



**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**O status ontológico dos estados mentais**

**The ontological status of mental states**

Carl-Friedrich Stuckenberg

**VOLUME 13 • Nº 1 • ABR • 2023**

**PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL, O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL**

# Sumário

<b>FUNDAMENTOS DO SISTEMA JURÍDICO-PENAL.....</b>	<b>13</b>
<b>EDITORIAL .....</b>	<b>15</b>
<b>AS RELAÇÕES DE COMPLEMENTARIDADE ENTRE DIREITO PENAL, DIREITO PROCESSUAL PENAL E POLÍTICA CRIMINAL.....</b>	<b>19</b>
Felipe da Costa De-Lorenzi, Guilherme Francisco Ceolin e Bruno Tadeu Buonicore	
<b>FINALIDADES E FUNÇÕES DO PROCESSO PENAL.....</b>	<b>42</b>
Cornelius Prittwitz	
<b>O STATUS ONTOLÓGICO DOS ESTADOS MENTAIS .....</b>	<b>52</b>
Carl-Friedrich Stuckenberg	
<b>REFLEXÕES SOBRE O SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO: PRISÃO, DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....</b>	<b>67</b>
Luís Roberto Barroso e Andre Luiz Silva Araujo	
<b>DIREITO PENAL .....</b>	<b>85</b>
<b>A TENTATIVA NA OMISSÃO IMPRÓPRIA: UM ESBOÇO SOBRE A DELIMITAÇÃO ENTRE ATOS PREPARATÓRIOS E INÍCIO DA EXECUÇÃO.....</b>	<b>87</b>
Guilherme Góes e Janice Santin	
<b>TUTELA PENAL DO CLIMA: DA IMPORTÂNCIA DA TEORIA DO BEM JURÍDICO À AUTONOMIA DO EQUILÍBRIO CLIMÁTICO DIANTE DO BEM AMBIENTAL .....</b>	<b>110</b>
Marcelo Bauer Pertille	
<b>POR UMA DETRAÇÃO COMPENSATÓRIA ENQUANTO DISPOSITIVO DE UMA POLÍTICA CRIMINAL REDUTORA DE DANOS.....</b>	<b>130</b>
Patricia Carlos Magno e Leonardo Furtado Carvalho	
<b>DIREITO PROCESSUAL .....</b>	<b>159</b>
<b>DO PROCESSO-ROCCO AO PROCESSO-RISCO: O PARADIGMA NEGOCIAL TORNANDO DÉMODÉE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO .....</b>	<b>161</b>
Rui Carlo Dissenha e Ana Paula Kosak	
<b>UM SISTEMA DE INFORMANTES? NOTAS SOBRE O DIREITO AO CONFRONTO E O ESTÍMULO A UMA JUSTIÇA CRIMINAL UNDERGROUND .....</b>	<b>180</b>
Ruiz Ritter e Ricardo Jacobsen Gloeckner	

<b>A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 492, I, “E”, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO .....</b>	<b>213</b>
Felipe Lazzari da Silveira	
<b>A FUNÇÃO GARANTISTA PROCESSUAL DOS PRINCÍPIOS RESTAURATIVOS .....</b>	<b>231</b>
Selma Pereira de Santana e Rubens Lira Barros Pacheco	
<b>POLÍTICA CRIMINAL.....</b>	<b>270</b>
<b>POLÍTICA (PÚBLICA) CRIMINAL, CIÊNCIA DO DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIAS: APORTES PARA UMA CONSTRUTIVA RELAÇÃO DE INTERDISCIPLINARIDADE .....</b>	<b>272</b>
Marcelo Buttelli Ramos	
<b>POLÍTICA CRIMINAL: UMA POLÍTICA PÚBLICA RELATIVA À MATÉRIA CRIMINAL.....</b>	<b>293</b>
Strauss Vidrich de Souza e Fernanda Carolina de Araujo Ifanger	
<b>MONITORAMENTO PRISIONAL NO BRASIL: EXPANSÃO INSTITUCIONAL EM TEMPOS DE AMBIGUIDADE NA POLÍTICA CRIMINAL.....</b>	<b>307</b>
Guilherme Augusto Dornelles de Souza e Lígia Mori Madeira	
<b>ABOLICIONISMO E HEGEMONIA NO CAMPO DE DISCURSIVIDADE DOS SABERES PENAIS .....</b>	<b>343</b>
Lucas Villa e Bruno Amaral Machado	
<b>OUTROS TEMAS .....</b>	<b>365</b>
<b>CLIMATE CHANGE AND BUSINESS DEVELOPMENT: A CRITICAL ANALYSIS OF WAYS TO ACHIEVE SUSTAINABLE DEVELOPMENT .....</b>	<b>367</b>
Mona Mahecha e Monika Punia	
<b>O PROGRAMA INOVAR AUTO E O ALCANCE DA IGUALDADE DE COMPETIÇÃO FRENTE ÀS CLÁUSULAS DA NAÇÃO MAIS FAVORITA E DO TRATAMENTO NACIONAL DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO.....</b>	<b>385</b>
Keite Wieira	
<b>PROTEÇÃO DE DADOS E INSTITUIÇÕES DE ENSINO: O QUE FAZER COM DADOS DE ALUNOS?.....</b>	<b>402</b>
Fabrício Vasconcelos Gomes, Marcelo Castro Cunha Filho e Victor Nóbrega Luccas	
<b>THE NON-AFFILIATES IN CHINA’S POLITICAL PARTY SYSTEM: HOW TO PLAY A ROLE? .....</b>	<b>422</b>
Di Zhou	
<b>THE CHINESE ‘SHARP EYES’ SYSTEM IN THE ERA OF HYPER SURVEILLANCE: BETWEEN STATE USE AND RISKS TO PRIVACY .....</b>	<b>440</b>
Mateus de Oliveira Fornasier e Gustavo Silveira Borges	

**The ontological status of mental states**

Carl-Friedrich Stuckenberg\*\*

**Resumo**

O artigo investiga o status ontológico dos elementos subjetivos do delito. Para isso, expõe a visão jurídica tradicional a respeito das propriedades dos “estados mentais” e as críticas a ela apresentadas, abordando igualmente a questão relativa à influência de outros ramos da ciência, como a psicologia e a filosofia. Conclui-se que os termos relativos aos estados mentais são abstrações, construtos usados em operações teóricas de um método interpretativo, de modo que parece preferível dizer que eles são atribuídos ou imputados e não meramente declarados ou observados. Contudo, que apesar disso inexistem razões convincentes para que o direito não trate tais elementos como fatos, pois, na prática jurídica, é amplamente irrelevante se “intenção” ou “conhecimento” sejam entendidos como fatos psicológicos a serem provados ou construtos teóricos a serem atribuídos, uma vez que a base factual necessária sempre consistirá em apenas dois tipos de dados: as autodeclarações da perspectiva em primeira pessoa e o comportamento observado (no contexto) como interpretado da perspectiva em terceira pessoa, de modo que todas as inferências permissíveis serão realizadas independentemente do quadro teórico preferido e do status ontológico assumido.

**Palavras-chave:** elemento subjetivo do delito; psicologia; filosofia da mente; direito penal.

**Abstract**

The paper investigates the ontological status of mens rea. To do so, it presents the traditional legal view regarding the properties of “mental states” and the criticisms raised against it, also addressing the question of the influence of other branches of science, such as psychology and philosophy. It is concluded that mens rea terms are abstractions, constructs used in theoretical operations of an interpretative method so that it appears preferable to say that they are assigned, ascribed or attributed and not merely stated or observed. However, despite this there are no compelling reasons for the law not to treat mens rea terms like facts. In legal practice it is largely irrelevant whether e.g. “intent” and “knowledge” are understood as psychological facts to be proved or theoretical constructs to be ascribed because the necessary factual basis always consists of only two types of data: Self-reports from the first-person perspective and observed behavior (in context) as interpreted from the third-person perspective. As a result, all permissible inferences will be made regardless of the preferred theoretical framework and ontological status.

**Keywords:** mens rea; psychology; philosophy of mind; criminal law.

\* Artigo convidado

Publicação original: Manuscrito inédito apresentado no workshop How Much Mind do We Need for Responsibility? Intentionality Between Mentality and Accountability, organizado pela Profa. Dra. Tatjana Hörnle e pelo Prof. Dr. Ralf Stoecker, em Bielefeld, Alemanha, no ano de 2015. Uma versão alemã abreviada foi publicada como contribuição para o livro em homenagem pelos 70 anos do Prof. Dr. Kindhäuser, de 2019. Tradução de Tatiana Badaró. Doutora em Direito pela UFMG. Professora de Teoria do Crime da Faculdade CEDIN. Advogada criminalista. E-mail: tatianambadaro@gmail.com. Revisão de Guilherme Francisco Ceolin. Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS. Advogado criminalista. E-mail: guilherme.f.ceolin@gmail.com.

\*\* Doutor em Direito (Uni-Bonn/Alemanha). Professor de Direito Penal, Direito Penal Internacional, Direito Processual Penal, Direito Penal Comparado e História do Direito Penal (Uni-Bonn/Alemanha). E-mail: stuckenberg@jura.uni-bonn.de



## 1 A distinção legal entre fatos e direito

Este tópico levanta uma questão que talvez apenas juristas fariam. Outras disciplinas podem se contentar totalmente em responder “sim” a ambas as partes da questão: sim, componentes da *mens rea*<sup>1</sup> como intenção e conhecimento são fenômenos psicológicos e, sim, esses são atribuídos a pessoas. Ainda assim, a pergunta inicial se refere à distinção fundamental que existe em todo sistema legal entre “fatos” e “aplicação da lei” a esses fatos. Nos tribunais, os fatos são estabelecidos de acordo com as regras do direito probatório e, se os fatos relevantes são suficientemente provados, o julgador irá subsumi-los às normas jurídicas relevantes a fim de responder à questão que estiver em causa no processo, tal como “o acusado é culpado do crime imputado?”. Portanto, pelo menos na visão da metodologia tradicional, o status ontológico de estados mentais como intenção ou conhecimento parece ser crucial: são fatos a serem provados ou são qualidades jurídicas estabelecidas pela aplicação das regras jurídicas a outros fatos comprovados, como um comportamento externo observável, e então atribuídas ou imputadas ao comportamento e eventualmente, à pessoa cujo comportamento está em questão?

Essa distinção não é uma mera sutileza conceitual desprovida de relevância prática. No processo penal, há algumas consequências ligadas à divisão conceitual entre questões de fato e questões de direito. No sistema anglo-americano, isso corresponde a uma divisão institucional do trabalho entre juiz e júri: o júri, na condição de apurador do fato, lida, exclusivamente, com a questão factual; enquanto os juízes cuidam da etapa normativa.<sup>2</sup> Em julgamentos por juízes e na maioria dos sistemas de *Civil Law*, juízes profissionais e leigos cuidam de ambas as etapas. Outra consequência da divisão é a diferença fundamental entre o funcionamento do processo probatório e a aplicação do direito penal material. O processo probatório tem o objetivo de chegar a uma constatação fática *verdadeira*, no sentido da ingênua teoria da correspondência. Essa operação pode falhar se não houver informações inequívocas suficientes para atender ao *standard* probatório aplicável, por exemplo, prova além de dúvida razoável ou *convicção íntima*, e o apurador dos fatos determinará um resultado de acordo com o ônus da prova atribuído.<sup>3</sup> Se a determinação do dolo é uma questão de fato e não há prova suficiente disso, então o acusado se beneficiará da dúvida e não poderá ser responsabilizado pela prática dolosa do crime imputado. Se a determinação do dolo é uma questão de direito, não há espaço para dúvida factual; pode-se sempre chegar a uma conclusão normativa inequívoca; estejam os pressupostos da noção legal de dolo, em face das provas, presentes ou não. Essa conclusão não tem qualquer valor de verdade, mas é juridicamente sólida ou incorreta.<sup>4</sup> Isso leva a outras consequências porque, em muitos sistemas jurídicos, erros judiciais em relação aos fatos e erros judiciais em relação ao direito são tratados de formas diferentes no que diz respeito ao recurso: um erro em relação aos fatos pode ou não levar à reforma da decisão ou a um novo julgamento, mas muitos tribunais de apelação analisam, apenas, erros em relação ao direito. Assim, os remédios disponíveis e os respectivos obstáculos que os recorrentes têm de superar podem diferir conforme o erro seja de fato ou de direito.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Nota da tradutora [N.T.]: A expressão latina *mens rea*, cuja tradução literal é “mente culpada”, é utilizada pelo direito penal anglo-saxão para se referir ao estado mental que a lei exige que a acusação seja capaz de atribuir ao agente para que ele possa ser condenado pela prática de determinado crime.

<sup>2</sup> Ver apenas Shapira-Ettinger, 28 Cardozo L. Rev. 2577 (2006–07).

<sup>3</sup> Shapira-Ettinger, 28 Cardozo L. Rev. 2577, 2583 e s. (2006–07).

<sup>4</sup> Shapira-Ettinger, 28 Cardozo L. Rev. 2577, 2583 (2006–07).

<sup>5</sup> Shapira-Ettinger, 28 Cardozo L. Rev. 2577, 2584 (2006–07).

## 2 Advertência: usos descritivos e normativos de termos da *mens rea*

“Palavras são ferramentas”, de modo que, “no mínimo”, como diz Austin, “devemos usar ferramentas limpas [e] saber o que queremos dizer e o que não queremos”.<sup>6</sup> Nesse sentido, parece útil notar que a questão sobre qual é a natureza da *mens rea* tem dois aspectos. O primeiro aspecto diz respeito ao fato notório de que vários termos legais, que, em uma determinada norma jurídica, figuram como premissas de consequências jurídicas, podem ser utilizados de duas formas: descritiva, diagnóstica ou explicativa e normativa ou valorativa.<sup>7</sup> No sentido descritivo, *mens rea* ou termos da culpabilidade como “*intention*”, “*Vorsatz*” ou “*dolus*” parecem se referir a objetos do mundo real extralegal, estados mentais, fenômenos psicológicos. No sentido normativo, “intenção criminosa” se refere a todos os tipos de comportamento que são considerados tão condenáveis quanto a conduta intencional paradigmática.

Isso é mais evidente quando a lei utiliza ficções como “intenção normativa” (*constructive intent*) ou “intenção implícita” (*implied intent*), como a hoje abolida “malícia normativa” (*constructive malice*) da lei de homicídios inglesa e a ainda existente “malícia implícita” (*implied malice*), a qual equipara a intenção de causar lesões corporais graves à intenção de matar. Na mesma linha, uma doutrina proeminente do *ius commune* da Europa Continental tratava uma pessoa que intencionalmente feriu outra com uma arma letal *como se* ela tivesse a intenção de matar (“*tenetur ac si habuisset animum occidendi*”, “*aeque in dolo est ac si animum occidendi haberet*”<sup>8</sup>), quando a vítima morria posteriormente em razão do ferimento.

Esse tipo de uso normativo pode ser observado, também, com os ingredientes definidores da “*criminal intent*” ou “*dolus*”, tais como “conhecimento” e “vontade”, *scientia* e *voluntas/animus*. O direito inglês desenvolveu as noções de “conivência” (*connivance*), “cegueira deliberada” (*wilful blindness*) ou “conhecimento de segundo grau” (*knowledge of the second degree*)<sup>9</sup>, as quais têm equivalente nas noções de *ignorantia affectata*, *crassa et supina*, significando que “*ille, qui non vult scire, habetur pro sciente*”, as quais foram populares por centenas de anos no direito secular e também no direito canônico, em vigor até hoje (can. 1325 CIC 1983). O uso normativo é, ainda, mais frequente em conexão com “intenção” e “vontade”, ocorrendo tanto no discurso não jurídico quanto em atribuições legais, praticadas em julgamentos morais da vida cotidiana. Por

<sup>6</sup> Austin, *A Plea for Excuses*, in: Proceedings of the Aristotelian Society, New Series vol. 57 (1956), 1, 7.

<sup>7</sup> Duff, *Intention revisited*, in: Baker & Horder (eds.), *The Sanctity of Life and the Criminal Law* 148, p. 152–3, 170 (2013): atribuição de dolo “marca conclusões em lugar de premissas”; Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, p. 396 e ss. (p. 397): “O termo ‘intenção’ pode se referir tanto a um estado de intenção (independentemente de culpa) ou pode se referir a uma intenção de agir sob circunstâncias (...) que tornam um ato propriamente passível de culpa.”; Armin Kaufmann, *Festschrift von Weber*, p. 211 e s. (“O conceito de ‘Vorsatz’ denota duas coisas: por um lado, uma constatação psíquica ..., por outro lado, a forma mais grave de injusto ... ou a forma mais grave da culpabilidade ..., ou seja, a *diferença valorativa fundamental em relação ao grupo dos delitos culposos*.” (italico adicionado)); vgl. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, p. 27.; Ross, 70 *Harv.L.Rev.* 812, 817. (1957); ver também Lübbe-Wolff, *Rechtsfolgen und Realfolgen*, p. 61.; Schünemann, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*, S. 1, 55 e s.; idem., *Festschrift Roxin*, at 25 e s.; cf. Moore, *Placing Blame* 620 e ss. (1997/2010) (crítico). Este aspecto parece ter sido descoberto apenas recentemente em pesquisas sobre psicologia popular, resultados empíricos e sua interpretação ainda é controverso, ver e.g. Knobe & Mendlow, *The Good, the Bad and the Blameworthy: Understanding the Role of Evaluative Reasoning in Folk Psychology*, 24(2) *Journal of Theoretical and Philosophical Psy.* 252 e ss. (2004); Knobe, 130 *Philosophical Studies* 203–231 (2006); Pettit & Knobe, *The Pervasive Impact of Moral Judgment*, 24 *Mind & Language* 586 e ss. (2009); Shepard & Wolff, *Intentionality, Evaluative Judgments, and Causal Structure*, Proceedings of the 35th Annual Conference of the Cognitive Science Society 3390 e ss. (2013); contra Malle (nota 52 *infra*), p. 361; Guglielmo & Malle, *Can Unintended Side Effects Be Intentional? Resolving a Controversy Over Intentionality and Morality*, 36 *Personality and Social Psychology Bulletin* 1635 e ss (2010).

<sup>8</sup> E.g. Baldus, VI C. de furtis et servo corrupto, l. si quis servo, n. 2; I C. de episc. et cl. l. si quis non dicam; IV C. mandati l. mandati; Carpov, *Practica nova*, pars I, qu. 3, n. 2 f.: „Quamvis vero Dd. communiter dolosum homicidium istud solum appellent, quod ex voluntate ac animo occidendi committitur ... Hoc tamen falsum esse, & dolosum homicidium quandoque absque voluntate & animo occidendi perpetrari, supra quaest. 1. n. 28. demonstratum fuit: Nimirum, quando quis nolens occidere pravo ac doloso animo alterum percutit, ex qua percussione postea mors sequitur. Percutiens namque animo vulnerandi, vel quovis modo laedendi, *aeque in dolo est ac si animum occidendi haberet*. ver Stuckenberg, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 2007, pp. 538, 559 com mais referências.

<sup>9</sup> Ver Stuckenberg (nota 8 *supra*), p. 383 e 546, com mais referências.

exemplo, a frase: “você queria, sim” — como o “*Tu l’as voulu, George Dandin, tu l’as voulu!*”<sup>10</sup> de Molière — não constitui uma declaração de fato, mas uma expressão de culpa, um julgamento que atribui ou imputa responsabilidade a uma pessoa por um evento desagradável.

A confusão entre ambos os tipos de uso é a causa de muitas controvérsias infrutíferas sobre os termos da *mens rea*, pelo menos na doutrina alemã.

### 3 O status ontológico dos estados mentais

O segundo aspecto da questão inicial diz respeito ao problema específico de termos da *mens rea* como conhecimento, consciência, previsão, ciência e vontade, propósito, desejo, querer, intenção etc., quando eles são usados em sentido descritivo, ou seja, a sua aparente referência a “estados mentais”. A que esses termos se referem, se é que eles se referem a alguma coisa?

#### 3.1 Propriedades dos “estados mentais”

Essa questão leva diretamente ao centro de um amplo debate sobre a natureza da mente e o problema mente-corpo, o qual é, atualmente, objeto tanto da filosofia da mente quanto das ciências cognitivas modernas. Eu não posso resumir a discussão, tampouco ousar dar qualquer resposta — isso é domínio dos filósofos entre nós — mas, como observado por Dennett, “a filosofia da mente é inevitável [...] assim que alguém afirma algo substantivo sobre algo mental”<sup>11</sup>. É igualmente inevitável que minhas observações, na medida em que tocam questões filosóficas, sejam incompletas e superficiais, ao que devo pedir a sua tolerância.

O que há de especial nos fenômenos mentais? Tradicionalmente, e conforme uma compreensão leiga, é dito que as suas características são: consciência ou ciência, falta de extensão espacial, imaterialidade ou incorporeidade, intencionalidade no sentido de Brentano, ou seja, a sua direção a um objetivo, a sua privacidade e o infalível acesso introspectivo a eles. Embora isso represente sérios problemas para a filosofia e sua filha renegada, a psicologia, o direito parece ser quase completamente indiferente.

#### 3.2 A visão jurídica tradicional: problemas e soluções

Por séculos e, aparentemente, em todos os lugares, os juristas presumiram que, para citar uma passagem famosa do discurso de Lord Bowen em um precedente cível do século XIX,

“... o estado mental de um homem é tanto um fato quanto o estado da sua digestão. É verdade que é muito difícil provar qual é o estado mental de um homem em um determinado momento, mas, se puder ser verificado, é tão factual quanto qualquer outra coisa”.<sup>12</sup>

A alegada existência de fatos internos corresponde ao dualismo religioso entre corpo e alma, bem como a sua variação secular, o dualismo entre corpo e mente da psicologia leiga ou popular. O dualismo religioso é ontológico, posição que, atualmente, costuma ser associada ao nome de Descartes e a seus esforços em solucionar esse enigma. É bem frequente que se acredite que a visão leiga também endosse um dualismo ontológico,<sup>13</sup> o que eu penso ser impossível provar, mas plausível, uma vez que, mesmo em tempos seculares, os traços conceituais de doutrinas religiosas outrora dominantes ainda são visíveis. Penalistas são

<sup>10</sup> Molière, *George Dandin*, I, 9.

<sup>11</sup> Dennett, *Brainstorms* xiv (1978/1981).

<sup>12</sup> *Edgington v. Fitzmaurice*, (1885) L.R. 29 Ch.D. 459, 483 (C.A.), *per* Bowen L.J.

<sup>13</sup> Ver, contudo, Morse, *Lost in Translation? An Essay on Law and Neuroscience*, in: Freeman (ed.), *Law and Neuroscience* 532 n. 5, 536 (2011).

também acusados de serem dualistas cartesianos<sup>14</sup> — o que, certamente, é correto no que diz respeito àqueles que acreditam em almas imortais ou outros tipos de entidades desencarnadas, mas duvido que um comprometimento ontológico esteja necessariamente implícito às próprias normas jurídicas. Qualquer que seja o seu *status* ontológico, os termos da *mens rea* geralmente colocam dois tipos de problemas, o primeiro diz respeito ao direito penal material, especificamente a definição dos termos da *mens rea*; o segundo é um problema processual, o problema da prova.

Em qualquer ordenamento jurídico que conheça dois ou mais termos da culpabilidade, surge a necessidade de encontrar critérios que diferenciem esses termos ou, dito de outra forma, de defini-los com precisão, a fim de mantê-los separados na prática. Em muitos ordenamentos jurídicos, isso se provou extremamente difícil<sup>15</sup> por várias razões: os termos da culpabilidade são comumente emprestados da linguagem cotidiana ou possuem um equivalente no uso cotidiano e sofrem de significativa imprecisão conceitual.<sup>16</sup> Os termos são vagos porque a referência não é clara. Adicione a já mencionada confusão entre uso descritivo e normativo, bem como a consequente confusão entre determinação das fronteiras conceituais e julgamentos normativos a respeito da gradação da responsabilidade,<sup>17</sup> e haverá combustível suficiente para manter as controvérsias doutrinárias vivas por séculos, principalmente quanto à noção de “*intention*”, “*Vorsatz*”, “*dolus*” e questões perenes como se efeitos colaterais previstos, porém indesejados, podem ser considerados como “pretendidos”, intencionados ou intencionalmente causados.

Contudo, o direito é uma disciplina prática e os mistérios teóricos podem e devem ser resolvidos para fins práticos pela legislação ou jurisprudência. Tribunais e juristas estão normalmente menos preocupados com a verdadeira natureza de algo e mais com o modo pelo qual ele pode ser provado. A avaliação da responsabilidade penal requer a avaliação retrospectiva do estado mental do acusado no momento do crime. Nos últimos 800 anos, desde Bartolus de Saxoferrato no século XIV até as Supremas Cortes nacionais ou Tribunais Penais Internacionais do século XXI, inúmeras observações sobre a prova de fatos internos foram registradas, todas concordando com o seguinte:<sup>18</sup>

— a comprovação de estados mentais internos é difícil porque eles não são diretamente observáveis, já que “o coração humano não tem janelas”<sup>19</sup> ou algo semelhante; apenas três pessoas teriam conhecimento imediato dos processos mentais do acusado, a saber: Deus, o Diabo (ou nem mesmo ele<sup>20</sup>) e o próprio acusado;

— a única prova direta é a confissão;

— caso contrário, a prova é indireta por inferência; escritos mais antigos consideram que a prova será substituída por presunções.

Apesar dessas lamentações frequentes, mas geralmente breves, parece que a demonstração de fatos internos não impôs nem impõe problemas particulares aos sistemas de justiça penal.<sup>21</sup> Inúmeros tribunais, em todo o mundo, o fizeram por séculos e o fazem diariamente em inúmeros casos. Como isso é feito? Até a Revolução Francesa, o direito continental utilizou o chamado sistema da prova legal:

<sup>14</sup> Shapira-Ettinger, 28 *Cardozo L. Rev.* 2577, 2579 e ss (2006–07).

<sup>15</sup> Ver e.g. Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law* 2, § 3.1, S. 73: “...ainda restam dúvidas sobre o significado jurídico das palavras da *mens rea*. É lamentável que, após mais de mil anos de desenvolvimento jurídico contínuo, o direito inglês ainda careça de definições claras e consistentes de palavras que expressem seus conceitos básicos.”; idem, 46 *Cambr. L.J.* 417 (1989). O mesmo é verdadeiro em relação a muitos ordenamentos jurídicos; para a confusão a respeito da noção francesa de intenção, ver Mercadal, *Rev.sc.crim.* 22 (1967), 1, 3 («confusão»), 19, 32 («noção protéiforme»).

<sup>16</sup> Moore, *Law and Psychiatry*, S. 78–9; Wegner, *The Illusion of Conscious Will*, p. 20; Mercadal, *Rev.sc.crim.* 22 (1967), 1, 13., 18.; ver também Duff, *Intention, Agency, and Criminal Liability*, p. 44 et seq com mais referências; e os estudos de Ginther, Shen, Bonnie, Hoffman, Jones, Marois & Simons, 67 *Vand. L. Rev.* 1327 e ss (2014) sobre a compreensão dos jurados dos termos da *mens rea*.

<sup>17</sup> Muito claro em Duff, (nota 7 *supra*), pp. 171–2, 177.

<sup>18</sup> Para referências, ver Stuckenberg (nota 8 *supra*), p. 68 et seq., p. 384 et seq.

<sup>19</sup> Hommel, *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen. Auf das Neue selbst aus dem Italiänischen übersezt und mit durchgängigen Anmerkungen des Ordinarius zu Leipzig Herrn Hofrath Hommel*, Breslau 1778, § VII, nota o.

<sup>20</sup> Y.B. 7 Edw. IV f. 2 (1487), in Pollock & Maitland, *The History of English Law*, vol. 2, p. 473.

<sup>21</sup> Para mais referências, ver Stuckenberg (nota 8 *supra*), p. 390 et seq.



assim como estabelecido na Bíblia, a comprovação cabal exigia os depoimentos de duas testemunhas qualificadas ou uma confissão voluntária que, naquela época, poderia ser facilitada pelo uso da tortura e a perspectiva de salvar a alma mesmo que o corpo morra. Provas circunstanciais eram proibidas.<sup>22</sup> Na ausência da confissão, a intenção real ou *dolus verus*, a qual era necessária para punição corporal ordinária, não poderia ser estabelecida. Em vez disso, se aplicáveis as presunções, a intenção poderia ser presumida, mas esse *dolus praesumptus* originalmente somente permitia punição extraordinária e não corporal. Naquela época, presunções legais para quase tudo eram um dispositivo auxiliar comum quando o alto padrão de prova cabal não era atendido. Havia tratados em vários volumes sobre o Direito das presunções, todos contendo um longo capítulo sobre as presunções de dolo. A maioria dessas presunções eram bastante sensatas e continuam a existir atualmente como inferências factuais.

No continente, as presunções caíram em desuso no século XIX. O sistema de provas legais foi substituído pela íntima convicção do juiz que, por um longo tempo, foi considerada uma “caixa preta”, assim como a convicção interna do júri anglo-americano, a qual serviu como modelo. Ademais, o direito inglês reconheceu a presunção de acordo com a qual “presume-se que um homem desejava as consequências naturais de suas ações”<sup>23</sup> até 1967. Hoje, presunções de fato, que não são mais do que provas circunstanciais, substituíram presunções legais de dolo quase em todos os lugares, mas o mecanismo subjacente é o mesmo, isto é, uma inferência a respeito do “estado mental” extraída de fatos observáveis. Não é frequentemente discutido como essa inferência funciona exatamente: em geral, é dito que o apurador dos fatos avalia o estado mental de outra pessoa de acordo com a experiência geral da vida (“*Lebenserfahrung*”<sup>24</sup>) ou por analogia com o seu próprio estado mental. Confissões não são raras em tempos modernos, mas os tribunais têm expressado dúvidas quanto à capacidade do próprio acusado de recordar corretamente os seus processos mentais.<sup>25</sup>

### 3.3 Crítica intrajurídica

É um desenvolvimento relativamente recente que doutrinadores colocam em questão a concepção legal tradicional sobre os estados mentais e a sua prova. Uma crítica inicial veemente foi articulada por Hans Kelsen, que dizia ser esse um dos maiores e mais graves erros na teoria legal ter ela confundido a unidade biológica-zoológica de “homem” com a unidade ético-jurídica de “pessoa” e, como consequência, ter confundido o fato psicológico de vontade humana com a noção jurídica de vontade.<sup>26</sup> Kelsen não negou que fatos psicológicos existam, mas que eles justifiquem a imputação de “culpa”, pois os estados mentais de outras pessoas são inacessíveis e somente podem ser presumidos.<sup>27</sup> Determinar os processos da mente não pode ser tarefa dos tribunais, porque isso é impossível.<sup>28</sup> Portanto, se a lei emprega palavras como “vontade” ou “intenção”, elas se referem a fatos externos que permitam fazer uma inferência a respeito dos fatos internos inacessíveis.<sup>29</sup> A posição de Kelsen parece contraditória, pois muitas coisas ou eventos que não podem ser diretamente provados são passíveis de prova indireta, o que ele admite quando fala sobre presunções (fatuais), de forma que, ao final, a sua posição não se diferencia da visão ortodoxa.

Sérios questionamentos à visão tradicional decorreram, posteriormente, da introdução de princípios centrais da filosofia analítica, especialmente do tipo de linguagem comum, na teoria jurídica. Assim, influenciados parcialmente pelo Empirismo Lógico de Carnap, mas principalmente pelo Behaviorismo Lógico de

<sup>22</sup> Cf. artigo 22 da *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532.

<sup>23</sup> *D.P.P. v. Smith*, [1961] A.C. 290, 331 *et seq.* (H.L.); abolida pela seção 8 do *Criminal Justice Act* de 1967.

<sup>24</sup> E.g. *BVerfG NJW* 1993, 2165.

<sup>25</sup> *R. v. Caldwell*, [1982] A.C. 341; [1982] A.C. 341, 352; [1981] 2 W.L.R. 509; [1981] 1 All E.R. 961; (1981) 73 Cr.App.R. 13 (H.L.), *per* Lord Diplock.

<sup>26</sup> Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2ª ed. 1923, p. 121–162, esp. 145 f.; *id.*, *Der soziologische und juristische Staatsbegriff*, 2ª ed. 1928, p. 241 f.; de acordo: Felix Kaufmann, *Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld*, p. 55; Jakobs, *ZStW* 117 (2005), 247, 260.

<sup>27</sup> Kelsen, *Hauptprobleme* (nota 26 *supra*), p. 138 *et seq.*; similarmente Kaufmann (nota 26 *supra*), p. 71 e s. e 85.

<sup>28</sup> Kelsen, *Hauptprobleme* (nota 26 *supra*), p. 156.

<sup>29</sup> Kelsen, *Hauptprobleme* (nota 26 *supra*), p. 157; ver também Stuckenberg (nota 8 *supra*), p. 386 nota 2047.

Wittgenstein (nos últimos anos de vida) e de Ryle, bem como pela monografia de Anscombe, os escritos de Wright e outros, alguns juristas decidiram trocar o dualismo cartesiano pelo dualismo linguístico entre razões e causas, a fim de corrigir os erros categóricos do pensamento jurídico, expulsar o “fantasma da máquina” e dizer a todos que pode não haver nenhum “besouro na caixa”, mas apenas conversas sobre isso.<sup>30</sup> Nessa visão, intenção não é um estado mental que causa uma ação, mas a propriedade ou qualidade de uma ação ou, melhor, a sua descrição. A noção de intenção criminal foi, então, entendida como uma disposição, uma proposição hipotética a respeito do comportamento de uma pessoa quando presentes determinadas condições.<sup>31</sup> Alguns autores preferem categorizar estados mentais, como intenção, como termos comparativos, termos de agrupamento ou termos teóricos que estão conectados por regras de correspondência a termos observacionais ou indicadores. As inferências a partir do comportamento observável a respeito do estado mental não seriam mais consideradas como pertencendo ao direito probatório, mas como partes da noção substancial de “intenção” etc.<sup>32</sup>

Outros autores adotam diferentes abordagens, mas sustentam igualmente que estados mentais ou não existem ou são totalmente inacessíveis, motivo pelo qual eles não podem ser “provados”, mas apenas “atribuídos” ao agente por meio de uma interpretação normativa.<sup>33</sup> Alguns usam o rótulo *dolus ex re*, alguns enfatizam a relevância do sentido social de comportamento,<sup>34</sup> alguns insistem que uma “abordagem normativa” para determinar estados mentais se torna necessária por causa da ausência de alternativas viáveis.<sup>35</sup> Autores críticos compreendem estados mentais como o resultado de atos interpretativos, construções sociais constituídas na linguagem.<sup>36</sup> Outros questionam se a “leitura de mentes” exigida dos apuradores de fatos é suficientemente precisa para a determinação da responsabilidade penal.<sup>37</sup>

Para completar o quadro, alguns poucos juristas usaram a alegada impossibilidade de “entrar na pele de outro homem” como um argumento de apoio para dispensar, completamente, a *mens rea*, como Lady Wootton.<sup>38</sup> Finalmente, a natureza dos estados mentais é amplamente irrelevante para aqueles que visam determinar a *mens rea*, como Oliver Wendell Holmes<sup>39</sup> e, se eu compreendo corretamente, Prof. Pérez-Barberá,<sup>40</sup> que questionaram o que um homem razoável, no lugar do acusado, ter previsto ou desejado.

Alguns filósofos se juntaram ao debate jurídico. Antony Duff rejeita o dualismo cartesiano como uma “teoria profundamente equivocada”<sup>41</sup>, assim como o argumento da analogia<sup>42</sup> e sugere que intenções são idênticas a ações consideradas em seu contexto;<sup>43</sup> conhecimento efetivo e desconsideração<sup>44</sup> (*recklessness*)

<sup>30</sup> Cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 77–93; Keeler, 1985 Wis.L.Rev. 435, 457 e ss.

<sup>31</sup> Para referências, ver Stuckenberg (nota 8 *supra*), 84 nota 390 e Pérez Barberá, *El dolo eventual*, em 736–7, 743–4 (disposition); mas ver id., GA 2013, 454, 456 e s. nota 22; ver também Bung, *Wissen und Wollen im Strafrecht* 87 e ss. (2009); Hassemmer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts* 183 ff. (2ª ed. 1990).

<sup>32</sup> Mylonopoulos, *Festschrift Frisch*, 2013, \_\_\_ (9n40 e s., 14); id., *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, 1998, p. 101; Volk, *Festschrift Bockelmann*, 1979, p. 8, nota 80.

<sup>33</sup> Hruschka, *Strukturen der Zurechnung*, 1975, p. 6, 25 e ss.; id. *Festschrift Kleinknecht*, 1985, p. 191, 200 e ss.; ver também de Jong, 7 Utrecht L.Rev. 1, 30 (2011); similar: Puppe, *Vorsatz und Zurechnung* 39 e ss. (1992); Bung, *Wissen und Wollen im Strafrecht* 190–1 (2009); Roxin, ZStW 122 (2010), 672, 678.

<sup>34</sup> Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 205–273, 323.; id., GA 2004, p. 257, 264; para uma crítica, ver Stuckenberg (nota 8 *supra*), p. 386–8, nota 2047.

<sup>35</sup> Shapira-Ettinger, 28 Cardozo L. Rev. 2577, 2578 (2006–07), referindo-se a Fletcher, *The grammar of Criminal Law*, vol. I, 2007, p. 319 e ss.

<sup>36</sup> E.g. Taslitz, 5 Mich. J. Gender & L. 1, 5 (1998).

<sup>37</sup> Heller, 99 J. Crim. L. & Criminology 317, 320 e ss., 349 e ss., 379 (2008–09).

<sup>38</sup> Wootton, *Crime and the Criminal Law*, 2ª ed. 1981, p. 78, 90; id., *Crime and Penal Policy*, 1978, p. 228.

<sup>39</sup> Holmes, *The Common Law*, 1881, ed. Boston 1963, p. 43., 45, 46., 61 e s.

<sup>40</sup> Pérez Barberá, *El dolo eventual*, p. 736–7, 743–4 (disposición); mas ver id., GA 2013, 454.

<sup>41</sup> Duff, *Intention, Agency, and Criminal Liability*, p. 31, 119; Moore, *Placing Blame*, p. 433.

<sup>42</sup> Duff (nota 41 *supra*), 120 e ss.; ver também Stegmüller, 1 *Wissenschaftstheorie* 422 e ss. (2ª ed. 1983); Grasnack, *Über Schuld, Strafe und Sprache* 121 (1987); Heller, 99 J. Crim. L. & Criminology 317, 325 ff. (2008–09); Keeler, 1985 Wis. L. Rev. 435, 441 e ss.

<sup>43</sup> Duff (nota 41 *supra*), p. 129–135; id., *Intention revisited* (nota 7 *supra*), 155 e ss.

<sup>44</sup> Nota da tradutora [N.T.]: Alguns dos fatos que o direito penal anglo-saxão classifica como hipóteses de *recklessness* são tratados pelo sistema do *Civil Law* como sendo culposos, enquanto outros são considerados dolosos. Por isso, evitou-se traduzir *recklessness*

também são mostrados em ações, de forma que a lei não atribui culpa a estados mentais subjetivos, mas a atitudes práticas<sup>45</sup>. Michael Moore, por outro lado, adota uma posição naturalista ou realista e entende que a psicologia popular dos estados mentais é aproximadamente correta, que as pessoas têm, sim, intenções, crenças e assim por diante, as quais causam o comportamento<sup>46</sup>.

Se eu não me engano, essas críticas praticamente não tiveram qualquer efeito na doutrina jurídica, muito menos na prática. As possíveis explicações são que juristas são apenas mentalmente preguiçosos ou acostumados a se apegarem a teorias mortas ou que a psicologia jurídica tradicional está correta ou, mesmo que não, que a lei não pode plausivelmente se livrar dela. Qual explicação está correta?

### 3.4 Discussão

Deixe-me iniciar minha breve discussão com um lembrete trivial: termos jurídicos são termos jurídicos. Eles são termos da arte empregados pela lei para propósitos legais. O sentido deles é determinado exclusivamente por considerações normativas, especificamente pela sua função em um dado esquema regulatório. Portanto, o direito é livre para definir “dolo” e seus ingredientes como julgar conveniente;<sup>47</sup> por exemplo, se efeitos colaterais previstos são alcançados pelo conceito legal de “dolo” — ou seja, merecem a mesma punição que casos paradigmáticos de dolo — ou não, essa é uma questão que não pode ser respondida analítica ou empiricamente<sup>48</sup>, mas apenas por decisão legislativa ou jurisprudencial com base teórica coerente. Consequentemente, o significado *legal* de “intenção” ou “conhecimento” pode diferir do significado comum — considerando que algo como “significado comum” no sentido de um único significado unitário verificável no uso cotidiano realmente exista — e deve diferir porque a lei precisa de distinções mais nítidas do que a linguagem comum<sup>49</sup>.

Isso implica que é também uma decisão legal se e em qual extensão argumentos de outras disciplinas recebem relevância legal. Isso não significa que a teoria jurídica deva se entregar ao esplêndido isolamento e à alegre ignorância. Pelo contrário, eu estou convencido de que a teoria jurídica deve estar *atenta* às concepções de disciplinas vizinhas, ainda que sem ceder à tentação da importação por atacado e não testada de teorias extravagantes. Deixe-me acrescentar que as “disciplinas vizinhas” relevantes aqui são não apenas a filosofia da mente e a filosofia da ação, mas também a moderna psicologia cognitiva (e eu não me refiro aos superestimados experimentos de Libet que são totalmente inúteis aqui), que, posteriormente à superação do behaviorismo, retomou as pesquisas sobre motivação, vontade,<sup>50</sup> e ação — existem até mesmo livros didáticos sobre psicologia da ação<sup>51</sup> — e a psicologia social, especialmente a Teoria da Atribuição<sup>52</sup>, e pesquisas sobre conceitos populares de mente<sup>53</sup>. O imenso interesse pelo funcionamento da mente humana e do cérebro nas últimas décadas tem, cada vez mais, obscurecido as linhas divisórias entre disciplinas da filosofia da mente e da ação, inclusive com a recente adição da filosofia experimental e da psicologia cognitiva e social, e

---

como “descuido” ou “imprudência”, como faz parte da doutrina em língua latina (ver: SALES, S. J. S. A codificação do dolo eventual no movimento para a reforma do Código Penal Italiano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 61, p. 499-531, 2012, p. 512, nota 37; LUCCHESI, G. B. *Punindo a culpa como dolo*. O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 72, nota 49 e p. 73), preferindo-se o termo desconsideração (ver: DÍAZ PITA, M. del M. El dolo eventual. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, p. 258-259).

<sup>45</sup> Duff (nota 41 *supra*), p. 162.

<sup>46</sup> Moore, *Placing Blame*, p. 636; id., *Intention, Responsibility, and the Challenges of Recent Neuroscience*, manuscrito não publicado, p. 10, 59.

<sup>47</sup> cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 110 n. 537 com mais referências.

<sup>48</sup> Contra Malle & Nelson, 21 *Behavioral Sciences and the Law* 563, p. 564 (2003).

<sup>49</sup> Cf. de Jong, 7 *Utrecht L.Rev.* 1, 24 (2011).

<sup>50</sup> E.g. apenas Frith, *The psychology of volition*, 229 *Exp. Brain Res.* 289 e ss. (2013).

<sup>51</sup> Hommel & Nattkemper, *Handlungspsychologie* (2011).

<sup>52</sup> E.g. Malle, *Attribution Theories: How People Make Sense of Behavior*, in: Chadee (ed.), *Theories in social psychology* 72 e ss. (2011); Weiner, *Attribution theory*, in: O'Connor & Sanders (eds.), *A Companion to the Philosophy of Action* 366 e ss. (2010).

<sup>53</sup> E.g. Malle, *Intentional Action in Folk Psychology*, in: O'Connor & Sandis (eds.), *A companion to the philosophy of action* 357 e ss. (2010).

as neurociências.<sup>54</sup> Há um vasto corpo de pesquisas publicadas e várias concepções muito específicas assim como concepções globais sobre como a mente funciona, o que é geralmente bastante controverso. Reconhecidamente, é difícil, se não impossível, para teóricos do direito, acompanharem esse enorme campo, mas algum esforço deve ser feito porque *Concept of Mind* de Gilbert Ryle, certamente, não é a última palavra sobre o assunto, como alguns juristas parecem acreditar.

No que diz respeito a *mens rea* ou termos da culpabilidade, a lei não está interessada em estados mentais como tais, mas como elementos de uma teoria da ação implícita que corresponde, amplamente, ao modelo popular de mente,<sup>55</sup> a qual é uma psicologia leiga, que explica a ação humana “como um pedaço de comportamento causado por um estado epistêmico e um estado desiderativo”,<sup>56</sup> na medida em que se assemelham, notavelmente, a modelos desenvolvidos em teorias filosóficas da ação como o “modelo-desejo-crença” que é, por sua vez, um descendente do silogismo prático de Aristóteles. Logo, as diferentes formas de atribuição legal e leiga de responsabilidade representam as combinações possíveis de diferentes estados epistêmicos (conhecimento, previsão, consciência, ignorância etc.) e estados derivativos (intenção, propósito, indiferença etc.).

A finalidade da teoria legal da ação não é a explicação, mas a atribuição, de forma que o seu objetivo não é a descrição exata do processo de ação humana, mas apenas a avaliação da evitabilidade individual da conduta proibida e, dependendo da doutrina penal predileta, da malícia individual, do caráter etc. Em outras palavras, o modelo legal de ação não é o equivalente de uma teoria científica e sim uma ferramenta valorativa no processo de determinação da responsabilidade penal. A questão, então, é se o instrumento é ou não preciso.

Embora os proponentes da visão jurídica tradicional tenham acolhido um dualismo ontológico de estilo cartesiano de duas essências, corpo e mente, essa posição tem sido corretamente considerada insustentável, contemporaneamente, por causa de seus sérios e numerosos problemas, os quais foram expostos por séculos de criticismo filosófico. Igualmente, obsoleta é a posição da antiga psicologia das faculdades (*Vermögenspsychologie*) que alegava que termos mentais como “vontade” se referiam a faculdades específicas da mente, “seres reais na alma”, ou *Seelenvermögen*, e havia sido devidamente criticada a partir do século XVII por Locke, Buchanan e muitos outros.<sup>57</sup> Relacionada a isso está a “falácia descritiva”<sup>58</sup>, ao supor que, em virtude de existir uma palavra, ela deve designar, necessariamente, algo em particular<sup>59</sup>. A distinção<sup>60</sup> de palavras como “vontade” sugere uma falsa precisão e uma falsa unidade do objeto referencial. Os termos mentais, de fato, fornecem exemplos primordiais do “encantamento de nossa inteligência por meio de nossa linguagem” (Wittgenstein). Mesmo hoje, parece não ser fácil para os juristas imaginarem que “vontade” e, por consequência, “intenção” podem ser palavras com uma variedade de diferentes usos para diferentes propósitos, embora filósofos como Buchanan<sup>61</sup> ou Nietzsche tenham observado que a “vontade” pode ser

<sup>54</sup> Ver apenas Prinz, *Empirical Philosophy and Experimental Philosophy*, in: Knobe & Nichols (eds.), *Experimental Philosophy* 189, 204 e ss. (“The end of disciplines?”) (2008).

<sup>55</sup> E.g. Malle & Nelson, *Judging Mens Rea: The Tension between Folk Concepts and Legal Concepts of Intentionality*, 21 Behavioral Sciences and the Law 563 (2003); Nadelhoffer, *Intentions and Intentional Actions in Ordinary Language and the Criminal Law* (2005).

<sup>56</sup> Ferguson, *Common Sense*, 164 e s.; ver também Morse (nota 13 *supra*), p. 529 e ss.

<sup>57</sup> Locke, *An Essay Concerning Human Understanding* (4<sup>a</sup> ed. 1700), livro II, cap. XXI, §§ 6, 17, S. 236 e s., 242; Buchanan, *The Philosophy of Human Nature* cap. XV, S. 298 (1812); cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 146 com mais referências.

<sup>58</sup> Termo de Austin, *Other Minds* (Proceedings of the Aristotelian Society, supp. vol. XX (1946)), citado em id. *Philosophical Papers*, 2<sup>a</sup> ed. 1970, p. 103.

<sup>59</sup> Fletcher (nota 7 *supra*), p. 451-2; id., (nota 35 *supra*), p. 56; Kindhäuser, *Intentionale Handlung*, p. 14, 45; cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 111 com mais referências.

<sup>60</sup> Ver Dennett, *Real Patterns* (88 Journal of Philosophy 27 (1991)), in idem, *Brainchildren, Essays on Designing Minds* p. 113 e s. (1998); id., *When Frogs (and Others) Make Mistakes*, in *The Intentional Stance*, p. 112 e ss. (1987).

<sup>61</sup> Buchanan (nota 57 *supra*), *The Philosophy of Human Nature* 298–299 (1812).



“algo *complicado* que é unitário apenas como uma palavra”<sup>62</sup>. Os psicólogos modernos concordam.<sup>63</sup> O mesmo se aplica aos termos para estados epistêmicos como “conhecimento” ou “crença”, e.g.:

“O conteúdo empírico de atribuições de crença é então heterogêneo ao extremo e os mecanismos fisiológicos envolvidos não são menos assim. A heterogeneidade está mascarada sob uma uniformidade linguística: o conectivo ‘acredita que’ seguida por uma sentença subordinada.”<sup>64</sup>

A psicologia moderna pode oferecer pouca assistência nesse sentido. A chamada psicologia da vontade (*Willenspsychologie*), do século XIX e início do século XX, já não tinha um conceito claro de “vontade” que fosse, em qualquer aspecto, comparável ao uso popular e filosófico do termo.<sup>65</sup> Em seu livro de 1926, *Vorsatz, Wille, Bedürfnis* (Intenção, Vontade, Necessidade), o psicólogo alemão Kurt Lewin recomendava “evitar totalmente o termo ‘vontade’ por causa da sua ambiguidade”.<sup>66</sup> Enquanto estados mentais caíram em desuso teórico durante o reinado do behaviorismo skinneriano nas décadas de 1950 e 1960, pesquisas sobre a estrutura da motivação, do controle da ação (voluntária), da cognição e do processamento de informações etc. foram retomadas ao final dos anos 1980 e compõem, contemporaneamente, um campo próspero, mas os seus resultados estão frequentemente tão distantes dos conceitos leigos da vida cotidiana, do direito ou da filosofia moral que são de pouca ajuda para fins legais.<sup>67</sup> Por outro lado, termos mentais do senso comum são, ainda, amplamente usados, mas apenas como termos *funcionais*.<sup>68</sup>

Outro desafio à visão tradicional dos estados mentais diz respeito a sua privacidade e ao suposto acesso introspectivo infalível e intuitivo a eles. Durante séculos, a introspecção serviu como método comum de investigação filosófica e psicológica, mas sua confiabilidade tem sido questionada ou negada por tanto tempo quanto. Nós temos experiências, sensações e estados fenomenais conscientes, que hoje são rotulados de *qualia*, bem como pensamentos conscientes<sup>69</sup>, mas está longe de ser claro do que exatamente temos consciência e por que isso deveria ter qualquer valor explicativo. Conferir Rorty:

“Não conhecemos mais ‘a natureza da mente’ pela introspecção de eventos mentais do que conhecemos ‘a natureza da matéria’ pela percepção de tabelas. Conhecer a natureza de algo não é uma questão de tê-lo diante da mente, de intuí-lo, mas de ser capaz de proferir um grande número de proposições verdadeiras sobre ele”.<sup>70</sup>

Também foi sugerido (Hume) que a atenção aos estados internos altera esses mesmos estados e que interpretamos nossas sensações de acordo com hábitos adquiridos de resposta conceitual.<sup>71</sup> Em todo caso, é importante distinguir o relato verbalizado, relativo à introspecção, da própria experiência; além disso, a verbalização — que usa os termos das teorias da psicologia popular implícitas — inevitavelmente altera o conteúdo dessa experiência<sup>72</sup> e os advogados criminalistas sabem que um interrogador habilidoso pode, facilmente, levar um réu despreparado a admitir a intenção<sup>73</sup>. Há, também, evidências notáveis de que nos-

<sup>62</sup> Nietzsche, *Jenseits von Gut und Böse. Vorspiel einer Philosophie der Zukunft*, Nr. 19, in 5 Sämtliche Werke 32 (Kritische Studienausgabe/KSA, Giorgio Colli & Mazzino Montinari ed., 2ª ed. 1988): “Wollen scheint mir vor Allem etwas *Compliciertes*, Etwas, das nur als Wort eine Einheit ist.” (itálico no original).

<sup>63</sup> Cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 147 n. 749.

<sup>64</sup> Quine, *States of Mind*, 82 *Journal of Philosophy* 5, 6 e s. (1985).

<sup>65</sup> Narziss Ach, *Über den Willensakt und das Temperament* 1 (1910): “Em nenhuma área da psicologia há maior confusão e indeterminação conceitual do que na da vontade.”; Wilhelm Wundt, *3 Grundzüge der physiologischen Psychologie* 221 (6ª ed. 1911): “Em nenhuma área da psicologia a tendência de basear afirmações sobre o conteúdo dos processos mentais não nesses próprios processos, mas em alguma antecipação popular ou filosófica, desempenha um papel maior e mais fatídico do que na doutrina da vontade.”

<sup>66</sup> Lewin, *Vorsatz, Wille, Bedürfnis* 85 (1926).

<sup>67</sup> Para uma pesquisa, ver Stuckenberg (nota 8 *supra*), p. 118–145.

<sup>68</sup> Cf. Hommel & Nattkemper (nota 51 *supra*), p. 52.

<sup>69</sup> Para os níveis de consciência, ver Baumeister, Masicampo & Vohs, *Do Conscious Thoughts Cause Behavior?*, 62 *Annual Rev. of Psychology* 331, 333 e s. (2011).

<sup>70</sup> Rorty, 53 *Synthese* 323, 331 (1982).

<sup>71</sup> P. M. Churchland, 78 *Journal of Philosophy* 67, 70 (1981).

<sup>72</sup> Cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 394 n. 2082.

<sup>73</sup> Cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 395 n. 2082 *in fine*.

soos julgamentos sobre nossas próprias ações são baseados em inferências<sup>74</sup> que são falíveis ou, às vezes, constituem meras confabulações.<sup>75</sup> Finalmente, os processos inconscientes, por definição, não podem ser acessados pela introspecção — isso se torna relevante porque a maioria das ações humanas parece ser realizada inconscientemente, de modo que o “conhecimento em primeira pessoa da intencionalidade” tem sido chamado de “ilusão”<sup>76</sup>, assim como a “vontade consciente”<sup>77</sup>.

Há uma série de modelos psicológicos de ação, todos os quais são mais complicados do que o modelo linear desejo-crença comum à teoria do direito penal, à psicologia popular e à filosofia da ação. Há muito se supõe que uma ação inteiramente consciente é uma exceção rara e que a maioria dos movimentos corporais (até 99,44%<sup>78</sup>) é iniciada inconscientemente.<sup>79</sup> Em relação aos vários modelos concorrentes sobre como a iniciação e o controle do comportamento funcionam em detalhes, apontarei apenas um, o chamado *Modelo de Fases de Ação*, originalmente desenvolvido por Heckhausen e, posteriormente, aprimorado por Gollwitzer e outros,<sup>80</sup> que fornece uma descrição abrangente de realização de objetivos e postula quatro diferentes fases de ação consecutivas da persecução de objetivos: fase pré-decisória, pré-atuante, atuante e pós-atuante, que são marcadas por tarefas distintas que devem ser cumpridas e mentalidades congruentes que são ativadas, ou seja, procedimentos cognitivos típicos que promovem a conclusão bem-sucedida da tarefa, como mentalidades deliberativas e implementais. É dito que a implementação apresenta quatro problemas próprios: começar a perseguir o objetivo, permanecer no caminho certo, parar e não se esforçar demais.<sup>81</sup>

Não muito diferente da refinada Teoria de Planejamento da Ação, de Michael Bratman<sup>82</sup>, Gollwitzer distingue “intenções de meta” que especificam o que se deseja alcançar e “intenções de implementação” que especificam, antecipadamente, quando, onde e como se pretende alcançá-lo. Essas “intenções” são concebidas como construções teóricas<sup>83</sup> e não como entidades reais. Com base em extensas evidências empíricas, assume-se que a execução de um comportamento especificado, em uma intenção de implementação, exibe características típicas de *automaticidade*, como imediatismo, eficiência e falta de intenção consciente. As intenções de implementação não são a única técnica de autorregulação instrumental na realização de objetivos, simulação mental ou simulação de processo, por exemplo, é considerada outra. Os processos automáticos ou inconscientes desempenham um papel central em todos os modelos modernos, devido a sua maior precisão e velocidade, bem como à eficiência energética.<sup>84</sup> A controvérsia atual é se os processos conscientes desem-

<sup>74</sup> Ver também Frith, 229 Exp. Brain Res. 289, 202 e ss., 296 (2013).

<sup>75</sup> Parece consolidado hoje que a introspecção não é, como Bretano ainda pensava, incorrigível, mas, ao contrário, oferece pouco ou nenhum acesso direto aos processos cognitivos de ordem superior. Para referências, ver Stuckenberg (nota 8 *supra*), p. 89 n. 417 e *ibid.* pp. 72 n. 331, 78 n. 349, 80 n. 361, 89–90 n. 417; Schwitzgebel, *The Unreliability of Naïve Introspection*, 117 *Philosophical Review* 245 e ss. (2008).

<sup>76</sup> Gopnik, *How we know our minds: The illusion of first-person knowledge of intentionality*, 16 *Behavioral & Brain Sciences* 1, 2 e ss., 10 e ss. (1993).

<sup>77</sup> Daniel Wegner, *The Illusion of Conscious Will* (2002); cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 139–145.

<sup>78</sup> Bargh, Reply to the commentaries, in: Wyer (ed.), *The automaticity of everyday life: advances in social cognition* 231, p. 243 (1997).

<sup>79</sup> Cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 123 e ss. com mais referências; ver também Hirstein & Sifferd, 20(1) *Consciousness and Cognition* 156, <9>(2011): “Não é a consciência que está fazendo o trabalho mental crucial, são os processos executivos.”

<sup>80</sup> Maglio, Gollwitzer & Oettingen, *Action Control by Implementation Intentions*, in: Clark, Kiverstein & Vierkant (eds.), *Decomposing the will* 221 e ss. (2013); Faude-Koivisto, Wuerz & Gollwitzer, *Implementation Intentions: The Mental Representations and Cognitive Procedures of If-Then Planning*, in: Markman, Klein & Suhr (eds.), *Handbook of Imagination and Mental Simulation* 69 ff. (2009); Ajzen, Czasch & Flood, *From Intentions to Behavior: Implementation Intention, Commitment, and Conscientiousness*, 39 *Journal of Applied Social Psychology* 1356 e ss. (2009); cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 126 e s.

<sup>81</sup> Gollwitzer, Parks-Stamm & Oettingen, *Living on the Edge: Shifting Between Nonconscious and Conscious Goal Pursuit*, in: Morsella, Bargh & Gollwitzer (eds.), *Oxford Handbook of Human Action* 603, p. 604 (2009); Gollwitzer & Oettingen, *Implementation intentions*, in: Gellman & Turner (eds.), *Encyclopedia of behavioral medicine*, part 9, 1043 e ss. (2013).

<sup>82</sup> Bratman, *Intention, Plans, and Practical Reason* (1999).

<sup>83</sup> Faude-Koivisto, Wuerz & Gollwitzer (nota 80 *supra*), p. 77; cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 121 n. 584.

<sup>84</sup> E.g. Gollwitzer, Parks-Stamm, & Oettingen (nota 81 *supra*), p. 603 e ss., 614 e ss.; cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 128–139.

penham realmente um papel causal ou são meros epifenômenos<sup>85</sup> ou se a maior parte do comportamento humano vem de uma mistura de processos conscientes e inconscientes trabalhando juntos<sup>86</sup>.

Pesquisas empíricas sobre ações criminosas são escassas, pois obviamente não pode haver estudos em que os participantes matam seus cônjuges, roubam transeuntes sob a mira de arma ou molestam crianças. Pode-se especular que crimes graves não raramente envolvem ações não rotineiras e, portanto, conscientes.

Não é possível, tampouco necessário, entrar em maiores detalhes aqui porque, embora ainda não exista uma teoria de ação abrangente e empiricamente testada, espero que tenha ficado suficientemente claro que o modelo legal de ação é simples demais para fornecer quaisquer pistas sobre os mecanismos reais que produzem o comportamento.<sup>87</sup> Da mesma forma, o realismo leigo dos conceitos jurídicos de estados mentais tem pouca ou mesmo nenhuma validade descritiva. Não existem *coisas* ou *faculdades* como “a vontade”, “volições”, “intenções” ou “crença” que possam, de alguma forma, ser observadas, medidas ou comprovadas. Em vez disso, esses termos são *abstrações, construtos lógicos, termos funcionais*, usados em um modelo de processamento de informações do comportamento humano, incluindo o nosso, para fins de interação social.

Qual é a consequência disso? Se o modelo legal de ação e a visão tradicional dos estados mentais não se qualificam como versões simplificadas de teorias científicas — isso é uma coisa ruim? Isso pode e deve ser curado? —, estou inclinado a argumentar que não é uma coisa ruim e que há pouca esperança e nenhuma necessidade de curá-la. Uma vez que a psicologia implícita do direito penal é uma variante da psicologia popular, ela não pode ser eliminada por uma compreensão superior<sup>88</sup> porque essas concepções integram nossa própria experiência em primeira pessoa; isso independe de a psicologia popular ser entendida como uma “teoria-teoria” análoga a uma teoria científica ou uma “teoria de simulação” que interpreta outras mentes em analogia com a própria.<sup>89</sup> Os seres humanos parecem estar programados para produzir, constantemente, explicações intencionais de seu ambiente,<sup>90</sup> animadas ou não (“confabulações”). Além disso, a psicologia popular provou ser viável e adaptável<sup>91</sup> — o *homo sapiens* é um sucesso evolutivo<sup>92</sup> (muito em detrimento de outras criaturas neste planeta, no entanto).<sup>93</sup> Para fins de atribuição, para prever, explicar e reagir a formas *padrão*<sup>94</sup> de comportamento humano, a psicologia leiga é adequada, assim como a física popular, embora totalmente falha, é suficiente para as demandas da vida cotidiana macroscópica, já que maior complexidade e precisão não são necessárias nem estão facilmente disponíveis.<sup>95</sup> Para serem funcionais, para serem compreendidos, os conceitos legais devem permanecer próximos da psicologia popular.<sup>96</sup>

<sup>85</sup> Bargh, *Our Unconscious Mind*, Scientific American 32 e ss. (January 2014); Baumeister & Bargh, Conscious and Unconscious, in: Sherman, Gawronski & Trope (eds.), *Dual Process Theories of the Social Mind* 35 e ss. (2014); Baumeister, Masicampo & Vohs, *Do Conscious Thoughts Cause Behavior?*, 62 Annual Rev. of Psychology 331 e ss. (2011); Huang & Bargh, *The Selfish Goal: Autonomously operating motivational structures as the proximate cause of human judgment and behavior*, 37 Behavioral & Brain Sciences 121 e ss. (2014); Hommel, Consciousness and action control, in: Egnér (ed.), *Handbook of Cognitive Control* (in print); id., *Dancing in the dark: no role for consciousness in action control*, 4 frontiers in psychology, article 380 (June 2013); id., *Consciousness and Control*, 14 J. Consciousness Stud. 155 e ss. (2007); see also Hommel & Nattkemper (nota 51 *supra*), 52 e ss.

<sup>86</sup> Baumeister & Bargh (nota 85 *supra*), p. 46.

<sup>87</sup> Cf. Stoutland, *The Real Reasons*, in: Bransen & Cuypers (eds.), *Human Action, Deliberation and Causation* 56 (1998).

<sup>88</sup> Cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 156 e ss. com amplas ref.; Fodor, *Psychosemantics: The Problem of Meaning in the Philosophy of Mind* xii (1987); Morse (nota 13 *supra*), 551 e s.; Sifferd, 25 Law & Philosophy 571 e ss. (2006).

<sup>89</sup> Cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 157 n. 798.

<sup>90</sup> Kuhl, *Motivation und Persönlichkeit* 34–5 (2001), referindo-se a Nisbett & Wilson, 84 Psychological Review 231 ff. (1977) e Wegner & Wheatley, 54 American Psychologist 480 e ss. (1999).

<sup>91</sup> Cf. Malle (nota 53 *supra*), p. 357.

<sup>92</sup> Morse (nota 13 *supra*), 552 e s.

<sup>93</sup> cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 156 e ss.

<sup>94</sup> Cf. Ross & Nisbett, *The Person and the Situation* 8 (1991): “Nossas ideias intuitivas sobre as pessoas e os princípios que governam suas respostas ao ambiente são geralmente adequadas para a maioria dos propósitos do trabalho e da casa; mas eles são seriamente deficientes quando devemos entender, prever ou controlar o comportamento em contextos que estão fora de nossa experiência mais habitual...”

<sup>95</sup> Cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 156 n. 797.

<sup>96</sup> De Jong, 7 Utrecht L.Rev. 1, 16, 24 (2011); ver também Finkelstein, 2 Ohio State J. Crim. L. 579 (2005).

Além disso, parece, como Daniel Dennett argumentou,<sup>97</sup> que o comportamento de sistemas complexos como os seres humanos pode ser explicado e previsto em vários níveis logicamente independentes ou por diferentes “perspectivas”. A *perspectiva* física olharia para as propriedades físicas ou bioquímicas do sistema e a *perspectiva funcional ou de design* tentaria, em um nível mais abstrato, isolar as funções de certos processos cerebrais; esta é a perspectiva adotada por alguns neurocientistas que afirmam que o correlato neuronal da “vontade” pode estar localizado no córtex pré-frontal dorsolateral.<sup>98</sup> Diversamente, a *perspectiva intencional* pressupõe que o sistema possui certas informações e certos objetivos que ele tenta atingir de forma racional. O ponto de vista intencional pode ser adotado por razões pragmáticas, desconsiderando-se como as operações do sistema são implementadas fisicamente e mesmo se alguém estiver convencido de que o sistema não tem nenhum “estado mental” (naturalístico), como nos exemplos dos computadores de xadrez, termostatos ou amêijoas, citados por Dennett<sup>99</sup>. As psicologias jurídica e popular são instâncias primárias de uma perspectiva intencional que serve, então, como base para um quarto nível ou *perspectiva pessoal/moral*<sup>100</sup> de atribuição de aprovação e censura. As teorias psicológicas modernas parecem oscilar entre a perspectiva do design e a perspectiva intencional.

## 4 Considerações finais

O que isso significa para a pergunta inicial? *Mens rea* é um fenômeno mental? A resposta depende de quais são as qualidades definidoras do “mental”, se a consciência é necessária ou se a intencionalidade/direcionalidade (Brentano) é suficiente. Se você está procurando entidades ontológicas obscuras ou pequenos *homúnculos* que estejam no controle, a resposta é “não”. Na perspectiva intencional, a resposta por definição é “sim”. A *mens rea* é atribuída? Novamente, do ponto de vista intencional, a resposta é “sim”, porque os termos da *mens rea* são abstrações, construtos usados em operações teóricas de um método interpretativo, de modo que parece preferível dizer que eles são atribuídos, imputados ou designados e não meramente declarados ou observados.

Qual é a consequência para o direito? A determinação da *mens rea* é uma questão de fato ou de direito? Alguns trabalhos<sup>101</sup> contrastaram a interpretação ou atribuição com a investigação dos fatos, de forma que alguém poderia ser tentado a pensar que o direito probatório se preocuparia, apenas, com fatos observáveis, ao passo que — especialmente porque a “interpretação” *stricto sensu*, por exemplo, de contratos é comumente considerada uma questão de direito — a interpretação ou atribuição de fatos seria uma atividade normativa. Contudo, observação *versus* interpretação/atribuição é uma falsa dicotomia, já que observação é sempre mais ou menos “carregada de teoria”,<sup>102</sup> motivo pelo qual o elemento interpretativo como tal dificilmente pode ser determinante da classificação legal. Somente se os termos da *mens rea* forem entendidos como disposições, parece plausível considerar os condicionais hipotéticos constitutivos como pertencentes, também, ao direito material. As disposições saíram de moda na filosofia há algum tempo e por boas razões<sup>103</sup>. Se os

<sup>97</sup> Dennett, 68 *Journal of Philosophy* 87. (1971) = in *Brainstorms* 3 e ss.; id., *Mechanism and Responsibility*, in: Watson (ed.), *Free Will* 154 e ss. (1982); id., *True Believers*, in: *The Intentional Stance* 15 ff. (1987); id., *Three Kinds of Intentional Psychology*, in: *The Intentional Stance* 49. (1987); primeiramente em *Content and Consciousness* 40 e ss. (2nd ed. 1986); ver Beckermann, *Analytische Einführung* 307. (2nd ed. 2001); Bieri, *Intentionale Systeme: Überlegungen zu Daniel Dennetts Theorie des Geistes*, in: Brandtstädter (Hrsg.), *Struktur und Erfahrung in der psychologischen Forschung* 208 ff. (1987); para uma crítica, ver Baker, *Saving Belief* 150 e ss., 155 e ss. (1987).

<sup>98</sup> Hommel & Nattkemper (nota 51 *supra*), 34.

<sup>99</sup> Dennett, *Intentional Systems* (nota 97 *supra*), p. 3, 5 f., 7 f., 16 e ss.; ver também id., *Real Patterns*, 99 *Journal of Philosophy* 27 (1991), in id., *Brainchildren* 95 e ss., 113 (1998); id., *True Believers* (nota 97 *supra*), p. 13, 22–3.

<sup>100</sup> Cf. Dennett, *Mechanism and Responsibility* (nota 97 *supra*), at 157 e ss.; ver também Moore, *Act and Crime* 132–3 (1993/2010); id., *Placing Blame* (nota 7 *supra*), 404 e ss.

<sup>101</sup> E.g. Shapira-Ettinger, 28 *Cardozo L. Rev.* 2577, 2589 f., 2595 e s. com mais referências (2006–07).

<sup>102</sup> Cf. Stuckenberg (nota 8 *supra*), 44 n. 196.

<sup>103</sup> Cf. only Dennett, *Three Kinds of Intentional Psychology* (nota 97 *supra*), p. 58; Bratman (nota 82 *supra*), p. 9; ver também Stuckenberg (nota 8 *supra*), 91–2 com mais referências.



termos da *mens rea* forem entendidos como termos teóricos ou construções lógicas, as regras que governam a operacionalização de tais termos serão logicamente distintas dos próprios termos e podem ser categorizadas como regras probatórias. Isso tem a vantagem de ser compatível com o realismo leigo e generalizado do direito e, provavelmente, passaria também pelo realismo científico. Portanto, parece que não há razões convincentes para que o direito não trate os termos da *mens rea* como fatos.

Não obstante as diferenças entre questões de fato e de direito estabelecidas no início, na prática jurídica, é amplamente irrelevante<sup>104</sup> se, por exemplo, “intenção” é entendida como um fato psicológico a ser provado ou construto teórico a ser atribuído, pois a base factual necessária sempre consiste em apenas dois tipos de dados: as autodeclarações da perspectiva em primeira pessoa e o comportamento observado (no contexto) como interpretado da perspectiva em terceira pessoa. Em todo caso, inferências permissíveis e talvez uma confissão determinam a descoberta da *mens rea*, independentemente do quadro teórico preferido e do status ontológico. Possíveis diferenças refletem as contingências do direito positivo, como quem é o apurador do fato e se inferências errôneas são recorríveis como questões de direito ou de fato, como erro processual ou material etc. Por último, deve-se notar que é controverso se a distinção entre fato e direito realmente repousa em diferenças ontológicas, epistemológicas ou analíticas entre os conceitos ou se é meramente funcional<sup>105</sup> e, nesse caso, o *status* ontológico dos termos da *mens rea* seria completamente irrelevante para propósitos legais.

<sup>104</sup> Stuckenberg (nota 8 *supra*), 386–389.

<sup>105</sup> Cf. apenas Allen & Pardo, 97 Nw. U. L.Rev. 1769 e ss. (2002–3); *id.*, 7 Int’l J. Evidence & Proof 153 e ss. (2003); Kirgis, 8 Int’l J. Evidence & Proof 47,47–50 (2004); *id.*, 64 Ohio St. L.J. 1125 e ss. (2003).

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