

DUAS ESPÉCIES DE REGRAS JURÍDICAS: UM ESTUDO COMPARADO DO ÔNUS DA PROVA EM CASOS CRIMINAIS

TWO KINDS OF LEGAL RULES: A COMPARATIVE STUDY OF BURDEN-OF-PERSUASION PRACTICES IN CRIMINAL CASES

George P. Fletcher*



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O artigo investiga a evolução histórica e comparada da distribuição do ônus da prova em matéria penal nos sistemas de *Common Law* e de *Civil Law*. Analisa-se a reorientação da persecução penal em relação ao modelo inspirado no litígio privado — no qual incumbia ao acusado provar as questões defensivas — para um modelo centrado na proteção mais robusta do inocente. Para explicar esse movimento, propõe-se uma distinção entre duas espécies de regras de atribuição de responsabilidade: (i) regras incompletas, típicas do direito privado, que admitem exceções; e (ii) regras globais, emergentes da dogmática penal alemã, que abrangem todas as condições materiais necessárias para justificar a imposição de sanções. Ao adotar um modelo de persecução penal orientado por regras globais de atribuição de responsabilidade, defende-se que incumbe à acusação o ônus de provar todas as questões relacionadas à culpabilidade moral do acusado, inclusive as excludentes de ilicitude e de culpabilidade.

Palavras-chave: Ônus da prova. Presunção de Inocência. Regras Globais. Culpabilidade. Processo Penal Comparado.

Abstract: This paper investigates the historical and comparative evolution of burden-of-persuasion practices in criminal cases across Common Law and Civil Law jurisdictions. It traces the reorientation of the criminal process away from a model patterned after private litigation — in which defendants traditionally bore the burden of persuasion on defensive issues — toward a framework that provides greater protection for the innocent. This movement is best explained through the proposed distinction between two types of legal rules: (i) incomplete rules of criminal liability, inherited from private litigation, which admit exceptions; and (ii) comprehensive rules of criminal liability, developed primarily in German criminal theory, which encompass all the necessary and sufficient substantive conditions for the justified use of criminal sanctions. Moving toward a model based on comprehensive rules, the article contends that the prosecution should bear the burden of persuasion on all issues relevant

* *Cardozo Professor of Jurisprudence, Columbia Law School. Visiting Professor at the Hebrew University of Jerusalem, the Free University of Brussels, the University of Frankfurt and Yale Law School. First American to receive the Humboldt Forschungspreis and other international awards and recognitions. Artigo originalmente publicado no Yale Law Journal. Vol. 77, N. 5, 1968, pp. 880-935. Tradução de João Vitor Antunes dos Santos. E-mail: joaovitorantunessantos@gmail.com.*

to the defendant's blameworthiness, including those traditionally classified as defenses in Common Law systems.

Keywords: Burden of persuasion. Presumption of Innocence. Comprehensive rules. Blameworthiness. Comparative Criminal Procedure.

I. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: QUEM DERA FOSSE ASSIM^{NT}

Em qualquer lugar, pessoas boas prezam pela presunção de inocência¹. Sejam franceses, alemães ou norte-americanos, todos concordam quanto à necessidade de sua observância prática. Tanto nos Estados Unidos quanto no exterior, a imposição de sanções penais exige um elevado grau de prova de que o acusado cometeu o delito imputado. Para exprimir o *standard* de prova necessário, os juristas do *Common Law* mencionam o dever do acusador de provar a hipótese acusatória “além da dúvida razoável” (*beyond a reasonable doubt*)². E os juristas

^{NT} Não é demais registrar que todos os apontamos de Fletcher remetem aos Estados Unidos de 1968, contexto da publicação original do artigo. As referências legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais realizadas pelo autor foram preservadas tal como no original, sem atualizações de sua pesquisa. Todavia, a distância entre as tradições penais dos sistemas de *Common Law* e de *Civil Law* tornou inevitável a inclusão, ao longo do texto, de algumas Notas do Tradutor (NT), destinadas a esclarecer institutos estrangeiros e colocar o leitor brasileiro do século XXI no contexto informacional do leitor norte-americano do século XX. Como não poderia deixar de ser, tudo isso foi realizado em respeito às ideias de Fletcher, com adaptações terminológicas de ordem minimalista.

¹ A presunção de inocência é uma cláusula recorrente em declarações e pactos internacionais sobre direitos humanos fundamentais. *Universal Declaration of Human Rights*, Dec. 10, 1948, art. 11(2), U.N. Doc. A/811, republicado em 43 Am. J. Int'l L. 127 (Supp. 1949); *European Convention on Human Rights*, Nov. 4, 1950, art. 6(2), 213 U.N.T.S. 222, 22B (1955). Nos Estados Unidos, a presunção de inocência está prevista em diversas leis estaduais, e.g., CAL. PENAL CODE § 1096 (West 1956), N.Y. CODE OF CR. PROC. § 389 (*McKinney* 1958). Além disso, a Suprema Corte dos Estados Unidos já decidiu que os tribunais federais devem fornecer instruções aos jurados de que a presunção de inocência favorece o acusado nos casos criminais. *Coffin v. United States*, 156 U.S. 432 (1895). Entretanto, cf. *United States v. Agnew*, 165 U.S. 36 (1897), *United States v. Nimerick*, 118 F.2d 464 (2d Cir. 1941). As notas de rodapé abaixo tratam da presunção de inocência na França e na Alemanha; para um estudo sobre a presunção de inocência na União Soviética, ver meu artigo *THE PRESUMPTION OF INNOCENCE IN THE SOVIET UNION*, publicado na edição de junho de 1968 da *U.C.L.A. Law Review*.

² A presunção de inocência no *Common Law* surgiu de forma independente da regra que exige prova além de dúvida razoável. A primeira manifestação da presunção de inocência ocorre em litígios de natureza privada, e.g., *Williams v. East India Co.*, 3 East 192, 102 Eng. Rep. 571 K.B. 1802); *R. v. Hawkins*, 10 East 211, 103 Eng. Rep. 755 (1808), como fundamento para impor ao autor o ônus de provar uma proposição negativa, a exemplo do caso *Williams*, no qual o réu deixou de avisar o autor da ação de que transportava combustível em seu navio. A regra de que o promotor tinha que provar a tese acusatória além da dúvida razoável se desenvolveu de forma independente, sobre isso ver: L. MACNALLY, *THE RULES OF EVIDENCE ON PLEAS OF THE CROWN* 398 (1811). Na década de 1850, os juízes norte-americanos passaram a equiparar a presunção de inocência à regra relativa ao ônus da prova da acusação. *Patterson v. State*, 21 Ala. 571 (1852); *State v. Tibbetts*, 35 Maine 81 (1852). Juristas ingleses e norte-americanos perceberam essa conexão nas décadas subsequentes. I S. GREENLEAF, *A TREATISE ON THE LAW OF EVIDENCE* § 29 (2d ed. 1814) (a primeira edição, publicada em 1842, ainda discutia a presunção de inocência sem relacioná-la ao grau de prova necessário nos

continentais invocam a máxima *in dubio pro reo* — preceito que impõe ao julgador a absolvição nos casos de dúvida³.

Os franceses falam em *présomption d'innocence*⁴; e os alemães, em *Unschuldsvermutung*⁵. Ao reproduzirem as regras já existentes sobre o ônus da prova^{NT} da

casos criminais). J. STEPHEN, *A DIGEST OF THE LAW OF EVIDENCE* 94 (1876), 1 P. TAYLOR, *TREATISE ON THE LAW OF EVIDENCE* 133 (1887).

³ Essa máxima não é mencionada na legislação Francesa ou Germânica. Os franceses extraem o *in dubio pro reo* diretamente da presunção de inocência. 2 P. BOUZAT & J. PINATEL, *TRAITE DE DROIT PENAL ET DE CRIMINOLOGIE* 913 (1963); J. PATARIN, *LE PARTICULARISME DE LA THEORIE DES PREUVES EN DROIT PENAL*. In: G. STEFANI, *QUELQUES ASPECTS DE L'AUTONOMIE DU DROIT PENAL* 38-39 (1956). Os alemães, que começaram a aplicar a máxima *in dubio pro reo* muito antes de reconhecerem a presunção de inocência, elaboraram diversos fundamentos jurídicos a esse respeito. Pelo menos seis prevalecem hoje: (1) A máxima deriva do § 261 da *Strafprozessordnung* [StPO] (Código de Processo Penal), a qual estabelece a livre apreciação da prova (*freie Beweiswürdigung*). Cf. SEIBERT, *IN DUBIO PRO REO*, 4 *DEUTSCHE RECHTS-ZEITSCHRIFT* 557 (1949); 1 LOEWENROSENBERG, *DIE STRAFPROZESSORDNUNG* § 261, *Comment* 4, item 1067 (21st ed. 1963); (2) A máxima deriva do § 244.2, a qual exige que os tribunais apreciem todas as questões pertinentes, inclusive aquelas não suscitadas nem pela acusação nem pela defesa. 2 E. SCHMIDT, *LEHRKOMMENTAR ZUR STRAFPROZESSORDNUNG*, § 244, *Comments* 10-12, p. 669-670 (1957) (“*the duty to investigate the facts entails the duty to determine the facts unequivocally*”); (3) A máxima deriva do § 267.1, a qual exige que uma decisão judicial sobre a culpa do acusado seja amparada em uma fundamentação “expondo os fatos considerados provados”. H. HENKEL, *STRAFVERFAHRENSRECHT* 405-406 (1953); (4) A máxima detém o *status* de norma consuetudinária. E. KERN, *STRAFVERFAHRENSRECHT* 64 (8ª ed. 1967); (5) A máxima é uma reafirmação do princípio de que ninguém deve ser punido a menos que seja culpado — *nulla poena sine culpa*. W. STREE, *IN DUBIO PRO REO* 15-16 (1962); (6) A máxima decorre do conceito de *Rechtsstaat* – um Estado baseado no Direito. D. MANN & U. MANN, *DIE ANWENDBARKEIT DES GRUNDSATZES “IN DUBIO PRO REO” AUF PROZESSVORAUSSETZUNGEN*, 76 *ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT* 264, 272ff. (1964).

⁴ A noção francesa de *présomption d'innocence* decorre do § 9 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que se inicia com: *Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable...* (“Todo homem é presumido inocente até que tenha sido declarado culpado...”). L. DUGUIT, H. MONNIER & R. BONNARD, *LES CONSTITUTIONS DE LA FRANCE DEPUIS 1789*, p. 2 (7ª ed. 1952). A Declaração de 1789 possui atualmente *status* de norma constitucional, por força de sua incorporação no Preâmbulo da Constituição de 1958. P. CONET & B. CHAPMAN, *The Constitution of the Fifth Republic*, p. 11 (2ª ed., 1959).

⁵ A expressão *Unschuldsvermutung* pode ser encontrada na literatura prévia à Segunda Guerra Mundial, por exemplo, em J. VARGHA, *DAS STRAFPROZESSRECHT*, 33-34 (1885) (derivando o brocardo *in dubio pro reo* de uma presunção de inocência); A. VON FEUERBACH, *LEHRBUCH DES PEINLICHEN RECHTS*, 397 (11ª ed. 1832) (referência a uma *rechliche Vermutung der Unschuld*). De modo geral, entretanto, os estudiosos alemães do pré-guerra rejeitavam a *Unschuldsvermutung* como um uso impróprio da terminologia jurídica. K. MOSER, *IN DUBIO PRO REO* 77. Desde 1952, a presunção de inocência estabelecida pelo art. 6(2) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos possui o *status* de direito interno na Alemanha. *Ratifying law of August 7, 1952*, [1952] *Bundesgesetzblatt* [BGB1.] II 685, 953. Cf. SCHORN, *COMMENT*, 1963 *DEUTSCHE RICHTER ZEITUNG* 339; WOESNER, *DIE MENSCHENRECHTSKONVENTION IN DER DEUTSCHEN STRAFRECHTSPRAXIS*, 1961 *NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT* 1381.

^{NT} Embora o termo “ônus de persuasão” (*burden of persuasion*) tenha sido utilizado reiteradamente ao longo da versão original, inclusive em seu próprio título, essa nomenclatura é estranha à processualística penal brasileira. De forma resumida, os sistemas penais afetos ao *Common Law*, marcados pela centralidade do tribunal do júri, distinguem duas subcategorias principais de ônus da prova: o “ônus de produção” (*burden of production* ou *burden of going forward*) e o “ônus de persuasão” (*burden of persuasion*). O primeiro diz respeito ao encargo da parte de produzir provas admissíveis e relevantes, usualmente submetidas a controle preliminar pelo juiz; enquanto o segundo corresponde ao ônus da prova em sentido estrito, ou seja, ao encargo de provar e convencer os jurados acerca de uma proposição fática. Essa distinção se faz relevante no contexto específico do *Common Law*, em virtude da necessidade de se aferir, na fase inicial do processo, a existência de elementos suficientes para que o caso seja encaminhado ao julgamento pelo Tribunal do Júri. É precisamente dessa

acusação, essas fórmulas reafirmam retoricamente a antiga preocupação ocidental de que apenas culpados devem sofrer sob o direito penal⁶. Foi essa preocupação que levou Hale a afirmar, no final do século XVII, que cinco culpados deveriam ser absolvidos antes que um inocente fosse condenado⁷. Esse tipo de proporção, que expressa tolerância em absolver culpados, tornou-se recorrente no jargão do *Common Law*; Blackstone aumentou a proporção para dez em favor de um⁸, enquanto outros com inclinação libertária chegaram a defender vinte em favor de um⁹. Assim como a presunção de inocência, essas proporções expressam um compromisso com a dignidade humana. Ainda que formulada de diversas maneiras, a mensagem desse compromisso permanece a mesma: as garantias individuais não devem ceder prontamente aos supostos benefícios da aplicação da pena.

Todavia, se o compromisso dos sistemas jurídicos ocidentais com o princípio de que apenas culpados devem sofrer sanções penais está expresso em um arranjo de regras, fórmulas e metáforas, ele não deixa de ser um compromisso que “tenta se explicar demais”. Apesar de toda essa retórica e das proporções formuladas entre o número de culpados absolvidos e inocentes condenados, nós, especialmente nos Estados Unidos, não vivemos plenamente alinhados com esse compromisso; nós nem sempre exigimos a absolvição em casos de dúvida sobre questões cruciais da persecução penal. “Mas nós exigimos prova além da dúvida razoável”, insistirão os mais convictos. E é verdade que o fazemos — em alguns casos. Aqui e no exterior, a acusação deve provar, para além da dúvida razoável, que o acusado disparou um tiro fatal ou ateou fogo a um celeiro. De fato, nessas questões, permanecemos fiéis à política de certeza na imposição de sanções penais. Qualquer abordagem distinta — por exemplo, a

exigência que decorre o conceito de ônus de produção da prova: não como uma necessidade inerente ao processo, mas como um desdobramento institucional do sistema de júri. Diante disso, consideramos que o nosso conceito de “ônus da prova” possa ser aqui empregado, de forma suficiente e sem prejuízo aos fins do trabalho e Fletcher, para transmitir fundamentalmente a mesma ideia de “ônus de persuasão”. Nessa direção, Taruffo e Badaró também tratam o “ônus de persuasão” e o “ônus da prova” em sentido estrito como conceitos equivalentes. Cf. TARUFFO, Michele. A prova. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 142-147; BADARÓ, Gustavo. Ônus da Prova no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, notas de rodapé 105 e 255.

⁶ Especificamente, a presunção de inocência encoraja os julgadores a não levarem em consideração a alta probabilidade de que um indivíduo seja culpado caso ele assim seja reputado pela polícia e pela acusação. Cf. PACKER, *TWO MODELS OF THE CRIMINAL PROCESS*, 113 U. PA. L. REV. 1, 12 (1964); 9 J. WIGMORE, *EVIDENCE*, 406-09 (3ª ed., 1940). De modo geral, ver: J. THAYER, *A PRELIMINARY TREATISE ON EVIDENCE*, 551-76 (1898).

⁷ M. HALE, *PLEAS OF THE CROWN* 289 (1694).

⁸ 4 BLACKSTONE, *COMMENTARIES* *358. Também sobre a proporção dez em favor de um, ver: L. ROSENBERG, *DIE BEWEISLAST* 92 (5ª ed, 1965).

⁹ FORTESCUE, *DE LAUDIBUS LEGUM ANGLIAE* ch. 27. Frederico II da Prússia teria invocado a mesma *ratio*. 1 LOEWE-ROSENBERG, *DIE STRAFPROZESSORDNUNG* 628 (1963). Em linhas gerais, ver: G WILLIAMS, *PROOF OF GUILT* 151-158 (2ª ed. 1955).

exigência de que um homem suspeito de assassinato prove que não foi ele quem puxou o gatilho — perturbaria igualmente a consciência dos franceses e dos californianos.

Apesar dessa solidariedade ocasional por um tratamento justo, há uma série de situações em que os tribunais americanos e estrangeiros deixam de assegurar ao acusado o benefício da dúvida. Por exemplo, se o acusado alega ter matado em legítima defesa, ele poderá ser condenado em diversas jurisdições do *Common Law*, ainda que os jurados mantenham dúvidas razoáveis sobre essa alegação, pois caberia ao próprio acusado chegar ao ponto de provar sua situação de legítima defesa por uma preponderância de provas (*preponderance of the evidence*)¹⁰. Além disso, se o acusado alega ter agido sob coação¹¹, em estado de embriaguez¹² ou acometido por doença mental¹³, diferentes tribunais do *Common Law* e do *Civil Law* exigirão que ele convença o julgador de tais alegações. Nesses e em vários outros casos, recorrentes nos Estados Unidos e na Europa Ocidental, o acusado não é protegido pela nossa tradicional e profunda preocupação em proteger o inocente das sanções penais^{NT}.

¹⁰ *Brock v. State*, 237 Ark. 73, 371 S.W.2d 539 (1963); *Quillen v. State*, 49 Del. 114, 110 A.2d 445 (1955); *Luttrell v. Commonwealth*, 250 Ky. 334, 63 S.W.2d 292 (1933); *Perry v. State*, 234 Md. 48, 197 A.2d 133 (1964); *State v. Grainger*, 223 N.C. 716, 28 S.F.d 228 (1943); *Szalkai v. State*, 96 Ohio 36, 117 N.E. 12 (1917); *State v. Reid*, 3 Ohio App. 2d 215, 210 N.E.2d 142 (1965); *Commonwealth v. Wilkes*, 414 Pa. 246, 199 A.2d 411 (1964), *State v. Morrison*, 121 S.C. 11, 113 S.E. 304 (1922), criticamente, 21 MICH. L. REV. 203 (1922); *State v. Mellow*, 107 A. 871 (R.I. 1919), apontado em 33 HARV. L. REV. 609 (1920); *Thomas v. State*, 210 Tenn. 297, 358 S.W.2d 315 (1962); cf. POMPE, *LA PREUVE EN PROCÉDURE PÉNALE*, 1961 *REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PÉNAL COMPARÉ* 269, 282-83 (autor holandês que expressamente defende uma regra exigindo que o acusado suporte o ônus da prova quanto à legítima defesa). No mesmo sentido: 1 P. BOUZAT & J. PINATEL, *TRAITE DE DROIT PENAL ET DE CRIMINOLOGIE* 275 (1963); 2 id. 914 n.4; 2 G. STEFANI & G. LEVASSEUR, *DROIT PENAL GENERAL ET PROCEDURE PENALE* 22 (2d ed. 1964).

¹¹ O principal (e praticamente único) precedente do *Common Law* é *State v. Sappienza*, 84 Ohio 63, 95 N.E. 381 (1911); no mesmo sentido, *Judgment of December 29, 1949*, [1950] *Semaine Juridique [Sem. Jur.] II*, No. 5614 (*Cour de Cassation Criminelle [Cass. crim.]*, Fr.). Veja-se também: OHIO JUDICIAL CONFERENCE, OHIO JURY INSTRUCTIONS § 9.60; N.Y. Penal Law §§ 25.00(2), 35.35 (McKinney 1967); 9 J. WIGMORE, EVIDENCE 417 n.4 (3ª ed. 1940).

¹² Por exemplo: *State v. Linzmeyer*, 248 Iowa 31, 79 N.W.2d 206 (1956); *State v. Quigley*, 135 Maine 435, 199 A. 269 (1938); *State v. Kelly*, 216 N.C. 627, 6 S.E.2d 533 (1940); *Commonwealth v. Chapman*, 359 Pa. 164, 58 A.2d 433 (1948).

¹³ Para uma análise das jurisdições norte-americanas em que isso ainda se mantém atual, veja H. WEIFHOFEN, *MENTAL DISORDER AS A CRIMINAL DEFENSE* 212-72 (1954). Os tribunais franceses são ambíguos quanto ao tema. 2 P. BOUZAT & J. PINATEL, nota 10 *supra*, n.4 (1953); cf. 2 G. STEFANI & G. Levasseur, nota 10 *supra*, p. 22.

^{NT} Parte da doutrina brasileira ainda defende que o acusado tem o ônus da prova em relação às causas de justificação (excludentes de ilicitude) e exculpação (excludentes de culpabilidade). Nesse sentido, por exemplo: PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 336. No Superior Tribunal de Justiça, podemos encontrar decisões recentes também nessa direção: STJ, Quinta Turma, AgRg no AREsp 1.942.630/SC, Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 31/3/2022 (“o ônus acusatório diz respeito aos elementos positivos, devendo demonstrar, assim, a materialidade e autoria delitiva. Eventuais excludentes devem ser provadas pela defesa”); STJ, Sexta Turma, AgRg no AREsp n. 2.616.757/SP, Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 23/12/2024 (“não encontra guarida na jurisprudência a tese de que cabe à acusação comprovar a inexistência de excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, circunstância que implicaria negativa de vigência do art. 156 do CPP”). Tais posicionamentos, contudo, não parecem convencer, ao menos desde a nova redação

Existem, portanto, duas categorias de questões. Há algumas que a acusação, aqui e no estrangeiro, deve provar para além da dúvida razoável; e outras que são tratadas casuisticamente de acordo com o tribunal. A morte em um caso de homicídio exemplifica a primeira categoria, enquanto a segunda inclui questões como a legítima defesa e a doença mental. No entanto, embora possamos ilustrar as duas categorias com exemplos, não parece haver um fundamento que as distinga em princípio. Não se poderia dizer que a acusação deve provar apenas questões positivas ou afirmativas, pois recai integralmente sob ela, por exemplo, o risco da dúvida residual quanto à imputação de que um sujeito deixou de prestar socorro¹⁴. Ocorre que, ao longo dos anos, certas questões se tornaram estreitamente associadas à acusação, cabendo a ela prová-las para além da dúvida razoável. A esse respeito, o cerne da pretensão punitiva compreende categorias bem definidas: (1) a ocorrência de um dano social (e.g., morte, subtração de propriedade alheia, atos de vadiagem); (2) a relação de causalidade entre o acusado e o dano¹⁵; e, de acordo com o estágio atual do direito penal, (3) a intenção, a negligência ou a imprudência do acusado de causar esse dano¹⁶. Contudo, para além desses padrões já consolidados nos

do inciso VI do art. 386 do CPP, conferida pela Lei nº 11.690/2008, que prevê a absolvição quando “existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo *se houver fundada dúvida sobre sua existência*” (grifos nossos). Contra atribuir ao acusado o ônus da prova nessas questões, ver: JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 212-214; BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 9ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 681-683.

¹⁴ O *Caso Lord Halifax*, relatado sem data em F. BULLER, *INTRODUCTION TO LAW AT NISI PRIUS* 298 (1ª ed. 1772) (o tribunal impôs o ônus da prova à acusação sob fundamento de que “se presume que uma pessoa exerce o seu ofício até que se prove o contrário”); cf. *R. v. Hawkins*, 10 East 211, 103 Eng. Rep. 755 (K.B. 1808). Tanto os estudiosos do direito continental quanto do *Common Law* rejeitam a relevância da distinção entre questões positivas/negativas na alocação do ônus da prova. REINICKE, *COMMENT*, 1949 *NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT* 556; GEYER, *DER BEWEIS IM STRAFPROZESS*, at. 211, *In*: 1 F. VON HOLTZENDORFF, *HANDBUCH DES DEUTSCHEN STRAFPROZESSES* (2ª ed. 1879); PATARIN, nota 3 *supra*, p. 23; MODEL PENAL CODE § 1.13, *COMMENT* at. 110 (*Tent. Draft* nº 4, 1955); G. WILLIAMS, *CRIMINAL LAW* 876 (2ª ed. 1961). A ausência de consentimento é um fator negativo que a acusação deve frequentemente provar. Veja-se, por exemplo, *BAR ASS'N OF THE DISTRICT OF COLUMBIA, JURY INSTRUCTIONS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA, Instruction* nº 111 (1956) (a acusação deve provar que o uso do automóvel de outrem não foi autorizado pelo proprietário); sobre o estado de necessidade em casos de aborto, nota 17 *infra*.

¹⁵ Uma possível exceção é o alibi no *Common Law*. O simples fato dessa questão ser considerada uma “defesa” já é suficiente para que alguns tribunais afirmem que o acusado suporta o ônus da prova. *E.g., Porter v. State*, 200 Ga. 246, 36 S.E.2d 794 (1946); outros tribunais fazem referência ao ônus da prova do acusado, mas o contexto deixa claro que se trata, na realidade, do chamado “ônus de produção” (*burden of going forward*). *Commonwealth v. Bonomo*, 396 Pa. 222, 151 A.2d 441 (1959); *State v. Withrow*, 142 W.Va. 522, 96 S.E.2d 913, 921 (1957); Cf. *Halko v. State*, 54 Del. 180, 175 A.2d 42 (1961).

¹⁶ *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462; 1 UNDERHILL, *CRIMINAL EVIDENCE* §§ 51, 54 (5ª ed. P. Herrick 1956); PATARIN, nota 5 *supra*, p. 25; GEYER, nota 14 *supra*, p. 212; 2 H. ZACHARIAE, *HANDBUCH DES DEUTSCHEN STRAFPROZESSES* 416 (1868). Exigir que o acusado demonstre sua intenção ao manter em sua posse instrumentos usualmente empregados na prática de arrombamento e furto suscita dilemas constitucionais na Alemanha e nos Estados Unidos. Compare: *United States v. Benton*, 232 F.2d 341 (D.C. Cir. 1956) (declarando inconstitucional um dispositivo que exigia do acusado “justificar satisfatoriamente a posse”

tribunais europeus e norte-americanos, há pouca orientação sobre como identificar se determinada questão incumbe à acusação ou à defesa. Considere a questão do estado de necessidade em um caso de aborto terapêutico para salvar a vida da gestante¹⁷. Ou a questão da cidadania do acusado, que havia sido enfrentada no caso *Morrison v. Califórnia*¹⁸. Como determinar se essas questões pertencem à acusação ou à defesa? Qual das partes deve suportar o risco da dúvida residual? É possível formular um princípio que defina o conjunto de questões que deve compor a acusação formulada contra o sujeito? Ainda está para ser feito.

Um norte para enfrentar esse grupo de problemas é o conceito de defesa (*defense*) do *Common Law*^{NT}. O próprio termo já carrega consigo a ideia de uma responsabilidade a ser suportada pela defesa do acusado. Causa surpresa que não haja expressão equivalente na dogmática francesa ou alemã para a classificação de categorias do direito penal material. É nesse terreno que os sistemas do *Common Law* e do *Civil Law* expressam suas particularidades, ao atribuir certas questões, mas não outras, ao encargo da defesa. Uma constelação de jurisdições concordará que o acusado deve suportar o ônus da prova de determinada defesa. No entanto, para algumas defesas específicas, como a legítima defesa, os tribunais do *Common Law* manifestam posicionamentos divergentes, assim como os juristas franceses e alemães assumem lados distintos¹⁹. Em um tema significativo, notadamente a autorização para exercer

de um instrumento que “razoavelmente pudesse ser utilizado na prática de qualquer crime”); *Judgment of October 3, 1958, 1959 NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT* 1932 (*LANDGERICHT, HEIDELBERG*) (declarando inaplicável o StGB § 245a, que exigia das pessoas condenadas por determinados delitos a prova de que os instrumentos de furto encontrados em sua posse não estavam sendo mantidos para fins criminosos). Se o acusado tiver de provar a razoabilidade de um erro de fato como defesa, por exemplo, em *People v. Vogel*, 46 Cal. 2d 798, 299 P.2d 850 (1956), ele, com efeito, assume o ônus da prova quanto à questão da negligência. Veja: N. MORRIS & C. HOWARD, *STUDIES IN CRIMINAL LAW* 221-22 (1964).

¹⁷ A alocação do ônus da prova sobre essa questão tem suscitado considerável litigiosidade. Os tribunais norte-americanos, em geral, entendem que cabe ao Estado refutar a alegação de estado de necessidade além da dúvida razoável. Por exemplo: *Williams v. United States*, 138 F.2d 81 (D.C. Cir. 1943); *State v. Bates*, 52 Wash. 2d 207, 324 P.2d 810 (1958). Todavia, ver: *State v. Lee*, 69 Conn. 186, 37 A. 75 (1897) (mantendo a condenação com base na instrução fornecidas aos jurados de que o estado de necessidade seria “uma questão de defesa, que o acusado pode estabelecer caso corresponda à realidade”).

¹⁸ 291 U.S. 82 (1934). Esse é um caso que considerou a imposição do ônus da prova ao acusado como uma violação ao devido processo legal. Cf. *Leland v. Oregon*, 343 U.S. 790 (1952) (reconhecendo a constitucionalidade de uma lei que exigia da defesa prova da doença mental além da dúvida razoável).

^{NT} Por vezes, as chamadas defesas (*defenses*) do direito penal norte-americano são associadas e comparadas com as excludentes de ilicitude e de culpabilidade do direito penal brasileiro. Trata-se, contudo, de uma correspondência apenas aproximada, uma vez que as diferenças sistemáticas entre a teoria do delito norte-americana e a de matriz germânica impedem que essas categorias sejam compreendidas como equivalentes, como Fletcher demonstrará melhor adiante.

¹⁹ Compare os julgados e os escritos citados na nota 10 *supra* com: *MODEL PENAL CODE* §§ 1.12(1), 1.13(9)(c) (*Proposed Official Draft* 1962) (ônus da acusação de afastar as alegações de excludente de ilicitude ou culpabilidade além da dúvida razoável); *Frank v. United States*, 42 F.2d 623 (9th Cir. 1930) (ônus da acusação

uma atividade econômica regulada, os tribunais do *Common Law* impõem uniformemente o ônus da prova ao acusado²⁰. Por outro lado, também de maneira unânime, os tribunais continentais atribuem questões associadas a autorizações e licenças à acusação²¹. E ainda existem outras variações dessa disputa. Até 1963, os tribunais alemães, em descompasso com os tribunais do *Common Law* e da França, esperavam que a prescrição da pretensão punitiva fosse provada pelo acusado²². Hoje na Alemanha, mas não na França, incumbe ao acusado provar que o crime a ele imputado foi objeto de anistia pelo Poder Legislativo²³. Diante desse quadro de inconsistências, dificilmente se poderia sustentar que existe uma única e convincente explicação que justifique os desvios praticados em relação à presunção de inocência.

II. DUAS ESPÉCIES DE REGRAS JURÍDICAS: A TESE ENUNCIADA

de afastar a alegação de legítima defesa além da dúvida razoável); *R. v. Lobell*, [1957] 2 W.L.R. 524, 1 All E.R. 734 (*idem*); W. STREE, nota 3 *supra*, p. 19-21 e casos citados na nota 27 *infra*.

²⁰ Ver notas 93-97 *infra*.

²¹ Embora existam diversas disposições regulando o exercício profissional e o uso de títulos, *e.g.*, França: *Statute on Physicians and Dentists, Decree of October 5, 1953* §§ 375-380 [1953] *Journal Officiel de la République Française* 8867 *Code Pénal (appendix)*, p. 499-500 (64^a ed. Dalloz 1966-67); Alemanha: *STRAFGESETZBUCH [StGB]* §§ 132 e 132a; juristas não consideram a prova da licença ou da autorização como uma questão distinta da prova dos demais elementos da tese acusatória. Os juristas alemães entendem que cabe à acusação demonstrar que o acusado agiu conscientemente sem permissão. SCHÖENKE-SCHRÖEDER, *STRAFGESETZBUCH* § 132, p. 725-26, comentários 11 & 12 (13^a ed. 1967); H. WELZEL, *DAS DEUTSCHE STRAFRECHT* 462 (9^a ed. 1965).

²² Um promotor francês deve provar o *l'élément legal*, que inclui a punibilidade do crime diante do prazo prescricional. *Judgment of December 16, 1964, [1965] Sem. Jur. II, n° 14086 (Cass. crim., Fr.)*; 2 G. VIDAL & J. MAGNOL, *COURS DE DROIT CRIMINEL ET DE SCIENCE PENITENTIAIRE* 1022 (9^a ed. 1949). O conceito de *l'élément legal* não encontra equivalente na doutrina alemã. Até o *Judgment of February 19, 1963, 18 Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen [BGHSt.] 274*, o acusado suportava o ônus da prova quanto ao decurso do prazo prescricional. Para uma crítica ao antigo entendimento, veja: W. STREE nota 3 *supra*, p. 64-66. *Cf.* a solução da mesma questão nos tribunais de *Common Law*, nota 93 *infra*.

²³ Provar o *l'élément legal* (nota 22 *supra*) inclui provar a inaplicabilidade de normas de anistia. 2. G. STEFANI & G. LEVASSEUR, *PROCÉDURE PÉNALE* 22 (1966); PATARIN, nota 3 *supra*, p. 29-30 (no mesmo sentido, ainda que sem referência ao *l'élément legal*); os tribunais alemães, por outro lado, exigem que o acusado prove que sua infração ocorreu durante o período abrangido por uma lei de anistia. *Judgment of April 22, 1921, 56 Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen [RGSt.] 49* (esse foi o *leading case*; o fundamento adotado foi o de que uma norma de anistia representa uma intervenção extraordinária no curso da persecução penal). Esse entendimento foi defendido por SCHWARTZ, *DAS GRUNDGESETZ IN DER STRAFRECHTLICHEN PRAXIS*, 1950 *NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT* 124, 125, e criticado em W. STREE, nota 3 *supra*, p. 68-73 (1962). Questões presentes em leis de anistia que digam respeito à culpabilidade do acusado estão sujeitas à regra *in dubio pro reo*: *Judgment of July 6, 1954 [1954] Juristische Rundschau 351 (Bundesgerichtshof, Ger.)*; *Judgment of November 29, 1957, 1958 NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT 392 (Bundesgerichtshof, Ger.)*.

As jurisdições aqui examinadas variam desde aquelas como a Pensilvânia, que impõem ao acusado o ônus da prova para todas as defesas do *Common Law*²⁴, até aquelas como a República Federal da Alemanha, que aplicam quase uniformemente o princípio da absolvição nos casos de dúvida²⁵. Essa oscilação de um extremo ao outro do espectro produz uma miscelânea de posições divergentes e de idiosincrasias locais. Para contextualizar a desordem contemporânea, devemos retroceder a um período em que prevalecia um padrão mais uniforme nos sistemas jurídicos ocidentais. Nos tribunais franceses, alemães e do *Common Law* do século XIX, a regra, com poucas exceções, era impor ao acusado o ônus da prova quanto às matérias que os juristas anglo-americanos chamam de defesas. Para diversas questões, especialmente a legítima defesa e a doença mental, os tribunais ocidentais do século XIX exigiam do acusado uma preponderância de provas²⁶. A diversidade de entendimentos observada hoje traduz um movimento em direção à proteção mais robusta do inocente. Esse movimento, contudo, avançou em ritmos variados e cada jurisdição procedeu de forma independente. Entre as principais jurisdições da Europa Ocidental, os tribunais alemães do final do século XIX foram os primeiros a caminhar para afastar regras e precedentes que atribuíam ao acusado a demonstração da legítima defesa e da doença mental por uma preponderância de provas²⁷. Várias décadas depois, os tribunais ingleses começaram a revisar a regra do *Common Law*, que

²⁴ *Commonwealth v. Wilkes*, 414 Pa. 246, 199 A.2d 411 (1964) (legítima defesa); *Commonwealth v. Updegrave*, 413 Pa. 599, 198 A.2d 534 (1964) (doença mental); *Commonwealth v. Jacobino*, 319 Pa. 65, 178 A. 823 (1935) (embriaguez); *Commonwealth v. Bitzer*, 163 Pa. Super. 386, 62 A.2d 108 (Super. Ct. 1948) (licença para prestação de serviços).

²⁵ Essa norma é amplamente reconhecida na Alemanha. Veja, por exemplo, 1 E. SCHMIDT, nota 8 *supra*, p. 206-07; W. STREE, nota 3 *supra*, p. 19-22. Exceções incluem: (1) normas de anistia, nota 23 *supra*; (2) alegações de imunidade por físicos que participaram do programa de eutanásia nazista, *infra*; (3) StGB § 186 (exceção da verdade em crime contra a honra), *Judgment of February 12, 1958, 11 BGHSt. 273, 274*; (4) StGB § 182 (alegações de “falta de castidade” em caso de estupro de vulnerável) *Judgment of April 24, 1951, 1951 NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT 530 (Bundesgerichtshof, Ger.)*. É amplamente entendido que, nos casos de receptação sob o StGB § 259, a linguagem utilizada pelo dispositivo exige que o acusado prove que não sabia que o bem havia sido subtraído. Todavia, ver: BOCKELMAN, *DER NACHWEIS DES HEHLERVORSATZES*, 1954 *NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT 1745*.

²⁶ E. BONNIER, *TRAITÉ DES PREUVES* 22 (5th ed. 1888); A. VON FEUERBACH, nota 5 *supra* § 86, p. 66 & 90 (doença mental), § 568, p. 372 (legítima defesa); F. OPPENHOFF, *STRAFGESETZBUCH FÜR DAS DEUTSCHE REICH* § 51, p. 140, COMMENT 9 (12ª ed. 1891); F. WHARTON, *CRIMINAL EVIDENCE* 252-69 (9ª ed. 1884); H. KELLEY, *CRIMINAL LAW AND PRACTICE* 131 (1876); S. RAPALJE, *CRIMINAL PROCEDURE* 344 (1889); ver casos citados nas notas 60 e 92 *infra*. Alguns juristas alemães do século XIX e juizes norte-americanos identificaram uma distinção entre a legítima defesa e a doença mental; essa última, eles afirmavam, era incompatível com o dolo do acusado, de modo que se poderia exigir da acusação a comprovação da sanidade do réu além da dúvida razoável. J. GLASER, *LEHRE VOM BEWEIS* 90-93 (1883); 2 H. ZACHARIAE, nota 16 *supra*, p. 416-17; *Hopps v. People*, 31 Ill. 385 (1863); *People v. Garbutt*, 17 Mich. 9 (1868); *State v. Bartlett*, 43 N.H. 224 (1861).

²⁷ *Cf. Judgment of October 23, 1890, 21 RGSt. 131* (doença mental); *Judgment of November 13, 1885, 7 Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts in Strafsachen 664* (legítima defesa).

remonta às observações prolíficas de Blackstone e Foster, segundo a qual incumbe ao acusado provar as alegações que buscam atenuar ou justificar o crime a ele imputado²⁸. Nas duas últimas décadas, os juristas franceses têm estado imersos em uma disputa doutrinária que pode ampliar a aplicação do *in dubio pro reo* no tratamento das defesas²⁹. Do lado de cá do Atlântico, o movimento em prol da proteção do inocente tem sido esporádico, com muitos tribunais estaduais norte-americanos indiferentes às tendências das jurisdições vizinhas. Quando confrontados pela primeira vez com a questão no final do século XIX, alguns tribunais adotaram regras de ônus da prova favoráveis aos acusados que invocavam teses de legítima defesa ou de doença mental³⁰. Desde então, embora determinados tribunais tenham revisado seus entendimentos para seguir essa mesma orientação³¹, um número significativo exige, ainda hoje, que o acusado prove a legítima defesa ou a doença mental com base numa preponderância de provas³². Entretanto, apesar da reticência de tantos estados norte-americanos, a tendência no mundo ocidental distancia-se da atribuição de responsabilidade penal a partir de enunciados fáticos dominados pela dúvida. O curso da cultura jurídica ocidental não aponta para uma supressão velada dos corolários da presunção de inocência, mas, ao contrário, para a sua efetiva concretização.

A evolução harmoniosa e não intencional dos sistemas jurídicos ocidentais levanta um desafio para o estudioso do direito. Como explicar uma tendência que atravessa sistemas jurídicos de diferentes nações? Estariam os juízes continentais e anglo-americanos tornando-se mais sensíveis à posição da defesa nos casos criminais? Ou tratar-se-ia de uma mudança mais fundamental de política jurídica, cujos reflexos se projetaram sobre a distribuição do ônus da prova em matéria penal? Uma tendência jurídica poderia ser explicada tanto pelas atitudes sociais subjacentes quanto por uma orientação mais abrangente do próprio direito. Este artigo

²⁸ *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462 (a acusação deve provar, além da dúvida razoável, que a morte imputada não foi acidental). Sobre Blackstone e Foster, ver *infra*.

²⁹ Argumentando pela atribuição do ônus da prova ao acusado, estão: 2 G. STEFANI & G. LEVASSEUR, nota 10 *supra*, p. 21-23; A. VITU, *PROCÉDURE PÉNALE* 185 (1957); H. DONNEDIEU DE VABRES, *TRAITÉ DE DROIT CRIMINEL ET DE LÉGISLATION PÉNALE COMPARÉE* 714 (3ª ed. 1947). Aqueles que se posicionam em sentido contrário são PATARIN, nota 3 *supra*; 2 G. VIDAL & J. MAGNOL, nota 22 *supra*, p. 1035.

³⁰ *E.g.*, *State v. McCluer*, 5 Nev. 132 (1869); *Territory v. Lucero*, 8 N.M. 543, 46 Pac. 18 (1896).

³¹ *E.g.*, *People v. Bushton*, 80 Cal. 160, 22 P.2d 127 (1889), derrubando *People v. Milgate*, 5 Cal. 127 (1855); *State v. Malone*, 327 Mo. 1217, 39 S.W.2d 786 (1931), derrubando *State v. Roberts*, 294 Mo. 284, 242 S.W. 669 (1922); *State v. Wilcox*, 48 S.D. 289, 204 N.W. 369 (1925), derrubando *State v. Yokum*, 11 S.D. 544, 79 N.W. 835 (1899).

³² Veja-se notas 10 e 13 *supra*.

seguirá a segunda abordagem: consideraremos a tendência pela proteção de inocentes como expressão de uma reorientação fundamental na persecução penal.

No decorrer de um século, a orientação da persecução penal deslocou-se do modelo inspirado no litígio privado para um centrado na justificativa para imposição de sanções penais. Em meados do século XIX, os tribunais encaravam as dificuldades na apuração dos fatos nos casos criminais exatamente da mesma forma que nas disputas privadas. Desde então, os tribunais do mundo ocidental passaram a reconhecer a singularidade do processo de apuração dos fatos em matéria penal. O dilema no processo penal não é alcançar eficientemente a solução justa de um conflito entre duas partes, mas sim determinar se o Estado pode, de forma justa, condenar alguém e privá-lo de sua liberdade. O problema, em síntese, é justificar o emprego dos poderes coercitivos do Estado. Essa crescente preocupação com a justificativa para a aplicação de sanções penais explica a posição progressivamente mais favorável ao acusado em relação ao risco de dúvida residual nos casos criminais.

Uma teoria específica de justificação emergiu das decisões sobre o ônus da prova nos últimos cem anos. Essa teoria sustenta que o Estado somente pode punir, de forma justa, aqueles indivíduos cuja violação da lei seja moralmente culpável. O foco desse princípio não é a retribuição como um fim da pena, mas sim a justificativa para submeter alguns indivíduos, e não outros, às sanções e ao estigma do direito penal. Essa distinção é essencial, uma vez que muitos tendem a presumir que a justificativa para se punir em geral (isto é, a finalidade da imposição de sanções penais³³), seja a mesma justificativa para punir um indivíduo específico. Com base nessa presunção, a privação de liberdade em um caso específico estaria justificada pela demonstração de que a medida serviria para ressocialização, dissuasão ou retribuição. Isso, porém, já foi rejeitado por jusfilósofos contemporâneos, que se concentram no problema de determinar a justa aplicação das sanções penais e suas finalidades³⁴. Aliás, muito antes do

³³ O debate acerca das finalidades da persecução penal permanece acirrado. Cf. H. HART, *THE AIMS OF THE CRIMINAL LAW*, 23 LAW & CONTEMP. PROB. 401 (1958); P. BRETT, *AN INQUIRY INTO CRIMINAL GUILT* 51-59 (1963); *FREEDOM AND RESPONSIBILITY* 500-27 (H. Morris ed. 1961). Corretamente compreendida, trata-se de uma discussão sobre os fins da aplicação da pena, e não sobre os critérios para determinar quem pode ser legitimamente privado de sua liberdade. O ideal ressocializador, em especial, não deve ser considerado nem como fundamento para privar um homem de sua liberdade, nem como justificativa para prolongar o tempo de sua reclusão. F. ALLEN, *THE BORDERLAND OF CRIMINAL JUSTICE* 7 (1964); MORRIS, *IMPEDIMENTS TO PENAL REFORM*, 33 U. CHI. L. REV. 627, 638-44 (1966). Sobre o conflito entre a ressocialização e os outros fins da pena, ver MICHAEL & WECHSLER, *A RATIONALE OF THE LAW OF HOMICIDE*: II, 37 COLUM. L. REV. 1261, 1318-25 (1937).

³⁴ Duas advertências sobre a culpabilidade. (A) Mencionar a culpabilidade como condição necessária da responsabilidade penal não significa afirmar que o fim da pena seja a retribuição. Infelizmente, muitos autores consideram a preocupação com a culpabilidade na atribuição de responsabilidade criminal como indicativo de

pensamento filosófico, essa presunção já havia sido abandonada pelos tribunais alemães e por alguns tribunais do *Common Law*, quando se voltaram à culpabilidade como a indagação central nas controvérsias sobre os deveres de persuasão da acusação^{NT}.

A preocupação judicial e acadêmica com a culpabilidade como condição necessária para a imposição de sanções penais manifesta-se de variadas maneiras. Nada disso depende, contudo, da palavra “culpabilidade”. Poderíamos, do mesmo modo, falar em “falha moral”, “culpa moral”, “culpa pessoal” ou, simplesmente, “culpa”. O termo “culpa” (*guilt*) é mais frequentemente utilizado pelos tribunais; enquanto o termo “culpabilidade” (*blameworthiness* ou *culpability*) é aqui empregado para evitar uma ambiguidade presente na palavra “culpa” que se tornará evidente adiante. Todos esses termos exprimem a mesma preocupação, isto é, se a violação da norma penal por parte do acusado o torna adequadamente sujeito à censura moral³⁵. A relevância de tal indagação é óbvia caso se atribua à pena uma finalidade retributiva; torna-

uma filosofia retributivista. H. SILVING, *THE CONSTITUENT ELEMENTS OF CRIME* 12 (1967); DUBIN, *MENS REA RECONSIDERED: A PLEA FOR A DUE PROCESS CONCEPT OF CRIMINAL RESPONSIBILITY*, 18 STAN. L. REV. 322, 337-39 (1966). É óbvio que se pode sustentar que a culpabilidade é condição necessária para a sujeição individual à privação da liberdade sem, com isso, aderir à ideia de que a punição se justifica em si mesma, isto é, de que a privação da liberdade é legítima independentemente de sua utilidade social. Cf. RAWLS, *TWO CONCEPTS OF RULES*, 64 PHIL. REV. 3 (1955). (B) É necessário distinguir entre (1) a culpabilidade decorrente da prática de um ato moralmente reprovável e (2) a culpabilidade de agir em contrariedade à norma. Evidentemente, há uma categoria de delitos — como os crimes de trânsito e de posse — em que o ato não precisa ser moralmente reprovável, *e.g.*, alguém pode ter em sua posse um molde para a produção de moedas falsas em violação ao 18 U.S.C. § 488, sem a intenção de utilizá-lo para fins fraudulentos. Embora o ato seja moralmente neutro, o sujeito será culpável se tiver agido conscientemente contra a proibição legal, ou se tiver permanecido em ignorância culposa a respeito dela. Isso pode não se verificar quando se está diante de uma lei injusta. H. L. A. HART questionou a ideia de que a reprovabilidade moral seja um requisito fundamental da responsabilidade penal. HART, *LEGAL RESPONSIBILITY AND EXCUSES*, in *DETERMINISM AND FREEDOM IN THE AGE OF MODERN SCIENCE* 101-05 (S. Hook ed. 1958). Mas a crítica de Hart dirige-se exclusivamente à tese de Jerome Hall (J. HALL, *PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW* 166-67, 1947), segundo a qual a culpabilidade no primeiro sentido — isto é, a prática de um ato moralmente reprovável — seria condição necessária da responsabilidade penal.

^{NT} Fletcher prefere utilizar a expressão “culpabilidade” (*blameworthiness*, que significa literalmente “merecimento de culpa”) para referir-se à imputação do ponto de vista normativo-moral. O termo é, por vezes, empregado em sentido amplo, não correspondendo precisamente à categoria do delito tal como conhecemos na dogmática penal brasileira. Sobre os diferentes significados do conceito de “culpabilidade”, recomenda-se: TEIXEIRA, Adriano. Teoria da aplicação da pena: Fundamentos de determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 115-118.

³⁵ Enquanto tribunais falam em culpabilidade, acadêmicos falam em periculosidade como fundamento para selecionar uns e não outros. Ver, *e.g.*, MICHAEL & WECHSLER, *A RATIONALE OF THE LAW OF HOMICIDE*: I, 37 COLUM. L. REV. 701, 757-61 (1937). Os dois critérios, no entanto, não estão tão distantes quanto parecem: os mesmos parâmetros — a violação intencional ou a desconsideração negligente do risco de dano — fundamentam ambos os juízos. Ainda assim, a periculosidade não consegue explicar adequadamente defesas como a doença mental, a embriaguez e o estado de necessidade. Nesses casos, o agente não é culpável, embora possa ser considerado perigoso. Um homem que furta um pão para alimentar sua família faminta o faria novamente se sua família continuasse a passar fome. Michael e Wechsler poderiam justificar tais defesas afirmando que é impossível dissuadir condutas praticadas em situação de embriaguez, doença mental ou estado de necessidade. *Id.* 783-87. Sobre as dificuldades desse argumento, ver a nota 86 *infra*.

se menos óbvia, embora igualmente relevante, caso se adote a concepção de Bentham, para quem a finalidade da pena deve consistir na dissuasão geral de condutas criminosas. Indivíduos não podem ser sacrificados arbitrariamente em nome do bem social; deve haver razões para selecionar uns e não outros. Se a prática atual consiste em selecionar somente aqueles que violaram a norma penal e o fizeram culpavelmente, a melhor aparente justificativa para desenhar um sistema criminal orientado à dissuasão é que esse núcleo de pessoas possui a menor legitimidade para se opor à privação de liberdade em nome do bem comum. Se alguém há de ser submetido à persecução penal, deveriam ser eles³⁶. Qualquer extensão do direito penal para além desse núcleo de indivíduos culpáveis enseja problemas de tratamento discriminatório. Tratar de forma idêntica dois indivíduos, um que causou resultado lesivo de forma culpável e outro que o fez sem culpabilidade, significa ignorar uma distinção moralmente significativa entre eles. Assim, do ponto de vista da dissuasão como finalidade do direito penal, o postulado de que somente os culpáveis devem suportar a incidência da lei penal converte-se em um *standard* para a distribuição justa e igualitária dos encargos decorrentes da sanção penal.

A preocupação em justificar a imposição de sanções penais explica, portanto, a posição progressivamente mais favorável ao acusado em relação ao ônus da prova. Essa é uma afirmação significativa por diversas razões. Primeiro, ela fornece uma explicação para a tendência da jurisprudência continental e anglo-americana sobre o ônus da prova, que

³⁶ Com dificuldade de ser abandonada, persiste a crença de que a finalidade da dissuasão geral poderia justificar as condições excludentes atualmente reconhecidas no direito penal. MICHAEL & WECHSLER, nota 35 *supra*, p. 736 (legítima defesa); KATZ & GOLDSTEIN, *ABOLISH THE "INSANITY DEFENSE" — WHY NOT?*, 72 Yale L.J. 853, 856-57 (1963) (legítima defesa). A premissa implícita dessa visão é a de que a finalidade da dissuasão tornaria imprópria a punição de quem se conduz de maneira não suscetível de ser dissuadida. Esse argumento foi formulado por Bentham. Cf. J. BENTHAM, *PRINCIPLES OF MORALS AND LEGISLATION* 173 (1907). Por outro lado, Hart chamou essa alegada implicação de “um espetacular *non sequitur*”. Cf. H. L. A. HART, *PROLEGOMENON TO THE PRINCIPLES OF PUNISHMENT*, 60 *PROC. ARISTOTELEAN SOC.* 1, 18 (n.s. 1959). A falácia estaria em assumir que punir alguém que agiu em legítima defesa não seria efetivo na dissuasão do homicídio em geral. A principal contribuição de Hart para a teoria da pena consiste em sua distinção entre o fim geral justificador das sanções e o princípio da distribuição das sanções. *Id.* 8-12. Hart, porém, rejeita a reprovabilidade como fundamento para a distribuição da pena privativa de liberdade, isto é, para a definição de quem pode ser legitimamente privado de sua liberdade. Cf. sua controvérsia com Jerome Hall, discutida na nota 34 *supra*. O foco de Hart recai sobre a máxima segundo a qual o Estado somente pode punir legitimamente aqueles que intencionalmente violaram a lei. *Id.* 20-23. Essa máxima, bem como o argumento por ele apresentado em seu favor, suscitam novas questões acerca da justiça de punir condutas culposas. WASSERSTROM, H. L. A. HART AND THE DOCTRINES OF “MENS REA” AND CRIMINAL RESPONSIBILITY, 35 U. Cal. L. Rev. 92, 102-04 (1967). Hart assume, impropriamente, que se poderia determinar se a coação ou a doença mental tornam a conduta não intencional sem enfrentar o ponto nuclear, qual seja, se o agente é efetivamente culpável por sua conduta. Ao menos um autor de renome deixa de reconhecer o problema da justiça na determinação de quais indivíduos devem sofrer privação de liberdade em nome do controle social: B. WOOTTON, *CRIME AND THE CRIMINAL LAW* 32-57 (1963).

transcende diferenças processuais e institucionais entre os dois sistemas³⁷. Segundo, ela oferece uma perspectiva para examinar a posição amplamente difundida de que a falha moral (*moral fault*) representaria um fator de relevância decrescente na evolução do direito penal anglo-americano. Essa visão apoia-se fortemente no papel dos crimes de responsabilidade objetiva (*strict liability*) nas jurisdições do *Common Law*³⁸. É verdade que os chamados crimes contra o bem-estar público (*public welfare offenses*)^{NT}, normalmente sancionados com multas pecuniárias, podem ter vindo para ficar³⁹. Além disso, os tribunais também têm condenado indivíduos à prisão, mesmo sem constatação de uma falha moral, pela prática de bigamia,

³⁷ Autores continentais explicam a prática do *Common Law* de atribuir ao acusado o ônus da prova em matérias defensivas como uma expressão do sistema adversarial. Cf. A. GEYER, *LEHRBUCH DES STRAFPROZESSRECHTS* 710-11 (1880); G. VIDAL & J. MAGNOL, nota 22 *supra*, p. 1035, n.2. Não há, contudo, qualquer correlação entre o tipo de julgamento — inquisitório ou adversarial — e a presença ou ausência de ônus defensivos. A Ordenança Criminal Prussiana de 1805 continha várias disposições que impunham ao acusado o ônus da prova, embora regulasse um sistema de caráter inquisitório. Cf. notas 58-59 *infra*; KLÜSSNER, *ÜBER BEWEISLAST UND PRÄSUMTIONEN IM PREUSSISCHEN STRAFVERFAHREN*, 3 *GOLDTAMMER'S ARCHIV FÜR PREUSSISCHES STRAFRECHT* 32-34 (1855). Além disso, a diferença entre a evolução francesa e a alemã quanto ao ônus da prova não parece encontrar explicação nas distintas funções processuais do juiz, do acusador e da defesa. Cf. PUGH, *ADMINISTRATION OF CRIMINAL JUSTICE IN FRANCE: AN INTRODUCTORY ANALYSIS*, 23 *LA. L. REV.* 1, 21-28 (1962); JESCHECK, Germany, in *THE ACCUSED: A COMPARATIVE STUDY* 246-47 (J. Coumts ed. 1966).

³⁸ Cf. W. FRIEDMAN, *LAW IN A CHANGING SOCIETY* 167-71 (1964); SAYRE, *PUBLIC WELFARE OFFENSES*, 33 *COLUM. L. REV.* 55, 67-70 (1933). Autores contrários a crimes sujeitos à responsabilidade objetiva frequentemente fundamentam sua posição na ineficácia — e não na injustiça — de punir o agente isento de culpa. *MODEL PENAL CODE* § 2.05, *COMMENT* (Tent. Draft No. 4, 1955) (“*In the absence of minimal culpability, the law has neither a deterrent nor corrective nor an incapacitative function to perform*”); PACKER, *MENS REA AND THE SUPREME COURT*, 1962 *SUPREME COURT REV.* 107, 109 (“*[Punishment] is inefficacious because conduct unaccompanied by an awareness of the factors making it criminal does not mark the actor as one who needs to be subjected to punishment in order to deter him or others from behaving similarly in the future. . . .*”). Por mais falaciosos que esses argumentos possam ser, cf. nota 36 *supra*, eles servem para suprimir juízos de valor acerca da injustiça de punir homens sem culpa e, assim, atraem aqueles que consideram as questões de utilidade mais objetivas do que as questões de moralidade.

^{NT} As chamadas *public welfare offenses* (ou *regulatory offenses*) existem ainda hoje no sistema penal norte-americano, mas não encontram equivalente exato no direito penal brasileiro. Esses delitos dispensam o *mens rea* (elemento subjetivo), sob a premissa de que as sanções a eles associadas são reduzidas e de que sua prática não imprimiria ao agente o mesmo estigma social característico dos delitos “tradicionais”. Na jurisprudência federal norte-americana, ver: *Morissette v. United States*, 342 U.S. 246, 256 (1952); *Staples v. United States*, 511 U.S. 600, 617 (1994); e, mais recentemente, *United States v. Rizo-Rizo*, 16 F.4th 1292 (9th Cir. 2021).

³⁹ O termo deriva de Sayre, nota 38 *supra*, que distingue entre *public welfare offenses* e delitos tradicionais, principalmente com base no fato de que as primeiras implicam penas menos severas que a prisão. *Id.* 72. O *Model Penal Code* distingue entre “*crimes*” e “*violations*”; os padrões de responsabilidade objetiva se aplicam apenas nesta última categoria, para a qual a pena máxima é a multa. *MODEL PENAL CODE* § 2.05 (*Proposed Official Draft* 1962). Alguns autores criticaram os padrões de responsabilidade objetiva até mesmo como forma de imposição de multas. J. HALL, *GENERAL PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW* 342-51 (2d ed. 1960); G. WILLIAMS, *CRIMINAL LAW* § 89 (2d ed. 1961). Crimes de responsabilidade objetiva podem ser considerados como delitos nos quais o legislador tenha determinado que a ocorrência do evento proibido é conclusiva sobre a questão da culpabilidade do agente. Veja-se: WASSERSTROM, *STRICT LIABILITY IN THE CRIMINAL LAW*, 12 *STAN. L. REV.* 731, 743 (1960). O problema, evidentemente, é saber se o legislador pode, em termos constitucionais, interferir na função jurisdicional de apuração dos fatos. De forma geral: *COMMENT, THE BOUNDS OF LEGISLATIVE SPECIFICATION: A SUGGESTED APPROACH TO THE BILL OF ATTAINDER CLAUSE*, 72 *YALE L.J.* 330 (1962).

estupro de vulnerável e comercialização de ópio⁴⁰. Isso, entretanto, não é suficiente para demonstrar que a ascensão da dissuasão geral e o esmorecimento da retribuição como força motriz do direito penal estariam acompanhados de um declínio geral da culpabilidade moral como condição necessária para a punição. Numa visão ampla, o uso de critérios de responsabilidade objetiva em crimes graves pode aparentar apenas uma aberração passageira do direito penal. Para oferecer uma perspectiva mais abrangente sobre as tendências do *Common Law*, nós devemos analisar o papel da culpabilidade moral na alocação do ônus da prova ao longo dos últimos cem anos. A ascensão da culpabilidade moral como um elemento central nessas decisões ao menos suscita dúvidas sobre a visão de que considerações morais estariam em declínio na operacionalização do direito penal.

A via apropriada para compreender a reorientação do processo penal está no desenho de regra jurídica que decorre de dois modelos processuais concorrentes. Cada um desses modelos — aquele inspirado na lógica do litígio privado e aquele focado na justificativa para o emprego de sanções — tem imprimido forma característica às regras de responsabilidade penal.

Uma vez orientados à lógica do litígio privado, os tribunais do século XIX concebiam as regras de responsabilidade penal como funcionalmente análogas às regras destinadas à resolução de conflitos civis. As regras do direito privado são, em sua essência, enunciados incompletos de questões materiais relevantes. Elas são regras que admitem exceções. Por exemplo, o dever jurídico de prestar determinado serviço surge para aquele que se obriga a fazê-lo mediante pagamento. A regra é bem-estruturada — enuncia uma teoria da reparação —, mesmo que deixe de identificar os efeitos da impossibilidade de cumprimento da obrigação sobre a responsabilidade do promitente. Essa impossibilidade é considerada uma defesa, ou seja, uma exceção à regra de responsabilidade. De modo semelhante, outra regra bem-estruturada do direito privado estabelece que o sujeito responde pelos danos que causar diretamente por sua culpa. Essa regra igualmente admite exceções: se o lesado concorreu para o não cumprimento da obrigação (*contributory negligence*), ou assumiu o risco, a regra não se aplica.

⁴⁰ *E.g.*, *United States v. Balint*, 258 U.S. 250 (1922) (a denúncia não precisa apontar, e o Estado não precisa provar, que o acusado sabia que o item vendido era ópio); *State v. Goonan*, 89 N.H. 528, 3 A.2d 105 (1938) (bigamia); *State v. Duncan*, 82 Mont. 170, 266 P. 400 (1928) (estupro de vulnerável). Para mais casos sobre esses e outros delitos, ver *MODEL PENAL CODE* § 2.05, COMMENT, p. 141-45 (Tent. Draft No. 4, 1955); SAYRE, nota 38 *supra*, p. 84-88.

Em contraste, as regras emergentes do direito penal não admitem exceções. Diferentemente das regras do direito privado, elas englobam todas as questões materiais relevantes; sua função é enumerar as condições materiais necessárias e suficientes para o uso justificado de sanções criminais. Quando aplicadas em julgamento, elas geram apenas um questionamento: estão satisfeitas as condições da culpabilidade penal? Por isso, questões defensivas, como a legítima defesa e a doença mental, não se apresentam como exceções, mas como negativas de responsabilidade à luz da própria regra. Essas características das regras emergentes do direito penal sugerem o termo “regras globais” ou “regras conglobantes” (*comprehensive rules*) como forma de distingui-las das regras incompletas comumente utilizadas em litígios privados^{NT}.

A diferença entre as regras sujeitas a exceções e as regras globais reflete-se nas estruturas que elas impõem às questões relevantes para a responsabilidade penal. Se as regras de atribuição de responsabilidade precisam ser complementadas por exceções, o conceito de responsabilidade que elas expressam torna-se, inevitavelmente, bifacetado: algumas questões integram a própria regra, enquanto outras constituem exceções. Por outro lado, regras globais impõem uma estrutura unificada às questões relacionadas à culpabilidade da conduta do acusado. A virtude dessa estrutura unificada é que todas as questões materiais nela englobadas — sejam formuladas em caráter afirmativo ou negativo, sejam dotadas de efeitos incriminatórios ou absolutórios — desempenham a mesma função na determinação da responsabilidade penal do acusado. Essa paridade funcional decorre de um único fator que unifica as questões estruturadas: todas elas se relacionam à culpabilidade moral do sujeito em agir de maneira contrária à norma.

As regras globais de atribuição de responsabilidade surgiram em sua forma mais sistemática como um subproduto dos avanços da dogmática penal alemã no final do século XIX. Sua cristalização foi uma consequência da preocupação acadêmica em estruturar e categorizar as questões pertinentes à responsabilidade penal. Em paralelo, os tribunais penais alemães estenderam o princípio do *in dubio pro reo* a todas as questões materiais relacionadas à culpabilidade penal. Assim, uma análise completa das regras globais e de sua influência sobre

^{NT} Optamos por seguir a escolha terminológica adotada por Muñoz Conde na tradução de outra obra de Fletcher (“*reglas globales*” ou “*reglas globalizadoras*” ou “*reglas conglobantes*”). Cf. FLETCHER, George P. *Conceptos Basicos de Derecho Penal* (trad. Francisco Muñoz Conde). Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997.

os padrões jurisprudenciais pressupõe o exame dos desenvolvimentos ocorridos na Alemanha na virada do século.

O avanço em direção às regras globais de atribuição de responsabilidade e à absolvição do acusado em casos de dúvida sobre qualquer questão material mostra-se menos convincente quando nos debruçamos sobre as práticas francesa e do *Common Law*. Nessas jurisdições, os tribunais ainda costumam exigir que o acusado prove uma ou mais defesas, como a legítima defesa, a doença mental ou a licença para exercer determinada atividade regulada. Sem uma ruptura efetiva na prática jurídica, não é possível dizer que os tribunais tenham abraçado uma nova visão sobre as regras de responsabilidade penal. O máximo que podemos afirmar é que o padrão das decisões francesas e do *Common Law* avançou na direção da estrutura unificada alcançada pelos tribunais alemães.

Mas isso já é dar *spoiler* da história. Para contextualizar o estudo das regras globais de atribuição de responsabilidade, cumpre, inicialmente, registrar o padrão dominante até o século XIX, consistente em associar as disputas sobre o ônus da prova em matéria penal ao modelo estabelecido nos litígios privados. Em seguida, poderemos nos voltar à mudança radical ocorrida na prática criminal alemã no final do século XIX. Para completar o estudo de natureza comparada, examinaremos os padrões incipientes de transformação nos tribunais franceses, ingleses e norte-americanos. Por fim, abordaremos algumas das dificuldades na aplicação das regras globais e exploraremos, com maior detalhe, a filosofia subjacente à visão do direito penal como um sistema de regras globais que exprimem as condições necessárias e suficientes para justificar o uso das sanções penais.

III. O ESTILO DO DIREITO PRIVADO

Em meados do século XIX, tanto nos tribunais do *Common Law* quanto nos tribunais continentais, os acusados quase sempre arcavam com o ônus da prova em relação àquele conjunto de questões que os criminalistas norte-americanos chamam de defesas. Os acusados corriam maior risco de condenação em casos que envolviam, por exemplo, situações de legítima defesa e de coação, do que naqueles em que a controvérsia principal se referia a questões supostamente mais centrais da responsabilidade penal, como a materialidade do delito. Essa prática persistiu nos tribunais do *Common Law*, mesmo depois de passarem a reconhecer a presunção de inocência e, especialmente, o rigoroso ônus da prova atribuído à acusação em

matéria penal. A prova além da dúvida razoável era o *standard* emergente, mas somente em relação aos elementos constitutivos da pretensão punitiva. O fato de os juízes poderem impor um ônus da prova mais pesado para algumas questões, mas não em outras, era uma consequência da visão das regras de responsabilidade penal como indistinguíveis das regras que regem as disputas privadas.

Para documentar e avaliar o impacto do estilo de pensamento do direito privado no processo penal, voltaremos, primeiro, à análise das práticas judiciais relativas ao ônus da prova nas disputas privadas. Após delinear o estilo e o papel da formulação de regras e da distribuição do ônus da prova nas controvérsias privadas, estaremos em condições de examinar e medir a influência do modo de pensar próprio do direito privado sobre a distribuição do ônus da prova em matéria penal.

A. A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NOS LITÍGIOS PRIVADOS

A distribuição do ônus da prova nos litígios privados, conforme realizada pelos tribunais, gera um conjunto de regras “quebra-galho” para a resolução de casos em que os fatos relevantes não estão perfeitamente esclarecidos. Essas regras “quebra-galho” modificam, em alguma medida, as regras materiais da disputa. Se o réu tem de provar a culpa concorrente do autor (*contributory negligence*), ele perde grande parte do valor estratégico dessa defesa. Se o devedor tem de provar o suposto pagamento da dívida, então ele está em grande desvantagem. Nessas e em outras questões, os tribunais e os legisladores ocidentais têm distribuído o ônus da prova com atenção à política processual. O ônus da prova mostrou-se um instrumento sutil e discreto para ajustar os interesses das classes litigantes em conflito. No entanto, nas questões mais corriqueiras do direito privado, as demandas por política processual são fracas e variadas. Nosso senso de justiça pouco ajuda na distribuição do ônus da prova sobre a questão do consentimento em casos de agressão física (*battery*), mas, ainda assim, a decisão deve ser tomada tanto nesse tipo de caso, quanto naqueles situados na vanguarda da evolução do direito.

Frequentemente relutantes em resolver as exigências de política processual, os juristas ocidentais, em vez disso, elaboraram e passaram a apoiar-se em uma diretriz historicamente prestigiada e aparentemente lógica para alocar o ônus da prova. Conforme desenvolvido pelos romanos, este é o padrão lógico: *ei incumbit probatio qui dicit; non qui negat* (o ônus da prova

incumbe a quem alega, não a quem nega)⁴¹. A máxima oferece uma justificativa mais direta para os casos em que o ônus da prova recai sobre o réu: *reus excipiendo fit actor* (apresentando exceção, o réu se torna autor)⁴².

Subjacente a essas máximas está a suposição de que os problemas jurídicos seguem um padrão lógico bem definido, expresso na relação entre regras e exceções. Quando amparada em uma regra, a parte apresenta-se como proponente da questão e, por conseguinte, assume o ônus da prova. Em resposta à regra invocada, a parte adversa pode adotar duas posturas distintas: contestar os fatos que ensejam a aplicação da regra ou deslocar-se para fora dela e argumentar que, a despeito de sua aplicabilidade fática, uma consideração adicional afasta sua incidência. Se o autor alega a existência de uma dívida inadimplida, o réu pode tanto contestar a própria existência da obrigação quanto argumentar que, embora existente, não lhe incumbe o pagamento — por exemplo, em razão da prescrição. Na primeira hipótese, o réu adota a postura de contestar a aplicabilidade fática da regra e, nessa condição, aproveita-se do fato de incumbir ao autor o ônus da prova da inadimplência. Na segunda hipótese, o réu interpõe uma exceção (nesse caso, a prescrição) à regra de responsabilidade pelo pagamento de dívidas. Ao invocar uma razão para afastar a regra, ele assume a posição de proponente e, pela lógica das máximas romanas, passa a ter o ônus de convencer o julgador quanto aos fatos que dão suporte a essa exceção invocada.

Esse esquema lógico de compreender problemas como regras e exceções encontra uma dificuldade imediata: como saber se determinada questão faz parte da regra ou constitui uma exceção a ela? Se a regra sobre a prescrição fosse lida, na verdade, como “os devedores devem pagar todas as dívidas exigíveis nos termos do prazo prescricional”, o réu que a invocasse estaria apenas negando um fato necessário à aplicação da regra. Ao negar que a dívida era “exigível nos termos do prazo prescricional”, ele estaria contestando a aplicabilidade fática da regra e desfrutaria de uma posição mais favorável quanto ao ônus da prova. Pela simples mudança na enunciação da regra, a prescrição poderia deixar de ser tratada como exceção e passar a integrar os pressupostos de incidência da regra. Para superar essa dificuldade, é necessário recorrer a formulação da regra dada por uma autoridade legal. Somente com base nessa formulação será possível determinar se uma questão constitui exceção à regra ou pressuposto de sua incidência.

⁴¹ PAUL, LIB. *LXIX AD EDICTUM*; JUSTINIAN, *DIGEST* 22.3.2.

⁴² ULPIAN, LIB. *IV AD EDICTUM*; JUSTINIAN, *DIGEST* 44.1.1.

A singularidade dos sistemas jurídicos expressa-se na busca por formulações de regras de atribuição de responsabilidade que tenham respaldo em uma autoridade legal. Os juízes do *Civil Law*, que trabalham essencialmente a partir de códigos, manifestam o espírito de seu sistema ao recorrer às disposições positivadas para formular tais questões. Os juristas alemães, por exemplo, desenvolveram um esquema elaborado para determinar se, com base no texto codificado, uma questão constitui elemento da regra ou exceção a ela. Se a questão aparece em uma oração subordinada introduzida por expressões como “exceto” ou “salvo quando”, os tribunais alemães a tratarão como exceção à regra que está prevista na oração principal⁴³. Isso não significa que todas as questões presentes em orações subordinadas serão tratadas como exceções. A análise sintática empreendida é frequentemente refinada: assume importância decisiva, por exemplo, saber se a palavra “não” aparece no início ou próxima ao final da respectiva oração subordinada⁴⁴. Esse apego à redação codificada poderia ser justificado como uma busca pela intenção do legislador. Alguns juristas alemães, porém, duvidam se atribuir tamanha sensibilidade sintática aos redatores da lei encontra respaldo na história de sua elaboração⁴⁵. Com respaldo histórico ou não, a sintaxe entronizada no Código Civil Alemão permite classificar, a partir da formulação conferida por uma autoridade legal, questões como elementos da regra ou exceções a ela⁴⁶.

Em contraste com a abordagem do *Civil Law*, os juristas do *Common Law* dedicaram-se a classificar questões articulando a distribuição do ônus da prova no julgamento com a distribuição do “ônus de alegar” (*burden of pleading*) antes do julgamento⁴⁷. O sistema

⁴³ L. ROSENBERG, nota 8 *supra*, p. 126-131; 1 ENNECERUS-NIPPERDEY, *ALLGEMEINER TEIL DES BÜRGERLICHEN RECHTS*, § 56, p. 333 (15^a ed., 1959).

⁴⁴ Se a palavra *nicht* aparece no início de uma oração subordinada, ela será interpretada como uma premissa negativa da pretensão do autor, por exemplo, no *Bürgerliches Gesetzbuch* [BGB].

⁴⁵ I. B. WINDSCHEID, *LEHRBUCH DES PANDEKTENRECHTS*. 680 (9^a ed. T. Kipp. 1906).

⁴⁶ Ao contrário do *Bürgerliches Gesetzbuch* alemão, o *Code Civil* francês contém uma disposição geral acerca da distribuição do ônus da prova: C. CIV. § 1315 (aquele que alega um dever ou obrigação deve prová-lo; aquele que sustenta a extinção de um dever ou obrigação deve demonstrá-la). Na aplicação desse dispositivo e na distribuição do ônus da prova em outras matérias, os juristas franceses parecem não ter cultivado a análise sintática com a mesma intensidade dos estudiosos alemães. Cf. IV *REPertoire de Droit Civil (ENCYCLOPÉDIE DALLOZ)* (1954) *Preuve*, Comments 91-93, p. 109. Sobre o impacto das presunções na distribuição do ônus da prova na Alemanha e na França, ver: L. ROSENBERG, nota 8 *supra*, p. 198-225; R. DECOTTIGNIES, *LES PRÉSOMPTIONS EN DROIT PRIVÉ* (1950).

⁴⁷ Os autores do século XIX aceitaram, de forma acrítica, a ideia de que o ônus da prova deveria depender do “ônus de alegar” (*burden of pleading*). Cf. T. STARKIE, *EVIDENCE*, 534 (9^a ed. 1869); J. STEPHEN, *DIGEST OF THE LAW OF EVIDENCE*, Art. 93, p. 152 (4^a ed. 1877); J. MCKELVEY, *EVIDENCE* (1898). Os autores contemporâneos enxergam pouco valor no entrelaçamento entre os dois ônus; sustentam que os problemas de política processual apenas se deslocam de uma área para outra. Cf. F. JAMES, *CIVIL PROCEDURE* 256 (1965); C. CLARK, *CODE PLEADING* 610 (2. ed. 1947).

estruturado de alegações do *Common Law*, marcado por seus rígidos expedientes, era admiravelmente apto a distinguir regras de exceções, assim como negações de novas afirmações. Para levantar uma questão em sua defesa, o réu tinha que escolher entre uma *plea in denial* (negação dos fatos) ou uma *confession and avoidance* (confissão dos fatos, mas alegação de outros que alteram os efeitos pretendidos)⁴⁸. Na primeira hipótese, o réu se colocava em contraposição aos fatos alegados; na segunda, introduzia uma nova questão — uma exceção à regra afirmada pelo autor. Para dar conta desse sistema de expedientes defensivos rígidos, os tribunais do *Common Law* foram obrigados a classificar as questões defensivas como impugnações fáticas ou exceções às regras. Assim, eles tinham uma base para aplicar a máxima romana segundo a qual o proponente de uma questão deve prová-la. Considere, por exemplo, o caso inglês do século XIX, *Christopherson v. Bare*⁴⁹, em que o autor objetivava uma indenização em decorrência de uma agressão física (*assault and battery*) e impugnou a tentativa do réu de levantar a questão do consentimento, negando todas as alegações que ele havia feito. Partindo da teoria de que o conceito de agressão física implicava a falta de consentimento, a corte decidiu que o consentimento poderia ser alegado pelo réu como uma negação fática daquela alegação. Considerando a falta de consentimento como uma premissa para a pretensão do autor, os princípios romanos encontraram um ponto de apoio. Cabia ao autor provar a falta de consentimento, pois isso fazia parte da regra sob a qual ele buscava sua reparação. A partir de julgados como esse, que davam forma ao sistema de alegações, os tribunais podiam facilmente aplicar a máxima romana de distribuição do ônus probatório — ainda que uma classificação pautada no sistema de alegações pudesse gerar efeitos indesejados. De toda forma, o entrelaçamento dessas duas categorias facilitou a busca pela classificação de questões com respaldo em uma autoridade legal. Assim como os juristas alemães localizaram na sintaxe de seu Código Civil o parâmetro para decisões relativas ao ônus da prova, os juristas do *Common Law* encontraram uma solução paralela ao vincular o ônus da prova às decisões judiciais que delimitavam o escopo das alegações defensivas.

As decisões sobre alegações defensivas no *Common Law* muitas vezes levaram em consideração as implicações para o ônus da prova, mas nem sempre foi assim. O sistema ocasionalmente produziu regras de alegação em desacordo com as preferências do Poder Judiciário quanto ao ônus probatório. O exemplo mais notável é a questão do pagamento de

⁴⁸ C. CLARK, nota 47 *supra*, p. 575-76.

⁴⁹ 11 Q.B 473, 116 Eng. Rep. 554 (1848).

notas promissórias. A alegação de inadimplência deve constar na petição inicial; caso contrário, entende-se que ela carece de uma tese bem delineada sobre o direito de cobrança⁵⁰. No entanto, uma vez assentada essa conclusão, o Poder Judiciário do *Common Law* mostrou-se reticente quanto à implicação de que incumbiria ao credor provar o não pagamento. Para evitar esse e outros resultados, os tribunais desenvolveram diversos expedientes *ad hoc* destinados a conter a influência das regras de alegação sobre o ônus da prova. A fim de poupar o credor desse encargo, os tribunais argumentaram que seria injusto e inconveniente esperar que uma parte provasse uma proposição negativa⁵¹. Afinal, seria mais fácil ao devedor apresentar a prova do pagamento, por meio de um único ato, do que ao credor exaurir a variedade de circunstâncias sob as quais o réu poderia tê-lo efetuado, a fim de provar que isso não ocorreu. Contudo, a força do argumento de que não se pode provar uma proposição negativa mostra-se imprevisível: ele não alivia o ônus do autor de provar a ausência de consentimento nos casos de agressão física (*battery*)⁵²; tampouco dispensa o credor de provar o inadimplemento do contrato nas demais ações cíveis⁵³. Outro expediente utilizado para ajustar a distribuição do ônus da prova está no argumento de que os fatos estariam “no âmbito de conhecimento” de uma das partes⁵⁴. Esse argumento, todavia, prevalece apenas de forma esporádica⁵⁵. A imprevisibilidade dos argumentos utilizados para neutralizar a influência das regras de alegação levou os estudiosos do *Common Law* a perderem a esperança de encontrar uma teoria coerente para explicar as práticas de distribuição do ônus da prova⁵⁶.

Esse levantamento sobre o ônus da prova nas tradições do *Civil Law* e do *Common Law* teve por objetivo identificar as técnicas características dos juristas ocidentais para justificar a distribuição do ônus da prova em litígios de natureza privada. O ponto de partida, comum a ambos os sistemas, é a máxima romana que atribui ao proponente de uma questão o ônus da prova quanto às premissas fáticas necessárias para a aplicação da respectiva regra. Um dos

⁵⁰ Ver ALDEN, *THE DEFENSE OF PAYMENT UNDER CODE PROCEDURE*, 19 YALE L.J. 647 (1910) (“*the making of the contract does not of itself give rise to a right of action*”). Sobre a necessidade de alegar a inadimplência em demais casos, ver: C. CLARK, nota 47 *supra*, p. 286, nn. 30-31.

⁵¹ *Edmonds v. Edmonds*, 1 Ala. (n.s.) 401, 402 (1840); 2 B. JONES, *EVIDENCE* 882-83 (2ª ed. J. Henderson 1926).

⁵² *Dicenzo v. Berg*, 340 Pa. 305, 16 A.2d 15 (1940).

⁵³ 9 J. WIGMORE, *EVIDENCE* §2486, p. 274 (3ª ed. 1940).

⁵⁴ *Id.* 275; C. MCCORMICK, *EVIDENCE* § 318, p. 675 (1954) (ressaltando que o acesso desigual às provas deveria, quando muito, influir no ônus de produção da prova).

⁵⁵ F. JAMES, *CIVIL PROCEDURE* 257 (1965); 9. J. WIGMORE, *EVIDENCE* § 2486, p. 275 (3ª ed. 1940).

⁵⁶ Ver: F. JAMES, *CIVIL PROCEDURE* 255 (1965); C. C. MCCORMICK, *EVIDENCE* § 675-76 (1954); 9. J. WIGMORE, *EVIDENCE* § 2486, p. 278 (3ª ed. 1940).

desdobramentos desse esquema é a diferenciação entre as questões que compõem a pretensão inicial do autor e aquelas, geralmente tratadas como defesas, que permitem ao réu sair exitoso, ainda que o autor comprove *prima facie* sua pretensão. As duas famílias jurídicas divergem, contudo, em suas técnicas de classificar regras e exceções, separando as pretensões iniciais das defesas. O *Civil Law* ancora-se principalmente na sintaxe do direito positivo, ao passo que o *Common Law* repousa, em larga medida, nas decisões judiciais relativas à dinâmica do sistema de alegações. E, como vimos, a prática do *Common Law* frequentemente se afasta dos princípios romanos, valendo-se da força de argumentos *ad hoc* sobre conveniência e justiça.

Feito esse relato sobre a função e o estilo da distribuição do ônus da prova em litígios privados, devemos passar a examinar algumas aplicações disso. A primeira delas é que o estilo do direito privado tem prevalecido nos tribunais, tanto norte-americanos quanto estrangeiros, por meio de decisões que transferem ao acusado o ônus de provar defesas por uma preponderância de provas.

B. O ÔNUS DA PROVA EM CASOS CRIMINAIS: O IMPACTO DO ESTILO DO DIREITO PRIVADO

Em meados do século XIX, a doutrina e os tribunais ocidentais tratavam do ônus da prova em matéria penal na linguagem herdada dos litígios privados. O processo penal era concebido como uma disputa cindida entre dois grupos de questões: aquelas pertencentes à acusação e aquelas pertencentes à defesa, recaindo sobre cada parte o dever de convencer o julgador quanto às matérias que lhe diziam respeito. Para classificar as questões em um lado ou no outro, os tribunais se baseavam no princípio romano de que o acusado deve provar exceções às regras de atribuição de responsabilidade penal. Seguindo esse sistema, os tribunais europeus e norte-americanos estavam praticamente de acordo em considerar que a legítima defesa e a doença mental eram matérias cujo ônus da prova incumbia ao acusado.

Os avanços alcançados na metade do século XIX, no continente europeu, concentraram-se nas contribuições de três autores: dois proeminentes criminalistas alemães, Mittermaier e Feuerbach, e o influente jurista francês Bonnier. Feuerbach, um dos mais prestigiados juristas alemães da era moderna, acolheu integralmente a divisão das controvérsias penais em dois tipos de questões: as questões próprias do Estado e as questões próprias da defesa. Conforme delineou Feuerbach, o conjunto probatório para a acusação (*der Anschuldigungsbeweis*) abrangia todas as questões que conduziam a uma condenação segundo o Código Penal,

enquanto o conjunto probatório para a exculpação (*der Entschuldigungsbeweis*) englobava todas as questões que impediam a imposição da pena⁵⁷. Essa bipartição do caso criminal carrega a marca do princípio romano de que incumbe ao réu provar as exceções às regras de atribuição de responsabilidade: o conjunto probatório para a acusação representa a regra estabelecida pelo Código Penal; o conjunto probatório para a exculpação, as exceções que afastam a aplicação das sanções penais⁵⁸.

A abordagem de Feuerbach sobre o processo penal encontrou amplo apoio na legislação oitocentista dos estados independentes da Alemanha pré-unificação. A Ordenança Criminal Prussiana de 1805 é ilustrativa disso. O dispositivo § 367 estabelecia que “aquele contra quem houver prova da conduta estará sujeito à pena prevista em lei, salvo se provar que, dadas as circunstâncias, a conduta não constituía um delito”. Ademais, para completar o paralelo com a distribuição do ônus da prova nos litígios privados, o dispositivo § 363 estabelecia que o ônus de provar incumbia a quem se beneficiasse da respectiva prova, em suma, ao proponente da questão⁵⁹. Com base nessas normas, os juízes da época concluíam prontamente que incumbia ao acusado o ônus de provar uma ampla gama de questões excludentes da responsabilidade penal, incluindo a legítima defesa e a doença mental⁶⁰.

Embora Feuerbach e Mittermaier concordassem que as disputas criminais se resumiam a um conjunto probatório do Estado para a acusação e um conjunto probatório da defesa para a exculpação, eles introduziram uma semente de insatisfação com a abordagem da época. Reconhecendo que o Estado tinha que provar as questões da acusação ao nível da certeza, eles relutaram em concluir que o acusado deveria construir seu conjunto probatório para a

⁵⁷ A. VON FEUERBACH, nota 5 *supra*, § 568, p. 372, & § 570, p. 373.

⁵⁸ Os conceitos de *Anschuldigungsbeweis* e *Entschuldigungsbeweis* eram usados por quase toda a doutrina do século XIX. Ver: KÜSSNER, nota *supra* 37, p. 35. H. ZACHARIAE, *HANDBUCH DES DEUTSCHEN STRAFPROZESSES* 416-17 (1868); J. GLASER, *LEHRE VOM BEWEIS* 85 (1883).

⁵⁹ Essas seções foram discutidas em KÜSSNER, nota 37 *supra*, p. 33ff. O *Preussische Criminalordnung* foi editado em 11 de dezembro de 1805; suas raízes estão na *Carolini constitutio criminalis* de 1532, que também incumbia ao acusado o ônus de provar (e.g., § 141: legítima defesa). A. SCHOETENSACH, *DER STRAFPROZESS DER CAROLINA* 78-81 (1904).

⁶⁰ Sobre a legítima defesa e a doença mental, ver nota 26 *supra*. Dois casos da metade do século XIX ilustram as técnicas predominantes de distribuição do ônus da prova em questões limítrofes. No julgamento de 4 de novembro de 1853, a Suprema Corte Prussiana reformou a absolvição de um homem acusado de estupro de vulnerável; o juízo de primeira instância havia instruído o júri de que incumbiria à acusação provar que o acusado tinha conhecimento da idade da vítima. A Suprema Corte decidiu, entretanto, que o erro sobre a idade era uma defesa, a ser provada pelo acusado. [1854] *JUSTIZ-MINISTERIAL-BLATT FÜR DIE PREUSSISCHE GESETZGEBUNG* 5. A Suprema Corte chegou à mesma conclusão sobre o erro de fato na hipótese de auxílio a imigrante ilegal, no julgamento de 30 de novembro de 1853, 2 *GOLTDAMMER'S ARCHIV FÜR PREUSSISCHES STRAFRECHT* 255 (1854).

exculpação com o mesmo grau de prova. No entanto, o direito privado romano-germânico não conhecia *standards* probatórios intermediários e objetivos como a “preponderância de provas” e a “prova clara e convincente” do *Common Law*. Não costumava haver um meio-termo: o dever de provar significava o dever de convencer até o nível da certeza⁶¹. Para evitar os rigores de tratar as alegações defensivas criminais da mesma forma que as alegações defensivas do direito privado, Feuerbach argumentou que a pretensão do acusado deveria prevalecer mesmo que sua prova fosse incompleta; bastaria que apoiasse sua alegação absolutória em uma demonstração de probabilidade⁶².

Mittermaier chegou à mesma conclusão e, nesse percurso, desenvolveu um argumento que viria a exercer influência duradoura no direito penal continental. Para mitigar o ônus defensivo que prevalecia nos litígios privados, Mittermaier questionou a aplicabilidade do conceito de “defesa” (*Einrede*), típico do direito privado, na seara penal. “A alegação de legítima defesa”, sustentava ele, “não deve ser considerada uma defesa (*Einrede*), mas sim uma negação de que aquele ato de matar caracteriza crime”⁶³. Para a época, tratava-se de uma afirmação notável — que o próprio Mittermaier, contudo, não levou às últimas consequências, pois, se a alegação de legítima defesa fosse apenas uma negação, e não uma exceção à regra de atribuição de responsabilidade penal, por que se exigiria do acusado sequer uma demonstração de probabilidade para sustentá-la? O Estado deveria assumir integralmente o risco do não convencimento do julgador, assim como o faz nas demais questões incriminatórias impugnadas pela negativa do acusado. De toda forma, Mittermaier contentou-se em reduzir o ônus da prova do acusado à demonstração de probabilidade. Ainda assim, seu questionamento quanto à aplicação do conceito civilista de “defesa” nos casos criminais foi uma sacada que sinalizou o declínio da influência dos modos de pensar oriundos do direito privado no processo penal.

A influência de Mittermaier no exterior aumentou com a tradução de seu tratado para a língua francesa. Bonnier estudou sua obra e nela se apoiou para formular uma crítica ao direito probatório francês⁶⁴. Na linha de Feuerbach e Mittermaier, ele aceitou a aplicabilidade básica da máxima romana de que incumbe ao réu provar exceções às regras de atribuição de

⁶¹ KUNERT, *SOME OBSERVATIONS ON THE ORIGIN AND STRUCTURE OF EVIDENCE RULES UNDER THE COMMON LAW SYSTEM AND THE CIVIL LAW SYSTEM OF "FREE PROOF" IN THE GERMAN CODE OF CRIMINAL PROCEDURE*, 16 BUFF. L. REV. 122, 146 (1966).

⁶² A. VON FEUERBACH, nota 57 *supra*, § 571, p. 374.

⁶³ 2 C. MITTERMAIER, *DAS DEUTSCHE STRAFVERFAHREN* 365 (4ª ed. 1845-46); Cf. J. GLASER, *LEHRE VOM BEWEIS* 90 (1883) (aceitando o conceito de *Einrede* como aplicável em casos criminais).

⁶⁴ BONNIER, *TRAITE DES PREUVES* 22 (5ª ed. 1888).

responsabilidade⁶⁵; mas, assim como seus predecessores alemães, ele defendeu que deveria ser suficiente algo aquém da prova plena das questões defensivas. Como ele próprio colocou: *la probabillite du fait allegue doit suffire pour motiver son [i.e., o acusado] acquittement*⁶⁶. Até mesmo o *standard* adotado por Bonnier (probabilidade), incomum tanto no direito francês quanto no direito alemão, reflete a influência que havia sido exercida pelo tratado de Mittermaier.

Assim como Mittermaier e Feuerbach conferiram seu aval acadêmico às tendências do direito continental, Foster e Blackstone fizeram o mesmo em relação ao *Common Law*. Embora os dois sistemas tenham evoluído de forma independente, a postura inicial de ambos foi idêntica. Um século antes dos escritos de Mittermaier, Sir Michael Foster havia formulado uma perspectiva do crime de homicídio doloso que implicava a classificação de questões incriminatórias e absolutórias como matérias da acusação e matérias da defesa. Com pequenas revisões, a formulação de Foster tornou-se a regra de acordo com Blackstone e, com o passar do tempo, converteu-se em prática incontestada nos tribunais ingleses. Esses dois juristas articularam regras bipartidas de atribuição de responsabilidade criminal, atribuindo questões específicas à defesa. Segundo Foster, o acusado devia provar “de forma satisfatória” as situações de “acidente, estado de necessidade e enfermidade”⁶⁷. Segundo Blackstone, as teses defensivas incluíam “circunstâncias de justificação, exculpação e atenuação”⁶⁸. Nenhum dos autores, porém, ofereceu uma explicação convincente para sua visão. Ambos se basearam em um único argumento: que a lei presume que todos os homicídios são maliciosos “até que as provas mostrem o contrário”⁶⁹. Todavia, eles só conseguiram apresentar juntos um único precedente que justificasse essa leitura: *The King v. Oneby*⁷⁰.

⁶⁵ *Id.* 20-29, 80.

⁶⁶ *Id.* 22; *cf. id.* 80 (“*un grave degré de probabilité*” exigido para dar suporte à alegação defensiva).

⁶⁷ M. FOSTER, *CROWN LAW* 255 (1762).

⁶⁸ 4. BLACKSTONE, *COMMENTARIES* *201.

⁶⁹ A presunção de malícia deriva da expressão constante no caso *MacKally*, 9 Co. Rep. 65b, 77 Eng. Rep. 828 (K.B. 1611), segundo a qual “a lei implica malícia” nos casos de homicídio sem provocação. *Id.* 67b, 77 Eng. Rep. 833. Essa corrente permitia que os promotores obtivessem condenações por assassinato apenas com a demonstração de uma morte intencional (*cf. p.* 905, *infra*). Hale alterou a expressão para “a lei presume que seja malicioso”, 1 HALE, *PLEAS OF THE CROWN* 455 (1694); e foi basicamente nessa forma que ela apareceu em M. FOSTER, *CROWN LAW* 255 (1762). Blackstone, contudo, modificou a fórmula para “todo homicídio é presumido malicioso”, cunhando assim uma presunção de malícia que se apresentava muito mais como uma presunção de fato. 4 BLACKSTONE, *COMMENTARIES* *201.

⁷⁰ 2. Ld. Raym. 1485, 92 Eng. Rep. 465 (K.B 1727).

O caso *Oneby* chegou aos juízes da Divisão do Banco do Rei (*King's Bench*) a partir de um veredito que estabeleceu os seguintes fatos: o acusado havia matado um homem em uma briga durante um jogo de cartas. Os fatos fixados pelo veredito dos jurados não permitiam a interpretação de que *Oneby* teria matado sob provocação da própria vítima. Ao especificar que o acusado e a vítima estavam sozinhos quando ocorreu a facada, esse veredito também não dava suporte à conclusão de que *Oneby* teria matado com malícia^{NT}, isto é, sem ter sido provocado sob o domínio de violenta emoção (*sudden quarrel*). Entretanto, o silêncio do veredito sobre a provocação da vítima operou em desfavor do acusado. Os juízes o condenaram pelo crime de assassinato^{NT}. O fundamento utilizado foi direto: “[s]e A mata B e não há indícios de violenta emoção, trata-se de assassinato; pois incumbiria ao acusado provar a existência da violenta emoção”⁷¹.

Foster, com a subsequente adesão de Blackstone, interpretou a decisão do caso *Oneby* como uma determinação geral de que incumbia ao acusado o ônus da prova de todas as questões que se apresentassem como “defensivas”. Essa foi a orientação que veio a dominar o pensamento dos tribunais ingleses, assim como da maioria dos tribunais norte-americanos até o final do século XIX; e que continua, embora de forma atenuada e restrita, a influenciar as decisões de diversos tribunais do *Common Law*. Sem hesitação, os tribunais ingleses aplicaram a leitura *blackstoniana* nas hipóteses de legítima defesa⁷² e de doença mental⁷³. Foi somente em 1935, a partir do célebre caso *Woolmington*⁷⁴, que os tribunais ingleses reavaliaram essa regra. Nesse caso, a acusação havia sustentado que a regra de Blackstone também se aplicava quando o acusado alegasse a ocorrência de um acidente (*defense of accident*) em caso de homicídio — uma defesa sobre a qual, nos tribunais ocidentais relevantes, nenhum acusado suporta o ônus da prova atualmente. Ao entender que incumbia à acusação provar que a morte foi provocada de forma maliciosa, a Câmara dos Lordes rejeitou essa aplicação extrema da

^{NT} Segundo o principal dicionário jurídico americano, o *Black's Law Dictionary* (BLACK, Henry. *Black's Law Dictionary*. 4.ed. St. Paul: West Publishing, 1968), a malícia (*malice*) significa “a prática intencional de um ato ilícito, sem justa causa ou escusa, com a intenção de causar um dano ou em circunstâncias que permitam à lei presumir uma intenção maligna”.

^{NT} A expressão “assassinato” é aqui utilizada para designar o crime de *murder*, uma modalidade qualificada de homicídio (*homicide*) cuja definição específica varia de acordo com a jurisdição estadual norte-americana. Para uma análise mais detalhada de Fletcher sobre essa categoria, ver: FLETCHER, George P. *Reflections on felony-murder*. *Southwestern University Law Review*, v.12, n.3, p.413-429, 1981.

⁷¹ *Id.* p. 1497, 92 Eng. Rep. P. 473.

⁷² *R. v. Smith*, 8 C. & p. 160, 173 Eng. Rep. 441 (N.P. 1837).

⁷³ *M'Naghten's Case*, 10 CL & F. 200, 8 Eng. Rep. 718 (H.L. 1843).

⁷⁴ *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462.

regra de Blackstone, dando o primeiro passo em direção a uma nova política de proteção ao acusado criminal em situações de dúvida quanto a questões “exculpatórias”⁷⁵.

Nos Estados Unidos, o modelo *blackstoniano* de regras de atribuição de responsabilidade penal ganhou tração em 1845, no caso *Commonwealth v. York*⁷⁶, quando o magistrado que presidia a Suprema Corte de Massachusetts, Lemuel Shaw, estabeleceu que os jurados deveriam ser instruídos^{NT} de que incumbia ao acusado provar, por uma preponderância de provas, que a morte teria decorrido da provocação da vítima. Com o cuidado minucioso de um viticultor, Shaw fincou as raízes de sua decisão no caso *Oneby* e em interpretações ainda mais antigas sobre a malícia nos casos de homicídio. Todavia, o aspecto que Shaw deixou de considerar foi a diferença no formato de julgamento entre esses dois casos: enquanto *Oneby* tratava do ônus do acusado de provar uma alegação defensiva em um julgamento no qual o júri deveria proferir um *special verdict* (veredito apenas sobre os fatos), o procedimento do caso *York* exigia que o júri devolvesse um *general verdict* (veredito sobre a culpabilidade do acusado)^{NT}. Essa diferença procedimental, como veremos abaixo, não está destituída de implicações. Ainda assim, o voto de Shaw foi magistral e a decisão proferida no caso *York* convenceu os tribunais da maioria dos estados norte-americanos. Alguns ecos de seu voto logo foram ouvidos na costa leste⁷⁷, na região sul⁷⁸ e tão a oeste dos Estados Unidos quanto na

⁷⁵ A Câmara dos Lordes estendeu o entendimento firmado em *Woolmington* no caso *Mancini v. Director of Public Prosecutions*, [1942] A.C. 1 (hipótese de provocação da vítima) e no caso *Chan Kau v. The Queen*, [1955] A.C. 206 (hipótese de legítima defesa).

⁷⁶ 50 Mass. (9 Metc.) 93 (1845).

^{NT} O modelo de júri dos sistemas de *Common Law* prevê, em regra, que o juiz presidente apresente aos jurados, previamente à deliberação, instruções (*jury instructions*) relativas ao procedimento decisório. Explicam Marcela Mascarenhas Nardelli, Rodrigo Fauz e Daniel Avelar que “[a]lgumas instruções do juiz presidente aos jurados são *procedimentais* (por exemplo, não discutir a prova até o momento inicial da fase de deliberação); outras são de *orientação*, inclusive no que se refere aos parâmetros de valoração da prova (por exemplo, como o depoimento de um perito deve ser avaliado e como certas provas podem ou não ser valoradas para um propósito específico); e algumas envolvem o *direito aplicável* ao caso (apresentando cada elemento da infração a ser provado pela acusação e as definições dos principais termos jurídicos utilizados) e também sobre a *presunção de inocência*, o *standard* e o *ônus da prova*”. (Tribunal do Júri: as instruções e o aperfeiçoamento dos julgamentos. Conjur, 2021).

^{NT} No chamado *general verdict* anglo-americano, o júri se pronuncia pela culpa ou inocência do acusado para cada imputação. No formato *special verdict*, os jurados restringem-se a responder proposições sobre questões fáticas, deixando inteiramente a cargo do juiz presidente a determinação das questões de direito e da culpabilidade do acusado. Entre nós, Marcella Mascarenhas Nardelli afirma que esse último método de decisão se aproxima dos questionários utilizados no júri dos sistemas de *Civil Law*. Cf. NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A Prova no Tribunal do Júri: uma abordagem racionalista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

⁷⁷ *State v. Schweitzer*, 57 Conn. 532, 18 A. 787 (1889); *People v. Shryver*, 42 N.Y. 1 (1870); *Silvus v. State*, 22 Ohio St. 90 (1873); *Commonwealth v. Drum*, 58 Pa. 9 (1868); *State v. Ballou*, 20 R.I. 607, 40 A. 861 (1898).

⁷⁸ *State v. Willis*, 63 N.C. 26 (1868); *State v. Welsh*, 29 S.C. 4, 6 S.E. 894 (1888).

Califórnia⁷⁹. Com poucas exceções, o precedente firmado em *York* reinou, durante meio século, as decisões norte-americanas sobre o ônus da prova em casos de provocação e de legítima defesa⁸⁰. Aliás, ele ainda reina incontestavelmente em alguns estados. Em Delaware, por exemplo, o caso *York* foi citado em 1955 para fundamentar o entendimento de que incumbia ao acusado provar sua alegação de legítima defesa por uma preponderância de provas⁸¹.

Apesar de toda a sua influência, a regra *blackstoniana* sobre o ônus da prova contém falhas graves. Ela nasceu de um formato particular de julgamento do *Common Law* (*special verdict*), mas passou a ser aplicada como regra sobre as instruções fornecidas aos jurados que precisam decidir se o acusado é “culpado” ou “inocente” (*general verdict*). Ao navegar entre esses dois formatos de julgamento, podemos perceber uma ambiguidade crítica na expressão “ônus da prova” — uma ambiguidade que permaneceu em segundo plano em casos como *Oneby*, nos quais a tarefa do tribunal era meramente qualificar juridicamente os fatos fixados pelos jurados. Sabemos hoje, no *Common Law*, que a expressão “ônus da prova” pode se referir tanto ao ônus de produção da prova (*burden of production* ou *burden of going forward*), que se refere ao encargo de produzir prova suficiente para submeter o caso ao júri; quanto ao ônus da prova em sentido estrito (*burden of persuasion* ou *burden of proof*), que diz respeito ao risco de não convencimento dos jurados sobre a questão⁸². Essas duas facetas do ônus probatório exprimem aspectos distintos das instruções fornecidas aos jurados no modelo de júri anglo-americano. O ônus da prova em sentido estrito manifesta-se no conteúdo das instruções fornecidas aos jurados; e o ônus de produção da prova, na decisão de fornecer ou não qualquer instrução aos jurados sobre determinada questão⁸³. É significativo notar que, no caso *Oneby*, os

⁷⁹ *People v. Milgate*, 5 Cal. 127 (1855); *State v. Yokum*, 11 S.D. 544, 79 N.W. 835 (1899).

⁸⁰ Ver nota 26 *supra*.

⁸¹ *Quillen v. State*, 49 Del. 114, 110 A.2d 445 (1955).

⁸² O uso contemporâneo remonta a THAYER, *THE BURDEN OF PROOF*, 4 *HARV. L. REV.* 45 (1890); J. THAYER, *EVIDENCE* 353-89 (1898); cf. MCKELVEY, *EVIDENCE* 28-29 (1898) (diferenciando entre o ônus da prova e o ônus de produção da prova). Autores alemães também distinguem entre o dever de produzir a prova (*Beweisführungspflicht*, *formelle Beweislast*) e o risco de não convencimento (*materielle Beweislast*). O primeiro dever é afastado em processos criminais pelo dever do juiz de investigar ativamente e determinar os fatos do caso, StPO § 244(2). Escritores do século XIX consideravam a *materielle Beweislast* aplicável em casos criminais. J. GLASER, *LEHRE VOM BEWEIS* 88 (1883); A. VON KRIES, *LEHRBUCH DES DEUTSCHEN STRAFPROZESSRECHTS* 341 (1892). Autores contemporâneos, contudo, rejeitam o termo porque ele sugere que o Ministério Público “perde” quando o acusado é absolvido; o promotor alemão tem o dever de ser imparcial. I. E. SCHMIDT, *LEHRKOMMENTAR ZUR STRAFPROZESSORDNUNG* 205 (2ª ED. 1964); CF. I. LOEWE-ROSENBERG, *DIE STRAFPROZESSORDNUNG* 123 (21ª ed 1963).

⁸³ Problemas significativos permanecem em determinar (1) quando seria justo transferir o ônus de produção ao acusado; e (2) qual seria o grau de prova que o acusado deve apresentar para ter direito a uma decisão do júri sobre determinada questão. Ambos os problemas são complicados por questões constitucionais. Se o acusado tem o direito ao julgamento por júri (6ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos), esse direito abarca, de

juízes da Divisão do Banco do Rei não precisavam distinguir entre esses dois sentidos do termo “ônus da prova”, pois a tarefa naquele processo não era decidir sobre o conteúdo das instruções que foram fornecidas aos jurados, tampouco sobre quais instruções deveriam ou não ter sido fornecidas. Cabia-lhes somente dar a devida qualificação jurídica aos fatos que haviam sido estabelecidos no *special verdict* do júri.

Na medida em que a decisão do caso *Oneby* também seja aplicável aos julgamentos no formato de *general verdict*, a linguagem nela utilizada (“incumbe ao acusado provar a violenta emoção”) poderia se referir tanto ao ônus da prova quanto ao ônus de produção da prova. O problema, naturalmente, reside em definir a qual desses tipos de ônus a linguagem do caso efetivamente se refere. Para aplicar *Oneby* a casos que envolvem *general verdicts*, seria preciso interpretar a decisão tendo em vista sua gênese histórica. A conclusão de que incumbe ao acusado “provar” a provocação da vítima ou a violenta emoção emerge da sedimentação de decisões e análises doutrinárias a respeito da relação entre a malícia, entendida como um elemento do crime de assassinato, e a tese defensiva da provocação. O marco decisivo na evolução conceitual da noção de malícia está no caso *MacKally*. Esse julgado do início do século XVII, segundo o relato e a interpretação de Coke, estabeleceu que a acusação não precisava provar a malícia do acusado para que ele fosse condenado por assassinato⁸⁴. Os juízes perceberam que a malícia não se presta a uma prova afirmativa. Em linhas gerais, a conduta de matar maliciosamente se define não em referência ao que ela é, mas sim em relação ao que ela não é. Como reconhecido por todos, uma modalidade não maliciosa era o homicídio cometido sob domínio de violenta emoção provocada pela vítima. Por isso, para que existisse uma controvérsia sobre a malícia apta a ser discutida em juízo, era necessário que houvesse uma alegação factível de que o acusado matou sob influência de violenta emoção. Sendo assim, foi a decisão proferida no caso *MacKally*, dispensando a acusação de provar a malícia do acusado,

forma plausível, todas as matérias relacionadas à sua culpabilidade. Além disso, se o acusado precisa depor para garantir que o júri receba uma instrução sobre determinada matéria, então a renúncia ao seu direito contra a autoincriminação já representa um prejuízo (5ª Emenda da Constituição dos EUA). Ver *Jackson v. United States*, 351 F.2d 821 (D.C. Cir. 1965) (reconhecendo as questões constitucionais envolvidas). Em analogia à decisão de fornecer ou não determinada instrução aos jurados no *Common Law*, o juiz no *Civil Law* deve decidir se abordará ou não determinada questão, em sua fundamentação, quando avaliar o conjunto probatório. A falta de fundamentação pode ser motivo para a reforma da decisão. França: C. PRO. PEM, § 593; Alemanha: StPO § 338(7). E.g., *Judgment of December 23, 1897 [1897] Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation, Chambre Criminelle [Bull. Crim], No. 400 (Cass. Crim., Fr.)* (o voto deixou de discutir a questão da coação); *Judgment of December 9, 1964, [1st sem. 1965] Gazette du Palais Jur. 301 (Cass. Crim., Fr.)* (deixou de discutir legítima defesa).

⁸⁴ 9 Co. Rep. 65b, 77 Eng. Rep. 828 (1611).

que deu origem à redação utilizada no caso *Oneby*, segundo a qual incumbia ao acusado provar a violenta emoção. Se restringirmos nossa análise às preocupações que eram objeto do caso *MacKally*, a orientação estabelecida em *Oneby* torna-se clara: incumbe ao acusado (e não à acusação) suscitar em juízo a controvérsia a respeito da malícia. Isso o acusado deve fazer mediante a apresentação de “alguma prova” acerca da violenta emoção provocada pela vítima. Logo, nos julgamentos sob o formato de *general verdict*, a exigência de *Oneby* de que o acusado “prove” determinada questão deve significar tão somente que o acusado deve levar adiante alguma prova a seu respeito.

Há várias razões pelas quais o magistrado Shaw não enfrentou a ambiguidade do “ônus da prova” em seu voto no caso *York*. A uma, pois havia escassa, senão inexistente, sensibilidade para essa questão na metade do século XIX⁸⁵; a duas, pois a percepção de Shaw sobre o problema havia sido prejudicada por sua confusão sobre o papel do juiz nos *special verdicts* (em que a diferença entre os dois tipos de ônus é irrelevante) com o papel dos jurados nos *general verdicts* (em que a diferença entre os dois tipos de ônus é determinante). Suas palavras deixaram transparecer essa confusão:

A prova além da dúvida razoável é necessária para estabelecer um fato em desfavor do acusado; já a prova preponderante — isto é, a prova suficiente para convencer o júri acerca do fato — é bastante para estabelecer um fato em seu favor. É preciso, contudo, que a prova atinja esse patamar; do contrário, não haverá base alguma sobre a qual o júri possa fundar suas convicções e considerar o fato como provado. Por isso, não basta suscitar uma dúvida, ainda que seja uma dúvida razoável, a respeito do fato extenuante, simplesmente porque isso não constitui prova do fato. *Mais uma vez, acreditamos que o ponto pode ser ilustrado pela análise da forma como o caso se apresentaria em um special verdict*⁸⁶.

Pode-se cogitar que, em casos decididos mediante *special verdicts*, um fato alegado, mas não provado, deva equivaler a um fato “inexistente”, como afirma Shaw em outra passagem de sua decisão⁸⁷. Isso porque, nesse formato de julgamento, o júri apenas estabelece conclusões sobre um conjunto de alegações fáticas específicas. Compete aos jurados fixar os fatos antes

⁸⁵ O tribunal de Massachusetts havia reconhecido a distinção entre a “carga da prova” e o ônus da prova. E.g., *Powers v. Russell*, 80 Mass. (13 Pick.) 69 (1832). Sobre os primeiros esforços em esclarecer a distinção entre os dois tipos de ônus, ver nota 82 *supra*. De modo geral, cf. REAUGH, *PRESUMPTIONS AND THE BURDEN OF PROOF*, 86 ILL. L. REV. 703, 706-13 (1942). A confusão entre os dois tipos de ônus tem surgido com frequência na instrução de que o acusado deve provar sua defesa, mas que ele deve ser absolvido se, diante de todas as provas, ainda subsistir dúvida razoável sobre sua culpa. E.g., *People v. Knapp*, 71 Cal. 1, 11 P. 793 (1886); *State v. Jones*, 78 Mo. 278 (1883).

⁸⁶ 50 Mass. (9 Metc.) p. 116-17 (1845) (grifos adicionados pelo autor).

⁸⁷ *Id.* p. 113.

mesmo que o juiz possa começar a avaliar a “culpa” ou a “inocência” do acusado. No entanto, em um julgamento por *general verdict*, a definição dos fatos e o juízo de culpabilidade são realizados indissociavelmente pelos jurados. Não há razão institucional, nem mesmo lógica, para que impedir que os jurados proferissem um veredito absolutório com base na dúvida razoável sobre a existência ou inexistência de determinado fato. Significa dizer que os jurados não precisam concluir que *houve* uma provocação da vítima (questão de fato) para proferir um veredito, diferentemente do que ocorre em um *special verdict*. O júri pode simplesmente deixar de proclamar um veredito condenatório se subsistir dúvida razoável de que a morte tenha ocorrido sem a provocação da vítima. Shaw ignorou essa distinção fundamental entre o *special verdict* e o *general verdict*, e seu erro continua a influenciar o curso do direito norte-americano.

O fato de a regra *blackstoniana* ter conquistado ampla aceitação em um contexto processual distinto daquele de sua origem⁸⁸ demonstra a disposição dos juízes do século XIX e dos séculos anteriores em exigir que os acusados provassem suas defesas por uma preponderância de provas. Os tribunais exigiam pouco respaldo para suas decisões; afinal, os resultados pareciam estar em sintonia com uma forma intuitivamente plausível de estruturar a disputa criminal. E a plausibilidade desse sistema baseava-se na assimilação do processo penal ao modelo estabelecido pelos litígios privados. Parecia natural, tanto em casos criminais quanto cíveis, que certas questões devessem pertencer à tese defensiva e que a prova dessas questões fosse de responsabilidade do acusado ou de seu advogado. A divisão do caso criminal entre questões incriminatórias e questões absolutórias exigia regras incompletas de responsabilidade penal: assim como as regras do direito privado, elas permaneciam em silêncio sobre as questões defensivas. Da mesma maneira que um sujeito poderia ser responsabilizado civilmente por um ato ilícito que causasse dano a outrem de forma negligente (sem menção à assunção do risco), também poderia ser responsabilizado criminalmente por matar outro ser humano de forma intencional e maliciosa (sem menção à legítima defesa ou à doença mental). De um jeito ou de outro, as regras da época só poderiam ser aplicadas quando complementadas por suas exceções.

Outro indício da propensão judicial de tratar a responsabilidade penal como um conjunto de regras incompletas complementadas por exceções encontra-se na recepção dada à decisão de 1816 da Divisão do Banco do Rei em *The King v. Turner*⁸⁹. O caso chegou ao tribunal em

⁸⁸ Blackstone tinha em mente casos de *special verdicts*; 4 BLACKSTONE, *COMMENTARIES* *201 (o tribunal deve decidir “quanto longe eles [os fatos fixados pelo júri] se estendem para eliminar ou mitigar a culpa”).

⁸⁹ 5 M. & S. 206, 105 Eng. Rep, 1026 (1816).

virtude da alegação de Turner de que sua condenação por posse de caça, sem autorização legal, fora indevida. Argumentava que, por diversas razões previstas na lei, sua posse poderia ter sido considerada lícita e que a condenação era indevida porque a acusação deixou de provar a ausência dessas condições exculpatórias. O argumento era engenhoso, mas o Lorde Ellenborough não o aceitou de forma alguma. Com a concordância dos demais juizes, ele decidiu que o acusador não precisava apresentar provas para demonstrar a ausência daquilo que chamou de “exceções” à responsabilidade. Ele argumentou que o réu tinha “o ônus da prova” sobre essas questões. O Lorde Ellenborough reconheceu que essa era a regra vigente nos litígios privados, acrescentando que “não havia razão pela qual a regra não devesse ser aplicada às ações penais, tal como nas ações cíveis”⁹⁰.

A decisão no caso *Turner* é interessante por várias razões. Primeiro, ela revela a tendência judicial de tratar a distribuição do ônus da prova de forma idêntica nas disputas criminais e privadas. Segundo, ela ilustra o tipo de extrapolação judicial que já havíamos notado na recepção do caso *Oneby* pelo *Common Law*. O tribunal não precisava ter emitido um pronunciamento sobre o “ônus da prova” do acusado, pois a questão que lhe fora submetida não dizia respeito à resolução de uma controvérsia que ainda não havia sido esclarecida. Volta-se, assim, ao problema suscitado no caso *Oneby*: a expressão “ônus da prova” refere-se ao ônus da prova em sentido estrito ou ao ônus de produção da prova? A ambiguidade deveria ser solucionada do mesmo modo. Assim como não se pode exigir razoavelmente que o promotor forneça provas sobre uma questão existente no vácuo, como a malícia, não se pode esperar que ele leve adiante provas sobre todos os inúmeros fundamentos legais que autorizariam a posse de aves e lebres. Todavia, reconhecer as dificuldades probatórias da acusação não implica concluir que o acusado deva suportar o ônus da prova sobre essa questão em seu sentido estrito; tais dificuldades justificam apenas a exigência de que o acusado leve a questão adiante, apresentando alguma prova a seu respeito. Uma vez que o acusado suscite uma questão fundada em determinada exceção legal, seria razoável atribuir ao promotor o risco de que os jurados, ao final do julgamento, permaneçam em estado de dúvida quanto à questão⁹¹.

Essa leitura da decisão proferida no caso *Turner* é plausível, mas dificilmente se alinha com a forma como o caso foi recebido na prática. O *Common Law* encarou o caso *Turner*, assim

⁹⁰ *Id.* p. 210, 105 Eng. Rep, p. 1028.

⁹¹ Essa análise está fortemente inspirada no trabalho do notável James Bradley Thayer. Cf. J. THAYER, *EVIDENCE*, 359-364 (1898).

como o fez com o caso *Oneby*, como uma afirmação bem-vinda da pertinência de tratar as defesas criminais à semelhança das defesas do direito privado. O caso *Turner* encontrou uma rara convergência entre as jurisdições do *Common Law*. Afinal, para uma variedade de infrações, que vão desde a posse ilícita de entorpecentes até o exercício ilegal da medicina, os tribunais do *Common Law* exigem que o acusado convença o julgador de sua licença ou autorização para exercer a atividade regulamentada⁹².

Ao justificar o dever do réu de convencer o julgador quanto às exceções, os juízes do *Common Law* procedem como se o problema fosse de natureza privada. Eles utilizam o idioma do sistema de regras e exceções e pensam nas categorias prescritas pelo brocardo romano *reus excipiendo fit actor* (apresentando exceção, o réu se torna autor). Eles entrelaçam as regras processuais de alegação com as regras sobre o ônus da prova⁹³. Ou seja, se a acusação não precisa negar as exceções previstas em lei na denúncia — como frequentemente ocorre nos casos de posse não permitida de bebidas alcoólicas ou entorpecentes⁹⁴ — isso já acaba sendo

⁹² O consenso remonta à metade do século XIX. *State v. Crowell*, 25 Maine 171 (1845) (venda de conhaque sem licença); *State v. McGlynn*, 34 N.H. 422 (1857) (manutenção de bebidas alcoólicas para venda sem licença); W. RUSSELL, *CRIMES AND MISDEMEANORS* 770 (7ª Eng. ed. 1909); P. TAYLOR, *EVIDENCE* 348-55 (8ª Eng. ed. 1877) (diversas citações a estatutos vitorianos que exigiam que o acusado provasse autorização legal); F. WHARTON, *CRIMINAL EVIDENCE* 242 (9ª ed. 1884). A regra é aceita hoje como algo corriqueiro. *Reed v. United States*, 210 A.2d 845 (D.C. Ct. App. 1965) (posse de entorpecentes sem prescrição médica); *John v. Humphreys*, [1955] 1 All E.R. 793 (dirigir sem carteira de habilitação); *R. v. Oliver*, [1944] 2 All E.R. 800 (venda de açúcar por atacadista sem licença); *CALIFORNIA JURY INSTRUCTIONS, CRIMINAL*, n° 451 (1958) (autorização para a venda de valores mobiliários); 9 J. WIGMORE, *EVIDENCE* § 2512, p. 417 n.4 (3ª ed., 1940). Cf. *People v. Zepeda*, 231 Cal. App. 2d 1, 41 Cal. Rptr. 571 (1964) (posse de entorpecentes; ônus sobre o Estado de provar a ausência de autorização).

⁹³ Por exemplo, em *R. v. Oliver*, [1943] 2 All E.R. 800, o tribunal decidiu que o acusado deveria provar que possuía licença para vender açúcar como atacadista; a decisão enfatiza um aspecto de alegação processual, a saber, que a acusação não precisava afirmar que o acusado não tinha licença. *Id.* em 802. Veja-se também: F. WHARTON, *CRIMINAL EVIDENCE* 334 (9ª ed., 1884) (sustentando que a acusação deveria ter de refutar a provocação como elemento implicitamente negado pela alegação de malícia). Do mesmo modo que a acusação deve indicar na denúncia a data e o local da infração, os tribunais do *Common Law* geralmente entendem que ela deve comprovar a competência territorial (*venue*) e afastar a prescrição. *People v. Cavanaugh*, 44 Cal. 2d 252, 282 P.2d 53 (1955) (jurisdição territorial); *People v. James*, 59 Cal. App. 2d 121, 138 P.2d 30 (1943) (prescrição); *People v. Pollock*, 26 Cal. App. 2d 602, 80 P.2d 106 (1938) (competência); *State v. Turner*, 176 Pa. Super. 32, 107 A.2d 136 (1954) (Estado teve de comprovar a existência de exceção que interrompia a prescrição). Em sentido contrário, ver: *Traxlor v. State*, 96 Okla. Crim. 231, 251 P.2d 815 (Crim. Ct. App. 1952) (entendimento de que a defesa deve demonstrar que o prazo prescricional havia transcorrido).

⁹⁴ Existem ao menos duas correntes sobre a necessidade de negar, na denúncia, questões como a autorização e a licença. Uma primeira corrente defende que a questão deve ser negada se estiver prevista em um dispositivo autorizador (*enacting clause*) da lei que define o crime, e não em uma ressalva (*proviso*). *State v. McGlynn*, 34 N.H. 422, 426 (1857); *COMMENT, THE PLEADING OF EXCEPTIONS AND PROVISOS IN STATUTES*, 8 *Am. Jurist* 233, 234 (1832). Outra corrente sustenta que a negativa é necessária quando se trata de uma “parte material da definição do crime”, *United States v. Cook*, 84 U.S. (17 Wall.) 168 (1872). Ver, de modo geral, *Annot.*, 153 A.L.R. 1218 (1944); Cf. Estatutos que dispõem que a acusação não precisa negar, na denúncia, matérias específicas de autorização, como o *HARRISON ANTI-NARCOTICS ACT* de 17 de dezembro de 1914, ch. 1, 38 Stat. 785; *UNIFORM NARCOTIC ACT* § 18; *INDICTMENT RULES* n° 5 (2), *INDICTMENTS ACT* de 1915, 5 & 6 Geo. 5, ch.

suficiente para levar ao entendimento de que o ônus da prova sobre a questão deveria incumbir ao acusado⁹⁵. Por outro lado, se a acusação deve negar uma exceção na denúncia — como ocorre nos casos de exercício ilegal da medicina⁹⁶ — os tribunais invocam argumentos semelhantes àqueles usados nos litígios privados para obstar o dever de alegar. Assim como o réu nos casos cíveis deve provar o pagamento, fala-se que o acusado nos casos criminais deve provar que possui o registro ou a permissão para exercer a medicina⁹⁷. Nos dois cenários, os tribunais argumentam que os fatos são de conhecimento do réu, ou que o acusador não precisa provar um fato negativo, ou ainda que a conveniência exige que o réu usado tenha o dever de persuadir quanto à questão⁹⁸. É claro que tais argumentos prevalecem nas causas criminais de modo tão esporádico e imprevisível quanto nas causas privadas⁹⁹. Mas o fato de os tribunais empregarem essa linha argumentativa tanto no direito penal quanto no direito civil demonstra que os juízes encaram o problema, em ambos os contextos, como sendo o mesmo.

Portanto, está estabelecida a primeira tese deste artigo. Antes da virada do século XX, juristas tanto do *Common Law* quanto do *Civil Law* abordavam as decisões sobre o ônus da prova em casos criminais da mesma forma que em litígios privados. Ao fazer isso, eles elaboraram regras de atribuição de responsabilidade penal que tinham o mesmo formato das regras utilizadas para resolver disputas privadas. Os juízes concebiam ambos as espécies de regras como enunciados incompletos das questões materiais relevantes, tratando-as como regras que admitiam exceções.

90, sched. 1 (esse último estatuto prevê que a denúncia não precisa negar qualquer exceção, isenção ou qualificação).

⁹⁵ *Reed v. United States*, 210 A.2d 845 (D.C. CL App. 1965) (entorpecentes); *United States v. Holmes*, 187 F.2d 222 (7th Cir. 1951) (entorpecentes); *State v. Davis*, 214 N.C. 787, 1 S.E.2d 104 (1939).

⁹⁶ O exercício ilegal da medicina (ou de qualquer outra profissão) é normalmente definido por meio da expressão “sem licença” inserida no dispositivo que estabelece a infração (*enacting clause*). Exemplo: *Cal. Bus. & Prof. Code* § 2142 (West 1962) (“sem possuir... um certificado válido, não revogado”); *W. Va. Code* § 30-3-9 (“sem antes ter obtido licença para tal fim”). De acordo com as regras convencionais, o promotor deve então alegar a ausência de licença na denúncia. *Cf.* nota 94 *supra*.

⁹⁷ *People v. Boo Doo Hong*, 122 Cal. 606, 55 P. 402 (1898); *cf. Rossi v. United States*, 289 U.S. 89 (1933); *People v. Dean*, 131 Cal. App. 228, 21 P.2d 126 (D.C.A. 1933) (autorização para vender valores mobiliários); *Commonwealth v. Bitzer*, 163 Pa. Super. 386, 62 A.2d 108 (1948) (licença para prestar serviços como concessionária).

⁹⁸ Ver *People v. Dean*, 131 Cal. App. 228, 21 P.2d 126, 128 (1933); *People v. Boo Doo Hong*, 122 Cal. 606, 55 P. 402 (1898). Sobre os argumentos utilizados para impor ao acusado o dever de refutar uma alegação da denúncia, ver *Rossi v. United States*, 289 U.S. 89 (1933); *Robert v. State*, 90 Tex. Crim. Rep. 13, 234 S.W. 89, 90 (Ct. Crim. App. 1921); B. JONES, *EVIDENCE* 497 (2ª ed., J. Henderson, 1926); W. RUSSELL, *CRIMES AND MISDEMEANORS* 169-71 (7ª Am. ed. 1853).

⁹⁹ Ver a discussão e as referências citadas na nota 14 *supra*.

Se foi uma política sensata para os juízes do século XIX procederem dessa forma, e para os juízes dos sistemas de *Common Law* do século XX manterem essa prática, depende de ser correto, ou não, conceber a persecução penal como análoga à resolução de disputas privadas. Utilizar as regras de atribuição de responsabilidade próprias dos litígios privados significa compreender o processo penal como se fosse semelhante ao contencioso cível. Como veremos na conclusão deste trabalho, há defeitos nessa imagem do processo penal. Para chegar a essa conclusão, no entanto, devemos antes examinar a espécie alternativa de regra de responsabilidade penal: regras globais, que nem exigem nem admitem exceções. Essa análise nos leva a deslocar o foco para os desenvolvimentos judiciais e doutrinários na Alemanha do final do século XIX.

IV. EM DIREÇÃO A REGRAS GLOBAIS DE RESPONSABILIDADE

No decorrer de meio século, os tribunais alemães alcançaram uma notável reversão das práticas relativas ao ônus da prova características do Ocidente na década de 1850¹⁰⁰. Apesar da mudança radical, o movimento ocorreu de forma quase imperceptível e, ao que parece, sem maiores debates sobre a matéria. Não houve um caso de grande repercussão, como aqueles que frequentemente marcam os avanços jurisprudenciais do *Common Law*. Tampouco houve um apelo veemente por mudança a partir da prestigiosa comunidade acadêmica. Ao que tudo indica, o avanço judicial em direção à proteção do inocente desenvolveu-se de forma independente dos processos culturais da época.

Curiosamente, a ruptura alemã encontrou paralelo em um movimento que se desenvolvia, também nas décadas de 1880 e 1890, nos estados e territórios do oeste dos Estados Unidos. Muitos desses tribunais norte-americanos depararam-se, pela primeira vez, com a controvérsia do ônus da prova em relação às defesas, afirmando-se como o primeiro grupo de

¹⁰⁰ Os principais casos são os julgamentos de 13 de novembro de 1885, 7 *Rechtsprechung* 664 (*Reichsgericht*, Alemanha); e de 23 de outubro de 1890, 21 RGSt. 131 (*Reichsgericht*, Alemanha). No primeiro caso, o tribunal endossou o posicionamento do juiz de primeira instância segundo o qual ambos os envolvidos em uma briga deveriam ser absolvidos, com base na legítima defesa, se aparentasse possível que qualquer um deles tivesse iniciado a contenda. Entretanto, o tribunal reformou a absolvição de um deles sob o fundamento de que a decisão do juiz não havia discutido, de forma adequada, os elementos da legítima defesa. No segundo caso, o tribunal manteve a absolvição com fundamento na doença mental. Segundo o juiz de primeira instância, havia uma “probabilidade” de que o acusado possuía doença mental. A acusação aparentemente acreditava que isso não bastava para a absolvição; o tribunal, porém, entendeu que a mera “possibilidade” de doença mental era suficiente para absolver.

cortes do sistema de *Common Law* a romper com a regra *blackstoniana* sobre a legítima defesa e a provocação¹⁰¹. Apesar da distância cultural e geográfica, os tribunais do oeste norte-americano e os tribunais alemães desenvolveram uma análise igualmente objetiva do sistema processual penal. Ambos foram capazes de formular uma visão do problema que não estivesse assombrada pelas orientações privatistas de Blackstone e Feuerbach. Pela primeira vez, tribunais norte-americanos e alemães assimilaram, em toda a sua força, o princípio, reconhecido nominalmente por Blackstone e Feuerbach, de que o Estado pode punir um sujeito pelo cometimento de determinado crime se, e somente se, ele for culpado. Evidentemente, a dificuldade dessa proposição é que ela beira a tautologia. Se culpa significar “culpa legal”, a proposição reduz-se à afirmação estéril de que apenas aqueles que são responsáveis segundo a lei estão sujeitos a sanção penal. Para que a proposição seja significativa, o conceito de culpa deve ser independente do ordenamento jurídico positivo. No final do século XIX, os tribunais alemães e alguns tribunais do *Common Law* enfatizaram essa independência do conceito de culpa em relação ao direito positivo, ao reafirmar o conteúdo moral da culpa penal¹⁰². E, ao fazerem isso, eles converteram um antigo truísmo do direito em uma razão moral para a imposição de sanções penais.

Trazer a questão da culpa (ou culpabilidade) para o primeiro plano permitiu aos tribunais enxergar as questões defensivas sob uma nova perspectiva. Se todas as questões materiais, tanto incriminatórias quanto exculpatórias, eram fios desse mesmo tecido, então as diferenças entre elas se mostravam menos significativas. A distinção entre verificar a ocorrência de um dano e verificar se esse dano estava justificado por uma alegação de legítima defesa deixou de parecer um fundamento adequado para a bifurcação das regras de atribuição de responsabilidade penal. E, conseqüentemente, essa distinção também deixou de ser um fundamento convincente para a distribuição do ônus da prova. Partindo do pressuposto de que incumbia ao acusador provar a culpa do réu, os tribunais da Alemanha e de alguns dos estados menos populosos do oeste dos Estados Unidos (Wyoming¹⁰³, Nevada¹⁰⁴ e Novo México¹⁰⁵) chegaram à conclusão de que a

¹⁰¹ A. VON FEUERBACH, nota 57 *supra*, § 54, p. 43-44, & § 616, p. 397; 4 BLACKSTONE, *COMMENTARIES* *358, 360; *cf.* o voto de Shaw em *Commonwealth v. York*, 51 Mass. (9 Metc.) 93, 116 (1845) (argumentando que a culpa do acusado consistia em matar intencionalmente outrem, *i.e.*, que a existência de dúvida quanto à provocação não se equiparava à existência de dúvida quanto à culpabilidade do réu).

¹⁰² Ver os casos citados nas notas 103-106 *infra* e os casos anteriores sobre doença mental, e.g., *State v. Garbutt*, 17 Mich. 9 (1868); *Hopps v. People*, 31 MII. 385 (1863).

¹⁰³ *Trumble v. Territory*, 3 Wyo. 280, 21 P. 1081 (1889).

¹⁰⁴ *State v. McCluer*, 5 Nev. 152 (1869).

¹⁰⁵ *Territory v. Lucero*, 8 N.M. 543, 46 P. 18 (1896).

acusação deveria refutar aquelas alegações de legítima defesa e de doença mental devidamente suscitadas.

A eclosão da culpa como ponto focal dos casos criminais serviu para distinguir a persecução penal do modelo de litígios privados. Essa função do conceito de culpa foi ilustrada em uma decisão de 1894 do Tribunal do Reich (RGZ), que recusou estender aos litígios privados os critérios então emergentes de distribuição do ônus da prova em matéria penal¹⁰⁶. O caso chegou ao Tribunal por meio de um recurso contra a decisão do juiz de primeira instância, que havia julgado favoravelmente ao réu em uma ação de responsabilidade civil por agressão física (*assault and battery*). Na fundamentação de sua decisão, o juiz havia consignado que “parecia provável” que o acusado tivesse agido em legítima defesa ao atingir o autor da ação com um bastão. O magistrado havia invocado a regra emergente nos casos criminais segundo a qual caberia ao acusador suportar o risco da dúvida quanto à legítima defesa. O Tribunal entendeu, porém, que seu equívoco estava em presumir que uma regra formulada para casos criminais deveria ser aplicada no processo civil. Na perspectiva do Tribunal, os dois sistemas processuais seriam radicalmente distintos. Em uma ação de responsabilidade civil (*tort action*), a alegação de legítima defesa não representava “mera negação da demanda do autor”, mas sim a “introdução de uma nova matéria”. Portanto, incumbia ao réu provar essa questão de forma integral, não apenas por meio de uma demonstração de probabilidade, mas de modo a satisfazer completamente o julgador. A razão para exigir mais do réu em uma ação de responsabilidade civil do que na persecução penal é que nenhum conceito do direito privado exerce função análoga à desempenhada pelo conceito de culpa no processo penal: nenhum conceito utilizado na resolução de litígios privados transforma o conjunto de questões defensivas em condição fundamentalmente necessária à responsabilidade do réu. Todavia, embora nenhum conceito do direito privado torne a mera probabilidade da existência de legítima defesa incompatível com a responsabilização do réu, o Tribunal do Reich percebeu que o conceito de culpa cumpre essa função nos casos criminais:

As sanções penais devem ser aplicadas apenas aos culpados, princípio que seria incompatível com a condenação de um réu por agressão física intencional (*intentional battery*) quando se afigure provável ou possível que o ato tenha agido em legítima defesa¹⁰⁷.

¹⁰⁶ *Judgment of May 8, 1894, 33 Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen [RGZ] 352.*

¹⁰⁷ *Id.* p. 353 (ênfase adicionada pelo autor).

Mais do que alterar a distribuição do ônus da prova para questões específicas, a recém-percebida centralidade da culpa impulsionou a elaboração de regras globais de atribuição de responsabilidade penal na Alemanha. Se incumbia à acusação provar a culpa do acusado, então as regras de responsabilidade penal deveriam contemplar todos os elementos que compõem essa culpa. Esses elementos, por sua vez, deveriam coincidir com o conjunto de questões materiais relevantes para o juízo de “culpa” ou “inocência”. Pouco depois das inovações jurisprudenciais do final do século XIX, a doutrina alemã consolidou uma estrutura teórica, de longa gestação, voltada à formular regras de atribuição de responsabilidade que abrangessem todas as questões materiais que pudessem vir a ser suscitadas em julgamento¹⁰⁸. Embora as condições nos países de *Common Law* pudessem ter levado a um movimento comparável, nada ocorreu. E a necessidade de regras globais de atribuição de responsabilidade penal ainda persiste na prática do *Common Law*. Continuamos a pensar nas regras de responsabilidade penal como mais um exemplo da espécie de regra comum nos litígios privados¹⁰⁹. Ao estudar o surgimento das regras globais de atribuição de responsabilidade penal na prática alemã, podemos entender melhor o papel que elas têm a desempenhar.

O marco decisivo da teoria criminal alemã é a obra de Ernst Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, publicada em 1906. As contribuições teóricas do livro são reconhecidas por razões que pouco têm a ver com regras globais de responsabilidade ou com a regra processual do *in dubio pro reo*. O principal esforço de Beling consistiu em tentar esclarecer aquele aspecto de todo delito que pode ser definido sem referência a juízos valorativos. Ele acreditava que o núcleo duro de todo crime — o conjunto de questões que ele denominou *Tatbestand* (tipo) — poderia ser definido independentemente de qualquer juízo de valor¹¹⁰. Assim, de acordo com

¹⁰⁸ Ver H. SCHWEIKERT, *DIE WANDLUNGEN DER TATBESTANDSLEHRE SEIT BELING* 7-13 (1957).

¹⁰⁹ Ver, por exemplo, *MODEL PENAL CODE* §§ 2.02, 2.09 (*Proposed Official Draft* 1962) (uma alegação defensiva de coação evita, em vez de negar, a alegação de “culpabilidade” feita pela acusação); *KATZ & GOLDSTEIN, ABOLISH THE “INSANITY DEFENSE”—WHY NOT?* 72 *YALE L.J.* 853, 865 (legítima defesa considerada “uma exceção à responsabilidade penal”); *COMMENT, AFFIRMATIVE DEFENSES UNDER NEW YORK’S NEW PENAL LAW*, 19 *SYRACUSE L. REV.* 44 (1967). Ver também HART, *THE ASCRIPTION OF RESPONSIBILITY AND RIGHTS*, 49 *PROC. ARISTOTELIAN SOC.* 171 (n.s. 1949).

¹¹⁰ É difícil encontrar um termo no *Common Law* que corresponda ao *Tatbestand* alemão. A expressão “elementos do crime” (*elements of the offense*) é conclusiva e possui conteúdo variável. Compare *Quillen v. State*, 49 Del. 114, 110 A.2d 445 (1955) (a legítima defesa não constitui um “elemento do crime”) com *Leonard v. People*, 149 Colo. 360, 369 P.2d 54 (1962) (a legítima defesa foi considerada como um dos “elementos essenciais necessários para constituir o crime imputado”). A expressão *corpus delicti* é utilizada no *Common Law* para determinar a admissibilidade de confissões e, portanto, não se refere à conduta do acusado. *State v. Hassen*, 144 Cal. App. 2d 334, 301 P.2d 80 (1956). A definição de *actus reus* proposta por Glanville Williams, como sendo a “definição integral do crime, com exceção do elemento subjetivo”, talvez seja a mais

sua teoria, o *Tatbestand* do assassinato consistiria na conduta humana de causar a morte. A conduta humana de causar a morte acidentalmente já bastaria para preencher esse núcleo duro, mas esse fato, por si só, não seria suficiente para condenar o agente¹¹¹.

Para os fins do presente estudo, o aspecto relevante da obra de Beling reside na sua categorização das questões valorativas da responsabilidade penal. Esse foi o elemento de sua construção teórica que viabilizou o surgimento de regras globais de atribuição de responsabilidade. Segundo seu sistema, as questões que exigem valoração somente ingressam na análise da responsabilidade depois que o julgador constata que os fatos satisfazem a exigência descritiva do *Tatbestand*. As questões que requerem juízos de valor distribuem-se em duas categorias: (1) questões relativas à reprovabilidade da ação que causa o dano (*Rechtswidrigkeit* ou antijuridicidade); e (2) questões relativas à reprovabilidade do sujeito (*Schuld* ou culpabilidade). A distinção entre a reprovabilidade da ação e a reprovabilidade do autor é central para a estrutura concebida por Beling às questões materiais da responsabilidade penal. Ela fornece um agrupamento sistemático para todas as teses defensivas que podem ser suscitadas no julgamento. Esse agrupamento parte da premissa de que toda questão defensiva se refere, em última análise, a saber, de forma objetiva, se o ato é socialmente inaceitável ou se o agente é subjetivamente censurável. Exemplos da primeira categoria de defesas são a legítima defesa e o consentimento; exemplos da segunda categoria são a coação e a doença mental. Essas duas categorias correspondem, grosso modo, à distinção consagrada no *Common Law* entre as chamadas *justifications* (causas de justificação) e *excuses* (causas de exculpação).

A estrutura tripartite da responsabilidade penal, cristalizada na obra de Beling — *Tatbestand*, *Rechtswidrigkeit* e *Schuld* — oferece um esquema para ordenar todas as questões materiais relativas à determinação de “culpa” ou “inocência” do acusado¹¹². O juiz alemão

próxima do conceito alemão. G. WILLIAMS, *CRIMINAL LAW* 18 (2ª ed. 1961); cf. o conceito francês de *l'élément matériel*, em 2 P. BOUZAT & J. PINATEL, *TRAITE DE DROIT PENAL ET DE CRIMINOLOGIE* 914 (1963).

¹¹¹ A rígida bifurcação de Beling entre elementos fáticos e valorativos já foi objeto de crítica em 1915. M. E. MAYER, *DER ALLGEMEINE TEIL DES DEUTSCHEN STRAFRECHTS* 182 ff. (1915). Para uma discussão contemporânea do problema, ver K. H. KUNERT, *DIE NORMATIVEN MERKMALE DER STRAFRECHTLICHEN TATBESTÄENDE* (1958).

¹¹² A divisão tripartite encontra-se consolidada na teoria alemã, ainda que a distribuição das questões entre as três categorias tenha se modificado desde a época de Beling. A principal transformação foi introduzida pela *finale Handlungslehre* (teoria finalista da ação) de Welzel, segundo a qual os fatores de vontade e de assunção irrazoável de risco passaram a ser considerados elementos do *Tatbestand*, em vez de elementos da *Schuld*. Assim, a categoria da *Schuld* passou a ser reconhecida como um juízo valorativo, e não mais como uma investigação de natureza psicológica. Ver H. WELZEL, *AKTUELLE STRAFRECHTPROBLEME IM RAHMEN DER FINALEN HANDLUNGSLEHRE* (1953); H. WELZEL, *DAS DEUTSCHE STRAFRECHT* 29-42 (9ª ed. 1965).

progride, mediante uma ordenação global e unificada das questões de responsabilidade, ao se fazer uma sequência de três perguntas: (1) o acusado provocou um resultado proibido pelo legislador?; (2) a conduta é socialmente inaceitável (ausência de causas de justificação)?; e (3) o sujeito é pessoalmente reprovável (ausência de causas de exculpação)? A conclusão de que o acusado é culpado exige resposta afirmativa nas três categorias de indagação. Essas três categorias configuram encargos iguais do Estado para comprovar a sujeição do acusado à imposição da pena; e, atualmente, cabe ao acusador alemão suportar o risco da dúvida residual do julgador em relação às questões materiais de todas as três categorias.

Todas as regras de atribuição de responsabilidade penal são lidas à luz dessa estrutura, que se encontra implícita em cada enunciado normativo. É precisamente essa característica do direito alemão que confere globalidade às regras de responsabilidade: não porque cada dispositivo do Código Penal faz referência expressa às três categorias de análise, mas porque se compreende amplamente, entre todos os operadores da lei, que a norma deve ser interpretada à luz da estrutura tripartite. Esse entendimento compartilhado entre os juristas alemães permite, inclusive, que o legislador enxugue palavras da formulação das normas. Por exemplo, o dispositivo § 134(1) do projeto de Código Penal em tramitação dispõe de forma concisa: quem matar alguém será culpado de *Totschlag* (homicídio). O dispositivo omite qualquer referência às defesas, à ilicitude da ação de matar, à inaceitabilidade social da ação e à reprovabilidade do agente. Nem sequer menciona a exigência, igualmente pacífica, de que a morte seja intencional. Todos esses elementos do crime são pressupostos. A regra positivada, interpretada à luz da tradição doutrinária do sistema jurídico, impõe ao juiz o dever de formular conclusões específicas nas três categorias de questões relativas à culpa do acusado.

Seria um equívoco pensar que a estrutura tripartite da teoria penal alemã corresponde aos requisitos do *actus reus* e do *mens rea* existentes no *Common Law* para a atribuição de responsabilidade penal^{NT}. Essas expressões em latim, quando usadas hoje em dia, estabelecem, no máximo, duas das condições mínimas da responsabilidade penal. Elas nos dizem que ninguém deve ser culpado pelo cometimento de um crime, a menos que tenha praticado uma conduta e tenha uma mente criminosa (ou, pelo menos, a intenção de fazer algo). Os termos *actus reus* e *mens rea* pouco nos ajudam a compreender a relação entre as chamadas questões

^{NT} O conceito analítico de crime nos sistemas de *Common Law* assume uma estrutura bipartida entre as noções de *actus reus* e *mens rea*, que se referem, de modo geral, aos elementos objetivos e subjetivos do crime, respectivamente.

defensivas — como a legítima defesa ou a coação — e os demais elementos da responsabilidade penal. Na verdade, essas rubricas latinas serviram de apoio ao padrão do século XIX de separar as questões da responsabilidade penal em regras e exceções. As regras consistiam no *actus reus* e no *mens rea* (no assassinato, por exemplo, o *actus reus* é a ação de matar e o *mens rea* é a intenção de matar), e as exceções são todas as questões defensivas restantes.

Alguém poderia questionar se uma sistematização tripartite das questões de direito penal material seria realmente necessária ou desejável. Uma pessoa cética perguntaria: não seria possível conferir caráter global às nossas próprias regras simplesmente ao interpretá-las à luz de todo o conjunto de defesas e exceções do direito penal? Afinal, não é isso o que fazemos hoje na operacionalização do direito penal em jurisdições anglo-americanas? É verdade que os juristas do *Common Law* conhecem as defesas da responsabilidade penal de modo semelhante à forma como os juristas alemães dominam a estrutura das questões relativas à culpa do acusado. Mas há uma diferença importante. A finalidade da sistematização dessas questões, bem como das subsequentes regras globais de atribuição de responsabilidade, não reside em oferecer aos juristas um recurso de organização mental. Não se trata de uma ferramenta mnemônica para facilitar o domínio do direito. A estruturação das questões dessa forma permite superar a imagem das defesas como meras exceções às regras de responsabilidade. Por exemplo, ao ser subsumida na segunda fase de indagação — isto é, se a causação do dano é *rechtswidrig* (socialmente inaceitável) — a legítima defesa já não aparece como uma “matéria nova”. Em vez disso, assim como o ato puxar o gatilho, a alegação de legítima defesa funciona como a negação de um dos elementos constitutivos da hipótese acusatória. Ordenando as defesas como objetos de indagações afirmativas, o sistema tripartite alemão converte as exceções em negações; transforma aquilo que, no *Common Law*, aparece como um “novo argumento” em etapas inevitáveis no processo de determinação da culpa¹¹³.

A visão global e estruturada da responsabilidade penal vai além da arrumação conceitual. A estrutura tripartite alemã expressa uma tese analítica e moral sobre a relação entre as questões que afetam a culpa penal do acusado. Essa tese pode ser resumida da seguinte forma: todas as questões materiais da responsabilidade penal situam-se em pé de igualdade; para fins de determinação da responsabilidade, não há diferença significativa entre causar um dano, tê-

¹¹³ Esse tipo de raciocínio tem sido decisivo nos avanços do *Common Law*. Ver *Hopps v. People*, 31 Ill. 385 (1863) (doença mental vista como uma negativa da vontade do acusado); *Woohnington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462 (alegação de que o homicídio foi acidental sendo tratada como negativa da vontade do acusado).

lo feito intencionalmente, tê-lo feito em legítima defesa, ou tê-lo feito sob coação. O fato de algumas dessas questões se apresentarem em termos afirmativos e outras em termos negativos é irrelevante. O ponto decisivo é que todas incidem sobre a culpa ou a inocência do acusado. Se concordamos que o acusador deve arcar com o risco da dúvida residual em uma dessas questões, então ele deve arcar com esse risco em todas elas.

Em síntese, a estrutura tripartite alemã se assenta em duas premissas inter-relacionadas acerca da responsabilidade penal. A primeira premissa é que todas as defesas que afetam a culpa do acusado funcionam como impugnações a uma regra global de responsabilidade; de maneira que jamais se faz necessário caracterizar determinada questão como uma exceção. A segunda premissa é que todas as questões devem ser tratadas da mesma forma em relação ao risco da dúvida residual na apreciação da culpa do acusado.

Nenhum jurista do *Common Law* apresentou afirmações tão abrangentes. Ainda assim, é possível perceber traços dessa concepção em pelo menos alguns aspectos da tendência contemporânea de afastamento da regra de Blackstone sobre o ônus da prova em matéria penal. Em especial, pode-se identificar o confronto com a liturgia do sistema de regras e exceções herdado da litigância privada nas decisões que atribuem ao acusador o ônus da prova de refutar, além da dúvida razoável, uma alegação devidamente suscitada sobre a doença mental do acusado. Entre tais decisões, é notável o julgamento da Suprema Corte no caso *Davis v. United States*¹¹⁴, no ano de 1895, que deu início ao movimento dos tribunais federais rumo à aplicação ampla da política de absolver o acusado diante da dúvida sobre questões materiais. A linguagem do acórdão revela o compromisso da Corte com muitos dos pontos que emergiam como ideias centrais da doutrina alemã:

A declaração de “não culpado” (*plea of not guilty*) no caso criminal difere da *special plea* em uma ação civil, que, admitindo os fatos alegados, busca estabelecer fundamentos substanciais de defesa com base em uma preponderância de provas. Ela não equivale a uma confissão dos fatos seguida da alegação de outros que alteram os efeitos pretendidos (*confession and avoidance*), pois é uma resposta que contesta a existência de todos os fatos essenciais para a configuração do crime imputado. Com base nessa declaração, o acusado pode manter-se amparado pela presunção de inocência, até que se demonstre sua culpa; e essa culpa não pode, pela própria natureza das coisas, ser considerada provada se o júri nutrir uma dúvida razoável, a partir do conjunto das provas, quanto à sua capacidade jurídica de cometer o crime¹¹⁵.

¹¹⁴ 160 U.S. 469 (1895).

¹¹⁵ *Id.* P. 485-486.

O raciocínio adotado no caso *Davis* pode ser prontamente estendido para defesas como a legítima defesa e a provocação, pois elas também contestam fatos “essenciais para a configuração do crime imputado”. Aliás, em casos posteriores a *Davis*, os tribunais federais passaram a exigir que a acusação suporte igualmente o risco da dúvida residual em relação a essas defesas¹¹⁶. É claro, porém, que o acusado ainda deve levar a questão adiante e produzir “alguma prova” em apoio à sua alegação de legítima defesa ou de doença mental; mas, uma vez que as questões tenham sido devidamente suscitadas, as instruções fornecidas aos jurados especificarão apenas o ônus da acusação de refutar a alegação defensiva além da dúvida razoável.

Esse movimento identificado nos tribunais federais representa somente um dos dois padrões distintos de reforma que emergem da tendência do *Common Law* em direção a regras globais de atribuição de responsabilidade. A diferença entre os dois movimentos sugere uma correlação entre a proeminência dada à culpabilidade moral e a extensão da reforma das regras *blackstonianas* sobre o ônus da prova. De um lado, o padrão exemplificado pelos tribunais federais caracteriza-se por uma reforma abrangente. As cortes que seguem esse movimento começam por uma decisão sobre a doença mental do acusado, usualmente fundada na percepção sobre a centralidade da culpa moral na aferição da responsabilidade penal¹¹⁷, e estendem esse entendimento, por analogia, a todas as demais defesas tradicionais¹¹⁸.

De outro lado, as decisões dos tribunais da Califórnia e da Inglaterra indicam um outro padrão de reforma. Os tribunais que se alinham a esse padrão tendem a ser mais cautelosos em suas revisões da liturgia *blackstoniana*. Eles começam geralmente reconhecendo que incumbe à acusação refutar alegações de acidente e de provocação em casos de homicídio¹¹⁹. Daí entendem, por analogia aos seus precedentes sobre acidente e provocação, que a mesma lógica se aplica à legítima defesa; mas não avançam além disso. Eles falham em dar o salto analógico

¹¹⁶ *Johnson v. United States*, 291 F.2d 150 (8th Cir. 1961) (acolhendo essa regra para coerção); *Frank v. United States*, 42 F.2d 623 (9th Cir. 1930) (legítima defesa).

¹¹⁷ *Johnson v. United States*, 291 F.2d 150 (8th Cir. 1961) (reconhecendo a regra de que a acusação deve refutar a alegação de coação além da dúvida razoável); *Frank v. United States*, 42 F.2d 623 (9th Cir. 1930) (baseando-se em *Davis* para reformular a regra sobre legítima defesa).

¹¹⁸ As jurisdições que se conformaram a esse padrão incluem Illinois: *Hopps v. People*, 31 Ill. 385 (1863) (doença mental), estendido em *People v. Duncan*, 315 Ill. 106, 145 N.E. 810 (1924) (legítima defesa); Michigan: *People v. Garbutt*, 17 Mich. 9 (1868) (doença mental), estendido em *People v. Coughlin*, 65 Mich. 704 (1887); New York: *People v. McCann*, 16 N.Y. 58 (1857) (doença mental), estendido em *People v. Downs*, 123 N.Y. 558, 25 N.E. 988 (1890) (legítima defesa).

¹¹⁹ E.g., *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462 (acidente); *People v. Bushton*, 80 Cal. 160, 22 P. 127 (1889) (acidente).

da legítima defesa e da provocação para a doença mental¹²⁰. Nessas jurisdições, portanto, as decisões que impulsionam a reforma são, com frequência, de alcance limitado. Ao decidir que a acusação deve refutar a alegação de acidente suscitada pelo acusado, os tribunais podem se apoiar inteiramente em construções doutrinárias formais. Quando a Câmara dos Lordes, no supracitado caso *Woolmington*, recusou-se a aplicar a regra *blackstoniana* a uma defesa de acidente diante de uma acusação homicídio, os juízes consideraram suficiente assentar que o incumbiria ao acusador provar o homicídio doloso e que a alegação de acidente negou a vontade do agente. Nem *Woolmington* nem as decisões subsequentes enfrentaram a relevância da culpa moral nos casos de distribuição do ônus da prova. Assim, por não terem confrontado essa questão, os tribunais ingleses ainda não perceberam a inconsistência de impor tratamento diferenciado as duas defesas que estão relacionadas à culpabilidade do réu na violação da lei — legítima defesa e doença mental.

V. OS CONTORNOS DAS REGRAS GLOBAIS

Embora o desenvolvimento geral do direito penal ocidental caminhe em direção a regras globais de responsabilidade, esse percurso não deixa de ser marcado pelas turbulências decorrentes das regras idiossincráticas de nível local. A maioria dos tribunais ocidentais concorda com o postulado de que apenas os moralmente culpáveis devem ser sacrificados em prol do controle social; contudo, eles podem discordar quanto às circunstâncias que tornam alguém moralmente culpável. Ainda que a razão imponha a conclusão de que certas questões, como a doença mental, sejam relevantes para a aferição da culpa ou da culpabilidade do acusado, alguns tribunais mostram-se resistentes às exigências da racionalidade e da coerência. Existem, então, dois problemas que demandam uma discussão mais aprofundada. Primeiro, as dificuldades enfrentadas pelos tribunais ao delinear os contornos do conceito de culpabilidade; segundo, as razões pelas quais, embora reconheçam o princípio de que apenas aqueles que

¹²⁰ *Woolmington* foi estendido à legítima defesa em *R. v. Smith*, 8 C. & P. 160, 173 Eng. Rep. 441 (1837), mas os tribunais ingleses ainda exigem que o acusado convença o julgador sobre a doença mental. *R. v. Smith*, 6 Crim. App. 19 (1910) (aparentemente a mais recente decisão em segunda instância). De modo semelhante, na Califórnia, os tribunais estenderam a regra de *Bushton* para abarcar a legítima defesa (*People v. Toledo*, 85 Cal. App. 2d 570, 193 P.2d 953 (1948)), mas não a doença mental (*People v. Leong Fook*, 206 Cal. 64, 273 P. 779 (1928); *People v. Wolff*, 61 Cal. 2d 795, 394 P.2d 959 (1964)).

violaram a lei de forma culpável devem sofrer sanções penais, alguns tribunais ainda assim se recusam a aceitar todas as consequências desse princípio.

A. ALEGAÇÕES EXCULPANTES E NÃO EXCULPANTES

A maioria das defesas criminais exclui a responsabilidade penal do acusado. Se a defesa invocada constitui uma causa de justificação, como a legítima defesa, ela afirma que o comportamento do acusado foi socialmente aceitável ou até mesmo louvável. Tratando-se de uma causa de exculpação, como a coação, argumenta-se que, embora a conduta do acusado não seja justificada, ele é pessoalmente isento de censura penal. Para expressar nossa conclusão, afirmamos que os atos praticados sob coação ou em estado de necessidade são involuntários. E essa conclusão, aliada ao princípio segundo o qual ninguém responde por condutas involuntárias, opera no sentido de isentar de culpa aqueles que agiram sob coação ou em estado de necessidade.

A defesa por doença mental não é tão facilmente classificável como uma tese exculpatória, embora a razão dessa incerteza seja mais institucional do que teórica. Os elementos articulados na postulação da defesa de doença mental deixam claro que ela se funda na ideia de que os acusados portadores de doença mental não podem ser justamente responsabilizados por seus atos. Os tribunais afirmam que eles devem ser exculpados se não eram “responsáveis” quando praticaram o ato criminoso que lhes é imputado. Esse critério geral, bem como a retórica que sustenta a defesa por doença mental, soam de maneira inconfundível no idioma da culpabilidade.

A dúvida surge apenas porque, em seu funcionamento atual, a defesa por doença mental muitas vezes não distingue entre os que devem sofrer sanções do Estado e os que podem permanecer em liberdade. Ela funciona, na verdade, somente para determinar se a resposta social à conduta do réu será o encarceramento ou a internação. A decisão do júri pela sanidade conduz à reclusão penal; e pela insanidade, à reclusão de natureza custodial e terapêutica. Em pelo menos doze estados, a internação daqueles que são considerados “insanos” é obrigatória¹²¹. Nas demais jurisdições, a acusação precisa fazer uma demonstração nominal da periculosidade

¹²¹ Para uma lista das jurisdições, ver *COMMENT, COMPULSORY COMMITMENT FOLLOWING A SUCCESSFUL INSANITY DEFENSE*, 56 Nw. U.L. REV. 409, 411 n.8 (1961).

contínua do acusado para garantir a medida, mas, na prática, como relata Goldstein, a internação nessas jurisdições também tende a ser automática¹²².

O problema institucional decorre do uso de um mesmo conceito para responder a duas questões distintas. Um veredito de sanidade consiste em uma resposta à pergunta: o acusado é suficientemente culpável para ser submetido à reclusão penal de forma justa? Entretanto, tal como funciona atualmente, um veredito de insanidade mental responde à pergunta: o acusado é suficientemente perigoso para ser justificadamente internado? Assim, os vereditos de sanidade e de insanidade se referem a problemas diferentes; o vínculo aparente entre eles reside na inferência de que alguém insano no momento de seu ato ilícito permanece suficientemente perigoso, no momento do julgamento, para que seja justificadamente privado de sua liberdade. Essa inferência dificilmente se sustenta em termos fáticos, mas desfruta da aparência de respeitabilidade. Uma das razões pode ser que, na ausência de *standards* aceitos que definam o grau de periculosidade necessário para justificar a internação, qualquer limiar de risco parece defensável. E talvez até mesmo um sarrafo indevidamente baixo seja forçoso, na mente de alguns, pelo suposto propósito terapêutico e benéfico da medida, o que é frequentemente invocado para justificar a internação em todos os casos de doença mental.

Se os juízes encarassem a doença mental apenas como um meio de selecionar entre dois modelos alternativos de confinamento, eles poderiam compreensivelmente exigir que o acusado provasse essa questão. Como um teste puramente executório, a doença mental é, obviamente, externa à análise da culpabilidade do acusado. Sendo assim, se o emprego dessa defesa fosse visto como um esforço do réu culpado para garantir um confinamento terapêutico, um juiz poderia exigir que ele provasse que sua condição autoriza a internação¹²³.

O problema dessa visão defensiva da doença mental é que ela se mostra plausível apenas sob a suposição de que a “culpabilidade” de um sujeito insano justifica o seu confinamento. Mas, caso essa defesa seja levantada com sucesso, todos os tribunais afirmarão que o réu não é culpável. Se ele não é culpável, a questão crucial não é como ou onde ele deve ser confinado, mas com base em que ele sequer poderia ser confinado. Uma possível alternativa à culpabilidade como justificativa para o confinamento seria a periculosidade atual em relação a

¹²² A. GOLDSTEIN, *THE INSANITY DEFENSE* 144-45 (1967). Ver também Katz & J. Goldstein, *ABOLISH THE INSANITY DEFENSE-WHY NOT?* 72 YALE LJ. 853, 867-68 (1963).

¹²³ Ver LOUISELL & HAZARD, *INSANITY AS A DEFENSE: THE BIFURCATED TRIAL*, 49 CALIF. L. REV. 805, 805-06 (1961).

terceiros. Contudo, nos procedimentos de internação civil, para confinar o sujeito perigoso, ainda que sob os *standards* vagos da legislação vigente, o Estado carrega o ônus de demonstrar que o acusado é suficientemente perigoso para ser internado. Não há razão para isentá-lo desse ônus após uma absolvição por insanidade, a menos que esse ônus apenas pudesse ser satisfeito pela demonstração de insanidade no momento da prática da conduta ilegal.

O remédio necessário para as duas faces da defesa de insanidade é a separação clara entre essas dimensões: a culpabilidade no momento da conduta é uma questão, e a periculosidade no momento do julgamento é outra. Essas duas questões devem ser decididas de forma independente: a primeira pelo júri ao considerar a sanidade do acusado; a segunda pelo tribunal, após um veredito de “não culpado” (*not guilty*) por motivo de insanidade. Quer busque o Estado a reclusão ou a internação, sobre ele recai o ônus de provar que a privação da liberdade do acusado seria justificável. Se essas questões estão assim separadas, o conceito de insanidade ou doença mental torna-se mais nítido: quando não empregado de modo impróprio como fundamento para a internação, a questão se revela tão estreitamente ligada à culpabilidade do acusado quanto as questões da legítima defesa e da coação.

Embora questões como a legítima defesa, o consentimento, o estado de necessidade e a coação estejam claramente vinculadas à culpabilidade penal do acusado, há uma variedade de questões de fato no julgamento, como aquelas sobre a competência e o prazo prescricional, que não estão relacionadas à avaliação de sua conduta. Essas são questões sobre as quais o promotor do *Common Law* deve fazer alegações de fato na denúncia (a data e o local do suposto delito) e sobre as quais o júri deve fazer conclusões fácticas. Não se trata, porém, de circunstâncias relevantes para culpar ou não o acusado por aquilo que ele fez, mas sim de condições para que o julgamento dos fatos imputados se dê de forma justa e precisa. Hoje, praticamente todas as jurisdições ocidentais exigem do promotor a prova de que não houve prescrição; mas as razões que explicam essa convergência são tão diversas quanto os estilos dos tribunais continentais e anglo-americanos¹²⁴.

Entre os polos da legítima defesa e da prescrição, encontram-se algumas questões cujo fundamento e finalidade têm confundido tanto os tribunais de *Common Law* quanto os tribunais de tradição continental. Por exemplo, a chamada defesa de *entrapment* (instigação policial ou, literalmente, “armadilha”) é um instituto de fundamentos cambiantes. Se enfatizado o requisito

¹²⁴ Compare a nota 22 *supra* com a nota 93 *supra*.

dessa defesa de que os agentes policiais devem ter “implantado na mente de uma pessoa inocente a disposição para cometer um delito”¹²⁵, a questão parece tão estreitamente associada à culpabilidade penal do agente quanto a coação. Em um caso, o agente é seduzido pelas artimanhas de seu provocador; no outro, é coagido pelas ameaças de uma vontade dominante. Em nenhum dos dois casos sua ação é a expressão de sua própria escolha, mas sim da vontade de outrem. Essa interpretação é apoiada pela indisponibilidade da defesa de *entrapment* àqueles “predispostos” à prática do delito¹²⁶, pois eles, por não terem sido efetivamente seduzidos pelas circunstâncias, são tão culpáveis quanto qualquer outro que tenha cometido o ato proibido. Essa visão da defesa prevalece nos tribunais federais¹²⁷. Assim, em consonância com as demandas por regras globais, a tendência entre os circuitos federais tem sido impor ao órgão acusador o ônus de suportar a dúvida residual relativa a uma alegação devidamente suscitada de *entrapment*¹²⁸.

Os críticos dessa visão associam a defesa de *entrapment* aos diversos instrumentos destinados a controlar comportamentos policiais impróprios, como a regra de exclusão das provas obtidas em violação à Constituição¹²⁹. A defesa de *entrapment* não está disponível àqueles que foram induzidos à prática de delitos por particulares. Argumentam os críticos, portanto, que seu objetivo claramente não seria exculpar aqueles que foram levados a delinquir pela influência de terceiros. Além disso, alguém poderia acrescentar que há uma diferença entre exculpar pessoas coagidas por ameaças de violência e fazê-lo em relação àquelas que simplesmente sucumbem à tentação. De fato, sucumbir à tentação é um caso paradigmático de conduta culpável. Se alguém exculpa uma mulher que cede a uma proposta para a prestação de

¹²⁵ *Sorrels v. United States*, 287 U.S. 435, 442 (1932) (construção inicial da Suprema Corte sobre o tema).

¹²⁶ E.g., *Matysek v. United States*, 321 F.2d 246 (9th Cir. 1963), *cert. denied*, 376 U.S. 917 (1964); *Trent v. United States*, 284 F.2d 286 (D.C. Cir. 1960), *cert. denied*, 865 U.S. 889 (1961); *MODEL PENAL CODE* § 2.13(1)(b) (*Proposed Official Draft* 1962).

¹²⁷ *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369 (1958); *Accardi v. United States*, 257 F.2d 168 (5th Cir. 1958), *cert. denied*, 358 U.S. 883 (1958); 45 *TEXAS L. REV.* 578 (1967); Mas cf. *Whiting v. United States*, 321 F.2d 72, *cert. denied*, 375 U.S. 884 (1963) (ênfase no “dever da polícia de não corromper os cidadãos”).

¹²⁸ *Johnson v. United States*, 317 F.2d 127 (D.C. Cir. 1963); *Notaro v. United States*, 363 F.2d 169 (9th Cir. 1966); *Kadis v. United States*, 373 F.2d 370 (1st Cir. 1967). *JUDICIAL CONFERENCE ON THE SEVENTH FEDERAL CMCUIT, JURY INSTRUCTIONS IN FEDERAL CRIMINAL CASES* § 5.02, at 26 (1965). O Segundo Circuito tem se mantido fiel ao *dictum* do juiz Learned Hand no caso *United States v. Sherman*, 200 F.2d 880 (2d Cir. 1952), segundo o qual o acusado tem o “ônus” quanto à questão da instigação; o tribunal, contudo, tem se mostrado atualmente inclinado a interpretar esse “ônus” como o ônus de produção da prova (*burden of going forward*).

¹²⁹ *DONNELLY, JUDICIAL CONTROL OF INFORMANTS, SPIES, STOOL PIGEONS, AND AGENT PROVOCATEURS*, 60 *YALE L.J.* 1091, 1111 (1951); *MODEL PENAL CODE* § 2.10, *COMMENT* (Tent. Draft No. 9, 1959); *COMMENT, DUE PROCESS OF LAW AND THE ENTRAPMENT DEFENSE*, 1964 *U. ILL. L.F.* 821; *NOTE, ENTRAPMENT: AN ANALYSIS OF DISAGREEMENT*, 45 *B.U.L. REV.* 542 (1965).

serviços de prostituição, igualmente deveria fazê-lo em relação aos agentes públicos que se deixam seduzir por propinas tentadoras. Assim, a defesa de *entrapment* talvez sequer constitua uma causa de exculpação. Adequadamente compreendida, ela pode ser um instrumento concebido exclusivamente para disciplinar a atuação policial. Essa interpretação encontra sua forma mais vigorosa no Código Penal Modelo (*Model Penal Code*), que caracteriza a defesa como “uma queixa do acusado contra o Estado por empregar determinado tipo de atuação reprovável”¹³⁰. Essa caracterização, combinada com a máxima romana *ei incumbit probatio qui dicit* (o ônus da prova incumbe a quem alega), respalda facilmente a ideia de atribuir ao acusado o ônus da prova sobre a matéria. Se ele é o autor dessa “queixa” de *entrapment*, então princípios gerais exigem que ele sustente sua alegação, ao menos, por uma preponderância de provas. Essa, de fato, é a posição do Código Penal Modelo quanto ao ônus da prova em controvérsias relativas à defesa de *entrapment*¹³¹.

Assim como o Código Penal Modelo está em desacordo com a postura atual dos tribunais federais sobre a defesa de *entrapment*, os tribunais e os autores alemães têm divergido sobre a interpretação adequada da defesa de desistência voluntária (*voluntarily abandoning an attempt prior to consummation*). Considere o caso de alguém que despeja gasolina no chão de um armazém e acende um fósforo com a intenção de incendiar o local, mas, no último instante, muda de ideia e apaga o fósforo. Seus atos foram suficientemente longe para caracterizar uma tentativa de incêndio. Ainda assim, o § 46 do Código Penal Alemão o isentaria de punição¹³², e pode-se perguntar por quê. Qual é a justificativa para não punir alguém que, tendo feito o bastante para ser considerado culpado por uma tentativa, abandona seu plano criminoso? Deveríamos dizer que a tentativa foi culpável, mas que o sistema jurídico renuncia à sua prerrogativa de punir a fim de incentivar outros potenciais incendiários a desistirem no último momento? Ou devemos interpretar a desistência como um indício de que a intenção do acusado de cometer o incêndio nunca foi suficientemente firme a ponto de torná-lo culpável por uma tentativa? Ambas as explicações são capazes de justificar a desistência voluntária como defesa. No entanto, a primeira representa uma justificativa extrínseca à determinação da culpa pessoal do acusado, enquanto a segunda constitui parte essencial dessa avaliação. Essa primeira

¹³⁰ MODEL PENAL CODE § 2.10, COMMENT, p. 21 (*Tent. Draft No. 9, 1959*).

¹³¹ MODEL PENAL CODE § 2.13(2) (*Proposed Official Draft 1962*).

¹³² StGB § 46(1) estabelece: “A tentativa não será punida se o agente desistir da execução do ato [criminoso] pretendido sem ter sido impedido de levá-lo a cabo por fatores independentes de sua vontade” Ver SCHÖNKE–SCHRÖDER, STRAFGESETZBUCH, § 46 (13th ed. 1967).

justificativa prevaleceu no direito alemão até o final da década de 1950, quando uma decisão da Suprema Corte Alemã, movida pelo ceticismo quanto à eficácia de desestimular planos criminosos por meio da promessa de não punição, alterou o foco da justificativa da defesa para a culpabilidade ou culpa pessoal do agente¹³³. Com essa mudança de enfoque, o ônus da prova sobre a matéria ficou estabelecido. Na concepção anterior, cabia ao acusado provar a alegação de desistência voluntária por uma preponderância de provas¹³⁴. Hoje, contudo, há pouco espaço para questionar a responsabilidade do acusador alemão quanto à resolução de dúvidas sobre o tema. Por se tratar de uma questão relacionada à culpabilidade de quem tenta cometer um delito, a alegação de desistência voluntária insere-se, sem controvérsia, no âmbito de aplicação da máxima *in dubio pro reo*¹³⁵.

Relacionar uma questão à culpabilidade da conduta do acusado não é, evidentemente, uma condição necessária para impor ao órgão acusador o risco da dúvida residual. Com frequência, a acusação suporta esse risco em matérias, como a prescrição, que não são relacionadas com a culpabilidade penal. No entanto, como demonstra a história da defesa de *entrapment* nos Estados Unidos e da desistência voluntária na Alemanha, a razão de ser de uma questão defensiva costuma ser uma condição suficiente para impor o ônus da prova à acusação. Assim, compreender o motivo pelo qual o Estado decide, em determinadas circunstâncias, não punir aqueles que tentaram ou causaram um dano torna-se uma questão de importância prática. Compreender as razões pelas quais não se pune pode afetar a posição tática do acusado no julgamento. Se a justificativa de uma questão defensiva específica é a de que, nas circunstâncias concretas, o acusado não é culpável por sua conduta, então, segundo a tendência dominante do direito ocidental, cabe à acusação refutar essa alegação, da mesma forma que deve provar que foi o acusado quem efetuou o disparo homicida. Por outro lado, se a finalidade de incorporar a questão ao conjunto de condições para punir o acusado é disciplinar a atuação policial ou evitar planos criminosos por meio da promessa de não punição, então os tribunais de *Common Law* e

¹³³ *Judgment of February 28, 1956, 9 BGHSt 48 (Bundesgericht, Ger.)*: “Na maioria dos casos, o agente que tenta cometer um crime não pensa nas consequências penais. Muitas vezes ele sequer saberá, muito menos terá em mente, que pode escapar da punição desistindo de sua tentativa. (...) Seria mais preciso formular a fundamentação do § 46(1) do StGB da seguinte maneira: o fato de o agente desistir voluntariamente de uma tentativa indica que sua intenção criminosa não era tão firme quanto teria sido exigido para a execução do delito”. *Id.* 52. Entretanto, *cf. WELZEL, DAS DEUTSCHE STRAFRECHT* 176 (9ª ed., 1965) (mantendo a visão tradicional de que a finalidade da regra é induzir os indivíduos a desistirem de suas tentativas delitivas).

¹³⁴ J. GLASER, *LEHRE VOM BEWEIS* 94–95 (1883); A. VON KRIES, nota 82 *supra*, p. 341.

¹³⁵ *Judgment of February 19, 1963, 18 BGHSt 274, 276 (Bundesgerichtshof, Ger.) (dictum* segundo o qual a aplicação do *in dubio pro reo* era “auto-evidente” nos casos abrangidos pelo § 46(1)).

de *Civil Law* podem se mostrar receptivos ao argumento de que cabe ao acusado provar sua “queixa” contra a polícia ou seu “pedido” pela não punição.

É tentador resolver controvérsias sobre o fundamento de questões acirradas, como o *entrapment* e a desistência voluntária, levando em consideração o impacto na distribuição do ônus da prova. Mas não é nesse plano que os debates sobre essas questões têm realmente ocorrido. Distribuir o ônus da prova em relação à defesa de *entrapment* por meio de um fundamento favorável a defesa, e depois justificar a própria defesa a partir do resultado preferido quanto ao ônus da prova, seria girar em um ciclo vicioso desnecessário. Seria mais eficaz evitar esse percurso e decidir diretamente sobre o ônus da prova. O problema não consiste em determinar qual fundamento deveríamos adotar para justificar as questões defensivas, mas em compreender as razões pelas quais, na prática, permitimos que tais defesas existam. A tarefa não é estabelecer metas para a atuação jurídica, mas esclarecer os objetivos que efetivamente estão sendo perseguidos.

Isso não significa, contudo, que critérios políticos e práticos jamais tenham influenciado a forma como os tribunais distribuem o ônus da prova. Na verdade, é precisamente a preocupação com essas considerações que explica a manutenção das regras que impõem ao acusado o dever de provar questões como a legítima defesa e a doença mental por uma preponderância de provas. Para isolar esses fatores políticos e práticos, voltaremos nossa atenção àquele âmbito em que eles, de fato, influenciam a distribuição do ônus da prova.

B. POLÍTICA E PRATICIDADE NA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Como vimos, a decisão judicial de que o acusado deve suportar o ônus da prova sobre determinada questão costuma ser baseada na classificação dessa questão como algo extrínseco à culpabilidade penal. Em alguns casos, essa classificação reflete menos uma preocupação com a relevância da questão no julgamento e mais uma consideração sobre o impacto prático de encará-la de uma forma ou de outra. As diversas considerações políticas e práticas que podem influenciar a distribuição do ônus da prova convergiram em uma série de decisões emblemáticas proferidas pelo Tribunal Superior da Zona Britânica na Alemanha em 1949¹³⁶, nas quais foram sistematicamente reformadas as absolvições de médicos que haviam participado diretamente

¹³⁶ *Judgment of March 5, 1949, 1 Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone 321; Judgment of July 23, 1949, 2 Id. 117.*

do programa de eutanásia nazista para pessoas portadoras de doenças mentais. Como guia para compreender os fatores políticos que frequentemente influenciam a distribuição do ônus da prova, esses casos merecem uma análise detalhada.

Os médicos, acusados de serem cúmplices (*aiding and abetting*) da prática de homicídio, buscaram justificar sua participação nos assassinatos secretos e planejados dos pacientes hospitalares. Argumentaram que as mortes pelas quais seriam responsáveis se justificavam por seus esforços para salvar o maior número possível de vidas nas circunstâncias em que eles se encontravam. Em pelo menos um dos casos, os médicos apresentaram provas de que haviam riscado nomes da lista dos pacientes que seriam mortos, tentando assim minimizar o caráter sistemático das execuções. Sustentaram que não tiveram alternativa senão sujar as mãos com o mal hitlerista, pois se não tivessem agido dessa maneira, outros médicos interviriam, produzindo as mesmas consequências devastadoras para um número ainda maior de pacientes. Esse argumento, de caráter utilitarista, foi formulado por meio de uma analogia com o aborto que é realizado para preservar a vida da mãe. Assim como o abortista sacrifica o bem menor em prol de um bem maior, os médicos teriam supostamente matado alguns para salvar uma quantidade maior de pessoas. Se admitidas as numerosas premissas fáticas dessa alegação, a situação dos médicos poderia suscitar a simpatia e até mesmo o respeito de alguém com uma mentalidade utilitarista. Aparentemente, os julgadores (no primeiro caso, um juiz, e no segundo caso, um júri composto por juízes e leigos) foram sensibilizados pelo argumento, absolvendo os acusados com base em uma espécie de “estado de necessidade suprallegal”, a mesma defesa elaborada pelos tribunais alemães no pré-guerra para justificar abortos realizados em razão do risco de vida para a gestante¹³⁷.

O Tribunal Superior reformou as decisões absolutórias com fundamento na inaplicabilidade da defesa de um estado de necessidade suprallegal aos fatos do caso: essa defesa pressupunha o sacrifício de um valor menor (como o feto) para proteger um interesse superior (a vida da mãe). Ao salvar alguns dos pacientes destinados à morte, não se poderia agir em prol de um valor mais elevado, pois, como esclareceram os acórdãos, a existência daqueles que foram sacrificados carregava a mesma dignidade que a existência dos pacientes supostamente salvos pelos esforços dos réus. Como os valores estavam situados no mesmo plano, sacrificar uns em benefício de outros não era moralmente justificável. Com base nessa interpretação da

¹³⁷ Ver *Judgment of March 11, 1927*, 61 RGSt. 242 (*Reichsgericht, Ger.*); H. WELZEL, nota 133 *supra*, p. 82-84.

defesa de estado de necessidade supralegal, os tribunais reformaram as absolvições e determinaram a realização de novos julgamentos.

A relevância desse episódio histórico está na seguinte observação: o Tribunal Superior não chegou a afirmar a inexistência de qualquer defesa possível diante daqueles fatos. Pelo contrário, o Tribunal esboçou uma nova espécie de defesa no direito alemão, que poderia ter excluído a responsabilidade penal dos médicos. Segundo o Tribunal, o ponto nevrálgico residia no contexto kafkiano no qual os médicos foram relutantemente arrastados para o esquema nazista secreto, mas supostamente caritativo, de extermínio de pessoas portadoras de doenças mentais. O que eles fizeram era culpável à luz do direito penal. Todavia, de acordo com o Tribunal, uma vez que eles acreditavam estar salvando vidas, e considerando que eles atuaram em um contexto alheio aos valores tradicionais da civilização ocidental, poderiam ser eventualmente isentos de pena, ainda que fossem culpáveis se — e o tribunal fez questão de acrescentar esse “se” — eles conseguissem provar além da dúvida razoável os fatos subjacentes às suas alegações. O Tribunal mostrou-se aberto às teses defensivas dos médicos, mas, ao classificar essa defesa como extrínseca à determinação da culpa¹³⁸, aproveitou a flexibilidade de impor o ônus da prova tanto ao Estado quanto à defesa. Escolhendo a última opção, o Tribunal limitou essa nova defesa ao exigir que o acusado arcasse com o risco de não conseguir provar os fatos que fundamentavam sua pretensão de isenção pessoal de pena.

A análise do Tribunal Superior da Zona Britânica foi alvo de fortes críticas na academia jurídica alemã. Dois dos mais prestigiados professores do país, Hans Welzel e Eberhard Schmidt, repreenderam o Tribunal por classificar de forma inadequada essa nova defesa como uma questão extrínseca à determinação da culpa do réu¹³⁹. As objeções doutrinárias de Welzel e Schmidt podem ser plenamente justificadas, mas não enfrentam um fator significativo na percepção do Tribunal sobre o problema, a saber, o impacto dessa classificação sobre o ônus da prova. Classificando dessa forma, o Tribunal adquiriu liberdade teórica para aplicar, ou deixar de aplicar, o *in dubio pro reo* à nova defesa¹⁴⁰.

¹³⁸ Questões materiais extrínsecas à culpabilidade penal são denominadas *Strafausschließungsgründe* no direito alemão; a imunidade diplomática é um exemplo. H. WELZEL, nota 133 *supra*, p. 53; PETERS, *ZUR LEHRE VON DEN PERSÖNLICHEN STRAFAUSSCHLIESSUNGSGRÜNDE*, 1949 *JURISTISCHE RUNDSCHAU* 496.

¹³⁹ WELZEL, *ZUM NOTSTANDSPROBLEM*, 63 *ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT* 47 (1951); SCHMIDT, COMMENT, 1949 *SÜDDEUTSCHE JURISTENZEITUNG* 559; WELZEL, COMMENT, 1949 *MONATSSCHRIFT FÜR DEUTSCHES RECHT* 373.

¹⁴⁰ Em seus trabalhos posteriores sobre o tema, Welzel reconhece as implicações da análise sobre o ônus da prova. Welzel, nota 139 *supra*, p. 47, 55 (1951).

Diversas características das alegações dos médicos nos casos de eutanásia de 1949 sugerem paralelos com os desenvolvimentos ocorridos no *Common Law*. O reconhecimento pelo Tribunal de uma potencial imunidade dos médicos à sanção penal representa a criação de uma defesa que era: (1) até então desconhecida no direito alemão; (2) definida vagamente e suscetível de abuso; e (3) uma questão situada em uma arena politicamente tensa e de significativa responsabilidade judicial. Os dois primeiros fatores, individual e coletivamente, passaram a desempenhar um papel importante nas decisões do *Common Law* que impõem ao acusado criminal o ônus da prova.

É frequente que se atribua ao acusado o ônus da prova em relação às defesas recém-criadas. Um exemplo ilustrativo é a posição do Código Penal Modelo quanto à defesa de erro de direito (*mistake of law*)^{NT} — uma defesa recentemente concebida para aquele sujeito que agiu com base em uma opinião jurídica aparentemente competente, mas equivocada¹⁴¹. Essa defesa se insere entre aquelas que questionam a culpabilidade moral do agente. Se uma pessoa agiu de forma razoável ao se informar sobre suas obrigações legais, certamente não pode ser culpada por infringir fortuitamente uma norma da qual era ignorante de forma escusável¹⁴². Os tribunais alemães encaram a defesa de erro de direito como um elemento incompatível com a culpabilidade do acusado e, por isso, aplicam rotineiramente a máxima *in dubio pro reo* nessas controvérsias. Por outro lado, o Código Penal Modelo exige que o acusado prove o erro de direito por uma preponderância de provas¹⁴³.

A posição do Código Penal Modelo sobre o ônus da prova se justifica por uma questão de princípio ou é simplesmente um meio-termo destinado a angariar apoio político para essa nova defesa de erro de direito? Os Comentários ao Código carregam um tom hesitante sobre o erro de direito. Nenhuma justificativa foi oferecida para atribuir o ônus da prova ao acusado¹⁴⁴. Isso é o que se poderia esperar. O instinto legislativo por soluções intermediárias frequentemente provoca resultados limitados; impor o ônus da prova ao acusado é uma forma sutil e discreta de limitar essa nova defesa. E esse meio-termo sobre o erro de direito parece inofensivo. O acusado passaria a dispor de uma vantagem tática maior (há uma nova questão

^{NT} O direito penal norte-americano adota a tradicional dicotomia entre erro de direito (*mistake of law*) e erro de fato (*mistake of fact*).

¹⁴¹ MODEL PENAL CODE § 2.04 (*Proposed Official Draft 1962*).

¹⁴² Ver HOULGATE, *IGNORANTIA JURIS: A PLEA FOR JUSTICE*, 78 *ETHICS* 32 (1967).

¹⁴³ MODEL PENAL CODE § 2.04(4) (*Proposed Official Draft 1962*).

¹⁴⁴ MODEL PENAL CODE § 2.04, *COMMENT (Tent. Draft No. 4, 1955)*.

pela qual ele pode ser absolvido), então não deveria se queixar de que o legislador ou o tribunal está restringindo (por meio do ônus da prova defensivo) aquilo que foi concedido. No entanto, um ajuste político deve ser reconhecido pelo que ele é. Não é uma posição baseada em princípios ou em uma percepção de política justa. É apenas uma manobra feita em prol da reforma da lei.

A posição do Código Penal Modelo em relação à defesa de erro de direito reflete outros fatores presentes no caso dos médicos do programa de eutanásia alemão: o temor de que indivíduos culpados possam encontrar abrigo nas ambiguidades e brechas das questões defensivas. Para se precaver contra essa possibilidade, os tribunais insistem em exigir provas convincentes de que a defesa é efetivamente aplicável. O receio de que o direito seja abusado permeia o pensamento do *Common Law*. Esse medo deixou sua marca mais profunda em temas como a doença mental e o erro, em que a comprovação da questão parece depender excessivamente do testemunho do próprio acusado. Os juízes do *Common Law* entenderam que os processos mentais e psicológicos do acusado são inacessíveis à prova produzida pela acusação. Assim, os tribunais passaram a exigir — e ainda exigem em um número expressivo de jurisdições — que a defesa do acusado demonstre uma alegação de doença mental por uma preponderância de provas¹⁴⁵. No campo do erro, os juízes foram ainda mais longe: recusaram-se a reconhecer o erro de direito como uma defesa possível e rejeitaram alegações de erro de fato em casos que vão desde o estupro de vulnerável até a posse de alimentos adulterados¹⁴⁶. Para evitar o risco de abuso, os juízes do *Common Law* destruíram as defesas que temiam, seja parcialmente, ao transferir o ônus da prova dessas questões ao acusado, seja completamente, ao afastar a defesa de erro de fato a partir da responsabilidade objetiva (*strict liability*).

Negar a aplicação de defesas a imputações de condutas culpáveis, total ou parcialmente, aumenta o risco de que indivíduos moralmente inocentes sofram sanções penais. Saber se o medo de absolver culpados justifica ou não esse risco depende da intensidade da preocupação com o exercício da justiça em relação ao indivíduo. Em suma, isso depende de quão seriamente se adere ao postulado de que apenas os moralmente culpáveis podem ser punidos pelo direito penal de forma justa. A tendência do direito ocidental, revelada pelo número crescente de questões, em um número igualmente crescente de jurisdições, nas quais o órgão acusador assume o risco da dúvida residual, expressa um compromisso geral com esse postulado.

¹⁴⁵ Ver nota 13 *supra*.

¹⁴⁶ Ver nota 40 *supra*.

Para defender a adoção de regras globais de atribuição de responsabilidade, não é necessário argumentar que os tribunais jamais devem ceder aos temores de que determinados institutos defensivos possam ser mal utilizados por réus desonestos. Na medida em que os tribunais estejam sujeitos a esses receios, eles podem respondê-los impondo ao acusado o ônus de produção da prova sobre a questão (*burden of production* ou *burden of going forward*). Ou seja, como condição para que o acusado exerça seu direito de fornecer determinada instrução ao júri sobre a matéria, o tribunal pode exigir que ele levante uma dúvida razoável sobre sua alegação. Alegações de erro destituídas de prova e de credibilidade não necessitam de maior consideração do que alegações igualmente infundadas sobre a doença mental ou a embriaguez. Por exemplo, se um homem sequestra um menino e o mantém em cativeiro até o pagamento do resgate, não basta — na ausência de prova crível — que o acusado alegue ter incorrido em erro sobre o que fazia ou quanto à ilicitude do sequestro. Não está claro por que alguém deveria temer a capacidade dos jurados de lidar com alegações infundadas de doença mental ou de erro; porém, se tal medo existe, o ônus de produção da prova oferece um controle institucional suficiente para evitar a absolvição de culpados¹⁴⁷.

VI. REGRAS GLOBAIS: A VISÃO SUBJACENTE

O movimento ocidental em direção a regras globais de atribuição de responsabilidade manifesta-se na estrutura tripartite alemã das questões relacionadas à culpabilidade, na centralidade do conceito de culpa no pensamento de muitos tribunais norte-americanos e nos escritos de estudiosos franceses contemporâneos que defendem reformas paralelas na França. Essa tendência por regras globais em matéria penal não constitui apenas uma racionalização *a posteriori* para os avanços no ônus da prova que beneficiam o acusado. As regras globais correspondem a uma visão específica da persecução penal que contrasta bruscamente com aquela subjacente ao modelo dos litígios privados. Mais especificamente, as regras globais exprimem uma concepção do processo de apuração de fatos em que (a) o acusador representa os interesses da coletividade, e não de pessoas ou grupos específicos; e (b) o foco do processo de apuração dos fatos está na justificação da imposição de sanções penais, e não no ajuste de interesses entre classes litigantes concorrentes. Cada uma dessas características merece análise.

¹⁴⁷ Sobre os possíveis impedimentos constitucionais de usar o ônus de produção da prova com esse propósito, ver nota 83 *supra*.

A. A REPRESENTATIVIDADE DO ACUSADOR

Em uma ação de cobrança, a prova apresentada pelo autor de que a dívida foi contraída impõe às partes os papéis de credor e devedor. Dessa forma, a distribuição do ônus da prova quanto à questão do pagamento funciona como um mecanismo de valorização dos interesses de credores ou devedores enquanto litigantes. Pode-se afirmar que o acusador no processo penal representa, de modo semelhante, os interesses de uma classe específica de pessoas? É possível que alguém considere o acusador como um representante das vítimas do crime ou da classe de pessoas ameaçadas pela conduta imputada. Os interesses desses grupos incidem sobre a persecução penal na fase da execução da pena (sob a forma, respectivamente, dos fins retributivos e dissuasórios da punição), de modo que seria tentador pensar que eles também deveriam desempenhar um papel na distribuição dos riscos da apuração de fatos durante o julgamento. O argumento nesse sentido seria o seguinte: da mesma forma que classes litigantes com interesses concorrentes são delineadas nas ações privadas (e.g., devedores e credores, pedestres e motoristas), o mesmo poderia ser feito nas disputas criminais (e.g., assaltantes de banco e bancos, aqueles que causam danos e aqueles que sofrem). Assim como invariavelmente promovemos os interesses de uma ou outra classe litigante ao regular o ônus da prova em disputas privadas, do mesmo modo também o fazemos, inevitavelmente, em causas criminais. Trata-se de um problema de política processual que não pode ser ignorado. Ou favorecemos o órgão acusador e os interesses que ele representa, ou favorecemos o acusado.

O argumento baseia-se na premissa de que certas questões decisivas poderiam funcionar, nos casos criminais, como diretrizes para a configuração de classes litigantes concorrentes. Assim como a constituição de uma dívida constitui uma questão decisiva no direito privado, pressupõe-se que a provocação intencional de um dano poderia desempenhar esse mesmo papel em matéria penal. É nesse ponto do raciocínio que as regras globais de atribuição de responsabilidade, e a visão subjacente da persecução penal, trazem um desafio. Sob o paradigma das regras globais, todas as questões têm a mesma importância. Não há questões decisivas além da própria indagação última da persecução, isto é, a culpabilidade pessoal do acusado por ter causado, de forma não permitida, um dano. Dessa forma, só poderia existir uma única classificação relevante quanto aos litigantes em matéria penal: os que são culpados de um crime e os que não são. Mas essa classificação dificilmente pode servir de

critério para a distribuição dos riscos no processo de determinação da culpa, pois ela já pressupõe o resultado da própria indagação, isto é, a culpa do acusado.

Se a persecução penal fosse considerada sobretudo como um instrumento de canalização de demandas privadas por vingança¹⁴⁸, seria desejável levar em conta os interesses da vítima mesmo na fase de determinação da culpa ou inocência do acusado. O desejo de vingança pode muito bem se dirigir a alguém que tenha causado um dano social irrepreensivelmente. Em uma controvérsia insolúvel sobre quem iniciou a briga na qual o acusado matou seu oponente, alguém poderia argumentar que uma absolvição com base na dúvida deixaria como único recurso para a família do falecido a justiça privada violenta. As vítimas poderiam estar dispostas a atribuir culpa ao acusado, ainda que outros tenham dúvidas quanto a quem iniciou o confronto. Assim, diante dessa preocupação predominante, seria fácil sustentar uma política segundo a qual o acusado teria de provar sua alegação de legítima defesa por uma preponderância de provas. Tal distribuição do ônus da prova reduziria a probabilidade de absolvições nos casos em que particulares, enervados pelo comportamento do acusado, poderiam recorrer à violência para “fazer justiça” com as próprias mãos.

Embora as regras globais de atribuição de responsabilidade se apliquem independentemente da justificativa para a imposição de sanções penais, a sociedade pode tender a reconhecer a necessidade dessas regras somente após rejeitar a visão de que a punição criminal serve principalmente como um substituto para a vingança privada. Se a culpabilidade é a condição decisiva da punição, então não se pode razoavelmente atribuir culpa a alguém sem que se tenha a prova de todas as questões relevantes para sua culpabilidade. É irrelevante que as vítimas do dano possam ter visões próprias dos fatos ou que sejam insensíveis às razões sofisticadas que fundamentam as causas de justificação ou exculpação. Se todas as questões da responsabilidade penal são consideradas nas regras globais, necessariamente se nega deferência a padrões menos sofisticados de atribuição de culpa, como aqueles que se concentram, por exemplo, apenas na intenção e na causa do dano.

Em síntese, portanto, a visão de que o órgão acusador representa uma classe de indivíduos particulares, sejam os lesados, sejam aqueles ameaçados pelo crime, conflita com o princípio de que a culpabilidade pessoal do acusado constitui a indagação decisiva da persecução penal. Além disso, uma preocupação com os padrões privados de atribuição de

¹⁴⁸ Diz-se que esta é uma das funções de um sistema primitivo de sanções penais. O.W. HOLMES, JR., *THE COMMON LAW*, 2–3 (1881); R. CHERRY, *THE GROWTH OF CRIMINAL LAW IN ANCIENT COMMUNITIES*, 8–12 (1890).

culpa remete à visão antiquada de que a função da punição criminal seria canalizar demandas pessoais por vingança.

É convencional que se argumente, ao menos para certos fins, que o órgão acusador representa os interesses de toda a comunidade. Isso sugeriria que os interesses comunitários deveriam influenciar a distribuição dos riscos de condenação no processo? De fato, condenações criminais servem ao bem comum na medida em que dissuadem comportamentos socialmente danosos e possibilitam o confinamento de indivíduos potencialmente perigosos. Para promover esses interesses, bastaria ajustar a distribuição dos riscos associados a apuração dos fatos a fim de aumentar a taxa de condenação. Mas isso aumentaria diretamente o risco de que inocentes sofressem sanções penais. Os interesses relacionados ao bem comum entram em colisão com os interesses dos inocentes e, por consequência, com os interesses legítimos de todos os acusados ainda não condenados pela prática de um crime. A forma adequada de resolver esse conflito, contudo, não consiste em transferir ao acusado o ônus da prova em relação a determinadas alegações defensivas. Isso aumentaria a taxa de condenação, mas ao custo de discriminar os acusados que dependem dessas defesas específicas. O plano apropriado para resolver o conflito está na determinação geral do *quantum* de prova necessário para que a acusação sustente sua pretensão punitiva. Reduzir o grau de suficiência probatória exigido também elevaria a taxa de condenação, mas, em vez de discriminar os acusados que sustentam certas defesas, prejudicaria igualmente todos os acusados, mediante um ajuste geral do equilíbrio entre o Estado e o acusado. Deve-se exigir que o acusador demonstre a culpa do acusado mediante prova além da dúvida razoável ou bastaria uma preponderância de provas? O primeiro *standard*, aquele consistentemente adotado pelos sistemas nacionais e estrangeiros, exprime a supremacia dos interesses individuais na tradição jurídica ocidental. Esse *standard* de prova não nega que o órgão acusador represente os interesses legítimos da sociedade como um todo; ao contrário, reconhece que, diante da posição estruturalmente assimétrica entre a sociedade e o indivíduo, há um risco especial de abuso, o que justifica sua proteção reforçada, mediante a exigência de que sua culpa seja provada ao nível próximo da certeza.

B. JUSTIFICANDO AS SANÇÕES PENAIS

O surgimento de regras globais de atribuição de responsabilidade reflete uma reorientação da persecução penal. No decorrer de cem anos, o foco deslocou-se das semelhanças superficiais

entre os julgamentos cíveis e criminais para uma visão ampla. A partir dessa perspectiva mais abrangente, a persecução penal deixa de ser vista como um conflito entre litigantes e passa a ser concebida como um procedimento destinado a determinar se os agentes do Estado podem, de forma justa, privar um indivíduo de sua liberdade. Um juiz do Wyoming expressou essa concepção da persecução penal de maneira eloquente em 1889:

A teoria de que o ônus da prova nunca recai sobre o acusado não surge *in favorem vitae*, nem por piedade ou simpatia pelo prisioneiro, mas decorre da própria natureza daquilo que o poder soberano se propõe a fazer voluntariamente antes de requerer ao júri uma condenação criminal¹⁴⁹.

E o que o poder soberano se propõe a fazer antes de condenar? No mínimo, o Estado deve apresentar uma justificativa para condenar o acusado e privá-lo de sua liberdade. Nos procedimentos civis destinados à internação de pessoas que representem grave perigo para a comunidade, a justificativa tem natureza utilitarista: o perigo à coletividade justifica o isolamento do indivíduo. Se a periculosidade — ou determinados tipos específicos de periculosidade — constitui fundamento para o confinamento, então a própria classe de pessoas sujeitas à sanção é definida por si mesma. Apenas aqueles que representam o tipo de perigo exigido podem ser atingidos, e a seleção dos indivíduos internáveis dentro dessa classe depende unicamente do *quantum* de prova (isto é, do grau de certeza quanto ao perigo) exigido para a internação. No caso das sanções penais, contudo, os fins a serem alcançados não constituem, por si sós, uma justificativa suficiente. Mesmo indivíduos de periculosidade mínima ou indeterminada sofrem tais sanções. A punição deles serve não apenas, ou sequer principalmente, para proteger a sociedade de forma direta, mas também para reforçar normas comunitárias e, assim, dissuadir indiretamente comportamentos desviantes. Esses propósitos, entretanto, seriam alcançados com a punição de um vasto número de pessoas — na verdade, de qualquer indivíduo que provoque um resultado proibido pelo legislador. Como ninguém formado sob a tradição jurídica ocidental toleraria o emprego tão indiscriminado das sanções criminais como esse, o problema crucial passa a ser a seleção dos indivíduos que serão sacrificados em prol do bem-estar geral da comunidade. Assim, se aceitarmos a dissuasão geral como uma finalidade da persecução penal, a pergunta a ser respondida seria: qual indivíduo,

¹⁴⁹ *Trumble v. Territory*, 3 Wyo. 280, 284, 21 P. 1081-83 (1889) (Corn, J.).

dentre os muitos que poderiam servir utilmente a esse objetivo geral, pode ser punido, de forma justa, para esse fim?

A exigência mínima dos sistemas jurídicos ocidentais é que o Estado possa punir somente aqueles indivíduos que tenham agido em desacordo com comandos legais. Mas essa é somente a exigência mínima de justiça. Entre todos aqueles que praticam condutas proibidas, alguns podem agir com boas razões e outros podem agir de forma involuntária. Ignorar causas de justificação ou de exculpação e punir indistintamente todos os indivíduos que violam comandos legais equivaleria a discriminar injustamente aqueles cuja violação é moralmente inocente. Por outro lado, demonstrando que o acusado violou a lei e o fez de forma culpável, o Estado o insere em uma categoria de pessoas com a mesma responsabilidade moral pela punição. Ninguém na classe de infratores culpáveis tem legitimidade para argumentar que somente ele deveria ser isento de responsabilidade pelo que fez. O único argumento disponível para um infrator culpável é um ataque ao sistema penal como um todo¹⁵⁰. Partindo do pressuposto de que o Estado pune justificadamente os infratores culpáveis em nome da ordem pública e do controle social, o órgão acusador consegue justificar a imposição de sanções penais nos casos individuais: é preciso demonstrar que o acusado violou culpavelmente a lei. É isso que o Estado se propõe a fazer voluntariamente antes de condenar.

Tanto do ponto de vista formal quanto material, as regras globais de atribuição de responsabilidade enfatizam a obrigação do Estado de justificar a imposição de sanções penais. Sob a perspectiva formal, as regras globais oferecem um fundamento justificatório ao estabelecerem as condições materiais necessárias e suficientes para a imposição de sanções conforme a lei. Materialmente, tais regras refletem uma justificativa específica para a imposição de sanções penais, ao afirmarem a igual relevância de todas as questões relacionadas à culpabilidade do acusado na violação da norma.

Essas regras servem como um meio para ver a persecução penal em sua devida perspectiva. Elas distinguem a persecução penal dos litígios privados, bem como reafirmam a obrigação do Estado de justificar o uso de seu poder punitivo. Acima de tudo, elas contribuem para minimizar o risco de que inocentes sofram sob o direito penal. Esses são os benefícios do movimento histórico em direção a regras globais de atribuição de responsabilidade.

¹⁵⁰ Advertência: reservo para uma reflexão mais cuidadosa a questão de saber se o Estado pune, de forma justa, um indivíduo que desobedece a uma lei injusta com a expectativa de sofrer as consequências jurídicas.