influência da teoria da informação, segundo a qual a categoria “informação” pode ser concebida de uma forma totalmente divorciada de qualquer conteúdo ou assunto específico, simplesmente como uma decisão única entre duas alternativas igualmente plausíveis. Esta categoria seria medida através de unidades básicas, que envolvem uma única decisão do tipo “sim ou não”, ou “zero ou um”: o bit (binary digit).

O mérito desta teoria, ao conceituar informação independentemente de sua forma de veiculação ou conteúdo, foi o de possibilitar a descrição dos fenômenos mentais em termos de uma linguagem única, não importando se as informações recebidas referem-se à linguagem, a estímulos visuais, táteis, etc.

A combinação de todas estas contribuições levou as ciências cognitivas a um desenvolvimento extraordinário, mas também conduziu as pesquisas até o que os cognitivistas denominam de paradoxo computacional: a aplicação rigorosa dos métodos da teoria computacional acabou ajudando os cientistas a entenderem as maneiras nas quais os seres humanos não são parecidos com os computadores.

⁶² Ibid., p. 34.

⁶³ PINKER, op. cit., p. 37.

Isto não significa que nenhum processo cognitivo é do tipo computacional, já que alguns assemelham-se de fato ao computador. Equivale menos ainda a sustentar que processos cognitivos não possam ser modelados no computador (qualquer coisa que possa ser claramente planejada pode ser modelada desta forma), Equivale sim a afirmar que o tipo de visão sistemática, lógica e racional da cognição humana que permeava a literatura inicial da ciência cognitiva não é suficiente para descrever adequadamente grande parte do pensamento e comportamento humano.

Hoje, pode-se falar das ciências cognitivas como um dos campos de estudo mais promissores neste novo século. Desde os anos 70 quase todos os centros universitários norte-americanos cuidaram de instituir programas de pós-graduação em Ciência Cognitiva. Também na Inglaterra este desenvolvimento data desta época, tendo sido seguido na Europa continental, na década de 80.

A riqueza da possibilidade de estudo interdisciplinar, a ramificação com as ciências da complexidade e o crescente diálogo entre as ciências naturais e ciências da humanas, impulsionaram as ciências cognitivas com um dos grandes programas de estudo interdisciplinar sobre o comportamento humano e sobre as possibilidades de uma nova síntese do conhecimento.

2.1.2. Principais Postulados.

Pode-se dizer, em que pesem as divergências no seio da disciplina, que o pensamento cognitivista parte de duas premissas básicas: a primeira é a de que, ao discutirmos atividades cognitivas humanas, é necessário falar de representações mentais e criar um nível de análise separado dos níveis biológico e cultural; a segunda refere-se à crença de que o computador eletrônico é um elemento essencial para a compreensão da mente humana, ainda constituindo, embora adaptações sejam necessárias, o modelo mais viável de como a mente humana funciona.

De fato, o nível de representação é essencial para que sejam compreendidos

corretamente os postulados cognitivistas:

Quando trabalha neste nível, um cientista trafega por entidades representacionais tais como símbolos, regras, imagens - o material da representação que é encontrado entre o input e o output - e além disto investiga as formas nas quais estas entidades representacionais são combinadas, transformadas ou contrastadas umas com as outras. Este nível é necessário para explicar a variedade do comportamento, da ação e do pensamento humano⁶⁴

Um neurologista estuda o pensamento em termos de células nervosas, enquanto o antropólogo o estuda em termos de influências culturais. O cognitivista, por sua vez, deverá estudá-lo neste nível virtual, que é o das representações mentais.

Por outro lado, falar em um nível virtual não significa que não existe uma base física para os pensamentos. Ao contrário, um consenso entre os cognitivistas é o de que os processos mentais são em última análise representados no sistema nervoso central, ou seja, de que a mente possui um sítio cerebral, embora existam disputas quanto à relevância de se situar a mente no cérebro para o estudo da cognição.

Quanto à segunda característica, em que pese o paradoxo computacional, pode-se afirmar que o computador é um elemento de ligação entre os diversos estudos multidisciplinares cognitivistas, e que a Inteligência Artificial é considerada por muitos a disciplina central das ciências cognitivas.

No que tange aos aspectos metodológicos, o principal é a crença em estudos interdisciplinares (a mente deve ser estudada por especialistas que dominam, ainda que parcialmente, várias áreas do conhecimento) e multidisciplinares (a mente deve ser estudada por especialistas de diversas áreas).

Howard Gardner menciona, também, dois aspectos que uniam os cognitivistas, ao menos nos primórdios da nova ciência: o fato de considerarem que as

⁶⁴ GARDNER, op. cit., p. 53. Todos os aspectos que uniam os primeiros cognitivistas (nível de representação, teoria computacional, exclusão das emoções e do contexto cultural, raízes em problemas filosóficos clássicos e interdisciplinaridade) foram retirados desta obra, considerada por muitos a “biografia oficial” das ciências cognitivas, cf. DEL NERO, H. S. **Modelos de Conhecimento** – Ementa de curso de introdução às ciências cognitivas. Disponível em <<http://www.lsi.usp.br/~hdelnero/Articles.html>> Acesso em abril/maio de 2001.

raízes das neurociências encontram-se em problemas filosóficos clássicos; e a busca por não dar ênfase na emoção, na vontade, no contexto e na cultura em sua análise do pensamento, considerando-os como variáveis que dificultariam o estudo.

Com o tempo, várias das proposições originais dos fundadores das ciências cognitivas foram encontrando modelos rivais formulados pelos próprios cognitivistas. É o que aconteceu, por exemplo, com a decisão metodológica dos primeiros cognitivistas de não levar em conta as emoções e a vontade nos seus estudos sobre cognição.

Uma concepção aceita para a mente é a de que esta supõe três modalidades diversas de processos: o pensamento, a emoção e a vontade, ou seja, os modos de processamento cognitivo, afetivo e conativo. Ao enfatizar os processos de pensamento, a ciência cognitiva tomou apenas a terça parte da mente (as outras duas seriam a emoção e a vontade). Ocorre que o que foi pensado para ser um facilitador acabava inviabilizando os estudos, dado tratarem-se de dimensões indissociáveis da mente. Percebeu-se, ou a parte mais significativa dos estudiosos percebeu, que a emoção e a vontade exerciam papel fundamental no processo de aquisições cognitivas, e que sua exclusão só traria lacunas ao estudo.

Quanto ao papel da filosofia em fornecer as indagações mais pertinentes aos cognitivistas, verifica-se, também, a existência de uma série de disputas. Muitos afirmam que, uma vez que se tenha fornecido explicações computacionais do conhecimento, da compreensão, da representação e de coisas semelhantes, a necessidade de análise filosófica desaparecerá. Havendo uma explicação científica para os fenômenos estudados pela ciência cognitiva, não haveria necessidade de uma explicação filosófica.

A melhor posição, contudo, entre os cognitivistas, é a que vê a filosofia em uma posição dialética com a ciência cognitiva: a filosofia seria um auxiliar indispensável para os cientistas empíricos, enquanto a ciência cognitiva seria uma constante fonte de estímulo para a especulação filosófica. “A filosofia nos permite

definir questões científicas cognitivas fundamentais de uma forma coerente e assegura a integração apropriada de trabalhos em campos díspares. Mas, pela mesma razão, a filosofia deve sempre acompanhar as descobertas científicas, para evitar se transformar uma disciplina estéril, ou irrelevante para o trabalho científico.”⁶⁵

2.1.3. Abordagem Multidisciplinar da Mente Humana.

O escopo original das ciências cognitivas, como visto, é a representação e a modelagem do cérebro e da mente humana por meio de instrumentos matemáticos e ferramentas lógicas e computacionais, com o intuito de extrair desta abordagem diretrizes para entendimentos a respeito da mente e de suas variadas manifestações.

Embora os rumos venham sendo corrigidos pelos teóricos e pelos cientistas experimentais, através de modelos e representações mais complexas que ultrapassam os modelos computacionais disponíveis, é possível afirmar, sem dúvida, que a vocação (ao menos a vocação original) das ciências cognitivas é, de certa forma, reducionista. Contudo, a sua evolução e seu alargamento possibilitaram a admissão de novos termos em seu equacionamento primitivo, com a aceitação de objetos de investigação não-cerebrais e não-computacionais, mas a estes assemelhados.

A necessidade de interdisciplinaridade na pesquisa sobre mente, linguagem, processos cerebrais, patologias mentais, se solidificou. Médicos, biólogos, engenheiros, físicos, matemáticos, lingüistas, psicólogos participaram e participam ativamente dessa nova superdisciplina que, segundo os seus maiores divulgadores, reúne em torno de seu escopo primário as neurociências, a psicologia, a lingüística, a antropologia, a filosofia (particularmente a lógica, a teoria do conhecimento e a filosofia da ciência) e, imprimindo caráter inovador, a inteligência artificial (responsável pelos modelos artificiais de cérebro, mente e comportamento), cada uma contribuindo com um

⁶⁵ GARDNER, op. cit., p. 100.

determinado enfoque na busca comum de modelar a mente⁶⁶:

1. as neurociências, porque estudam o cérebro, órgão do processamento de pensamento em sistemas biológicos;
2. a psicologia, porque estuda a dinâmica de regras e símbolos mentais;
3. a lingüística, porque estuda os processos de geração, aprendizado e compreensão da linguagem (que é elemento característico e fundamental do ser humano);
4. a antropologia, porque estuda o fenômeno humano em seu surgimento num contexto e cultura determinados;
5. a filosofia, porque através da lógica e da teoria do conhecimento cuida do processo de geração de conhecimento e da consistência de teorias;
6. a inteligência artificial, porque estuda os processos artificiais, concretos ou abstratos de criação de máquinas pensantes.

Estas áreas não atuam de forma estanque, mas trabalham juntas, inter-relacionando seus conceitos e pesquisas e buscando pontos de intercessão. Isto ocorre porque nenhuma das áreas de pesquisa da nova ciência é factível de realização plena por apenas um profissional ou por um grupo deles de mesma formação.

Ademais, é grande, nos dias de hoje, a quantidade de modelos em disputa no seio nova disciplina. Cada um destes modelos exige o trabalho conjunto de profissionais de diversas áreas, dependendo da ênfase que é dada pela linha de pesquisa.⁶⁷

⁶⁶ Sobre as contribuições mais significativas para o desenvolvimento das ciências cognitivas, advindas de cada uma das áreas do conhecimento listadas, ver principalmente a obra citada de GARDNER, que dedica um capítulo específico a cada uma das disciplinas mencionadas.

⁶⁷ Sobre os modelos de funcionamento mental em disputa atualmente entre os cientistas cognitivos, ver DEL NERO, H. S. **Programa de Ciência Cognitiva** – versão para graduação ou workshop. Disponível em <<http://www.lsi.usp.br/~hdelnero/Articles.html>> Acesso em abril/maio de 2001.

2.2. O MODELO COGNITIVISTA DE MENTE HUMANA.

2.2.1 O Cérebro e a Mente.⁶⁸

Estudar a Teoria da Conduta à luz das ciências cognitivas envolve tratar de um dos mais complexos problemas do conhecimento: a mente humana. Além de trabalho para médicos ou biólogos, mente e cérebro constituem um dos binômios mais intrigantes e ricos da ciência, que interessam a praticamente todas as áreas científicas, e inclusive, como é o caso neste estudo, ao Direito.

A mente, assim como o cérebro, é extremamente complexa. A primeira detém uma gama variada de propriedades, desde à detecção e controle sobre o ambiente e sobre o corpo, até a operação intermediária geradora de representações, de memória, de pensamento, de vontade, de atenção e de juízos. O cérebro, por outro lado, rico de células especializadas - neurônios -, mantém conectividade extrema entre elas, através de meios de codificação que persistem, ainda hoje, inexplicados quanto à relação objeto/código.

No cérebro somente há sinais elétricos. Na mente somente há imagens que desfilam num palco de acesso privado ao sujeito. Entender a relação entre esses dois sistemas, duas facetas de um só coisa, é talvez a tarefa principal a que as ciências cognitivas se propõem. O homem não é só sinal elétrico, nem matéria viva, nem biografia, mas é a um só tempo sinal complexo, imagem complexa e sujeito complexo.

Cérebros são constituídos de bilhões de células nervosas (neurônios) e

⁶⁸ Este capítulo foi redigido tendo-se por base principalmente DEL NERO, H. S. **O Sítio da Mente**. A tentativa foi de apresentar os conceitos mais importantes quanto ao funcionamento do cérebro e formação da mente na forma mais simples possível. Para uma introdução mais elaborada destes conceitos, ver DAMÁSIO, A. **O Mistério da Consciência: do corpo e das emoções ao conhecimento de si**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, especialmente o Apêndice – notas sobre mente e cérebro, pp. 401-424. Para um aprofundamento na matéria, recomendam-se os manuais de neuroanatomia e neurofisiologia, dentre os quais pode-se citar DEGROOT, Jack. **Neuroanatomia**, 21^a ed., Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1994.

trilhões de conexões (sinapses) entre elas. Embora em grande parte do reino animal já se encontrem sistemas nervosos, o acréscimo de células nervosas, e o conseqüente acréscimo de conexões entre estas células, é capaz de gerar saltos qualitativos no comportamento do sistema. Para exemplificar estes saltos, Henrique Del Nero se utiliza da metáfora da água fervendo: um grau a mais é capaz de fazê-la evaporar. A transição da água líquida para vapor é semelhante ao que ocorreu ao se acrescentar neurônios a um cérebro. Quando se chegou a uma certa quantidade deles, surgiu o que se denomina de mente⁶⁹.

Nos organismos mais simples os sistemas nervosos são pré-programados geneticamente para que a cada situação corresponda uma única reação, que pode ser de fugir ou lutar. No ser humano, as ações diante do perigo são as mais diversas, e não há que se falar em pré-programação genética quando se trata de comportamentos complexos, pois estes dependem de complicadas operações de intermediação entre os sentidos e a motricidade. Quando estas operações de intermediação apresentam maior complexidade, as decisões deixam o mero nível cerebral e passam a ser tomadas em nível mental: surge o processamento mental como um tipo especial de processamento cerebral.

A informação que chega aos neurônios não é feita de imagens, palavras ou emoções, muito embora sejam estes os conteúdos que o ser humano vivencia em sua mente consciente. No cérebro, toda a informação é codificada sob a forma de correntes elétricas, que variam de local, tamanho e forma.

A partir destes conceitos mínimos sobre cérebro, neurônios, sinapses e potenciais de ação pode-se começar a conceber o surgimento da mente humana. Cérebros e neurônios são estruturas comuns a todos os animais superiores, mas, na história da evolução, somente o homem desenvolveu uma mente, através do desenvolvimento das áreas chamadas corticais do cérebro (córtex e neo-córtex), e

⁶⁹ DEL NERO, *O Sítio da Mente*, p. 33.

através do salto qualitativo proporcionado pelos bilhões de novas conexões neuronais a nível cortical.

Deste enfoque cerebral da mente, tão ressaltado pelos cognitivistas e esquecido por muitos dos que pretenderam estudá-la anteriormente, pode-se deduzir claramente que, muito embora a mente, em si, não seja uma entidade física, mas sim virtual, ela possui, inegavelmente, uma base física, que é o cérebro, e alterações nesta base física produzem também alterações mentais. As conseqüências de situar a mente no cérebro para este estudo da conduta humana serão abordadas oportunamente.

A mente é o que possibilita a tomada de decisões novas em situações novas complexas, e esta é uma peculiaridade, no que tange ao processamento de informações no cérebro: enquanto problemas claros, e previamente conhecidos, tendem a ter departamentos rígidos para sua solução (ou seja, departamentos cerebrais), problemas novos tendem a requerer improvisação, inteligência e hesitação. A mente lida basicamente com situações novas e que exigem aprendizado. Em lugar de dar respostas rápidas e precisas, baseadas na lógica digital do sim ou não, tende a avaliar cenários complexos em que a dinâmica analógica do talvez espelha melhor seu parecer.

O neurônio está habilitado a dar respostas simples, que envolvem duas possibilidades (sim ou não). Assim, para certos fins, existem departamentos concretos, com localização definida no cérebro, processando rotinas previamente conhecidas. Para problemas complexos, ocorre uma reorganização de departamentos concretos do cérebro formando departamentos virtuais (mentais) que podem usar o talvez como resposta.

Não é possível, portanto, procurar a mente em regiões específicas do cérebro, uma vez que sua lógica de aparecimento está calcada no recrutamento dinâmico de unidades que processam o “talvez” em departamentos virtuais. Virtual, aqui, é bom que se ressalte, não quer dizer imaterial (tendo em vista o sítio cerebral da mente), mas significa um processo dinâmico, de associações que se processam de acordo com a necessidade, e não necessariamente em local ou com determinados neurônios

específicos. É preciso cautela, assim, com afirmações de que esta ou aquela função mental está localizada num ou noutro ponto do cérebro. A inteligência, principal atributo da mente humana, é construção contínua de rotas neuronais em locais em que não há caminho único e imutável.

Desta forma, tem-se os neurônios, que se ligam a outros neurônios através de conexões denominadas de sinapses, e que transmitem informações através de cargas elétricas. Para tarefas simples e rotineiras, são utilizadas somente conexões cerebrais. Para tarefas complexas, surgem as funções mentais, através de novos arranjos e conexões entre as células, e através da modulação das cargas elétricas enviadas pelos neurônios. Departamentos virtuais do cérebro, chamados a desempenharem funções mentais podem trabalhar juntos formando sistemas, que aumentam a complexidade e a eficiência do sistema.

Estes conceitos, explicados da forma mais simples possível aqui, mas estudados minuciosamente pelos neurocientistas, esclarecem a base física, onde se assentam a mente e todas as suas funções. Em uma análise bastante simplificada do processo, pode-se dizer que todas as atividades cerebrais, mentais, sensitivas e motoras dos seres humanos passam por estes mesmos conceitos, de informações recebidas, transmitidas e processadas por neurônios.

Com as condutas (ações motoras) humanas ocorre da mesma forma. Porém, o que interessa especificamente, para os fins deste texto, não é esta atividade a nível cerebral, mas sim estabelecer, de acordo com as descobertas recentes das ciências cognitivas, o que ocorre precisamente a nível mental quando um sujeito está praticando uma determinada conduta. Para tanto, uma vez descrito o sítio cerebral da mente, o próximo passo é analisar o modelo cognitivista de funcionamento da mente humana, para então, a partir deste modelo, tentar chegar a um modelo de conduta aplicável ao Direito Penal.

2.2.2. A Mente: Forma de Funcionamento e Conteúdo.

A mente pode ser vista de diferentes maneiras: em relação ao seu conteúdo, ela é semelhante ao mundo exterior; em relação ao seu processo de funcionamento, é totalmente estranha a este mundo exterior, uma vez que sua aparência e seu conteúdo resultam de um processo de codificação que está por trás dela e do qual participam o cérebro e seus códigos.

Quanto ao seu processo de funcionamento, na verdade, não há que se falar em um modelo de mente das ciências cognitivas, mas sim em modelos de mentes, que divergem em alguns aspectos e que, embora de difícil conceituação entre os leigos na nova ciência, podem apresentar diferenças significativas quando se trata de descrever o que acontece na mente no que tange às condutas humanas.

Como já salientado na introdução histórica, as ciências cognitivas surgiram como uma reação ao conceito behaviorista de mente. Em seu lugar, os primeiros cientistas cognitivos propuseram, inicialmente, a doutrina segundo a qual a mente é um aparato processador de informação e que basicamente manipula símbolos ou representações por meio de regras lógico-computacionais. Grande parte do sucesso dessa primeira grande guinada para os modelos computacionais da mente deveu-se ao aparecimento de programas de computador capazes de provar teoremas matemáticos. A mente seria, então, nessa chamada inteligência artificial simbólica (IAS), o resultado da operação computacional por meio de regras e de símbolos mentais, devidamente traduzidos em algoritmos (regras ou conjunto de regras lógicas).

Por intermédio das leis lógicas poder-se-ia construir programas que simulassem as leis mentais. A mente, nessa visão, seria um programa (software) e o cérebro um meio físico (hardware) não-exclusivo, daí poder-se replicar o processo em outros meios físicos, ou seja, nos computadores.

Essa versão simbólica da inteligência artificial cedeu lugar - embora continue em franca atividade, modelando principalmente processos lingüísticos - a uma classe rival de modelos, chamados redes neurais ou inteligência artificial conexionista (IAC). Nelas não há divisão de nível entre o programa e o meio físico, e a possibilidade de

aprendizado é mais consistente com o que o ser humano realiza na sua constante exposição a exemplos, a partir dos quais retira suas generalizações.

Recentemente outros modelos invadiram a cena da modelagem da mente e do cérebro sob o rótulo de ciência cognitiva. Entre eles cabe citar o uso de sistemas dinâmicos não-lineares, que podem exibir bifurcações e caos, sistemas quânticos, que supõem haver base quântica - e não base em proposições lógicas (algorítmica) - na consciência, e também as idéias de vida artificial, com a construção de robôs que aprendam interagindo com os outros e com o meio ambiente.

Os dois modelos principais, contudo, são ainda os da Inteligência Artificial Simbólica, ou tradicional (IAS) e o da Inteligência Artificial Conexionista (IAC). A idéia que permeia ambos os modelos, ao aceitarem a forte noção de símbolos, entidades, e ao advogarem a tese de um nível de representação (embora não concordem com a forma com que essas representações são processadas), é a idéia de irreduzibilidade ao cerebral (embora reconheçam o cérebro como o *locus* da mente)⁷⁰.

Ambos os modelos são objeto de críticas por parte de autores de outras disciplinas e mesmo de cientistas cognitivos. As críticas, contudo, dão apenas uma noção do estágio atual do problema: em verdade, toda teoria quanto ao processamento mental ainda pode ser chamada de “simplista”, pois ainda não se chegou a uma compreensão tal da mente humana que tornasse possível a construção de um modelo sem lacunas, e, embora a construção deste modelo seja um dos escopos primordiais das ciências cognitivas, existem inúmeros pesquisadores que advogam a tese de que isto é impossível de ocorrer. Esta provisoriedade, por outro lado, não retira o valor dos inúmeros *insights* já proporcionados pelo desenvolvimento da ciência cognitiva, e são estes *insights* que merecem análise, também dos operadores jurídicos, no momento de

⁷⁰ Para uma descrição detalhada dos dois principais modelos de funcionamento mental, além de uma abordagem crítica destes modelos e a proposta de uma visão alternativa, ver DEL NERO, **O Sítio da Mente**, especialmente o capítulo 11. Ciência Cognitiva e a Nova Mente.

formularem seus conceitos.⁷¹

Quanto à mente em relação ao seu processamento, importa mencionar, ainda, a questão dos limites. Quando a mente pergunta pelos seus limites, a resposta não está no seu conteúdo, ou seja, na sua aparência, mas sim no cérebro, e na história que garante uniformidade àquilo que os códigos têm de dinâmico e arbitrário. Esta mente limitada pelo cérebro é um dos conceitos fundamentais das ciências cognitivas, e o seu correto entendimento é um dos elementos que possibilita a revisão de alguns conceitos usuais do Direito Penal, como a distinção entre ato voluntário e involuntário.

Por outro lado, no que se refere ao seu conteúdo, a mente pode ser vista como um palco, onde se desenvolvem as diversas funções mentais. Este palco pode também ser chamado de consciência, e engloba todas as informações (representações) conscientes e todas aquelas passíveis de se tornarem conscientes. Dentre as várias funções mentais pode-se distinguir: atenção, percepção, memória, vontade, pensamento, afetos ou emoções, personalidade, motricidade, linguagem, juízo e sonhos.

É a combinação das diversas funções mentais que caracteriza o conteúdo mental. Neste sentido, pode-se citar Henrique S. Del Nero, que propõe, simplificada, um esquema quanto ao arranjo das funções na mente:

A consciência serve de palco; o pensamento, a emoção e a vontade, de protagonistas principais; a memória, a linguagem, a percepção e a motricidade (ação motora), de modos de encenação e transmissão de conteúdos. O juízo, a personalidade e o sonho entram em cena quando se agrega um sistema de normas de convívio social, situação em que o sistema deve assumir um valor, uma roupagem e finalmente uma recombinação quase-aleatória (sonho), que serve de ensaio para encenações futuras ou de pesadelo pelos fracassos passados. A atenção não passa de consciência iluminada, facho de luz que ilumina o palco

⁷¹ Aliás, esta precariedade do estágio atual das neurociências, em que muito do que hoje é aceito pode amanhã ser derrubado por novas descobertas, está longe de tirar o valor de uma abordagem multidisciplinar da conduta humana. Ao contrário, é justamente a provisoriade da ciência que faz com que seja ainda mais necessário à ciência jurídica estar acompanhando as descobertas científicas, para não correr o risco de fundar suas definições em conceitos ultrapassados ou divorciados da realidade. É para este estreitamento dos laços que unem o Direito às demais ciências que este trabalho pretende, de alguma forma, contribuir.

mental.⁷²

O conteúdo da mente (a consciência) surge, como já foi visto, de um estilo cerebral de processamento (que vai além do estilo meramente cerebral, ou seja, surge de um estilo de processamento mental), e relacionar desta forma mente e consciência significa que todas as funções mentais são, ou podem vir a ser, em última análise, departamentos da consciência (inclusive a vontade e a motricidade, que são as que mais interessam no presente texto)⁷³.

Esclarecidos estes pontos, cumpre, agora, adentrar ao estudo da consciência e das representações, contribuição fundamental das ciências cognitivas, e elementos primordiais para que sejam compreendidos os aspectos subjetivos da conduta em sua natureza ôntico-ontológica.

2.2.3. A Consciência e as Representações Mentais.⁷⁴

Inúmeros conceitos já foram utilizados para se definir o que se entende por "consciência". Henrique S. Del Nero apresenta algumas das definições anteriormente tentadas:

...dado imediato, conhecimento puro, sentido interno, fonte inequívoca de certeza, tela dos sentidos, pano de fundo do fluxo fenomenal, elemento constituidor de toda percepção possível, estado vígil, "aquilo que experimentamos quando acordados e sem o efeito de drogas", "aquilo que percebemos em nós mesmos quando nos representamos algo sem que o mundo externo acenda a estes conteúdos", interioridade, subjetividade, "em-si", responsabilidade, possibilidade de exame de condições hipotéticas, moral, liberdade de ação e de representação, conhecimento, auto-reconhecimento, consciência-de-si e dos outros, consciência da própria consciência, termo indefinido que se confunde com a própria noção de conhecimento, sede daquilo que é "intencional" (não no sentido da vontade mas daquelas proposições que expressem conteúdos, ou os visam - aboutness), sede do amor,

⁷² DEL NERO, **O Sítio da Mente**, p. 123.

⁷³ Sobre as descrições e o conteúdo de cada uma das funções mentais, ver DEL NERO, **O Sítio da Mente**, capítulos 9-10 e 17-23.

⁷⁴ Este tópico é uma tentativa de síntese dos conceitos mais relevantes contidos em DEL NERO, H. S. **O Mental como Consciência**, e DEL NERO, H. S. **O Mental como Representação**, disponíveis em <<http://www.lsi.usp.br/~hdelnero/Teses.html>> Acesso em abril/maio de 2001. Ver, também, quanto a este ponto, DAMÁSIO, op. cit.

do humor e da linguagem; aquilo que percebemos em nós mesmos quando respondemos a alguém; representação imagética e sentencial de si e dos objetos do mundo. Enquanto representação: capacidade de auto-percepção e de percepção externa (a introspecção é uma percepção interna e o corpo um objeto espacial sobre o qual se debruça), etc.⁷⁵

Na verdade, o tema da consciência, embora vital, não encontrou nesses séculos de história do pensamento e da ciência uma solução satisfatória.

Quaisquer definições do que é mente ou consciência necessitam da inserção de determinadas propriedades que vão além de uma mera ciência cerebral. A mente e a consciência são definidas através de um vocabulário que as distanciam do cérebro que as implementa, muito embora este implemento seja largamente reconhecido. Falar que a consciência se constitui em manipulações de símbolos, representações, intencionalidade ou outras tantas definições significa distanciar-se da neurologia, porque as funções mentais, em que pese em última análise serem executadas por neurônios, não podem ser reduzidas às partes que as compõem:

Pergunte-se acerca de um neurônio. Tem consciência? Não há sentido na pergunta, como não há sentido perguntar se uma molécula de água é líquida ou gasosa. No limite, há propriedades coletivas que não se confundem nem de leve com a soma de seus componentes. O "espírito de equipe" de um determinado time não é uma propriedade de nenhum de seus jogadores, nem é um elemento a mais no mundo físico.⁷⁶

A utilização da consciência é um atributo eminentemente humano, que vai além, portanto, do mero sistema de processamento cerebral encontrado nos animais superiores. Mas nem todas as ações motoras humanas são mediadas pela consciência: somente nas ações complexas, ambíguas e conflitantes, que envolvem um processo decisório não trivial para o indivíduo é que se faz presente a consciência. Nestes casos, a ação é mediada pela linguagem, pela memória e pela submersão em um determinado ambiente com contingências de reforço e gratificação.

Sistemas nervosos primitivos são capazes de manipular informação no modo reflexo: são aquilo que se chama de pré-programados. À medida que a necessidade de

⁷⁵ DEL NERO, **O Mental como Consciência**, sem numeração de página.

⁷⁶ Id.

tomar decisões complexas vai se instalando, cada vez mais os sistemas nervosos necessitam de elos de integração entre a recepção das informações perceptivas e seu posterior encaminhamento através da ação motora. Nos seres humanos, este elo, que não era levado em consideração pelos behavioristas, é a consciência.

Vê-se, assim, que as ações humanas, quando triviais, não necessitam de consciência, mas somente as ações que envolvem decisões ambíguas e conflitantes.

Chegam à consciência redefinições de ações possíveis, que devem ser confirmadas ou abortadas. Estas ações possíveis já emergem à consciência devidamente formatadas pela linguagem e pela memória. O que emerge na consciência, então, são as ações pendentes valoradas e traduzidas linguisticamente. A consciência terá a função de valorar, inibindo ou ratificando, estas ações. Essa é a chamada “consciência-função”. A consciência, então, não cria a ação que será executada: o que ela faz é ratificar ou inibir ações consideradas possíveis dentro do modo cerebral de processamento e que são levadas ao nível mental para dirimir contradições.

Henrique S. Del Nero propõe a tese, ainda, de que para além da consciência individual existe uma consciência pública, cultural:

As situações ambíguas no plano da consciência individual poderiam ser novos elementos que se apresentam à consciência pública para que se tente dirimir dúvidas, ratificando ou abortando planos. Essa seria uma esfera de ação e retroação do indivíduo situado numa cultura e interagindo mentalmente com o semelhante, bem como com os objetos culturais.

A complexidade e a multiplicidade de cenários geraram múltiplas soluções; porém, muitas vezes essas soluções não são estáveis ou podem até não existir (ou numa linguagem já vista, pode ser incompleto o sistema formal que as descreve, gerando no caso proposições indecidíveis). Nesse caso recorre-se, com a finalidade de estabilizar o sistema, ao plano superior: do cerebral ao consciente, deste para o coletivo⁷⁷.

É possível distinguir, assim, quatro aspectos relevantes à consciência. A **função** da consciência é dirimir impasses decisórios advindas do plano cerebral de manipulação de informação. A valoração das ações e seu cotejamento em termos de um

⁷⁷ DEL NERO, *O Sítio da Mente*, p. 393.

sistema de regras supraindividuais, base da moral e da sociedade, requer esse tipo de processamento. As **formas** da consciência são basicamente as classes de eventos rotuláveis como funções mentais: pensamento, emoção, vontade, motricidade, juízo, memória, linguagem, percepção, atenção, personalidade e sonhos. Os **conteúdos** da consciência são os objetos, mediados pela linguagem e pela memória, que povoam cada uma das formas da consciência - um determinado pensamento, uma determinada percepção, etc. A **vivência** consciente, por fim, está relacionada à forma de processamento mental, e diz respeito à vivência do "eu" pelo indivíduo e à sensação de liberdade para agir (livre-arbítrio), surgindo da sincronização entre ações e percepções presumidas e suas redefinições valoradas na consciência.⁷⁸

Existe ainda outra distinção importante no que tange à consciência, sendo preciso dividi-la em duas ocorrências diversas: a primeira diz respeito ao modo como o cérebro produz o fenômeno da consciência; a segunda, como o indivíduo experimenta a sensação de estar consciente de algo.

A ciência cognitiva, como já mencionado, apresenta uma hipótese viável para o modo como se dá o surgimento da consciência: populações de neurônios reunidos em pequenos grupos são responsáveis por processar informações (objetos, cenas, idéias, sensações, etc., ou parcelas destas mesmas entidades). Fazem-no, gerando corrente elétrica que se comunica a outros neurônios ou grupos de neurônios. Em certas situações, diferentes assembléias de neurônios, representando cada uma das partes de um objeto (ou uma idéia ou qualquer outro tipo de informação), entram em sincronismo, e o conjunto destas informações sincronizadas é projetado continuamente no palco da consciência, ou seja, na mente.

Quanto ao problema da vivência de consciência pelo sujeito, nenhuma hipótese parece prevalecer. Credita-se o fenômeno da auto-consciência a um salto

⁷⁸ A este respeito, ver principalmente DEL NERO, **O Sítio da Mente**, em especial o Capítulo 23 – Consciência: Conteúdo, Vivência e Função, p. 387.

evolutivo, em que os sistemas neuronais foram capazes de se sincronizarem de uma forma tão complexa a ponto de possibilitarem o aparecimento da auto-inspeção ou consciência subjetiva.

Uma das características essenciais da consciência, e que também constitui, como já visto, um dos postulados básicos das ciências cognitivas, é a de que, nela, não é o mundo objetivo que se apresenta, mas este mundo é visto de um nível diferente, ou seja, o nível de representação.

Definem-se objetos de representação como “padrões de oscilações de populações neuronais”⁷⁹. Representação, por sua vez, em nível mental, significa a relação de mapeamento e interpretação de um conjunto de objetos em outro, através de relações de intencionalidade⁸⁰.

Nós, enquanto sujeitos da experiência, não experimentamos frequência de disparo ou variações ondulatórias. Experimentamos sensações visuais, imagens, sons, cores, etc. Nada conhecemos acerca da linguagem dos ‘referentes neuronais’ e ainda assim temos uma linguagem própria, um sistema de interpretação daquilo que se nos apresenta no campo fenomenal da ‘consciência’.⁸¹

Sabe-se que aquilo que se apresenta na consciência não é o objeto, tal como se apresenta no mundo físico, mas uma imagem do objeto. Sabe-se, ainda, que a sensação visual, bem como todas as outras, passam por uma série de estágios na cadeia das aferências nervosas antes de brotar na consciência. Existem áreas cerebrais que analisam a imagem do objeto imediato, enquanto outras áreas processam a imagem dentro de contextos anteriores, de vivências passadas. Isto tudo se passa antes da imagem do objeto tornar-se consciente.

Representação pode ser entendida como imagem de algo, como “símile”. Há portanto um sentido comum, qual seja, o de “imagem do mundo”. Desta forma, o real, do qual a representação é uma cópia mais ou menos bem feita, é acessível à

⁷⁹ DEL NERO, **O Mental como Representação**, sem numeração de página.

⁸⁰ Id.

⁸¹ Id.

consciência somente através das representações.

O fato de que a representação chega à consciência após uma série de estágios exclusivamente cerebrais demonstra que aquilo que se apresenta no campo da consciência é uma reinterpretação de uma representação que, por sua vez, é também interpretação do dado sensorial à luz das informações prévias do indivíduo.

A integração entre os dados sensoriais e a ação motora que estes dados sensoriais desencadearão, quando se trata de ações complexas, voluntárias, que são as condutas humanas relevantes para o Direito Penal, passa necessariamente por este nível de representação. É impossível explicar comportamento, portanto, sem alusão a este nível representacional intermediário. A ordem da causalidade mecânica do behaviorismo e o corte realizado pelas teorias causal-naturalistas, que negam a importância e o papel ativo do nível mental-intermediário, lugar da finalidade e da intencionalidade, precisam ser substituídas pela causalidade intencional das representações mentais. Esse seguramente é o paradigma das ciências cognitivas como reação à falência do behaviorismo, e da teoria final em relação às demais teorias da conduta.

A noção de representação está atada às noções de intencionalidade e de interpretação. Neste sentido, Henrique S. Del Nero fornece alguns exemplos, dos quais é importante, para esclarecer a questão, que ao menos um seja citado:

Suponha-se que Paulo matou seu cavalo e quero entender o porquê. Eu creio que Paulo cria que seu cavalo estava com a pata quebrada. Ambos, eu e Paulo, cremos que cavalos com patas quebradas devem ser sacrificados. Logo, Paulo cria que seu cavalo estava com a pata quebrada e portanto o matou.

No exemplo citado acima são os conteúdos das representações que explicam o comportamento, não tendo sentido tentar uma redução via identidade ou via implicação, do tipo "se um cavalo é morto é porque tem a perna quebrada, ou porque alguém quer evitar sua dor futura". Pode-se sempre imaginar que o cavalo está com a perna quebrada porque caiu, derrubando o filho de Paulo, e este então mata o cavalo simplesmente por raiva.⁸²

Percebe-se, assim, que a busca por qualquer relação necessária e suficiente que explique a relação entre os elementos presentes (no caso: Paulo, cavalo, raiva, etc.) é insuficiente se foram levados em conta apenas os parâmetros comportamentais externos e os estados físicos internos. A representação é portanto intermediária entre o estímulo e a resposta. É sob certo aspecto o mental por excelência⁸³.

Esta ênfase no aspecto representacional da mente demonstra ainda que, se a mente é capaz de criar representações a partir da infinidade de outras representações (conteúdos) da consciência, então ela não é apenas um elemento no processo de mediação entre estímulos e respostas, mas também é um gerador de representações que são capazes de determinar condutas: determina comportamentos antes de ser por eles determinada.

De posse destes conceitos, é possível agora tentar esboçar as relações que se pretendem demonstrar com este estudo, isto é, iniciar um esboço de uma abordagem da teoria da conduta à luz das ciências cognitivas. Serão analisados os aspectos essenciais da conduta finalista (consciência, voluntariedade, finalidade, etc.), com a busca de, de um lado, explicitar os pontos em que as ciências cognitivas corroboram a teoria finalista; de outro, explicitar os pontos em que se faz necessária uma abordagem posterior, mais profunda, tendo em vista eventuais divergências teóricas que podem contribuir para avanços na formulação teórica de conduta (e ausência de conduta) em Direito Penal.

⁸³ O “mental por excelência” é uma expressão de DEL NERO, que se aplica também à consciência. Daí porque as obras **O Mental como Consciência** e **O Mental como Representação**, que visam analisar justamente aspectos “por excelência” da mente humana.

PARTE III - A TEORIA DA CONDUTA À LUZ DAS CIÊNCIAS COGNITIVAS

3.1. ASPECTO OBJETIVO DA CONDUTA HUMANA.

3.1.1. A Ação Motora.

Conduta, como visto, é, para o finalismo, o comportamento humano voluntário conscientemente dirigido a um fim. A sua dimensão subjetiva ocorre na esfera intelectual, e diz respeito à antecipação dos objetivos pretendidos, a escolha dos meios de execução adequados e a consideração das conseqüências dos meios escolhidos. Envolve, como o próprio conceito demonstra, as noções de vontade, consciência e finalidade, bem como o conceito de intencionalidade, que, conforme o tópico precedente, está intimamente relacionado com as representações e, portanto, com toda a vida mental e suas funções.

A dimensão objetiva, por sua vez, é o único aspecto que ocorre no mundo real, externo ao sujeito da ação, ou seja, é a manifestação exterior e objetiva das deliberações internas e subjetivas do agente. Esta dimensão objetiva da conduta⁸⁴ é a ação corporal do indivíduo, a ação motora que provoca modificações, mesmo que às vezes praticamente imperceptíveis, no mundo exterior.

Nesta parte do trabalho, optou-se por separar os diversos aspectos da conduta para fins de análise e correlação com as ciências cognitivas. Optou-se por abordar, primeiramente, este aspecto objetivo da conduta, que corresponde à função mental da motricidade para os cognitivistas, por tratar-se do elemento mais simples tanto para a teoria da conduta quanto para as ciências cognitivas, dada a sua característica de ser

⁸⁴ Estão excluídas, neste tópico específico, para fins de análise, as condutas omissivas, que serão abordadas oportunamente.

verificável empiricamente.

As ciências cognitivas vêem a ação motora, juntamente com a percepção sensorial, como as portas de comunicação da mente com o mundo. É através dos sentidos que o indivíduo recebe informações do mundo exterior, e através da ação motora que ele responde a estas informações.

Estes dois atributos dos seres humanos (ação e percepção), presentes também nos animais, tornam-se mais complexos à medida em que se aproxima, em uma escala de evolução, do ser humano. Se a mente for entendida como processamento complexo e não previamente programado, então animais têm graus progressivos de vida mental. Porém, pelo concurso da linguagem e da formação de sociedades, a ação e a percepção, já complexas em si mesmas, tiveram de criar redescrições de si próprias. Não o fizeram por meio de mera cópia, mas sim, através do filtro da linguagem e da memória, de tal sorte que à ação presumida ou à percepção presumida viesse a se juntar um discurso consciente.

A consciência seria, como já mencionado, uma redescrição valorada do que o processamento complexo gerou como ação ou percepção possíveis. Além de dirimir dúvidas, solucionar (através da retirada de ambigüidades que impeçam a solução trivial ou a convergência para uma solução particularmente atrativa) aquilo que não pudesse ser suficientemente processado no nível complexo, a consciência se tornou uma versão valorada e significativa da ação e da percepção. Em vez de ser mera cópia delas, interpreta-as, corrigindo-lhes a rota. Nesse sentido, inibe ou corrobora a versão que lhe chega do processamento complexo. Daí sua característica de ser "livre", não para gerar, mas para inibir ou corroborar. Uma vez ratificada uma determinada ação pela consciência, esta ação é executada.

Pode-se discutir se houve vontade ou não, se existiu consciência ou não; pode-se também perguntar pelos conceitos de vontade, finalidade ou consciência; quando se trata da ação motora, todavia, seu conceito e a verificação de sua ocorrência podem ser apreendidos empiricamente, sem a necessidade de investigações teóricas

profundas por parte dos cognitivistas ou dos penalistas.

O único ponto realçado aqui, pelas ciências cognitivas, é o fato de que, uma vez tomada a decisão e iniciada a fase de execução, boa parte da ação motora, e às vezes toda ela, se dá meramente à nível mental inconsciente. Os movimentos, as contrações musculares e a força empregada, entre outros, são controladas pelo cérebro, sem que haja a necessidade de que estes elementos sejam projetados no palco mental.

Esta informação pode ter alguma relevância em casos como do indivíduo que, com o propósito de agredir, acaba matando por não controlar a força de seus golpes. Por não ser possível averiguar a intenção do agente, o operador jurídico acaba encontrando algum critério de razoabilidade (alguém que desfere dez facadas em regiões vitais não pode ter pretendido simplesmente agredir).

São os critérios desta razoabilidade que podem ser encontrados à luz das ciências cognitivas, pois sabe-se que alterações em funções mentais (como a emoção e a percepção) podem produzir alterações motoras que, em que pese estarem fora dos parâmetros de razoabilidade normalmente admitidos quando se trata de alguém com a intenção de agredir, ainda assim constituem apenas desvios motores (que produziram o resultado “matar”) da ação de “agredir” autorizada pela consciência.

3.1.2. A Omissão.

Uma das questões que mais atormentaram os teóricos da conduta é o problema da omissão, tendo em vista as suas dificuldades conceituais. A distinção que se faz entre as condutas comissivas e omissivas é bem exposta por Paulo José da Costa Jr., e permite que se vislumbre o problema que se coloca:

...naturalisticamente, a conduta poderá apresentar-se revestida de duas formas. De uma atividade (conduta positiva, ação), ou de uma inatividade (conduta negativa, inação). Aquela concretiza-se num movimento corpóreo externo, perceptível (*facere*). Esta, num comportamento estático, de repouso corporal, pelo qual o homem deixa imutável a realidade em que está mergulhado. Ou permite que as forças naturais operem livremente,

alterando o ambiente. A omissão, todavia, tanto constituirá num *nihil facere* quanto num *aliud agere*, desde que não se execute o *quod debetur*.⁸⁵

É postulado fundamental no Direito Penal que não existe crime sem conduta. Desta forma, ou se cuida de formular um conceito de conduta humana que seja capaz de abranger também os crimes omissivos ou estes crimes constituiriam uma aberração penal, sem qualquer fundamento capaz de lhes dar sustentação.

Várias teorias foram criadas para resolver a dificuldade. Muitas destas teorias fracassaram por procurar formular um conceito de conduta que naturalisticamente englobasse também os comportamentos omissivos, até que se chegou à doutrina normativista, que, abstraindo de conceitos meramente naturalistas, conseguiu englobar a omissão penalmente relevante observando-a por um enfoque normativo.

Para esta teoria, não se fala em omissão, no sentido de não fazer nada, mas sim em um comportamento efetivo que consiste na não-execução, por parte de um sujeito, de uma dada ação a qual se via obrigado a executar pela norma jurídico-penal. Nas palavras de Musotto, citado por Costa Junior: “omitir, no campo do Direito, não significa não fazer nada, mas desenvolver uma determinada atividade contrariamente ao comando de uma norma jurídica, ou seja, não observar uma ordem de agir.”⁸⁶

O comportamento é julgado, assim, em relação à norma de agir, o que faz com que devam existir dois elementos para que se perfaça a conduta omissiva: um elemento natural, real, ou seja, o comportamento de nada fazer ou de fazer algo diverso do que dispõe a norma; e um elemento normativo, ou seja, a norma de agir que se contrapõe ao comportamento do sujeito. É este sentido normativo da omissão, esta necessidade de que haja uma norma para se contrapor ao comportamento efetivamente realizado (que em si mesmo, não é crime e talvez não seja nem mesmo uma ação motora), o que leva alguns autores a afirmarem que a omissão é uma categoria que não pode ser analisada no nível pré-típico de análise da conduta:

⁸⁵ COSTA JUNIOR, op. cit., p. 26.

⁸⁶ MUSOTTO apud COSTA JUNIOR, op. cit., p. 33.

A omissão não é uma forma de conduta a ser compreendida pré-típicamente. Ao contrário, é um juízo normativo, ou, por outras palavras, a omissão só pode ser concebida em nível típico, donde só em nível típico pode existir o tipo omissivo. O **omitir** não se confunde com o **não fazer**, pois o **omitir é o não fazer o que deve ser feito**, e isto só pode ser compreendido em nível de tipicidade.⁸⁷

Costa Junior apresenta um exemplo elucidativo:

Em verdade, se duas governantas (uma em serviço, outra não) conversam despreocupadamente na praia, como se poderá averiguar, senão através da norma, qual delas omite assistência à criança que imprudentemente se encaminha mar adentro? A conduta de ambas – palestrar – é naturalisticamente idêntica. Uma, porém, por estar de folga, não tem obrigação de agir. Ao passo que a outra, encarregada da vigilância da criança, não cumpre a obrigação que lhe é ordenada. É a norma que confere vida e realidade à omissão.⁸⁸

Desta forma, vê-se que as ciências cognitivas não podem, por cuidarem de fenômenos puramente naturalísticos, extra-jurídicos, trazer novas luzes ao conceito de omissão. O que ela pode fazer é ajudar a conferir uma justificativa, a nível mental, para a tipicidade destas condutas.

Com efeito, foi visto anteriormente que, de acordo com as ciências cognitivas, em casos de decisões conflituosas emergem à consciência redescrições (linguísticas) de ações possíveis, que devem ser confirmadas ou abortadas. A consciência terá a função de valorar estas ações, inibindo ou ratificando cada uma das ações pendentes para que seja tomada uma decisão. Trata-se da consciência-função, de ratificar ou inibir ações consideradas possíveis dentro do modo cerebral de processamento e levadas ao nível mental para que contradições sejam dirimidas.

Neste contexto, é certo que as condutas omissivas envolvem um processamento mental semelhante ao das condutas comissivas: neste caso, uma ação que deveria ser inibida é ratificada; naquele, uma ação que deveria ser ratificada é inibida.

Retomando o exemplo das governantas, pode-se dizer que o cérebro da

⁸⁷ PIERANGELI, op. cit., p. 323.

⁸⁸ COSTA JUNIOR, op. cit., p. 35.

governanta que estava de serviço, tendo em vista inclusive as situações anteriores vivenciadas na situação “em serviço”, provavelmente enviou à sua consciência, dentre uma série de outras ações possíveis, a ação “cuidar da criança”, e esta ação foi inibida, na consciência, em detrimento de outra ação mais atrativa, ou seja, “palestrar”.

Se porventura o cérebro não enviou esta opção “cuidar da criança” à mente consciente da governanta, é porque pôde resolver as alternativas em disputa sem que sequer houvesse o surgimento de uma ambigüidade capaz de levar a questão ao nível mental⁸⁹. Em ambos os casos, houve uma escolha, que em nível de tipicidade se averiguará dolosa ou culposa, de não executar aquilo que a norma determina. Se, por outro lado, chegou à mente consciente da governanta que não estava em serviço a hipótese “cuidar da criança” e esta hipótese foi inibida, ainda assim faltará o elemento normativo que a obrigaria a agir, e a sua omissão constituirá tão somente um problema moral.

Analisando a omissão à luz das ciências cognitivas, surge ainda a questão dos limites para a valoração jurídico-penal das condutas omissivas: em que pese tratar-se de um conceito normativo, uma noção mínima de justiça implica em que esta normatividade esteja pautada em determinados pressupostos naturalísticos. Assim, não há que se pensar em uma norma que obrigue um sujeito a agir, quando, em funcionamento normal, o cérebro deste sujeito nem sequer formularia esta ação como uma hipótese possível. Por exemplo, não se pode valorar negativamente a conduta de um indivíduo que não prestou socorro em um acidente que ele nem sabe que ocorreu.

⁸⁹ Não há que se falar, também, nesta hipótese, de ausência de consciência e conseqüente ausência de conduta. O pressuposto “consciência” para que exista uma conduta humana refere-se ao “estar consciente” e não ao fato da ação ter sido submetida à valoração da consciência. Ao contrário, uma ação que não passa pelo juízo de ratificação ou inibição consciente é uma ação que não gerou ambigüidades no processamento cerebral do indivíduo e que nem por isso a ela pode ser negado o status de conduta. É a opinião da doutrina que existe conduta mesmo quando tratarem-se de ações automatizadas, como no caso do motorista que desvia de um obstáculo na pista e acaba batendo o seu veículo e matando o passageiro. “Disposições automatizadas aprendidas constituem ação, independente de sua utilidade ou dano.”, SANTOS, op. cit., p. 30.

Do mesmo modo, não se pode cogitar de punir um pai que deixou de alimentar o filho pequeno quando este pai não tinha condições de saber que a criança havia sido deixada pela mãe em sua casa. Neste caso, a ação “alimentar meu filho” com certeza não entrará no rol de ações possíveis nem mesmo a nível cerebral.

Feitos estes breves comentários sobre a ação motora e a omissão, cumpre agora adentrar nos aspectos subjetivos da conduta, que são, sem dúvida, os mais difíceis de serem definidos e os aspectos aos quais as ciências cognitivas podem trazer o maior número de contribuições.

3.2. ASPECTOS SUBJETIVOS DA CONDUTA.

3.2.1. A Consciência e a Liberdade.

O primeiro aspecto subjetivo da conduta que merece ser analisado é a consciência, que se constitui num dos pontos capitais das teorias da ação, uma vez que é pacífico o entendimento de que não há conduta em casos de inconsciência.

O tema da consciência já foi abordado em tópico precedente, em relação às ciências cognitivas. Foi visto que, em linhas gerais, a definição de consciência dada pelas ciências cognitivas não difere substancialmente da definição utilizada pelo finalismo, como pode-se verificar em Zaffaroni e Pierangeli:

Prescindindo das diferenças de escolas, em síntese podemos dizer que a ‘consciência’ é o resultado da atividade das funções mentais. Não se trata de uma faculdade do psiquismo humano, e sim do resultado do funcionamento de todas elas. Não é uma faculdade (como a memória, a atenção, a percepção sensorial, o juízo crítico etc.), mas o resultado do funcionamento destas faculdades.⁹⁰

Tendo sido abordadas, também, as questões relativas ao surgimento da consciência, aos seus diferentes aspectos e à sua função inibidora ou ratificadora das

⁹⁰ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 437.

ações possíveis, importa abordar a consciência, neste ponto, sob um outro enfoque fundamental para o Direito Penal: o problema da consciência em relação à liberdade para agir.

É premissa básica do Direito Penal o fato de que os homens são livres para agirem de acordo com suas vontades. Toda conduta, para ser entendida como tal, deve ser consciente e voluntária. Todavia, quando se estuda a mente sob o prisma das ciências cognitivas algumas questões interessantes devem ser colocadas: partindo-se do princípio de que a mente necessita de um meio físico para existir (o cérebro), e que este meio físico, como qualquer outro, sofre severas limitações determinadas pela sua constituição biológica, é possível falar em liberdade plena para agir, em liberdade plena para decidir? Sob outro ângulo: partindo-se do princípio de que a consciência não cria as ações que serão executadas pelo indivíduo, mas apenas inibe ou ratifica ações que o cérebro (meio físico e limitado) considerou ações possíveis, é possível falar em liberdade para agir? Henrique S. Del Nero formula as mesmas questões:

O que aconteceria se percebessemos que aquilo que chamamos de "vontade e de decisão" são apenas a confrontação de um cálculo probabilístico infra-consciente tratado de acordo com determinado enfoque metodológico? Estreitar-se-ia certamente a noção de sujeito livre. A liberdade, a meu ver, seja ou não um tipo natural, é o grande impasse na redução da "consciência" à "neurofisiologia". (...) Por que a "ilusão" da decisão e da liberdade da consciência, desconhecendo as determinações físicas que a ela subjazem, tem tanta importância na vida comum e mesmo na história do pensamento?⁹¹

Contudo, a noção de sujeito de responsabilidade, de decisão, de ação livre, é efetivamente vivenciada pela consciência, que desconhece quaisquer leis deterministas neurais infra-conscientes. Embora Henrique S. Del Nero considere esta vivência um engano, quando enxergada de um ponto de vista fisicalista, estritamente neuronal, ele admite que esta noção de sujeito livre constitui-se em uma pré-condição essencial para a formação de um tipo de sociedade e de cultura como a humana:

Ainda que estas "vivências da consciência" sejam enganos do ponto de vista da linguagem

⁹¹ DEL NERO, **O Mental como Consciência**, sem numeração de página.

fiscalista, do determinismo e da causalidade, representam o salto que propicia a construção de uma sociedade complexa baseada na noção de contrato entre as partes. Ora, a noção de contrato é incompatível com o determinismo, com a ausência de liberdade e de personalidade. Todas estes pré-requisitos contratuais, e.g., sujeito e liberdade, desapareceriam se fossemos capazes de discernir no campo da consciência as complexas computações que a engendram. Seria impossível erigir um sistema jurídico e moral se a noção de "compulsão" determinista, ainda que estatística, interviesse. A noção de liberdades e outras a ela agregadas, todas vivências conscientes, me parecem ser enganos do ponto de vista físico, irreduzíveis em linguagem fiscalistas, afrontadoras dos princípios de causalidade, etc; porém são vitais para que possamos a partir delas erigir determinadas noções fundamentais para a formação da sociedade.⁹²

A consciência é nesta leitura como um intérprete, que acredita ser indivíduo, livre, cheio de vontade e capaz de decidir. Todavia, como todos os outros atributos da consciência, o próprio sistema determinístico neuronal que a limita é também o que a faz "pensar-se" livre para escolher "conteúdos", "atos" e "propósitos".

Qual a razão para que o sujeito experimente sensações tais como liberdade e vontade, quando o que se vê em instrumentos de medida eletrofisiológica é um "todo" que se comporta de acordo com leis físicas?

O cérebro, condição necessária para a consciência, é um sistema plástico e móvel dentro de certos limites impostos por sua "forma *a priori*" biológica. É postulado das ciências cognitivas o fato de que a porção infra-consciente da atividade cerebral opera dentro de preceitos determinísticos típicos de sistemas eletrônicos similares. A consciência opera com linguagem ordinária, representacional, enquanto sua base física somente é descritível através de linguagem neuronal, em termos de equações de correntes elétricas. O sujeito, no entanto, não "experimenta" equações elétricas de estado, mas sim experimenta "consciência".

Em seu estágio atual, o Direito Penal não pode levar em consideração as especulações dos cientistas cognitivos, por maior base científica que estas especulações possam ter, sob pena de, como visto, levar à falência todo o sistema jurídico-penal baseado na noção de sujeito livre capaz de atos voluntários. Por outro lado, aprofundar

⁹² Id.

as questões relativas aos limites internos (físicos) da liberdade individual pode, sem dúvida, ajudar a compreender o conceito ôntico-ontológico de conduta.

Quando se analisa a questão em relação a um cérebro sadio, dentro dos padrões considerados normais de funcionamento, estas especulações soam sem sentido. Mesmo admitindo a existência de limitações físicas à consciência impostas pelas leis que regem a matéria física que compõe o cérebro, é verificável empiricamente que estas limitações não são capazes de coagir ninguém a praticar uma ação, delituosa ou não. Não há que se cogitar em ausência de liberdade nestes casos. Neste sentido se coloca, por exemplo, o filósofo John Searle, estudioso e crítico das ciências cognitivas:

...no caso típico de acção intencional, não existe modo algum de erradicarmos a experiência da liberdade. Ela é uma parte essencial da experiência do agir. (...) Achamos fácil abandonar a convicção de que a Terra é chata, logo que compreendemos a prova para a teoria heliocêntrica do sistema solar. De modo semelhante, quando olhamos para o pôr do Sol, apesar das aparências, não nos sentimos compelidos a crer que o Sol está a pôr-se por detrás da Terra. (...) Mas não podemos de modo semelhante abandonar a convicção de liberdade, porque esta convicção está inserida em toda a acção intencional normal e consciente. E usamos esta convicção para identificar-mos e explicarmos as acções. Esse sentido de liberdade não é apenas uma característica de deliberação, mas é parte de qualquer acção, seja premeditada ou espontânea⁹³.

Por outro lado, abre-se um campo interessante de estudo quando se analisa a questão em termos de cérebros com patologias: problemas no funcionamento do cérebro podem levar a problemas no funcionamento da mente, e conseqüentemente na capacidade da consciência de determinar ações livremente. Trata-se de um campo interessante porque estes problemas podem ir além daquilo que se considera como gerador de “estados de inconsciência”: podem gerar consciências parcialmente limitadas, cujas conseqüências, se bem analisadas, poderão produzir reflexos em outros elementos da análise do delito, como a tipicidade ou a culpabilidade.

Esta questão voltará a ser abordada no tópico relativo à vontade. Tratando-se

⁹³ SEARLE, J. **Mente, Cérebro e Ciência**, Lisboa: Biblioteca de Filosofia Contemporânea, edições 70, 1984, p. 117-118.

a vontade de uma função mental, vê-se claramente que limitações na mente impostas pelo cérebro podem importar em limitações na vontade. Esta concepção, como se verá a seguir, diverge da concepção usualmente aceita de uma vontade ilimitada, que determina as ações do indivíduo ao invés de ser determinada pela constituição orgânica deste mesmo indivíduo.

Uma outra questão que cabe neste tópico diz respeito aos aspectos subjetivos da conduta, e à sua concretização no palco da consciência.

Como visto, a antecipação biocibernética dos resultados, como proposta pelo finalismo, está em acordo com as ciências cognitivas ao menos no que tange ao seu nível de processamento, qual seja, o das representações mentais, que é a linguagem, ou o nível de processamento, de tudo o que se passa no palco consciente.

Os cognitivistas, por outro lado, apresentam estes aspectos (representação do fim pretendido, da escolha dos meios, etc.) como traços evolutivos⁹⁴ da espécie humana, como meios de adaptação:

Podemos seguramente dizer que as formas de vida que tenham capacidade de antecipação do futuro, de representação das hipóteses, de predição quanto a desdobramentos condicionados, etc, poderão mais facilmente se antepor às mazelas ambientais nocivas. A "consciência" é justamente um desses traços evolutivos que torna uma determinada forma biológica capaz de examinar metas e implicações, de testar hipóteses sem experimentá-las diretamente - o que permite maximização dos atos perante o meio - , optando-se por agir apenas naqueles casos em que o exame prévio aprovou a margem de acerto⁹⁵.

É este salto evolutivo proporcionado pela consciência o que faz o ser humano agir, muitas vezes, contra-instintivamente, e esta capacidade de agir em sentido contrário ao que os instintos determinam é um dos pilares de toda a vida moral. Neste sentido é que instintos não podem ser levados em consideração para se aferir a

⁹⁴ As relações das ciências cognitivas com a teoria evolucionista de Darwin são particularmente intensas. A obra de PINKER (op. cit.), por exemplo, é totalmente voltada ao diálogo entre as descobertas cognitivistas e o evolucionismo. Da mesma forma, pode-se falar na vertente antropológica das ciências cognitivas, em que alguns autores desenvolveram a chamada "psicologia evolucionista".

⁹⁵ DEL NERO, **O Mental como Consciência**, sem numeração de página.

culpabilidade (quanto mais a existência ou não de conduta) de um sujeito que, por exemplo, alega que cometeu um crime sexual motivado por seus instintos, tendo em vista a pouca roupa usada pela vítima no momento do delito. Mais uma vez, contudo, este tipo de situação torna-se problemática quando se leva em conta a possibilidade de que a consciência do agente esteja de alguma forma danificada, incapaz de inibir ações instintivas.

3.2.2. Intencionalidade.

Tendo sido revistos os conceitos relativos à consciência, o próximo passo, em uma estrutura lógica, é o estudo da questão da intencionalidade.

Da mesma forma que a mente se confunde com a consciência, e consequentemente também com as representações (que são os conteúdos desta consciência), assim também a intencionalidade é, na mesma medida, uma das marcas fundamentais do nível de processamento mental⁹⁶.

A intencionalidade, que é um atributo que permeia todas as funções mentais (atenção, memória, juízo, vontade, etc.), e que constitui-se no grande desafio dos cognitivistas no que concerne às tentativas de reproduzir consciência em máquinas,⁹⁷ talvez seja a chave que permita a construção de um novo modelo de conduta em Direito Penal.

Foi visto anteriormente que a mente representa uma instância intermediária entre o estímulo sensorial e a resposta motora. Porém, ao contrário de intermediária passiva, é ela, mente, que coordena o processo de apreensão e ação sobre o meio. O

⁹⁶ Inclusive DEL NERO, ao lado de suas obras **O Mental como Consciência** e **O Mental como Representação**, menciona a elaboração de um estudo intitulado **O Mental como Intencionalidade**, ainda não publicado.

⁹⁷ Houve até quem provasse, por meio de experimentos, a impossibilidade de máquinas exibirem consciência por lhes faltar o atributo “intencionalidade”. Ver, a este respeito, o experimento do “quarto chinês”, idealizado por John Searle, em SEARLE, op. cit., especialmente o capítulo II - Podem os Computadores Pensar?, p. 35 e ss.

intermediário passivo é, na verdade, um agente absolutamente ativo. Isto significa, dentre outras coisas, que o nível de representação mental não se constitui em um nível de meras imagens de objetos e processos, mas traz consigo o conceito de intencionalidade.

Intencionalidade, em nível mental, possui um significado diferente daquilo que se costuma designar com o termo. Nas palavras de Henrique S. Del Nero, intencionalidade “significa capacidade de representação de um objeto através de um modo proposicional com os operadores intencionais, desejo, crença, temor, intenção, etc. constituindo a relação e o modo mental – ‘A deseja que p’; ‘A intenciona que p’; ‘A teme que p’, ‘A crê que p’ e assim sucessivamente. Os objetos intencionais p são os conteúdos intencionais.”⁹⁸

É esta forma de se relacionar com as representações mentais (objetos) através de operadores intencionais que é considerada a “marca do mental”.

Embora o conceito venha da Idade Média, encontra em Brentano, no século XIX, sua formulação definitiva. A diferença crucial entre o mental e o físico seria devida ao fato de que o mental é capaz de: a) ter consciência de objetos existentes e inexistentes (cadeiras e centauros, por exemplo); b) tratar esses objetos através de modos mentais diversos: temer a cadeira é diferente de desejar a cadeira - ambos têm cadeira como objeto intencional e modos mentais-intencionais diversos...⁹⁹

Em outras palavras, o modo de processamento mental consciente implica na existência de objetos, conteúdos mentais (representações) e em operadores intencionais que atuam sob estes objetos e que alteram completamente o modo como estes objetos serão encarados a nível mental: "minha crença de que vou sair do quarto, meu propósito de sair do quarto, minha vontade de deixar o quarto tem o mesmo conteúdo (deixar o quarto) e modo mental diverso, qual seja crença, intenção e vontade. O modo varia ainda quanto às condições de satisfação (no caso do desejo), condições de

⁹⁸ DEL NERO, **O Mental como Representação**, sem numeração de página.

⁹⁹ DEL NERO, **O Sítio da Mente**, p. 468.

realização (no caso do propósito), condições de verdade (no caso de crença)”¹⁰⁰.

A própria lógica dos operadores intencionais é diferente da lógica que se utiliza para averiguar a veracidade de uma proposição simples: “O atual rei da França é François Mitterrand” é proposição mas é falsa; ‘Paulo crê que o atual rei da França seja François Mitterrand’ pode perfeitamente ser verdadeira”¹⁰¹.

Esta noção, apresentada pelas ciências cognitivas, de uma mente trabalhando com representações sempre através de operadores intencionais, parece apontar para uma possibilidade de revisão dos aspectos subjetivos da conduta. Tendo em conta esta visão de mente, não há que se pretender chegar ao conceito ôntico-ontológico de conduta sem incluir, neste conceito, a questão da intencionalidade em relação às representações. É preciso que se investigue a relação entre representação mental e ação à luz do conceito de intencionalidade, pois não existem, neste modelo de mente humana, representações destituídas de alguma espécie de conteúdo intencional.

Foi visto em tópico específico a divisão dos aspectos subjetivos da conduta de acordo com o finalismo, formando o que Welzel, seguido por Zaffaroni e Pierangeli, afirma se constituir na “conduta biociberneticamente antecipada”. O indivíduo produz representações mentais, primeiro dos fins e depois dos meios dos quais se utilizará para chegar aos fins. Primeiro antecipa biociberneticamente, através de representações, o resultado pretendido (fase 01); depois percorre mentalmente o trajeto que utilizará para chegar ao fim pretendido, escolhendo os meios de que poderá dispor e analisando as conseqüências outras que poderão advir dos meios escolhidos (fase 02). Somente depois de percorridas estas etapas é que se inicia o aspecto externo da conduta, ou seja, se inicia a fase em que o indivíduo põe em prática aquilo que, em sua mente, havia antecipado através das representações (fase 03 - externa). Ambas as fases internas da conduta podem ser analisadas sob o enfoque dos operadores intencionais.

Na fase 01, tem-se um objeto (ir ao cinema, agredir meu vizinho, etc.),

¹⁰⁰ DEL NERO, **O Mental como Representação**, sem numeração de página.

¹⁰¹ DEL NERO, **O Sítio da Mente**, p. 468.

representado na mente, no palco da consciência. Agregado a este objeto, encontra-se um operador intencional, que é quem expressa o conteúdo finalístico (quero ir ao cinema / intenciono agredir meu vizinho, etc.).

Obviamente, outros operadores intencionais poderão ser atribuídos ao objeto representado. Contudo, quando se tratar de um operador que não expresse um conteúdo finalístico, se estará diante de um pensamento, de uma emoção ou de qualquer outra função mental, mas não se estará diante de uma antecipação de ação motora (gosto de ir ao cinema / creio que meu vizinho vai morrer). É por isso que, nesta fase 01, só interessam aqueles objetos aos quais foram atribuídos conteúdos intencionais finalísticos, ou seja, só interessam os objetos considerados “fins”. É na fase 02 que as diferenças entre um modelo intencional e um modelo final de conduta podem se revelar mais relevantes.

A fase 02 (escolha dos meios - ponderação quanto aos resultados secundários que poderão ocorrer) é importante porque é neste ponto que uma conduta orientada finalisticamente para um resultado extra-penal pode tornar-se penalmente relevante. Antes de analisá-la, porém, convém lembrar a distinção formulada por Zaffaroni e Pierangeli entre querer e desejar:

“Voluntário” é o “querer” ativo, o querer que muda algo, enquanto “desejar” é algo passivo, que não se põe em movimento para mudar coisa alguma. “Querer” é “viver” e “desejar” é “desejar-se viver” (Heidegger). Aquele que quer - tem vontade -movimenta-se em direção ao resultado; o que deseja apenas espera o resultado, com o qual se alegrará se sobrevier.

Assim, distinguidos os conceitos, fica claro que se pode ter vontade sem desejo e desejo sem vontade. Um sujeito pode querer obter uma soma em dinheiro mediante uma ação violenta, mas não ter desejado esta ação, e ter sido coagido a cometê-la por um terceiro que o ameaçava de morte. Inversamente, pode ocorrer que um sujeito queira a morte de um tio rico, para herdar-lhe o patrimônio, e apesar disto nada faça para matá-lo.¹⁰²

A fase 02 é importante porque entram em cena diversas representações

¹⁰² ZAFFARONI; PIERANGELI, p. 413-414.

mentais, e sobre cada um delas recai um determinado conteúdo intencional. Assim, por exemplo, para o fim “matar meu vizinho” tem-se uma gama variada de operadores intencionais que podem determinar a escolha dos meios e as ponderações sobre os resultados secundários: a) “necessito” de uma arma; b) “intenciono” comprar uma arma; c) “desejo” que meu vizinho saia de casa no dia x; d) “creio” que não vai chover no dia x; e) “quero” não errar o alvo; f) se eu errar o alvo, “creio” que não acertarei mais ninguém; g) “não desejo” acertar mais ninguém; a lista poderia se estender indefinidamente.

O que é importante salientar, no exemplo, é que algumas representações intencionais não são passíveis de gerarem resultados (itens “a”, “c”, “d” e “f”) enquanto outras são (item “b”). Existem ainda os casos em que resultados são previstos, e sobre eles recai um operador intencional (item “f”). Os itens “b” e “f” mostram a relevância da matéria, porque os resultados eventualmente gerados pelas representações “b” e “f” podem, a partir de um modelo de análise intencional, serem analisados individualmente, tendo em vista o operador intencional que os define.

Para expressar o fato de que alguns operadores intencionais geram condutas, Henrique S. Del Nero¹⁰³ se utiliza do termo “causação mental”, significando os estados da mente que provocam resultados no mundo exterior em uma relação de causa e efeito, e cita, do original em língua inglesa, o seguinte parágrafo de John Searle:

Uma terceira característica que importa notar acerca de tais estados é que, por vezes, fazem acontecer coisas. Por exemplo, se quero ir ao cinema e vou ao cinema, normalmente o meu desejo causará o genuíno evento que representa, o ir ao cinema. Em tais casos, existe uma conexão interna entre a causa e o efeito, porque a causa é uma representação do genuíno estado de coisas que origina. A causa representa e leva a cabo o efeito. Chamo a tais espécies de relações de causa e efeito casos de “causação intencional”¹⁰⁴.

Este parece ser o campo mais promissor de diálogo entre as ciências cognitivas e a teoria da conduta. Investigar a forma de relação de causa e efeito entre

¹⁰³ DEL NERO, **O Mental como Representação**, sem numeração de página.

¹⁰⁴ SEARLE, op. cit., p. 75-76.

os estados intencionais e os eventos por eles representados pode implicar em um conceito de conduta inteiramente baseado nestes mesmos estados intencionais.

3.2.3. Finalidade.

Tendo sido vistas as questões relativas à intencionalidade, e ao seu papel predominante nos aspectos subjetivos da conduta, que papel restaria à noção de finalidade em um modelo de conduta com base na intencionalidade?

Na verdade, um modelo de conduta que pretenda reconhecer sua estrutura ôntico-ontológica não pode deixar de admitir que toda ação é efetivamente uma ação finalista. O que ocorre é que a finalidade, neste caso¹⁰⁵, pode ser considerada uma espécie do gênero intencionalidade, aplicada especificamente ao fim visado pela ação: toda ação é finalista, visa algo, mas o fato é que este “visar” não passa de uma espécie de operador intencional – o “querer” ativo de que fala Zaffaroni – aplicado pelo indivíduo em relação ao objetivo pretendido com a ação.

A vantagem de se estruturar o conceito de conduta em torno da noção de intencionalidade, em substituição ao de finalidade, além dos argumentos expostos no tópico anterior, é também demonstrada por uma descoberta importante das ciências cognitivas: a finalidade, ao contrário da intencionalidade, não está atada indissociavelmente às noções de mente e consciência.

Com efeito, as ciências cognitivas rompem com a visão dos psicólogos que, como William James, consideravam que “a posse de finalidade futuras e a escolha dos meios para sua consecução são a marca e o critério da presença de mentalidade num fenômeno”¹⁰⁶.

¹⁰⁵ A expressão “neste caso” parece apropriada porque, como se vê a seguir, nem sempre uma relação de finalidade entre um sujeito e um objeto pode ser vista como uma relação intencional, tendo em vista o caráter não-consciente de certos comportamentos finalísticos.

¹⁰⁶ JAMES, W. apud DEL NERO, **O Mental como Representação**, sem numeração de página.

A crítica feita a James e a outros psicólogos, neste particular,

é de que está bem certo que nossa vida consciente é apenas um sub-sistema de nossos sistemas teleológicos, e de que muitos comportamentos finalísticos se dão para além da consciência. (...)O comportamento finalístico não requer necessariamente uma consciência, sendo possível adjudicar intenção a atos automáticos, inconscientes (...) e localizar esses atos como produto de atividade em áreas da cortex pré-frontal.¹⁰⁷

Evidentemente, comportamentos finalísticos, porém não conscientes, não são condutas, por lhes faltar os demais atributos do conceito de ação.

De qualquer forma, nada impede que a finalidade continue exercendo o seu papel na teoria da conduta, desde que situada no contexto mais amplo e preciso da intencionalidade.

3.2.4. Vontade.

Visto os aspectos da consciência, da intencionalidade e da finalidade, já é possível vislumbrar, ao menos em tese, a possibilidade de avançar, a partir do finalismo, revendo alguns de seus conceitos à luz das ciências cognitivas em busca de um modelo de conduta que reconheça, de forma mais efetiva, o seu “ser”, a sua estrutura ôntico-ontológica.

Cumprido, agora, brevemente, tecer algumas considerações sobre o tema da vontade, que é capaz também de suscitar novas discussões quando estudado sob o enfoque das ciências cognitivas.

Com efeito, tem-se que para existir conduta a ação do indivíduo deve ser voluntária, o que significa dizer que sem vontade não há conduta. A vontade, como já mencionado nos tópicos iniciais, é aí entendida como um conceito ativo, isto é, como o querer que se materializa em uma ação, e tem por conteúdo uma finalidade intencional.

Ocorre que, como também mencionado em outro ponto deste trabalho, as limitações sofridas pela mente em virtude de sua base cerebral se aplicam também à

¹⁰⁷ DEL NERO, **O Mental como Representação**, sem numeração de página.

vontade, que é uma de suas funções, e aprofundar a questão destes limites da vontade pode ser também útil para a teoria da conduta.

Em primeiro lugar, importa lembrar que, em certo sentido, pode-se afirmar que a vontade não é uma propriedade da consciência. A consciência pode abortar ou ratificar planos e versões de ações possíveis que nascem da parte cerebral complexa. Quando se ratifica ou inibe um plano inicialmente não-consciente tem-se a sensação de que se agiu livremente ou por vontade, e de fato isto é correto quando se analisa o resultado final, que é a ação voluntária. O erro é supor o plano de ação finalmente executado foi gerado pela vontade, uma vez que esta é apenas um dos elementos do processo consciente que corrobora ou inibe planos gerados em porções inconscientes do cérebro. Além disso, esta vontade pode sofrer inúmeras limitações determinadas por sua base física, ou seja, pelo cérebro e suas leis neuronais.

Desta forma, pode-se dizer que são ações livres, voluntárias, todas aquelas ações sobre as quais o indivíduo exerce controle, todas aquelas que, uma vez ratificadas conscientemente, o indivíduo foi capaz de executar. Se havia controle, o sujeito poderia ter agido de outra forma, poderia ter inibido a ação praticada e ratificado uma outra ação qualquer. Por outro lado, “toda ação sobre a qual não se tem controle seria, ao contrário, situação de compulsão, apenas retratada verbalmente como objeto de vontade, quer pelo sujeito da ação, quer por seus juizes. Quando um indivíduo relata que teve vontade (ou não) de fazer algo, não há garantia de que tenha mesmo havido (ou não) a intenção, apenas se tem certeza do uso descritivo de sucedâneos lingüístico de vontade.”¹⁰⁸

Ao derrubar a noção de vontade ilimitada e adotar uma vontade submetida ao seu sítio cerebral, cria-se uma série de problemas para o Direito Penal, problemas estes que já foram intuídos pelos próprios cognitivistas:

Construímos um sistema moral, ético e jurídico baseado na idéia de uma consciência que

¹⁰⁸ DEL NERO, *O Sítio da Mente*, p. 288.

sabe, julga, decide e quer. Haverá como manter a mente sujeita ao cérebro sem precisar, ao mesmo tempo, revisar uma série de cânones comportamentais?

Imagine que um homicida pudesse alegar, diante de um júri, que não poderia ter agido de outra maneira, pois razões cerebrais o haviam obrigado a cometer o crime. É um raciocínio neurológico complicado, mas, nas condições conhecidas de direito e moral, o ato do indivíduo seria inimputável. Ao se provar que razões cerebrais podem determinar uma ação, quebra-se um dos pilares do direito: a idéia de liberdade e de conhecimento para agir de maneira diversa.

Suponha que amarrem um indivíduo e injetem-lhe à força uma substância alucinógena. Soltam-no em seguida, e ele mata, rouba, mente e tudo o mais. Será condenado? Não. Simplesmente porque não era ele que estava de posse de suas faculdades mentais de conhecimento e de escolha. Era a droga que o tinha envenenado. Ora, uma mente coagida por um cérebro tem igualmente ‘drogas’ internas (neurotransmissores) que a impulsionam. Sem as cordas e a seringa do exemplo acima, a média das pessoas entende que a vontade e a escolha são sempre livres e possíveis. Condena-se aquele que pode ter sido coagido por drogas cerebrais internas e inocenta-se o que foi envenenado por via externa. Interessante contradição: na concepção corrente, se a droga é externa, somos inocentes; se interna, somos culpados, porque nossa mente deve ter controle sobre o cérebro que a sustenta. Ou seja, o cérebro que cria a mente deve estar sujeito a ela.¹⁰⁹

Vê-se, assim, que a noção de vontade livre depende de fatores externos mas também de fatores internos. Algum defeito no funcionamento do cérebro, relacionado simplesmente a algum problema de transmissão de corrente elétrica, pode acarretar na perda da capacidade de decidir livremente. É o que ocorre, por exemplo, com o viciado em drogas, que não tem capacidade de decidir livremente se quer ou não fazer uso, em um determinado momento, da substância entorpecente. Como bem coloca Henrique S. Del Nero, falar em “força de vontade”, nestes casos, é pretender que a mente, gerada pelo cérebro, possa determinar o funcionamento deste mesmo cérebro:

“Os conceitos de vontade e de liberdade devem ser totalmente revistos numa concepção cerebral da mente. Se antes supúnhamos que os atos podiam ser julgados como voluntários ou involuntários, agora talvez sejamos forçados a crer que, em grande parte, os atos voluntários são, na verdade, pseudovoluntários.”¹¹⁰

¹⁰⁹ Ibid., p. 212.

¹¹⁰ Ibid., p. 291.

A maioria dos casos, contudo, dizem respeito a limitações na capacidade volitiva, à casos em que a vontade permanece no indivíduo, mas esta vontade não tem condições de atuar livremente. Como é cediço, estes casos devem ser resolvidos no âmbito da culpabilidade, e extrapolam o tema do presente estudo. Por outro lado, este é um campo que com certeza merece ser mais explorado na teoria da conduta, pois não é difícil imaginar, com base nestas ponderações, casos em que a voluntariedade está completamente ausente, sem que haja este reconhecimento por parte do Direito.

Aumentar-se-ia, assim, o rol dos casos de ausência de conduta, incluindo-se aí, com base nas ciências cognitivas, os casos em que as novas ciências da mente apontam como sendo de total ausência de vontade. São estes casos de ausência de conduta que serão abordados no próximo tópico, com o escopo de completar esta breve passagem por cada um dos aspectos da teoria da conduta à luz das ciências cognitivas.

3.3. AUSÊNCIA DE CONDUTA.

3.3.1. Delimitação do Problema.

Foi mencionado em item anterior que uma das funções do conceito de conduta é a sua função limitadora, ou seja, a função de excluir imediatamente de qualquer juízo jurídico-penal todas aquelas situações ou comportamentos que não se encaixem em sua definição.

Existem teóricos que afirmam, inclusive, que o estudo da conduta só interessa por delimitar as hipóteses de sua ausência. É a busca por um conceito simplesmente negativo de ação:

No le falta razón, pues, a GALLAS, cuando dice que 'al concepto general de acción le queda sólo la función de integrar, en el ámbito de la teoría del tipo, el medio adecuado para conocer la cualidad de actuar de la conducta típica. Sistemáticamente, cumple una función puramente *negativa*: con la ayuda del concepto general de acción puede eliminarse desde

un principio lo que no puede constituir, en caso alguno, acción...¹¹¹

O perigo desta tese é que seus defensores acabam tomando por irrelevante o conceito de ação (o que, sob uma ótica estritamente finalista, é um absurdo, considerando a sua busca por encontrar o conceito ôntico-ontológico da conduta):

Si se parte entonces de un concepto negativo, poco interesa ya el concepto de acción, pues habrá acción jurídico-penalmente relevante siempre que *no* concurra una causa de exclusión de la acción (no-acción). Lo mismo ocurre con otros conceptos como, por ejemplo, la antijuridicidad; así, una acción típica será antijurídica si *no* está justificada. (...) Por consiguiente, entiendo que el concepto de acción, aunque hoy resulta de menor transcendencia que en anteriores etapas del Derecho penal, puede seguir cumpliendo su función delimitadora.¹¹²

Embora este trabalho situe-se em um enfoque finalista, que atribui à ação importância fundamental para a teoria do delito, é necessário reconhecer, por evidente, que a delimitação das situações de ausência de conduta, com o objetivo de excluir de qualquer análise posterior (a nível dos demais elementos do crime) os fenômenos que não se enquadram em seu conceito, é função fundamental da teoria da conduta. Faz-se necessário, então, neste momento, que se proceda a análise das hipóteses de ausência de conduta à luz das ciências cognitivas.

Primeiramente, por evidente, não constituem ação os fenômenos aos quais não se pode atribuir participação humana, como os acontecimentos da natureza (terremotos, inundações, tempestades, etc.) ou os ataques de animais ferozes. Do mesmo modo, atos de pessoas jurídicas também não são considerados conduta: “somente as pessoas naturais, como órgãos representativos das pessoas jurídicas, podem realizar ações”.¹¹³ Por fim, todos os atos psíquicos que não encontram exteriorização também não se constituem em condutas: a mera cogitação de praticar o crime, os pensamentos, as emoções e vontades não são suficientes para que haja conduta, se a elas não se seguir a efetivação da cogitação criminosa no mundo externo

¹¹¹ GALLAS apud VALLEJO, op. cit., p. 61.

¹¹² VALLEJO, op. cit., p. 93-94.

¹¹³ SANTOS, op. cit., p. 29.

ao agente.

Ultrapassados estes pontos, emergem as duas modalidades de ausência de conduta pacíficas na doutrina de todas as correntes: a coação física irresistível e os estados de inconsciência. Juarez Cirino dos Santos situa ambas as espécies em um denominador comum: estados em que o corpo se movimenta como mera massa mecânica:

Não constituem ação: (...) movimentos do corpo como massa mecânica: estados de inconsciência, como desmaios, delírios ou convulsões epiléticas (a mãe sufoca ou lesiona o filho na amamentação, ao sofrer desmaio ou convulsão epilética); movimentos sob força física absoluta (A empurra B sobre uma vitrine, quebrando-a) – mas não sob força compulsiva, que não exclui a ação, mas permite exculpação (B quebra a vitrine sob a ameaça séria de agressão de A).¹¹⁴

À questão da *vis absoluta*, ou força física absoluta, as ciências cognitivas não têm o que acrescentar, posto tratar-se de uma situação totalmente externa ao sujeito, em que não se dá nenhum processo mental relevante paralelamente à ação. Como visto anteriormente, trata-se das hipóteses em que os movimentos do indivíduo não são determinados pela sua própria disposição interior, mas sim por uma força física externa que age sobre ele.

Quanto aos estados de inconsciência, serão o objeto do próximo tópico, no qual se discutirá, também, a possibilidade de existir alguma forma de coação física irresistível interna ao sujeito, agindo a nível cerebral.

Além destes, três outras hipóteses merecem menção: os movimentos reflexos, a hipnose, e os estados oníricos e sonambúlicos. São hipóteses em que doutrina se divide, ante a dúvida quanto ao verdadeiro estado das faculdades mentais do agente.

Os estados oníricos, o sonambulismo e a hipnose serão abordados brevemente no tópico sobre estados de inconsciência, por constituírem espécies do mesmo gênero. Quanto aos movimento reflexos, parece não haver motivos para

¹¹⁴ Ibid., p. 29-30.

dúvidas.

Com efeito, os movimentos reflexos são aqueles “desencadeados por estímulos sensoriais ou fisiológicos a partir do sistema nervoso periférico [ou seja, sem a participação do cérebro], em geral incorporados filogeneticamente como reações motoras de defesa ou autoproteção”¹¹⁵.

Como pode ser conduta uma reação que não passa pelo cérebro, e conseqüentemente não passa pela mente, pela consciência, pela vontade? Na verdade, a corrente que afirma que os movimentos reflexos constituem conduta está baseada na visão típica daqueles que enxergam a mente dissociada do cérebro que a implementa, e não encontra mais adeptos, ao menos entre os autores finalistas.

Quanto aos casos em que o indivíduo se coloca voluntariamente em um estado de inconsciência ou sob a ação de uma força física irresistível, cumpre salientar brevemente o que já restou consignado em tópico anterior. Nestes casos, o indivíduo realiza uma conduta (a de se colocar sob este estado: sob a ação de força física irresistível – quando o indivíduo se coloca voluntariamente na frente de uma multidão em correria, para ser impulsionado por esta multidão e assim agredir um terceiro – ou sob estado de inconsciência – através do uso de narcóticos, por exemplo). Para estas situações, as soluções apresentadas pelo Direito Penal fazem com que o agente venha a responder por crime doloso (se coloca-se nestes estados com a finalidade prévia de delinquir - princípio da *actio libera in causa*) ou culposo (se coloca-se neste estado por imprudência, negligência ou imperícia).

3.3.2. Estados de Inconsciência.

Entende-se por estados de inconsciência aquelas situações em que o indivíduo não apresenta o atributo da consciência, e conseqüentemente não apresenta a

¹¹⁵ Ibid., p. 30.

capacidade de agir voluntariamente. Zaffaroni e Pierangeli explicam como o conceito de inconsciência, neste caso, está ligado particularmente ao conceito de ausência de capacidade volitiva:

O delito requer sempre que o autor tenha capacidade psíquica. A isto chamamos *capacidade psíquica de delito*. Mas como a análise do delito é estratificada e, em vários estratos encontramos requisitos subjetivos, a cada um deles corresponderá uma certa *capacidade psíquica* que, não ocorrendo, fará com que falte o caráter a que corresponde, e, portanto, com que não haja delito.

Ao longo da exposição veremos que – no aspecto positivo do delito – é requerida uma *capacidade psíquica de vontade* para que haja conduta (da qual nos ocuparemos aqui), uma *certa capacidade psíquica* para que haja tipicidade (...) e outra para que haja culpabilidade (...). À soma das três chamamos ‘*capacidade psíquica do delito*’.¹¹⁶

Desta forma, vê-se que não é qualquer perturbação da consciência que determina ausência de conduta, mas apenas aquelas perturbações que determinem ausência completa de vontade, perda total da capacidade de agir voluntariamente.

A doutrina cita, entre os casos de inconsciência, as crises epilépticas (em que os movimentos involuntários podem ferir alguém), desmaios (uma mãe pode desmaiar e cair sobre o seu bebê, matando-o) e delírios (durante os quais o sujeito pode preferir palavras injuriosas, por exemplo).

Ocorre que, por tudo o que foi visto até aqui, verifica-se que este rol de hipóteses é muito pequeno. A vontade e a consciência dependem de um funcionamento padrão do cérebro, de um certo nível de equilíbrio que pode apresentar inúmeros problemas. É certo que, na maioria dos casos, os problemas de consciência determinam apenas diminuição na capacidade de vontade, ou ausência de vontade livre. Contudo, é possível vislumbrar ausência total de vontade em outros casos, que ultrapassam significativamente os casos classicamente citados pela doutrina.

Tome-se o exemplo das alterações neurológicas da consciência:

As alterações neurológicas da consciência se devem a um *sem-número* de causas.

¹¹⁶ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 436.

Importante salientar que as causas podem ser de duas espécies: intra-cerebrais ou extra-cerebrais. As primeiras se dão em casos de tumores, infecções, alterações vasculares, malformações, etc. As segundas basicamente nos remetem a inúmeras perturbações no organismo como insuficiência circulatória, ação de drogas, ação de substâncias tóxicas (como no caso da falência hepática), etc.¹¹⁷

Os estados de alteração da consciência podem importar desde no simples estreitamento de seu "campo", com leve desorientação temporal ou espacial, até na abolição de toda a consciência como nos casos de coma. Entre esses dois pólos há uma série de estados intermediários, podendo ocorrer falsas impressões, alucinações, delírios, entre outros.

No sistema atual, somente o estado de coma seria considerado como de ausência de conduta (o que é redundante, porque é impossível a formulação de um exemplo de ação praticada por um indivíduo em tal estado). Os demais casos seriam analisados em sede de culpabilidade, com a verificação sobre se o indivíduo poderia compreender o caráter ilícito de sua conduta e pautar-se de acordo com este entendimento.

Este mesmo sistema, todavia, afirma que para haver conduta deve haver necessariamente voluntariedade. Portanto, ou se procede a algum tipo de modificação no sistema ou faz-se necessário um estudo mais abrangente, no sentido de identificar, nos casos de alteração da consciência, em quais destes casos está ausente a capacidade do indivíduo de ratificar ou inibir (exercitar a vontade) as ações possíveis enviadas pelo cérebro para a apreciação da mente.

Quanto à questão relativa aos sonhos, ao sonambulismo e à hipnose, algumas dúvidas se colocam, sendo que a posição de Zaffaroni e Pierangeli merece novamente ser citada:

“Há certos estados do sujeito - nem todos eles patológicos -, cuja natureza no campo da neurologia é muito discutível, estando submetida a intensa investigação. Tais são os casos do sonho fisiológico e do transe hipnótico. Ante a dúvida acerca da natureza destes estados, devemos concluir que o sonho e o transe hipnótico constituem casos de ausência de conduta. Cabe incluir neste rótulo também os episódios sonambúlicos.

¹¹⁷ DEL NERO, **O Mental como Consciência**, sem numeração de página.

Quanto aos narcóticos, produzirão uma incapacidade que terá de ser valorada em cada caso: se o sujeito foi privado de consciência por efeito do narcótico, não haverá conduta; se o narcótico apenas produziu nele uma perturbação da consciência, haverá uma incapacidade psíquica de tipicidade da conduta ou de culpabilidade”¹¹⁸.

A hipnose, realmente, ainda levanta dúvidas. Ninguém duvida que estados de hipnose configuram alterações de consciência, com evidente prejuízo em seu aspecto volitivo, mas não se pode afirmar, com a certeza necessária, se os transes hipnóticos, que podem também sofrer gradações, anulam toda a vontade, merecendo sua exclusão de pronto no âmbito da conduta, ou se estes estados importam em uma diminuição da capacidade volitiva, passível de ser apreciada no âmbito da culpabilidade.

Quanto aos atos praticados enquanto o sujeito se encontra dormindo (injúrias proferidas durante o sono, dano praticado durante ataque de sonambulismo, etc.) a melhor posição é sem dúvida a que sustenta não haver conduta. Com efeito, não procede argumentação citada na obra de Asúa, de que “el hombre era ‘moralmente responsable de sus sueños’, sosteniendo que éstos son una imagen de lo que piensa durante la vigilia.”¹¹⁹

Na verdade, as ciências cognitivas admitem que durante os sonhos há uma parcela da consciência em atividade, embora esta parcela de consciência esteja sem dúvida alterada. O que ocorre é que as alterações da consciência durante o sono dizem respeito justamente à ausência de vontade e controle por parte do sujeito, daí porque não há que se falar em conduta nestes casos: “O sonho é extremamente interessante porque associa elementos de consciência com ausência de ação motora, controle, vontade e forte incoerência na narrativa.”¹²⁰

¹¹⁸ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 438.

¹¹⁹ ASÚA, op. cit., p. 692.

¹²⁰ DEL NERO, **O Sítio da Mente**, p. 377. Para uma visão mais ampla sobre a questão do sonho enquanto função mental, ver Capítulo 22 – O Sonho como Função, p. 377 e ss.

CONCLUSÃO

A ciência cognitiva é a grande teoria da mente deste início de século. Projeto interdisciplinar, surge como reação ao *behaviorismo*, resgatando a noção de mente como intermediária ativa no processamento das relações entre a percepção sensorial e a ação motora. A produção teórica na nova disciplina tem sido intensa, envolvendo pesquisadores de diversas áreas. Através da busca de modelos mentais passíveis de serem reproduzidos em máquinas, tem se chegado a inúmeros *insights* sobre a mente humana, passíveis de desencadear mudanças em inúmeras áreas do saber, incluído aí o Direito Penal, e em especial a Teoria da Conduta.

A busca por uma teoria da conduta inspirada nas mais recentes descobertas sobre a mente humana se justifica, na medida em que se configura como uma continuação do projeto finalista, em sua busca por não criar um conceito jurídico-penal de conduta, mas sim apreendê-lo da realidade fática em seu “ser”, em sua estrutura ôntico-ontológica. Esta busca do finalismo tem suas raízes no contexto histórico de meados do Séc XX.

Após a tragédia da 2ª Grande Guerra ficou claro que o normativismo das orientações jurídicas de raiz neokantiana não oferecia garantia bastante de justiça dos conteúdos das normas validamente editadas, mesmo que estas obedecessem ao formalismo democraticamente imposto. É então que se assiste à substituição definitiva do Estado de Direito formal pelo Estado de Direito material. Ficava por isso próxima a tentativa de ancorar toda a normatividade, numa via fenomenológica e ‘ontológica’ (...), em leis estruturais determinadas do ‘ser’ - na ‘natureza das coisas’ -, as quais, uma vez estabelecidas, serviriam de fundamento vinculante às ciências do homem e, por isso, também ao direito.¹²¹

Partindo destas premissas, procurou-se, neste estudo, destacar alguns pontos das ciências cognitivas que pudessem contribuir para o desenvolvimento da teoria da conduta.

Em linhas gerais, pode-se concluir que o finalismo trouxe, inobstante as suas

¹²¹ DIAS, J. de F. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Editora RT, 1999, p. 197.

várias imperfeições teóricas, considerável evolução para as ciências penais, sendo que em muitos pontos os conceitos cognitivistas vêm apenas confirmar o que já havia sido postulado pelo finalismo. A função ativa da mente, no que tange à intermediação entre percepção e ação, bem como o entendimento do mental como um nível essencialmente de representações, servem para reafirmar a supremacia da teoria final em relação às demais teorias.

Por outro lado, à luz das ciências cognitivas muitos dos conceitos finalistas devem ser revistos. É o caso principalmente das noções de vontade e consciência. Os limites impostos pelas leis físicas que regem o cérebro, sítio do mental, demonstram a fragilidade do conceito de vontade ilimitada, e levantam a questão relativa à amplitude que normalmente se concede ao conceito de ato voluntário.

A maior contribuição, contudo, talvez seja dada pelo conceito de intencionalidade, enquanto propriedade característica do processamento mental-consciente. É possível que a chave para um novo conceito de conduta esteja na substituição do modelo final de conduta por um modelo intencional de conduta.

Este modelo de conduta deve levar em conta, nos aspectos subjetivos: a) a antecipação do resultado, sendo que este resultado chega à consciência em forma de representação mental, sobre a qual atua um operador intencional de conteúdo finalístico; b) a escolha dos meios apropriados, sendo que as escolhas também estariam representadas intencionalmente na consciência (através dos operadores intencionais mais diversos); e c) a ratificação, pela consciência, da conduta antecipada.

Importa mencionar, neste ponto, as dificuldades metodológicas que envolveram o presente trabalho. Trata-se de uma abordagem nova do problema da conduta, sobre a qual não há qualquer bibliografia. Além disso, a bibliografia sobre as ciências cognitivas, além de muito extensa e extremamente complexa, revela divergências teóricas significativas no seio da disciplina, na qual convivem modelos de mente em muitos pontos radicalmente opostos uns aos outros. Levar em consideração estas diferenças significaria extrapolar os objetivos do trabalho; não levá-las em

consideração significaria simplificar, e tomar como certas, conteúdos sobre os quais os estudiosos ainda estão longe de chegar a um consenso. (Optou-se, por isso, por tomar das ciências somente os conceitos já pacíficos, olhados sob o mesmo prisma pelos cientistas cognitivos independentemente da linha teórica adotada.)

Estas dificuldades, e o próprio formato de uma monografia de conclusão de curso de graduação, inviabilizaram qualquer tentativa de se apresentar um novo modelo de conduta, em oposição ao finalismo, com base nos elementos das ciências cognitivas analisados neste estudo. O que se procurou fazer foi apenas apontar as bases sobre as quais é possível, por meio de estudos futuros, chegar a uma teoria da conduta que seja, realmente, mais próxima de um verdadeiro reconhecimento do fenômeno da conduta humana em sua própria natureza, em seu próprio “ser”.

Neste sentido, é possível afirmar que esta conclusão é muito menos a exposição de “conclusões” sobre o assunto abordados do que uma exposição das dúvidas que foram surgindo durante a pesquisa, e estas dúvidas são sem dúvida o melhor que este trabalho pode apresentar, pois é através delas que se pretende incentivar novas tentativas de diálogo com as ciências cognitivas em busca de avanços na ciência penal.

Pode-se perguntar, a partir do que foi exposto: qual é o verdadeiro papel da finalidade na estrutura da conduta? Quais são os papéis da vontade e da consciência? E se for constatado que a vontade, na forma como é entendida pelo Direito Penal hodierno, não passa de uma ilusão da mente, de uma justificativa linguística *a posteriori* de atos elaborados previamente a nível cerebral? É possível que se continue com um modelo de conduta semelhante aos atuais, baseados todos em um modelo de homem capaz de agir consciente e voluntariamente?

Sob outro aspecto: como seria um modelo de conduta baseado não mais na noção de ação final, mas sim na de ação intencional? Qual é o verdadeiro papel da intencionalidade na estrutura da conduta?

Pode-se ir ainda mais longe: Quais as consequências práticas de se rever o

conceito de conduta à luz das ciências cognitivas? Existirão consequências práticas? Ou tratam-se de meras especulações teóricas sem qualquer aplicabilidade? E as consequências, se houverem, são desejáveis em termos de política criminal?

E assim poderiam ser formuladas inúmeras questões sobre as relações que pode-se estabelecer entre as ciências cognitivas e o Direito Penal. A própria validade de se estabelecer este tipo de relação pode ser questionada mais a fundo. Não se pode esquecer, como mencionado no início do tópico sobre ausência de conduta, que uma parcela respeitável da doutrina simplesmente não vê mais muito sentido em se teorizar sobre a estrutura da conduta, considerando que um conceito negativo é o necessário e suficiente para se instrumentalizar o operador jurídico que trabalha com a teoria do delito.

Por outro lado, podem-se vislumbrar relações das ciências cognitivas com todos os elementos de análise do conceito de crime. No âmbito da tipicidade, as ciências da mente podem trazer novas luzes sobre os conceitos de dolo e culpa, especialmente sobre a eterna problemática da culpa consciente e do dolo eventual. É passível de investigação, também, a questão dos especiais fins de agir à luz das descobertas cognitivistas. Por outro lado, no âmbito da culpabilidade, a simples questão da coação moral, se vista à luz das ciências cognitivas, pode gerar a produção de extenso trabalho monográfico. Em suma: as ciências cognitivas poderão trazer novas luzes onde quer que se encontre, nas teorias jurídico-penais, referências a estados internos, anímicos, psíquicos, mentais.

A necessidade deste tipo de estudo já foi vislumbrada por cognitivistas. Henrique S. Del Nero, estudioso sobre cujas obras muito deste estudo foi pautado, já salientava a importância de rever conceitos jurídicos sob o enfoque das ciências da mente. Suas palavras a respeito de dolo e culpa podem ser estendidas a todos os outros conceitos aqui abordados, e o desafio e o alerta nelas embutidos são extremamente oportunos para concluir este trabalho:

“As figuras do dolo e da culpa, no direito, assumem diversos trajes e cumpre

rever estes conceitos à luz de uma nova ciência da mente. **Do contrário, corre-se o risco de avançar no que tange à compreensão do fenômeno mental, mas permanecer atrasado no que concerne à regulação da atividade mental expressa em atos passíveis de sanção.**¹²²

¹²² DEL NERO, *O Sítio da Mente*, p. 423. O grifo não consta do original.

BIBLIOGRAFIA

ASUA, L. J. de. **Tratado de Derecho Penal**. 5ª ed. Buenos Aires: Losada, 1992. Tomo III: El delito.

BITENCOURT, C. R. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BRUNO, A. **Direito Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1959. Tomo 1º: Parte Geral.

CARVALHO, P. de B. Direito Positivo e Ciência do Direito, *in Curso de Direito Tributário*, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 1-3.

COSTA JUNIOR, P. J. da. **Nexo Causal**, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DAMÁSIO, A. R. **O Mistério da Consciência**: do corpo e das emoções ao conhecimento de si. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

DEGROOT, J. **Neuroanatomia**, 21ª ed., Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1994.

DEL NERO, H. S. **O Mental como Consciência**. Disponível em <<http://www.lsi.usp.br/~hdelnero/Teses.html>> Acesso em abril/maio de 2001.

——— **O Mental como Representação**. Disponível em <<http://www.lsi.usp.br/~hdelnero/Teses.html>> Acesso em abril/maio de 2001.

——— **Modelos de Conhecimento**: ementa de curso de introdução às ciências cognitivas. Disponível em <<http://www.lsi.usp.br/~hdelnero/Articles.html>> Acesso em abril/maio de 2001.

——— **Programa de Ciência Cognitiva**: versão para graduação ou workshop. Disponível em <<http://www.lsi.usp.br/~hdelnero/Articles.html>> Acesso em abril/maio de 2001.

——— **O Sítio da Mente**: pensamento, emoção e vontade no cérebro humano. São Paulo: Collegium Cognitionis, 1997.

DIAS, J. de F. **O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

——— Sobre a Construção Dogmática da Doutrina do Fato Punível, *in Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FRAGOSO, H. C. **A Conduta Punível**. J. Bushatski, 1961.

GARDNER, H. **A Nova Ciência da Mente**. São Paulo: Edusp, 1996.

MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 17ª ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2001.

PIERANGELI, J. H. Conduta: 'Pedra Angular' da Teoria do Delito, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 573, julho de 1983, p. 315-329.

PINKER, S. **Como a Mente Funciona**. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

PRADO, L. R.; BITENCOURT, C. R. **Elementos de Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SANTOS, J. C. dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2000.

SEARLE, J. **Mente, Cérebro e Ciência**, Lisboa: Biblioteca de Filosofia Contemporânea, edições 70, 1984.

VALLEJO, M. J. **El Concepto de Acción en la Dogmática Penal**. Madrid: Editorial Colex, 1994.

WELZEL, H. **Derecho Penal**: Parte General. Buenos Aires: De Palma, 1956.

WESSELS, J. **Direito Penal**: Parte Geral. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1976.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ZAFFARONI, E. R. Síntesis de algunas implicaciones del concepto finalista de la conducta em la teoría general del delito. **Ministério Público do Estado do Paraná**, Curitiba, vol. 06, p. 71-80, 1976.