

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A intuição do dolo em direito penal: correlatos neurais da teoria da mente, raciocínio indutivo e a garantia da convicção justificada
Intuitive attribution of criminal intent: neural correlates of theory of mind, inductive reasoning and the guarantee of justified cognition

Thiago Dias de Matos Diniz

Renato César Cardoso

VOLUME 8 • Nº 2 • AGO • 2018
DOSSIÊ ESPECIAL: INDUÇÃO DE COMPORTAMENTOS
(NEUROLAW): DIREITO, PSICOLOGIA E NEUROCIÊNCIA

Sumário

EDITORIAL	24
O Direito na fronteira da razão: Psicologia, neurociência e economia comportamental	24
Patrícia Perrone Campos Mello e Sergio Nojiri	
I. NEURODIREITO: COGNIÇÃO, EMOÇÃO, JUÍZOS MORAIS E CIÊNCIA	26
PENSAR DIREITO E EMOÇÃO: UMA CARTOGRAFIA	28
Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca Luna	
NEURODIREITO: O INÍCIO, O FIM E O MEIO	49
Carlos Marden e Leonardo Martins Wykrota	
ENSAIO JURÍDICO SOBRE A RACIONALIDADE HUMANA: MAIORES, CAPAZES E IRRACIONAIS	65
André Perin Schmidt Neto e Eugênio Facchini Neto	
DIVERGÊNCIAS DE PRINCÍPIO: ARGUMENTOS JURÍDICOS E MORAIS EM UM CENÁRIO DE DESACORDOS SOCIAIS	90
André Matos de Almeida Oliveira, Pâmela de Rezende Côrtes e Leonardo Martins Wykrota	
CONSILIÊNCIA E A POSSIBILIDADE DO NEURODIREITO: DA DESCONFIANÇA À RECONCILIAÇÃO DISCIPLINAR	117
Thaís de Bessa Gontijo de Oliveira e Renato César Cardoso	
MODELOS DE MORALIDADE	144
Molly J. Crockett	
A INFELIZ BUSCA POR FELICIDADE NO DIREITO	154
Úrsula Simões da Costa Cunha Vasconcellost, Noel Struchiner e Ivar Hannikainen	
ALÉM DA LIBERDADE: PERSPECTIVAS EM NIETZSCHE	178
Lucas Costa de Oliveira	
A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS SOB A PERSPECTIVA DO DESENVOLVIMENTO HUMANO: AS CONTRIBUIÇÕES DA PSICOLOGIA POSITIVA	193
Simone de Biazzi Ávila Batista da Silveira e Deise Brião Ferraz	
NEUROIMAGIOLOGIA E AVALIAÇÃO DE RESPONSABILIDADE	213
Nicole A. Vincent	

II. NUDGES: INDUÇÃO DE COMPORTAMENTOS E POLÍTICAS PÚBLICAS	233
ANÁLISE CRÍTICA DA ORIENTAÇÃO DE CIDADÃOS COMO MÉTODO PARA OTIMIZAR DECISÕES PÚBLICAS POR MEIO DA TÉCNICA NUDGE.....	235
Luciana Cristina Souza, Karen Tobias França Ramos e Sônia Carolina Romão Viana Perdigão	
POLÍTICAS PÚBLICAS E O DEVER DE MONITORAMENTO: “LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO”	252
Ana Paula de Barcellos	
NUDGES E POLÍTICAS PÚBLICAS: UM MECANISMO DE COMBATE AO TRABALHO EM CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO	267
Amanda Carolina Souza Silva, Débhora Renata Nunes Rodrigues e Saul Duarte Tibaldi	
REDUZINDO A TRIBUTAÇÃO COGNITIVA: LIÇÕES COMPORTAMENTAIS PARA A DIMINUIÇÃO DOS EFEITOS PSICOLÓGICOS ADVERSOS DA POBREZA.....	288
Leandro Novais e Silva, Luiz Felipe Drummond Teixeira, Gabriel Salgueiro Soares e Otávio Augusto Andrade Santos	
POLÍTICAS PÚBLICAS EM SUICÍDIO: DO PATERNALISMO CLÁSSICO AO PATERNALISMO LIBERTÁRIO E NUDGING	327
Davi de Paiva Costa Tangerino, Gabriel Cabral e Henrique Olive	
NUDGES COMO POLÍTICA PÚBLICA PARA AUMENTAR O ESCASSO NÚMERO DE DOADORES DE ÓRGÃOS PARA TRANSPLANTE	369
Roberta Marina Cioatto e Adriana de Alencar Gomes Pinheiro	
OS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE PARA CONTRATAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL: NUDGE OU OBRIGAÇÃO LEGAL? UM OLHAR SOBRE AS DUAS PERSPECTIVAS	386
Cíntia Muniz Rebouças de Alencar Araripe e Raquel Cavalcanti Ramos Machado	
PATERNALISMO LIBERTÁRIO E PROTEÇÃO JURÍDICA DO AMBIENTE: POR QUE PROTEGER O AMBIENTE TAMBÉM DEVE SER PROTEGER AS LIBERDADES?	406
Mariana Carvalho Victor Coelho e Patryck de Araujo Ayala	
POLÍTICAS PÚBLICAS BASEADAS EM EVIDÊNCIAS COMPORTAMENTAIS: REFLEXÕES A PARTIR DO PROJETO DE LEI 488/2017 DO SENADO	429
Pâmela de Rezende Côrtes, André Matos de Almeida Oliveira e Fabiano Teodoro de Rezende Lara	
III. ECONOMIA COMPORTAMENTAL: VIESES COGNITIVOS E POLÍTICAS PÚBLICAS	455
ECONOMIA COMPORTAMENTAL E DIREITO: A RACIONALIDADE EM MUDANÇA	457
Marcia Carla Pereira Ribeiro e Victor Hugo Domingues	
VIESES COGNITIVOS E DESENHO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	473
Benjamin Miranda Tabak e Pedro Henrique Rincon Amaral	

A NEUROCIÊNCIA DA MORALIDADE NA TOMADA DE DECISÕES JURÍDICAS COMPLEXAS E NO DESENHO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	493
Erik Navarro Wolkart	
DESVIO DE CARÁTER OU SIMPLEMENTE HUMANO? ECONOMIA COMPORTAMENTAL APLICADA AO COMPORTAMENTO DESONESTO.....	524
Diana Orghian, Gabriel Cabral, André Pinto e Alessandra Fontana	
POLÍTICAS PÚBLICAS E A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS: TOMADA DE DECISÃO, ARQUITETURA DE ESCOLHAS E EFETIVIDADE	543
Ana Elizabeth Neirão Reymão e Ricardo dos Santos Caçapietra	
BEHAVIORAL ECONOMICS E DIREITO DO CONSUMIDOR: NOVAS PERSPECTIVAS PARA O ENFRENTAMENTO DO SUPERENDIVIDAMENTO	568
Samir Alves Daura	
A EDUCAÇÃO FORMAL PARA O CONSUMO É GARANTIA PARA UMA PRESENÇA REFLETIDA DO CONSUMIDOR NO MERCADO? UMA ANÁLISE COM BASE NA BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS (ECONOMIA COMPORTAMENTAL)	600
Marcia Carla Pereira Ribeiro e Edson Mitsuo Tiujo	
LIBET, DETERMINISMO E CONSUMO: AS INFLUÊNCIAS DO MARKETING E A RELEVÂNCIA DA DELIBERAÇÃO CONSCIENTE NA SUPERAÇÃO CONDICIONAL DE HÁBITOS DE CONSUMO PERIGOSOS.....	616
Émilien Vilas Boas Reis e Leonardo Cordeiro de Gusmão	
CIÊNCIA DO DIREITO TRIBUTÁRIO, ECONOMIA COMPORTAMENTAL E EXTRAFISCALIDADE.....	640
Hugo de Brito Machado Segundo	
IV. COMPORTAMENTO JUDICIAL: INFLUÊNCIA DE FATORES EXTRAJURÍDICOS	660
FATORES METAPROCESSUAIS E SUAS INFLUÊNCIAS PARA A FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL	662
Rogério Roberto Gonçalves de Abreu, Lúcio Grassi de Gouveia e Virgínia Colares	
“A VIDA COMO ELA É”: COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO NAS CORTES.....	689
Patrícia Perrone Campos Mello	
A COMPOSIÇÃO DO ÓRGÃO COLEGIADO E SEUS EFEITOS NA TOMADA DE DECISÃO	720
André Garcia Leão Reis Valadares	
DAS 11 ILHAS AO CENTRO DO ARQUIPÉLAGO: OS SUPERPODERES DO PRESIDENTE DO STF DURANTE O RECESSO JUDICIAL E FÉRIAS	741
José Mário Wanderley Gomes Neto e Flávia Danielle Santiago Lima	

RAZÃO, EMOÇÃO E DELIBERAÇÃO: AS ADEQUAÇÕES REGIMENTAIS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA A FORMAÇÃO DE PRECEDENTES EFICAZES	758
Peter Panutto e Lana Olivi Chaim	
HEURÍSTICA DE ANCORAGEM E FIXAÇÃO DE DANOS MORAIS EM JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS NO RIO DE JANEIRO: UMA NOVA ANÁLISE	778
Fernando Leal e Leandro Molhano Ribeiro	
LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS FRENTE A LAS FUNCIONES DISCIPLINARIAS DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS: SUBSIDIARIEDAD Y DEFERENCIA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.....	801
Jorge Ernesto Roa Roa	
V. A INFLUÊNCIA DO GÊNERO NO PROCESSO DECISÓRIO JUDICIAL.....	824
COMO OS JUÍZES DECIDEM OS CASOS DE ESTUPRO? ANÁLISANDO SENTENÇAS SOB A PERSPECTIVA DE VIESES E ESTEREÓTIPOS DE GÊNERO	826
Gabriela Perissinotto de Almeida e Sérgio Nojiri	
GÊNERO E COMPORTAMENTO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: OS MINISTROS CONFIAM MENOS EM RELATORAS MULHERES?.....	855
Juliana Cesario Alvim Gomes, Rafaela Nogueira e Diego Werneck Arguelhes	
HÉRCULES, HERMES E A PEQUENA SEREIA: UMA REFLEXÃO SOBRE ESTEREÓTIPOS DE GÊNERO, SUBPRESENTAÇÃO DAS MULHERES NOS TRIBUNAIS E (I)LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO.....	878
Jane Reis Gonçalves Pereira e Renan Medeiros de Oliveira	
PRISÃO CAUTELAR DE GESTANTES: ANÁLISE DO FUNDAMENTO FILOSÓFICO DA DECISÃO DO HABEAS CORPUS N. 143.641	912
Artur César Souza e Giovania Tatibana de Souza	
VI. NEURODIREITO APLICADO AO DIREITO E AO PROCESSO PENAL.....	926
CÉREBROS QUE PUNEM: UMA REVISÃO CRÍTICA DA NEUROCIÊNCIA DA PUNIÇÃO	928
Ricardo de Lins e Horta	
A INTUIÇÃO DO DOLO EM DIREITO PENAL: CORRELATOS NEURAIIS DA TEORIA DA MENTE, RACIOCÍNIO INDUTIVO E A GARANTIA DA CONVICÇÃO JUSTIFICADA.....	946
Thiago Dias de Matos Diniz e Renato César Cardoso	
AS COMUNIDADES EPISTÊMICAS PENAIIS E A PRODUÇÃO LEGISLATIVA EM MATÉRIA CRIMINAL.....	961
Stéphane Enguéléguélé	

DELINQUÊNCIA JUVENIL: RELAÇÕES ENTRE DESENVOLVIMENTO, FUNÇÕES EXECUTIVAS E COMPORTAMENTO SOCIAL NA ADOLESCÊNCIA	980
André Vilela Komatsu, Rafaelle CS Costa e Marina Rezende Bazon	
LÍMITES TEMPORALES A LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD ATENDIENDO AL DESARROLLO PSICOSOCIAL.....	1001
Silvio Cuneo Nash	
NEUROLAW E AS PERSPECTIVAS PARA UMA ANÁLISE OBJETIVA DO COMPORTAMENTO SUGESTIONADO: REPERCUSSÃO DAS FALSAS MEMÓRIAS NA ESFERA PENAL.....	1017
Mariana Dionísio de Andrade, Marina Andrade Cartaxo e Rafael Gonçalves Mota	
A FALIBILIDADE DA MEMÓRIA NOS RELATOS TESTEMUNHAIS AS IMPLICAÇÕES DAS FALSAS MEMÓRIAS NO CONTEXTO DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL	1036
Caroline Navas Viana	
A (IR)REPETIBILIDADE DA PROVA PENAL DEPENDENTE DA MEMÓRIA: UMA DISCUSSÃO COM BASE NA PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO.....	1058
William Weber Ceconello, Gustavo Noronha de Avila e Lilian Milnitsky Stein	

A intuição do dolo em direito penal: correlatos neurais da teoria da mente, raciocínio indutivo e a garantia da convicção justificada*

Intuitive attribution of criminal intent: neural correlates of theory of mind, inductive reasoning and the guarantee of justified cognition

Thiago Dias de Matos Diniz**

Renato César Cardoso***

RESUMO

Esse artigo integra resultados significativos das ciências cognitivas contemporâneas — especialmente de estudos com imagens obtidas por ressonância magnética funcional e apoiados em psicologia comportamental — para a compreensão da construção argumentativa do dolo em direito penal, bem como de uma seletividade penal política e moralmente focada no nível psicológico-individual. Tanto os elementos psicológicos que se encontram subjacentes à conceituação e classificação dos tipos dolosos quanto os vieses que afetam o juízo de imputação do elemento subjetivo são tematizados sob um enfoque empírico. Uma vantagem dessa abordagem interdisciplinar é tornar evidente, entre outros aspectos, a associação natural e espontânea de institutos jurídicos, especialmente penais, com concepções morais pronta e automaticamente disponíveis, e os limites de eficácia de tradicionais garantias cognitivas do juízo penal. A metodologia utilizada foi preponderantemente a revisão de literatura, tanto na área específica da neurociência, destacadamente, correlatos neurais da Teoria da Mente (ToM), quanto da psicologia comportamental, com foco nos fatores intervenientes na atribuição de conhecimento, vontade e intenção (estados mentais) aos agentes, e sua relação com o sentido social (normativo) da sua ação. Foram verificadas assimetrias na avaliação de ações moralmente relevantes, que considera diversos fatores além dos estados mentais do agente (conhecimento e vontade) — os quais, inclusive, podem ser determinados não como premissa, mas como justificacão de uma reprovação intuitiva. Identificou-se uma base psicológica da punição a título de dolo eventual, conforme o processamento cerebral dos efeitos colaterais negativos de uma ação. Constatou-se um efeito do perfil do agente (histórico de condutas etc.) na avaliação da reprovabilidade, da intencionalidade e, inclusive, da contribuição causal da sua ação em relação ao efeito lesivo. Por fim, notou-se que a interpretação de uma ação como intencional pode variar conforme se mostre materialmente danosa, ou apenas violadora de uma norma social. Esses resultados são importantes para o direito penal, especialmente para balizar o reforço permanente das suas garantias.

* Recebido em 31/05/2018
Aprovado em 20/07/2018

** Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestrado em conclusão na Faculdade de Direito da UFMG, na área de Direito Penal, Filosofia do Direito e Interdisciplinaridade. Pesquisador nas áreas de Teoria do Direito, Hermenêutica Jurídica, Teoria do Delito e Novas Tecnologias Aplicadas ao Direito. Advogado.
E-mail: thiago.dias.diniz@gmail.com

*** Professor Associado na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Colaborador do Programa de Pós-graduação em Neurociências da Universidade Federal de Minas Gerais.
E-mail: renatocardoso@hotmail.com

Palavras-chave: Neurodireito. Vieses no Raciocínio Judicial. Teoria da Mente. Dolo. Direito e Garantias Penais.

ABSTRACT

This article takes relevant evidences from contemporary cognitive sciences – especially behavioural and fMRI studies – to understand the argumentative elaboration of criminal intent (dolo) and the selectivity of criminal policy, politically and morally focused on the psychological and individual level. Both the psychological elements, which underlie conceptualization and classification of intentional crimes, and the biases that affect the judgment of subjective elements adscription are issued with an empirical and interdisciplinary approach. So it is possible to explore the natural and spontaneous association of legal institutes, criminal especially, and some readily available moral conceptions; also the limits of efficacy of some traditional cognitive guarantees within the criminal process. The employed methodology was mainly bibliographical review, both on neuroscience, mainly, on neural correlates of Theory of Mind, and behavioural psychology, with emphasis on intervenient factors on attribution of knowledge, will and intention (mental states) to agents, and its relationship with the social (normative) meaning of his action. Some asymmetries on actions evaluations were identified, in a way that signalizes other factors beyond the agent's mental states (knowledge and will) to play an important role on their moral status – actually, those same states may play a role not as premises on moral judgement, but to further justify some initial intuitive reprobation. A psychological base for conditional intent (dolo eventual) was also identified, according to the neural processing of negative side effects of some actions. Furthermore, there is a noticeable effect of the agent's previous record on the evaluation of blame, intentionality and of the causal contribution of his action to the verified result. Finally, the interpretation of an action as intentional may vary depending on its occurrence along with a harmful event, or its being only a violation of social norm. These results are important to criminal law, especially to guide the never-ending efforts to make its guarantees effective.

Keywords: *Neurolaw*. Judicial Reasoning Biases. Theory of Mind. Criminal Intent. Criminal Law's Guarantees.

1. INTRODUÇÃO

Grande parte do mérito da Teoria do Garantismo Penal reside nas garantias processuais oferecidas, especialmente aquelas de caráter epistemológico, que asseguram critérios pragmáticos de decisão ou condições de justificação do raciocínio indutivo judicial.

A aplicação em juízo das normas relativas ao elemento subjetivo do tipo, dando-se normalmente por satisfeita com a determinação doutrinária do conceito de dolo, seja por meio de elementos psicológicos (por exemplo, a intenção do agente), ou normativos (por exemplo, o perigo criado), costuma negligenciar a necessidade processual de justificação lógico-indutiva explícita e consistente com os elementos do conceito adotado, como se sua verificação dependesse, em regra, de uma intuição sobre o caso concreto.

Quando se opta, deontologicamente, pelo modelo de direito penal garantista, suas implicações lógicas devem, na medida do possível, ser seguidas. É inegável, porém, que, se o direito penal pressupõe, substancialmente, uma base moral, os preceitos da razão garantista podem, em alguma medida, entrar em choque com certas intuições naturais, como descritas pelo modelo intuicionista social e conforme a linha de estudos nas ciências cognitivas que avançaram, nesse sentido, nas últimas décadas. Indaga-se, então, pelos contornos desse choque entre, por um lado, a argumentação que segue idealmente os critérios lógicos da verdade

processual (formal), para se alcançar uma determinação da esfera subjetiva do autor ou do sentido social da sua ação, e, por outro lado, um raciocínio socialmente funcional, mantido, especialmente, por presunções espontaneamente induzidas. Como se verá, os fundamentos teóricos do dolo têm, ainda, que avançar, bem além da divisão entre psicologismo e normativismo.

O modelo cognitivo-garantista de aproximação da verdade processual, firmada como hipótese explicativa, de natureza provável, dado um conjunto de fatos, dos elementos fundamentadores do tipo de ação imputada a um sujeito¹, pode ser descrito como uma inferência indutiva, cujas premissas contém a descrição do fato e as respectivas provas, “além de generalidades habitualmente subentendidas (entimemáticas) no atendimento de experiências análogas”², ao que sucede a conclusão, com “a enunciação do fato que se aceita como provado pelas premissas e que equivale à sua hipótese de explicação”³.

Assim, a verificação, em cada caso, da ocorrência dos elementos constitutivos do tipo penal limita-se a uma comprovação “logicamente provável ou razoavelmente plausível de acordo com um ou vários princípios de indução”⁴. Trataremos neste artigo de um modo pelo qual esse processo logicamente indutivo é influenciado, de partida, por nossas intuições morais. Ou do modo pelo qual, por outro lado, também pode apresentar-se como uma racionalização posterior (*post hoc*) de um julgamento moral inicialmente intuitivo.

Especialmente complexa, se torna a questão quando se consideram não apenas o fato delituoso e sua autoria, mas o caráter intencional da ação que fundamenta o injusto, o elemento subjetivo, em regra, dos tipos, e a intenção que se tem normalmente atribuída aos agentes de crimes mais graves. Desde a concepção ética platônica-aristotélica, o propósito deliberado ou a intenção do agente é expressamente tratado e justificado como um aspecto fundamental da ação para a sua responsabilização moral⁵. Levá-la em consideração é essencial para a valoração e interpretação do sentido da conduta⁶.

Assim, importa indagar que implicação teria o fato — comprovado em estudos comportamentais e de neuroimagem, com ressonância magnética funcional, a seguir descritos — de que nossas atribuições de intenções se encontram de partida, especialmente no contexto que interessa ao direito penal, enviesadas, dado que nosso cérebro funciona naturalmente como “acusador intuitivo”⁷, buscando evidência, no agente, de estados mentais que indiquem dolo no caso de eventos danosos ou cujo resultado é incerto.

A relevância dessa investigação é patente quando se trata, na interpretação e argumentação jurídico-penal, de verificar o ônus da prova e a admissibilidade de provas indiretas ou indiciárias do dolo, e, sobretudo, para criticar presunções de fato veladas que pragmaticamente sustentam em juízo a comprovação do elemento subjetivo. Além disso, reflete uma percepção já defendida segundo a qual, muitas vezes, para se modificarem as práticas penais, “o ponto de vista deve mover-se do plano metodológico e epistemológico para o plano ontológico”⁸, ou empírico. Este parece especialmente o caso quando se tematiza “a hegemonia da concepção subjetivista/individualista/psicologista nas teorias do crime e da pena desenvolvidas no Brasil e sua repercussão em termos de práticas institucionais penais”⁹. As capacidades preventivas do direito penal, que devem orientar a elaboração das suas categorias dogmáticas, suas capacidades de atuação em cada caso,

1 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 125.

2 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 55.

3 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 55.

4 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 56.

5 ARISTÓTELES. *Retórica*. In: ARISTÓTELES: *Obras completas*. 2. ed. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa; Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005. v. 8. t. 1. p. 147, 1374b.

6 WELZEL, Hans. *Teoria de la acción finalista*. Buenos Aires: Depalma, 1951.

7 SCHOLZ, J.; SAXE, R.; YOUNG, L. *Neural evidence for “intuitive prosecution”*: the use of mental state information for negative moral verdicts. Disponível em: <http://saxelab.mit.edu/resources/papers/in_press/IntuitiveProsecution_SN.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2018.

8 SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. A relação entre criminogênese e práticas penais e o debate sobre a teoria da ação entre subjetivistas e objetivistas. *Rev. Bras. Polit. Públicas*, Brasília, v. 8, n.1, 2018. p. 127.

9 SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. A relação entre criminogênese e práticas penais e o debate sobre a teoria da ação entre subjetivistas e objetivistas. *Rev. Bras. Polit. Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, 2018. p. 131.

assim como a capacidade de operacionalizar um ordenamento processual com garantias dependem invariavelmente, como todo fenômeno normativo, de condições de eficácia que se deparam justamente no plano fático ou empírico¹⁰, as quais são especialmente sensíveis no campo do direito penal. Um descompasso entre categorias penais efetivamente aplicadas e as demandas ou garantias processuais de justificação repercute, enfim, no obscurecimento dos limites da intervenção penal no âmbito da subjetividade daquele que se encontra sob a força persecutória do aparato estatal.

Na primeira seção do artigo, serão descritas, com base nas ciências cognitivas, as relações entre o raciocínio moral, intuição moral e Teoria da Mente, especialmente no que pode afetar a prova cotidiana do dolo. Na segunda seção, será abordada a estrutura retórica comum dos juízos de atribuição do dolo e a necessidade de critérios para sua comprovação, o que pode se mostrar mais sensível conforme o tipo de delito em questão. A compreensão de mecanismos naturais por trás dos nossos juízos morais e de critérios necessários à convicção motivada em processo penal pode viabilizar um controle maior sobre as decisões judiciais — contra o decisionismo processual ou intuições não justificadas da epistemologia antigarantista.

Metodologicamente, o tópico selecionado em ciência cognitiva, conforme a demanda do nosso objeto de estudo, é, como destacado, a Teoria da Mente (ToM). Para início de pesquisa sobre o tema, utilizou-se, na plataforma Scielo, em busca por todos os índices, o indexador “Theory of Mind”, e foram revisadas todas as entradas que não diziam respeito, unicamente, a deficiências específicas e aprendizagem infantil. A maior atenção foi direcionada a artigos que versam sobre as relações entre Teoria da Mente e formação dos juízos morais — os quais impactam a teoria e prática penais e reforçam a seletividade do sistema penal. Antes, porém, alguns artigos ajudaram a compreender o desenvolvimento do conceito no campo das neurociências. Com base nas referências então encontradas, foi possível traçar o estado atual das pesquisas nesse campo, com base nos autores normalmente citados com seus estudos seminais e de maior impacto na comunidade científica, bem como desdobramentos desses estudos, em artigos que se referenciam, entre os autores da área, em concordância ou discordância — havendo, curiosamente, mais pontos de concordância do que discordância nessa área, naquilo que interessa ao nosso estudo. Ainda na revisão de literatura nesse campo, foi feita uma busca no Google Acadêmico com os índices “Theory of Mind” e “moral”, simultaneamente, e foram selecionados para a revisão os artigos e livros encontrados que complementavam ou diziam respeito, diretamente, à bibliografia previamente estudada. Os resultados dessas pesquisas são, no decorrer deste trabalho, relacionados ao campo de atuação do sistema penal, especialmente no que afeta à delimitação das condutas típicas dolosas — cuja definição não prescinde, em um Estado Democrático, de um apoio nas razões que justificam a punição em maior grau pelo aparato sancionador estatal, ou seja, nas razões de política criminal balizadas pelos fins do direito penal e inseparáveis das condições empíricas de atuação que lhes subjazem.

2. O MODELO INTUICIONISTA SOCIAL

Com a noção de intuição moral, faremos referência ao processo rápido e automático de valoração espontânea de uma pessoa ou ação, sem consciência do caminho lógico ou dos motivos internos que teriam conduzido a esse juízo valorativo. O raciocínio moral, por outro lado, pode ser definido como uma atividade mental conscientemente controlada, que processa a informação disponível sobre as pessoas e suas ações para chegar a um julgamento moral¹¹.

Haidt defende o Princípio da Primazia Intuitiva, segundo o qual o raciocínio moral, diante de um fato

10 A esse respeito, CALIL, Mário Lúcio Garcez; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. A formulação da agenda político-criminal com base no modelo de ciência conjunta do direito penal. *Rev. Bras. Polit. Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 44-48, 2018.

11 HAIDT, J. The new synthesis in moral psychology. *Science*, v. 316, maio 2007. p. 998.

dado, é normalmente “um processo *post hoc* no qual buscamos evidência para sustentar nossa reação intuitiva inicial”¹². Ademais, raramente se buscam hipóteses ou evidências desconformes à primeira impressão, e as pessoas, em geral, “são muito boas em encontrar suporte para aquilo em que desejam acreditar”¹³.

Um exemplo de intuição moral fortemente arraigada é o peso dado às volições e intenções no juízo de reprovabilidade de uma ação, que chegam, inclusive, a preponderar sobre as contrições externas sobre agente, por exemplo, a possibilidade de conduta diversa. Woolfolk, Doris e Darley, em um estudo desse aspecto da culpa moral, apresentaram aos participantes a seguinte estória: um homem está viajando de avião com a esposa e o melhor amigo, e, sabendo que tiveram um caso amoroso, deseja mata-lo. O avião é sequestrado, e os criminosos obrigam o homem a atirar na cabeça do amigo; caso contrário, todos morrem. Em uma variação da estória, quando o avião é tomado, o homem já não desejava matar o amigo, pois o havia perdoado. Os participantes no estudo, em geral, julgaram o homem mais responsável e reprovável pela morte do amigo no primeiro caso, mesmo que seu desejo não tivesse nenhuma influência causal no resultado¹⁴.

Em outro estudo, Alicke mostrou que um agente que acelerava o carro desmedidamente com o fim de chegar rápido à sua casa para esconder cocaína que havia deixado à vista era julgado, na ocorrência de um acidente, como mais reprovável e mais responsável, *causalmente*, pelo acidente, em relação a um indivíduo que tivesse acelerado igualmente com o fim de esconder um presente que havia comprado para os pais¹⁵.

Diferenças individuais na disposição para engajar em processos cognitivos, ou, por outro lado, processos intuitivos ou emocionais, determinam diferentes respostas a dilemas morais clássicos¹⁶. O padrão de predisposição a uma avaliação cognitiva parece relacionar-se com os preceitos da ética utilitarista, com base na ativação do respectivo subsistema cerebral em padrões neurais no córtex pré-frontal, correlacionados ao raciocínio abstrato e controle cognitivo¹⁷. Esse padrão explicaria punições mais lenientes, capazes de ponderar fatores situacionais, pessoais, entre outros, especialmente em face de comportamentos imprudentes ou negligentes, enquanto indivíduos mais predispostos ao padrão afetivo-emocional tendem a punir mais severamente esse tipo de conduta, reagindo automaticamente a resultados danosos, que são, assim, levados mais em conta¹⁸.

3. OS CORRELATOS NEURAIS DA ATRIBUIÇÃO DE ESTADOS MENTAIS

Entre nove e doze meses de idade, crianças são capazes de representar, distintamente, as finalidades de um agente e alguns dos meios disponíveis para alcançá-las, e já esperam desse agente, com base nisso, um comportamento racionalmente mais econômico¹⁹. Aproximadamente aos dois anos de idade, as crianças adquirem o conceito de desejo, reconhecem que outras pessoas podem ter desejos diferentes e são capazes de inferi-los mesmo de ações incompletas ou tentadas²⁰. Crianças de aproximadamente cinco anos de idade²¹

12 HAIDT, J. The new synthesis in moral psychology. *Science*, v. 316, maio 2007. p. 998.

13 HAIDT, J. The new synthesis in moral psychology. *Science*, v. 316, maio 2007. p. 998.

14 WOOLFOLK, R. L.; DORIS, J. M.; DARLEY, J. M. Identification, situational constraint, and social cognition: Studies in the attribution of moral responsibility. *Cognitio*, v. 100, n. 2, 2006.

15 ALICKE, M. D. Culpable causation. *Journal of Personality and Social Psychology*, n. 63, 1992, p. 369.

16 GREENE, J. D. et al. An fMRI Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgment. *Science*, 2001, p. 2105-2108.

17 GREENE, J. D. et al. The Neural Bases of Cognitive Conflict and Control in Moral Judgment. *Neuron*, v. 44, p. 389-400, out. 2004.

18 YOUNG, L.; SAXE, R. Innocent intentions: A correlation between forgiveness for accidental harm and neural activity. *Neuropsychologia*, v. 47, n.10, 2009. p. 2070.

19 CSIBRA, Gergely. Teleological and referential understanding of action in infancy. *Philosophical Transactions of The Royal Society B Biological Sciences*, v. 358, n. 1431, 2003, p. 447-458.

20 MALLE, F.; GUGLIELMO, S.; MONROE, A. E. Moral, Cognitive and Social: The nature of blame. In: FORGAS, J. et al. *Social Thinking and interpersonal behaviour*. Philadelphia, PA: Psychology Press, 2011. p. 317.

21 Ressalvando a possibilidade de que essa capacidade já se verifique mais cedo ou conforme variações individuais no desenvolvi-

são capazes de formular predições de comportamento, explicitamente, a partir da inferência de crenças e intenções de outra pessoa, ou seja, baseadas em modelos internos relativamente abstratos sobre a mente dos outros em geral.

Em síntese, Teoria da Mente (ToM) é uma categoria ou habilidade cognitiva que designa o fato de pensarmos nos estados mentais de outras pessoas (pensamentos, desejos, intenções etc.)²². Essa capacidade de inferir estados mentais, especialmente a percepção ou atribuição de falsas crenças, ou sensibilidade à presença e ausência de conhecimento em outro sujeito, pode ser notada, inclusive, por meio de experimentos que não se baseiam na capacidade de articulação e interpretação verbal, em crianças de três anos²³ e até mesmo de dezoito meses de idade²⁴.

Predições de comportamento com base na inferência de estados mentais apresentam correlação com padrão de atividade da junção temporoparietal direita, conforme estudos com ressonância magnética funcional. Quando o resultado de uma ação é esperado, ou consistente com a intenção atribuída ao agente, identifica-se um padrão de atividade menor, ao passo que desvios da predição, um resultado incompatível com a intenção previamente representada, resultam em uma ativação maior²⁵. Nesse caso, o processo de integração entre uma intuição inicial sobre a intenção do agente observado e o resultado verificado demanda um esforço cognitivo maior, e exige uma maturação da região apontada, que ocorre, em média, aos sete anos de idade.

Isso significa que apenas então se verifica a capacidade de desculpar ou atenuar a culpa por danos acidentais causados por uma pessoa. Indivíduos com danos na junção temporoparietal direita, autismo, ou submetidos à estimulação magnética transcraniana nessa região, apesar de obterem sucesso em adscrever crenças falsas, perdem aquela capacidade e, além disso, julgam as meras tentativas de dano como menos reprováveis. Mesmo entre adultos, há evidência de relevante variação individual na atribuição de culpa a causadores de danos acidentais²⁶.

Investigações futuras dessas diferenças individuais podem apontar explicações para as variações nos juízos, em direito, sobre aquilo que se entende pela razoabilidade do erro de fato, no âmbito da tipicidade penal, bem como sobre a linha tênue que separa o dolo eventual da culpa consciente.

Tratando-se da reprovabilidade do comportamento acidentalmente danoso, seu processamento, pelo cérebro, é mais complexo. As pessoas ultrapassam as explicações retrospectivas, a história causal (interna, situacional ou cultural) do comportamento, e iniciam considerações prospectivas sobre a recorrência potencial do comportamento e suas possibilidades de antecipação ou prevenção²⁷ — com o que notamos, ainda, que considerações extradogmáticas ou conforme a metodologia teleológica, de política criminal, são necessárias já para a compreensão de aspectos fundamentais da tipicidade, como o elemento subjetivo, conforme

mento. SAXE, R. The new puzzle of Theory of Mind Development. In: BANAJI, M. R.; GELMAN, S. A. (Eds.). *Navigating the social world: what infants, children, and other species can teach us*. New York, NY, US: Oxford University Press, 2013.

22 BZDOK, Danilo et al. The neurobiology of moral cognition: relation to theory of mind, empathy, and mind-wandering. In: CLAUSEN, Jens; LEVY, Neil (Coord.). *Handbook of Neuroethics*. Heidelberg, Nova Iorque, Londres: Springer, 2015. p. 129.

23 RHODES, Marjorie; BRANDONE, Amanda C. Three-year-olds' theories of mind in actions and words. *Frontiers in Psychology*, v. 5, n. 263, 2014.

24 SODIAN, Beate. Theory of mind: the case for conceptual development. In: SCHNEIDER et al. *Young children's cognitive development: interrelationships among executive functioning, working memory, verbal ability, and theory of mind*. New York; London: Psychology Press, 2013. p. 100, 107. BJORKLUND; CORNIER; ROSENBERG. The evolution of theory of mind: big brains, social complexity and inhibition. In: SCHNEIDER, et al. *Young children's cognitive development: interrelationships among executive functioning, working memory, verbal ability, and theory of mind*. New York; London: Psychology Press, 2013. p. 160.

25 Para uma concepção diversa, KLIEMANN, D. et al. The influence of prior record on moral judgment. *Neuropsychologia*, v. 46, p. 2949–2957, 2008.

26 YOUNG, L.; SAXE, R. Innocent intentions: a correlation between forgiveness for accidental harm and neural activity. *Neuropsychologia*, v. 47, n. 10, p. 2065–2072, 2009.

27 MALLE, F.; GUGLIELMO, S.; MONROE, A. E. Moral, cognitive and social: the nature of blame. In: FORGAS, J. et al. *Social Thinking and interpersonal behaviour*. Philadelphia, PA: Psychology Press, 2011. p. 318.

já aceito por grande parte da doutrina²⁸.

Malle et al. entendem que, apesar de os casos de culpa, em sentido amplo, apresentarem elementos retributivos (retrospecção), “a função geral da culpa, e especialmente sua expressão social, é primariamente prospectiva (reformativa), pois é um dos instrumentos da comunidade para regular o comportamento”²⁹. Em um sentido análogo, se também pudermos entender, ainda que pela riqueza da imagem, os recursos básicos do sistema jurídico como aquisição evolutiva, a afirmação precedente faz eco ao funcionalismo sistêmico de Jakobs:

Uma falta de conhecimento é, *per se*, um déficit psíquico e nada mais, e no limite entre a reprovação da culpabilidade mais grave e a mais leve não pode orientar-se segundo o originado na psiquê, senão apenas segundo a função da reprovação de culpabilidade³⁰.

A consideração dessas colocações ilustra o modo como há, nas ciências penais, uma polarização que “estabelece, de um lado, fortes conexões entre uma ênfase estrutural/coletiva e o objetivismo, e, por outro, estreitas ligações entre uma perspectiva individualista/psicologista e o subjetivismo ligado à filosofia da consciência”³¹. Uma consequência do domínio da perspectiva metodológica individualista no campo penal teria sido a adoção, pelos sistemas jurídicos ocidentais, de um modelo de direito penal baseado na vontade e na finalidade do agente, de modo que as “fórmulas normativas que estruturam a positividade desse modelo de direito penal representam a institucionalização de uma concepção subjetivista da criminogênese”³². Por outro lado, acusa-se que uma “tendência jurídica de nosso tempo se dirige a uma concepção objetiva da personalidade penal, conforme a qual se atende mais às consequências materiais do ato, a lesão jurídica e a ofensa real ocasionada à sociedade, que à consciência e à intenção do sujeito ativo”³³.

Com o presente trabalho, mostramos de que modo ambas as perspectivas, que se fundamentam no plano teórico, encontram-se, empiricamente, no âmbito da formação cognitiva dos nossos juízos morais, inter-relacionadas e indissociáveis.

4. COGNIÇÃO MORAL E TEORIA DA MENTE

Os juízos sobre a reprovabilidade moral de uma conduta se pautam, entre outros fatores, alguns correlacionados, pelas crenças e desejos do agente, seus antecedentes, a relevância do dano, os meios utilizados e coerções externas identificáveis à sua conduta³⁴. Há, para cada um desses elementos, normas positivadas que eximem, atenuam, agravam ou qualificam a pena, segundo o juízo de reprovação pessoal (culpabilidade), e postulados de interpretação e aplicação do tipo penal, como a lesividade.

Nem a atribuição de intenções tampouco a cognição moral depende, apenas, do módulo da Teoria da Mente. O córtex pré-frontal dorsolateral já foi relacionado à “habilidade de gerar pensamentos independentes de estímulos para explicar aspectos dos estados mentais de outras pessoas que podem não ser dire-

28 ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 61 ss.

29 MALLE, F.; GUGLIELMO, S.; MONROE, A. E. Moral, cognitive and social: the nature of blame. In: FORGAS, J. et al. *Social Thinking and interpersonal behaviour*. Philadelphia, PA: Psychology Press, 2011. p. 318.

30 JAKOBS, Günther. La imputación jurídico-penal y las condiciones de la vigencia de la norma. In: DÍEZ, Carlos Gómez-Jara (Ed.). *Teoría de Sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Editorial Comares, 2005. p. 184.

31 SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. A relação entre criminogênese e práticas penais e o debate sobre a teoria da ação entre subjetivistas e objetivistas. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, 2018. p. 129-130.

32 SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. A relação entre criminogênese e práticas penais e o debate sobre a teoria da ação entre subjetivistas e objetivistas. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, 2018. p. 145.

33 SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. A relação entre criminogênese e práticas penais e o debate sobre a teoria da ação entre subjetivistas e objetivistas. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, 2018. p. 142-143.

34 KOSTER-HALE et al. Decoding moral judgments from neural representations of intentions. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, v. 110, n. 14, p. 5648-5653, 2013. p. 4.

tamente observáveis em seu comportamento”³⁵. Na miríade de fatores relacionados ao juízo de reprovação ou responsabilização, os contornos entre os dados externos e objetivos, de um lado, e os aspectos pessoais do autor, de outro, acabam muitas vezes se dissolvendo sob a névoa de hipóteses e fórmulas mágicas que transformam postulados e conceitos jurídicos em meras ideias regulativas — a exemplo do direito penal do fato e do dolo como conhecimento e vontade efetivos.

As intenções e desejos do agente ainda parecem ter, na nossa tradição cultural³⁶, a maior relevância no juízo moral. Resultados de meta-análise com base em vários experimentos com neuroimagem produzida com ressonância magnética funcional, destacando-se os padrões neurais verificados durante tarefas de cognição moral, revelaram uma sobreposição significativa com os padrões neurais identificados durante a ativação espontânea de uma Teoria da Mente³⁷.

A maior evidência de que uma região cerebral está envolvida em uma tarefa cognitiva refere-se ao fato de que uma interferência na região específica (por exemplo, por estimulação magnética transcraniana) resulta em vieses ou perturbação no desempenho da tarefa.

A estimulação transcraniana da junção temporo-parietal direita, mas não de regiões próximas selecionadas para controle, resultou em julgamentos morais desviados de considerações acerca dos estados mentais: importava menos o que o agente acreditava que estava fazendo, e mais o que efetivamente acontecia. Nesse caso, as pessoas não perdiam a habilidade de raciocinar moralmente, mas de integrar as considerações acerca dos estados mentais do agente em seus julgamentos morais³⁸.

A atribuição de maior intencionalidade, segundo os experimentos conduzidos por Young *et al.*³⁹, parece correlacionar-se com uma maior ativação da junção temporo-parietal. Enquanto ações eram descritas aos participantes, com menção explícita às crenças dos agentes, a ativação neural, destacada graficamente nessa região, apresentava uma resposta inicial que não dependia do valor da crença (negativa ou neutra), e, quando o resultado lhes era relatado, uma maior ativação dependia, sim, do valor do resultado (danoso ou não). Isso permite concluir que a atividade cognitiva associada a esses padrões neurais é explicada tanto por um processamento inicial das informações disponíveis sobre os conhecimentos e intenções dos agentes quanto pelo processo de integração subsequente desses conhecimentos com os resultados, com o fim de embasar o julgamento moral⁴⁰.

Há uma assimetria entre julgamentos morais de autores de crimes incompetentes ou inábeis, cujas crenças falsas preveniram o resultado intencionado de ocorrer, e de inocentes mal-afortunados, cujas crenças falsas os fizeram causar danos não intencionados⁴¹. Os primeiros julgamentos são severos, recrutando, especialmente, o módulo da Teoria da Mente. Os segundos não desculpa totalmente o agente pela causação do dano, e análises cerebrais revelaram o recrutamento de regiões associadas ao conflito cognitivo. Desse modo, no contexto de dano acidental previamente desconhecido, o observador precisa superar parcialmente, o julgamento espontâneo contra o dano, para desculpar o agente com base em sua falsa crença (erro). O julgamento moral, assim, parece representar “o produto de dois distintos e às vezes competitivos processos; um responsável pela representação de resultados danosos, e outro pela representação de cren-

35 SCHILBACH, L. et al. Introspective minds: using ale meta-analyses to study commonalities in the neural correlates of emotional processing, social and unconstrained cognition. *PLoS ONE*, v. 7, n. 2, e30920, 2012. p. 7.

36 Para um estudo sobre variações etnográficas no emprego dos conceitos de Teoria da Mente e sobre a possibilidade de uma base universal. LILLARD, A. Ethnopsychologies: cultural variations in theories of mind. *Psychological Bulletin*, v. 123, n. 1, p. 3-32, 1998.

37 BZDOK, Danilo e outros. The Neurobiology of moral cognition: relation to theory of mind, empathy, and mind-wandering. In: CLAUSEN, Jens; LEVY, Neil (Coord.). *Handbook of Neuroethics*. Heidelberg, Nova Iorque, Londres: Springer, 2015. p. 134-135.

38 KOSTER-HALE, J.; R. SAXE. *Functional neuroimaging of theory of mind: understanding other minds*. 3. ed. Baron-Cohen, Lombardo & Tager-Flusberg, 2013. p. 143.

39 YOUNG, L. et al. The neural basis of the interaction between theory of mind and moral judgment. *PNAS*, v. 104, n. 20, 2007.

40 KLIEMANN, D. et al. The influence of prior record on moral judgment. *Neuropsychologia*, v. 46, p. 2949–2957, 2008. p. 2950.

41 YOUNG, L. et al. The neural basis of the interaction between theory of mind and moral judgment. *PNAS*, v. 104, n. 20, 2007. p. 8239.

ças e intenções⁴². Nosso direito reconhece a impunibilidade de ambos os extremos, não punindo o crime impossível (tentativa inidônea), a despeito da intenção do agente, nem a cogitação delitiva, refletida em atos meramente preparatórios.

5. A BASE PSICOLÓGICA-INTUITIVA DO DOLO EVENTUAL

Alguns institutos ou categorias jurídicas parecem contar com um suporte intuitivo evidenciado na experiência. Por exemplo, pesquisas comportamentais e testes com neuroimagem atestam, curiosamente, que há uma atribuição espontânea de conhecimentos, intenções e vontade — ou dos elementos associados ao dolo — a agentes coletivos, a qual é dissociada da mesma atribuição a seus membros ou dirigentes, sendo uma independente da outra⁴³. Assim como a pragmática cognitiva⁴⁴ não veria problema em conceber-se uma intenção do legislador como primeiro balizador interpretativo do sentido, igualmente a suposta estrutura psicológica do dolo (psicologismo) já não é cabível como argumento contrário à responsabilização penal de pessoas jurídicas — a qual pode, entretanto, ser criticada por outras razões.

Quanto ao que nos interessa especialmente no momento, na esteira dos estudos sobre Teoria da Mente e cognição moral, é possível traçar disposições ou tendências neurais para o processamento do dolo eventual. Seu fundamento empírico-psicológico estaria, entre outros fatores, naquilo que Knobe descobriu como o fenômeno do efeito colateral⁴⁵.

Como visto, as pessoas empregam uma Teoria da Mente para justificar suas convicções morais, e o oposto, também, ocorre: essas convicções servem como *input* para o processo que subjaz à aplicação dos conceitos da Teoria da Mente⁴⁶ — inferência de estados mentais como crenças e intenções. Assim, o que determina se as pessoas percebem um comportamento como intencional ou não pode ser, antes, o próprio *status* moral intuído por meio do comportamento — qualificação que pode estar enviesada por fatores como o resultado danoso.

Knobe aponta essa relação de mão dupla entre Teoria da Mente e raciocínio moral por meio do seguinte estudo seminal, em que breves descrições de uma situação eram feitas aos participantes⁴⁷. No primeiro cenário, o CEO de uma companhia sabia que o novo programa lucrativo a ser implantado danificaria o meio ambiente, mas ele não se importava; o programa era iniciado, e o meio ambiente danificado. Nesse caso, 85% dos participantes consideraram intencional a conduta. No segundo cenário, o programa lucrativo ajudaria o ambiente, o CEO, também, o sabia e não se importava, havendo, de fato, ajudado o meio ambiente. Nessa situação, 23% dos participantes julgaram intencional a conduta.

Diversa, ainda, é a situação quando há risco quanto à ocorrência de um resultado incerto (efeito colateral da ação adotada). Se aquele CEO sabe que um efeito danoso ou benéfico ao meio ambiente pode ocorrer, mas este não é certo, em face do que se mantém indiferente (ou simplesmente não deixa de agir), e o resultado vem a ser danoso, as pessoas tendem a julgar sua ação como efetivamente intencional, e o resultado como desejado, de fato, por ele. Caso contrário, se o resultado for benéfico, tende a ser visto como não intencionado, e nenhum mérito assiste ao CEO.

A investigação da linguagem e da psicologia popular por trás desse tipo de viés vem sendo tematizada

42 YOUNG, L. et al. The neural basis of the interaction between theory of mind and moral judgment. *PNAS*, v. 104, n. 20, 2007. p. 8239.

43 JENKINS et al. The neural bases of directed and spontaneous mental state attributions to group agents. *PLoSOne*, v. 9, n. 8, e105341, 2014.

44 GRICE, Paul. Meaning revisited. In: SMITH, N. V. (Ed.). *Mutual knowledge*. New York: Academic Press, 1982. p. 223–243.

45 KNOBE, J. Intentional action and side effects in ordinary language. *Analysis*, v. 63, p. 190–193, 2003.

46 KNOBE, J. Theory of mind and moral cognition: exploring the connections. *Trends in Cognitive Sciences*, v. 9, n. 8, 2005. p. 357.

47 KNOBE, J. Theory of mind and moral cognition: exploring the connections. *Trends in Cognitive Sciences*, v. 9, n. 8, 2005, p. 358.

pela chamada filosofia experimental⁴⁸. Segundo Mele, há evidências de que a concepção popular de ação intencional está longe de ser unânime e uma mesma pessoa pode, inclusive, apresentar concepções assimétricas no juízo sobre ações particulares, acerca da respectiva intencionalidade, conforme seus efeitos sejam valorados positiva ou negativamente⁴⁹.

6. A RELEVÂNCIA DO HISTÓRICO DO AGENTE NA ATRIBUIÇÃO DE INTENÇÃO E REPROVABILIDADE MORAL DA CONDUTA

O registro de qualquer antecedente negativo, seja a conduta social (moral), ou alguma juridicamente ilícita, conduz a que os sujeitos atribuam, espontaneamente, mais intencionalidade, ou, no caso do direito, dolo, a agentes que causam resultados negativos. Assim concluem Kliemann, Young, Scholz, e Saxe, na esteira da literatura especializada⁵⁰. E suscitam uma vez mais a questão: esse efeito é causa ou consequência de uma mudança no julgamento moral, ou seja, de um aumento da reprovabilidade da conduta⁵¹?

No experimento por eles conduzido, participantes, primeiramente, jogaram, aos pares, um jogo econômico de investimento, no qual poderia haver jogadas cooperativas ou, por parte dos jogadores injustos, trapaçadas. Em um segundo momento, os participantes leram pequenas vinhetas que descreviam uma ação de algum dos jogadores (identificado), a qual mostrava um resultado positivo ou negativo. Nenhuma informação era dada sobre a intenção dos agentes. Ao final, foi pedido aos participantes que avaliassem, em uma escala, quão intencional era a ação descrita e quão reprovável era. Essa atividade foi conduzida dentro de um escâner de ressonância magnética funcional. Os resultados obtidos foram os seguintes: quanto maior a diferenciação feita, pelos participantes, entre jogadores justos e injustos em seus investimentos, mais os participantes julgavam que jogadores injustos intencionavam o resultado negativo em níveis maiores que os jogadores justos o teriam feito; os participantes julgaram jogadores previamente injustos como merecedores de mais culpa em relação aos jogadores justos, quando suas ações tinham resultado negativo; e os participantes foram significativamente mais lentos ao julgar jogadores previamente justos cujas ações tiveram resultados negativos⁵².

Destacou-se, no experimento, que o viés no julgamento moral foi acompanhado por um padrão de ativação neural. A junção temporo-parietal mostrou resposta significativamente maior aos resultados danosos causados pelos agentes injustos. Uma descoberta relevante referiu-se ao fato de que o efeito do caráter do jogador sobre a resposta neural do participante ocorria em um momento posterior na escala de tempo, posteriormente ao julgamento moral. A interpretação oferecida pelos pesquisadores é que, após os sujeitos julgarem uma ação como reprovável, eles continuam a considerar o estado mental possível do agente, o que significaria que os sujeitos de início e intuitivamente condenam o referido agente por causar o resultado negativo verificado, e, em momento subsequente, tentam justificar instintivamente o impulso inicial ao atribuir-lhes intenções negativas⁵³.

48 KNOBE, J. Intentional action and side effects in ordinary language. *Analysis*, v. 63, p. 190-193, 2003. p. 191.

49 MELE, Alfred R. Folk Conceptions of Intentional Action. *Philosophical Issues*, v. 22, 2012. p. 293. Nesse mesmo texto, trata das diferentes concepções populares envolvendo ações intencionais e sua relação com efeitos colaterais e fortuitos, e propõe reformulações do experimento de Knobe. Sobre o mesmo tópico, Frank Hindriks conclui que a noção de ação intencional deve ser analisada em termos de razões normativas subjacentes. HINDRIKS, Frank. Intentional action and the praise-blame asymmetry. *The Philosophical Quarterly*, v. 58, n. 233, out. 2008. p. 641.

50 KLIEMANN, D. et al. The influence of prior record on moral judgment. *Neuropsychologia*, v. 46, 2008. p. 2950.

51 KLIEMANN, D. et al. The influence of prior record on moral judgment. *Neuropsychologia*, v. 46, 2008. p. 2950.

52 KLIEMANN, D. et al. The influence of prior record on moral judgment. *Neuropsychologia*, v. 46, p. 2949–2957, 2008. p. 2955.

53 KLIEMANN, D. et al. The influence of prior record on moral judgment. *Neuropsychologia*, v. 46, p. 2949–2957, 2008. p. 2958.

7. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DESAFIOS EMPÍRICOS DA PROVA DO DOLO

Dado o fenômeno da racionalização moral, por meio do que os sujeitos buscam “evidências” *post hoc* para amparar seu julgamento, é preciso atenção para os expedientes de justificação jurídica que visam a racionalizar, sem comprovação empírica, um pré-julgamento sobre determinadas condutas. Nesse sentido, é comum o apelo a danos hipotéticos ou consequências inventadas⁵⁴. Em direito penal, isso pode ser identificado em argumentações sobre o tipo objetivo (presunção de lesões ou perigo de lesões, especialmente de bens jurídicos coletivos), que violam o postulado da lesividade, assim como no entendimento jurisprudencial sobre a verificação do tipo subjetivo, que, a partir da hipótese de lesão a suposto bem jurídico (alguns também criados *ad hoc*), acaba, de fato, a depender do grau do risco criado sobre o bem, atribuindo o dolo. Isso não seria, por si, um problema, desde que se adotasse uma concepção normativa do dolo, ou seja, desde que se considerasse seu elemento determinante, especialmente a vontade, não em sentido psicológico, com independência, portanto, do que o agente efetivamente quis ou assumiu como risco — o que não é o caso do direito brasileiro⁵⁵. Assim, a consideração dos vieses sobre a adscrição de estados mentais ganha ainda mais relevância no nosso cenário.

Nos crimes de resultado, diante da ocorrência do evento danoso, há, conforme observado, uma presunção de fato do dolo. O elemento subjetivo, assim, no juízo condenatório penal, é dado em uma premissa implícita (entimemática), cuja plausibilidade é sustentada conforme o modelo da psicologia popular⁵⁶: espera-se que os agentes sejam consistentes e coerentes em suas ações⁵⁷, assumindo-se, portanto, que agem em conformidade com suas crenças. Uma imputação ainda menos onerada argumentativamente é comum nos crimes de mera conduta e parecer requerer, para tanto, uma racionalização adicional sobre danos hipotéticos, como meio de esquivar-se, veladamente, do ônus de prova e justificação do dolo.

Há diferentes modos, com variação na estrutura linguística e conceitual, pelos quais um observador pode explicar uma ação intencional, sujeito à interferência do viés pessoal, da assimetria entre fatores pessoais *vs* fatores situacionais na base da explicação, ou mesmo da relevância explicativa dos antecedentes causais das razões ou motivos do agente⁵⁸.

A explicação de uma ação intencional, no juízo penal, confunde-se em parte com a justificação — verificação probatória controlada ou convicção motivada — da tipicidade subjetiva da conduta. Há, porém, uma diferença entre explicação e justificação para a qual pouco se atentou no problema de fundamentação do dolo. A justificação pressupõe, nesse caso, um controle das hipóteses explicativas — limitando o subjetivismo inquisitivo judicial. Esse controle implica, com base nas garantias processuais penais, a validade epistemológica de critérios, com base nos quais se possa decidir entre hipóteses concorrentes, o que significa tornar previamente explícito, por exemplo, o peso relativo da personalidade do autor, da sua conduta social e dos seus conhecimentos especiais, como provas indiretas ou indiciárias do dolo, diante de circunstâncias objetivas que permitam, hipotética e racionalmente, uma conclusão diversa. Implica, em termos gerais, que o intérprete judicial deve conscientizar-se e tornar explícitas, de partida, as premissas fáticas que adota e enfrentar qualquer hipótese mais racional ou mesmo contra-intuitiva que se lhe possa apresentar, a qual deve prevalecer, em benefício do réu, na falta de prova direta do elemento subjetivo a ser provado — o que pode não ser tão marcante nos tipos que constituem o núcleo do direito penal, mas pode implicar resultados significativamente diversos em âmbitos penais nos quais os sentidos da ação e do resultado são mais fluidos.

54 SCHOLZ, J.; SAXE, R.; YOUNG, L. *Neural evidence for “intuitive prosecution”*: The use of mental state information for negative moral verdicts. Disponível em: <http://saxelab.mit.edu/resources/papers/in_press/IntuitiveProsecution_SN.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2018.

55 Vide, por todos, e com considerável análise, TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 333.

56 GODFREY-SMITH, Peter. Folk Psychology as a Model. *Philosopher's Imprint*, v. 5, n. 6, p. 1-16, nov. 2005.

57 HAMILTON; SHERMAN apud KOSTER-HALE, J.; R. SAXE. Theory of Mind: a neural prediction problem. *Neuron*, v. 79, 2013. p. 841.

58 MALLE, Bertram F. How People explain behavior: a new theoretical framework. *Personality and Social Psychology Review*, v. 3, n. 1, p. 23-48, 1999.

8. Considerações finais

A atribuição de crenças ou intenções é um processo que ocorre espontânea e naturalmente no cérebro. Como tal, já é possível testá-lo e, inclusive, manipulá-lo — em laboratório, por meio de estimulação transcraniana, ressonância magnética funcional, ou em pesquisa comportamental, conforme sejam introduzidos e constatados vieses de julgamento. Se crenças e intenções, o que equivale a dizer ações conscientes e intencionais, são relevantes para o direito, e se o processo natural subjacente à sua atribuição, apesar de evolutiva e cotidianamente adaptado, é suscetível a tantos vieses justamente nos casos de condenação por atos ilícitos — contrariamente ao modelo cognitivo racional-reflexivo pressuposto nas regras de prova e conhecimento (garantias) em um processo judicial —, então cabe indagar se, em função disso, o direito penal, em seu aspecto conceitual e prático, é de algum modo abalado.

O relevo em aspectos internos do agente, identificados como estados mentais, franquearam o uso de conceitos como conhecimento, crença, intenção e vontade, os quais estiveram, na tradição ocidental, profundamente vinculados ao juízo moral, quando requisitados no campo da razão prática. Isso não se deve tanto a uma conquista conceitual-abstrata — a qual pode, sim, ter reforçado aquele vínculo —, mas a condicionantes possivelmente universais — ou, pelo menos, salientes nas culturas ocidentais hegemônicas — da cognição humana, especialmente da apreciação de cenários social e moralmente relevantes. Entendendo um pouco mais dessas bases naturais do fenômeno associado à atribuição de culpa e intencionalidade, e de posse de ferramentas que permitem rastrear, na medida do possível, sua ocorrência empírica, vislumbram-se ganhos tanto para a tarefa analítica-pragmática de esclarecimento dos usos cotidianos daqueles conceitos psicológicos, quanto para a revisão crítica e permanente das nossas concepções normativas.

Especialmente para a qualificação de um caso como doloso, que, no direito brasileiro, confunde-se com a atribuição de conhecimento e vontade ao agente direcionados à realização dos elementos do tipo penal, constatou-se que são natural e espontaneamente considerados diversos fatores além daqueles estados mentais, que, empiricamente, são processados pelo cérebro — como visto em análises de correlação com os padrões neurais verificados em tarefas cognitivas que recrutam a atribuição daqueles estados — não como ponto de partida (premissa), mas como justificção de uma reprovação intuitiva. Há uma base psicológica para a reprovação ou punição mais graves de uma ação, conforme a percepção dos efeitos colaterais negativos dessa ação — que determina, retroativamente, seu próprio caráter intencional. A consideração da vida pregressa ou da personalidade do agente, tão comum nas instituições que aplicam o direito penal, é indissociável da avaliação da reprovabilidade, da intencionalidade e, inclusive, da contribuição causal da sua ação em relação ao resultado lesivo — ainda que nosso sistema de garantias preveja que sejamos julgados não por aquilo que somos, mas pelas nossas ações.

REFERÊNCIAS

- ALICKE, M. D. Culpable causation. *Journal of Personality and Social Psychology*, n. 63, p. 368–378, 1992.
- ARISTÓTELES. Retórica. In: ARISTÓTELES: *Obras completas*. 2. ed. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa; Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005. v. 8, t. 1.
- BJORKLUND; CORNIER; ROSENBERG. The evolution of theory of mind: big brains, social complexity and inhibition. In: SCHNEIDER, et al. *Young children's cognitive development: interrelationships among executive functioning, working memory, verbal ability, and theory of mind*. New York; London: Psychology Press, 2013. p. 147-174.
- BZDOK, Danilo et al. The neurobiology of moral cognition: relation to theory of mind, empathy, and mind-wandering. In: CLAUSEN, Jens; LEVY, Neil (Coord.). *Handbook of Neuroethics*. Heidelberg. Nova

Iorque, Londres: Springer, 2015.

CALIL, Mário Lúcio Garcez; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. A formulação da agenda político-criminal com base no modelo de ciência conjunta do direito penal. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 36-53, 2018.

CSIBRA, Gergely. Teleological and referential understanding of action in infancy. *Philosophical Transactions of The Royal Society B Biological Sciences*, v. 358, n. 1431, p. 447-458, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GODFREY-SMITH, Peter. Folk Psychology as a Model. *Philosopher's Imprint*, v. 5, n. 6, p. 1-16, nov. 2005.

GREENE, J. D. et al. An fMRI Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgment. *Science*, p. 2105-2108, 2001.

GREENE, J. D. et al. The neural bases of cognitive conflict and control in moral judgment. *Neuron*, v. 44, p. 389-400, out. 2004,

GREGO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRICE, Paul. Meaning revisited. In: SMITH, N. V. (Ed.). *Mutual Knowledge*. New York: Academic Press, 1982. p. 223-243.

HAIDT, J. The new synthesis in moral psychology. *Science*, v. 316, p. 998-1002, maio 2007.

HINDRIKS, Frank. Intentional Action and the Praise-Blame Asymmetry. *The Philosophical Quarterly*, v. 58, n. 233, out. 2008.

JAKOBS, Günther. La imputación jurídico-penal y las condiciones de la vigencia de la norma. In: DÍEZ, Carlos Gómez-Jara (Ed.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Editorial Comares, 2005.

JENKINS, A. C. et al. The neural bases of directed and spontaneous mental state attributions to group agents. *PLoSOne*, v. 9, n. 8, e105341, 2014.

KLIEMANN, D. et al. The influence of prior record on moral judgment. *Neuropsychologia*, v. 46, p. 2949-2957, 2008.

KNOBE, J. Intentional action and side effects in ordinary language. *Analysis*, v. 63, p. 190-193, 2003.

KNOBE, J. Theory of mind and moral cognition: exploring the connections. *Trends in Cognitive Sciences*, v. 9, n. 8, p. 357-359, 2005.

KOSTER-HALE, J. et al. Decoding moral judgments from neural representations of intentions. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, v. 110, n. 14, p. 5648-5653, 2013.

KOSTER-HALE, J.; SAXE, R. *Functional neuroimaging of theory of mind: understanding other minds*. 3. ed. Baron-Cohen, Lombardo & Tager-Flusberg, 2013. p. 132-163.

KOSTER-HALE, J.; SAXE, R. Theory of Mind: a neural prediction problem. *Neuron*, v. 79, p. 836-848, 2013.

LILLARD, A. Ethnopsychologies: cultural variations in theories of mind. *Psychological Bulletin*, v. 123, n. 1, p. 3-32, 1998.

MALLE, Bertram F. How People explain behavior: a new theoretical framework. *Personality and Social Psychology Review*, v. 3, n. 1, p. 23-48, 1999.

MALLE, F.; GUGLIELMO, S.; MONROE, A. E. Moral, cognitive and social: the nature of blame. In: FORGAS, J. et al. *Social thinking and interpersonal behaviour*. Philadelphia, PA: Psychology Press, 2011, p. 313-331.

- MELE, Alfred R. Folk Conceptions of Intentional Action. *Philosophical Issues*, v. 22, 2012.
- PIZARRO, D. A.; UHLMANN, E.; BLOOM, P. Causal deviance and the attribution of moral responsibility. *Journal of Experimental Social Psychology*, n. 39, p. 653–660, 2003.
- RHODES, Marjorie; BRANDONE, Amanda C. Three-year-olds' theories of mind in actions and words. *Frontiers in Psychology*, v. 5, n. 263, 2014.
- ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. A relação entre criminogênese e práticas penais e o debate sobre a teoria da ação entre subjetivistas e objetivistas. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 127-161, 2018.
- SAXE, R. The new puzzle of Theory of Mind Development. In: BANAJI, M. R.; GELMAN, S. A. (Eds.). *Navigating the social world: what infants, children, and other species can teach us*. New York, NY, US: Oxford University Press, 2013.
- SCHILBACH, L. et al. Introspective minds: using ALE meta-analyses to study commonalities in the neural correlates of emotional processing, social and unconstrained cognition. *PLoS ONE*, v. 7, n. 2, e30920, 2012.
- SCHOLZ, J.; SAXE, R.; YOUNG, L. *Neural evidence for “intuitive prosecution”*: the use of mental state information for negative moral verdicts. Disponível em: <http://saxelab.mit.edu/resources/papers/in_press/IntuitiveProsecution_SN.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2018.
- SODIAN, Beate. Theory of mind: the case for conceptual development. In: SCHNEIDER et al. *Young children's cognitive development: interrelationships among executive functioning, working memory, verbal ability, and theory of mind*. New York; London: Psychology Press, 2013. p. 95-131.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- WELZEL, Hans. *Teoria de la acción finalista*. Buenos Aires: Depalma, 1951.
- WOOLFOLK, R. L.; DORIS, J. M.; DARLEY, J. M. Identification, situational constraint, and social cognition: studies in the attribution of moral responsibility. *Cognition*, v. 100, n. 2, p. 283–301, 2006.
- YOUNG, L. et al. The neural basis of the interaction between theory of mind and moral judgment. *PNAS*, v. 104, n. 20, p. 8235-8240, 2007.
- YOUNG, L.; SAXE, R. Innocent intentions: A correlation between forgiveness for accidental harm and neural activity. *Neuropsychologia*, v. 47, n. 10, p. 2065-2072, 2009.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.