

Teoria do crime no *common law*: noções de *mens rea* e *actus reus***Crime theory in common law system: notions of *mens rea* and *actus reus***Marcos Antonio Mendes de Araújo Filho¹

228

Resumo: No presente artigo se pretende investigar o desenvolvimento do sistema jurídico do *Common Law*, apontando suas características e as influências históricas na sua formação, bem como traçando um panorama do ramo do direito criminal, em especial aquele prevalecente nos Estados Unidos da América, sem prejuízo do estudo sobre os elementos do crime, *actus reus* e *mens rea*, por meio de conceitos, classificações e aplicabilidades.

Palavras-chave: *common law*; teoria do crime; *actus reus*; *mens rea*.

Abstract: This article intends to investigate the development of the Common Law legal system, pointing out its characteristics and the historical influences on its formation, as well as outlining an overview of the branch of criminal law, especially that prevalent in the United States of America, without prejudice to the study of the elements of crime, *actus reus* and *mens rea*, through concepts, classifications and applicability.

Keywords: common law; theory of crime; *actus reus*; *mens rea*.

1 Introdução

O sistema jurídico do *Common Law* se caracteriza pela existência de normas consuetudinárias construídas ao longo da sua formação, bem como pelo destaque das decisões judiciais como fonte primária do Direito ao lado da lei escrita.

¹ Mestre em Direito Penal pela Faculdade Damas (2020). Pós-graduado em Direito da Anticorrupção pela ENFAM (2023). Graduado em Direito pela UFPE (2009). Juiz Federal, da 5ª Região. Orcid: <http://Orcid.org/0009-0000-9313-9543>. E-mail: marcossantoniode@yahoo.com

Recebido em: 04/09/2024

Aprovado em: 07/12/2024

Sistema de Avaliação: *Double Blind Review*



O princípio da legalidade estrita no Direito Penal, nos moldes da concepção doutrinária de Ferrajoli, que influenciou o direito positivo brasileiro, não recebe a mesma dosagem de rigidez nos ordenamentos jurídicos de tradição anglo-saxã.

Mesmo com a edição de *statutes* ou *acts* (leis escritas), os precedentes judiciais constituem sólidos subsídios na interpretação dos casos concretos, de maneira que o caminho do intérprete é inicialmente a consulta aos *cases* e, na lacuna, vai-se à lei escrita (Soares, 1997, p. 181). Portanto, mesmo no contexto do Direito Penal, algumas decisões são tomadas com base em *cases* e na própria interpretação do Direito como um todo, não havendo necessariamente uma descrição formal normativa com todos os elementos presentes em um tipo penal.

As raízes do *Common Law* remontam ao século XI e, ao longo do seu desenvolvimento, os juízes receberam importante papel no controle dos atos do parlamento, devendo tomar as melhores decisões entre políticas públicas, avaliando as consequências de seus atos e sendo orientados pelos resultados refletidos na sociedade.

Além disso, as bases do *Common Law* foram construídas pela prevalência do direito comum a todos os reinos da então Inglaterra, justamente na época da unificação, e, nesse sentido, conceitos e tradições essencialmente advindos dos direitos romano e canônico foram neutralizados, voltando o *Common Law* a se desenvolver mais em relação à prática processual, aos casos concretos (David, 2002, p. 369). Como sintetiza René David (2002, p. 404), “[...] o direito inglês não é um direito de universidades nem um direito de princípios; é um direito de processualistas e de práticos.”

Consistindo em um sistema jurídico aberto, diferentemente do *Civil Law*, o juiz no *Common Law* recebe um protagonismo peculiar a partir do momento em que dele é esperada uma postura que solucione o caso da maneira mais adequada.

2 Breve histórico do sistema do *common law*

Trata-se de um sistema jurídico de aplicação e interpretação do Direito, o qual se baseia notadamente em decisões judiciais como fonte primária, com força de lei escrita. Surgiu na Inglaterra, em torno do século XI, após a invasão normanda, prevalecendo, atualmente, nos países de origem anglo-saxã, como Estados Unidos, Canadá e Austrália.

Naquele contexto histórico, o Rei da Inglaterra designava *judges* para dirimir querelas judiciais ao longo do reino, mas muitas delas eram resolvidas pelos nobres locais. Quando os *judges*, pessoas de confiança do Rei, depararam-se com uma controvérsia, concediam um *writ*, remédio adequado à situação daquele caso concreto. Nas palavras de René David (2002, p.

363), “[...] cada *writ* corresponde, de fato, um dado processo que determina a sequência dos atos a realizar, a maneira de regular certos incidentes, as possibilidades de representação das partes, as condições de admissão das provas e as modalidades da sua administração, e os meios de fazer executar a decisão”.

O Direito Comum (*comune ley*) nasceu da necessidade de unificar temas, pela sua relevância ou interesse, que deveriam atrair a jurisdição real, não admitindo que o direito local, presente numa sociedade feudal fragmentada da época, prevalecesse. Acerca do sistema de *writ*, destaca-se passagem da obra de John Gilissen (1995, p. 210):

[...] O sistema dos writs data do século XII, sobretudo do reinado de Henrique II (1154 – 1189). Se, na origem, os writs eram adaptados a cada caso, tornam-se rapidamente fórmulas estereotipadas que o Chanceler passa após pagamento, sem exame aprofundado prévio (*de cursu*); encontra-se aí, sobretudo, o meio de atrair o maior número de litígios para as jurisdições reais. Os senhores feudais bem tentam lutar contra o desenvolvimento dos writs; pela Magna Carta de 1215, conseguem pôr freio às limitações das jurisdições reais sobre as dos barões ou grandes vassallos; pelas Provisões de Oxford, em 1258, obtêm a proibição de criar novos tipos de writs; mas o Statute of Westminster II (1285), documento capital na história do *common law*, concilia os interesses do rei com os dos barões impondo o *statu quo*: o Chanceler não pode criar novos writs, mas pode passar writs em casos similares (*in consimili casu*).

À semelhança do que se inaugurou com os *writs*, o sistema da *Common Law* se funda essencialmente na utilização de casos julgados (*cases*) como parâmetros para a aplicação do Direito pelos juízes. Dessa maneira, os precedentes judiciais são fonte primária do Direito, distinguindo tal aspecto do sistema romano-germânico, do *Civil Law*.

É necessário pontuar, todavia, que, em certas hipóteses, não havendo a similaridade com um caso já decidido, os juízes se valiam do costume geral do reino (*general immemorial custom of the Realm*), daí se falar em um direito consuetudinário. Acrescente-se, também, que o fato de haver leis escritas (*statutes*), as quais também servem de fundamento para a decisão (*Statutory Law*), não significa que o *Common Law* perca sua identidade.

A respeito do papel do *Statute Law*, esclarece Guido Fernando (1997, p. 181):

[...] É inexato dizer-se que na "Common Law" os juízes não aplicam um "Statute Law" enquanto não houver um "case" no qual seja o mesmo decidido. A questão é de método: enquanto no nosso sistema a primeira leitura do advogado e do juiz é a lei escrita e, subsidiariamente a jurisprudência, na "Common Law" o caminho é inverso: primeiro os "cases" e, a partir da constatação de uma lacuna, vai se à lei escrita. Na verdade, tal atitude reflete a mentalidade que o "case law" é a regra e o "statute" é o direito de exceção, portanto integrativo.

A aplicação do *Common Law* nos EUA teve origem com o colonialismo britânico e, por ocasião da formação de cada uma das colônias em território americano, a Inglaterra, no ano 1608, decidiu no *Calvin's case* que a *common law* inglesa seria, em princípio, aplicável, pois os súditos ingleses levam consigo os costumes, notadamente “[...] quando se estabelecem em territórios que não estão submetidos a nações civilizadas” (David, 2002, p. 449).

Não obstante tenha origem britânica, o *Common Law* dos EUA guarda peculiaridades que o distinguem do Direito inglês, notadamente com relação à considerável quantidade de *statutes*. Os EUA possuem uma constituição escrita, além de diplomas normativos editados em cada um dos estados federados norte-americanos, em decorrência do processo de federalização dos Estados confederados, os quais mantiveram a faculdade de elaborar seu próprio direito como melhor entendesse, sujeito apenas à restrição da Constituição Federal (Farnsworth, 1963, p. 6), de maneira que os arcaibouços jurídicos são diferentes.

A esse respeito, interessante transcrever trecho de obra em que, didaticamente, estabelece uma escala hierárquica entre os *statutes*, não obstante as decisões das cortes (*court rules*) estejam presentes em todos os níveis, revelando o destaque ao *caselaw*, *in verbis* (Burnham, 2006, p. 41):

[...] Adicionando a cláusula da supremacia da Constituição aos pontos sobre hierarquia mencionados acima, uma hierarquia completa de fontes do direito pode ser construída. Do mais alto ao mais baixo, eles são (1) a Constituição Federal, (2) as leis federais, tratados e decisões das cortes, (3) regras das agências administrativas federais, (4) direito comum federal, (5) Constituições Estaduais, (6) Leis estaduais e decisões das cortes, (7) regras das agências estaduais, e (8) direito comum estadual. Entende-se que cada nível da lei editada inclui a interpretação do caso com base na lei editada. Se duas fontes do direito estão no mesmo nível de hierarquia colidirem, então a última governará.

Após a independência dos EUA, em 1776, alguns estados começam a adotar códigos à moda francesa, em razão de influência cultural (Farnsworth, 1963, p. 6) por exemplo, o código civil de 1808 no Estado da Luisiana, conduzindo a uma tendência de afastamento ao tradicional direito consuetudinário da ilha britânica.

Não obstante tenha origem no Reino Unido, o sistema jurídico do *Common Law* se estruturou de diferentes formas nos diversos países que compõem a *Commonwealth*, cada um com suas características próprias à luz das regras de convivência de seu povo. Conforme pontuou Dondé Matute, “[...] as regras do Common Law não são iguais na Inglaterra, Austrália, Índia, Canadá ou África do Sul, por exemplo” (2012, p. 96). A esse respeito, inclusive, mesmo dentro do Reino Unido, as regras para proferir uma sentença criminal são diferentes na

Inglaterra, Escócia e Irlanda do Norte que, embora similares, possuem sistemas distintos (Padfield, 2003, p. 215).

No entanto, ainda que seja impossível traçar qualquer investigação de maneira uniforme dentro de todos os países que adotam tal sistema, há características que o distinguem do tronco romano-germânico, especialmente pela preponderância do valor atribuído às decisões judiciais, entendendo que o Direito é feito pelos juízes (*judge made Law*). Inclusive, no Direito Inglês, os atos do parlamento (leis) continuam a ocupar uma posição estranha, somente recebendo respaldo após a aplicação pelo Judiciário (David, 2002, p. 434).

Outro conceito relevante da estrutura desse sistema jurídico diz respeito a *Equity Law*. Trata-se de um direito conferido pelo Chanceler, clérigo próximo ao Rei, que decidia alguns conflitos que lhe chegassem porque, eventualmente, os Tribunais Reais não podiam ser consultados ou porque não havia solução adequada ao caso com base no *Common Law*. Dessa forma, à luz de critérios de equidade, havia a intervenção do *Chancellor* com maior liberdade na decisão, sem contrariar o *Common Law*, mas complementando-o no interesse da moral, colmatando as lacunas.

Com os *Judicature Acts*, em 1875, as jurisdições do *Common Law* e *Equity Law* se unificaram, passando a serem administradas concorrentemente pelos mesmos juízes a ponto de a divisão existente entre as querelas paulatinamente desaparecer (David, 2002, p. 394).

Assim, feitos tais registros, cumpre destacar, em síntese, características gerais do Direito Penal (*Criminal Law*).

Os Estados Unidos, a despeito da adoção do *Common Law*, dispõem de um Código Penal no qual são descritas condutas incriminadoras, embora ainda alguns fatos sejam enquadrados como crimes em decorrência do próprio *Common Law* (Cernichiaro, 1971, p. 14). Em que pese cada Estado adotar uma legislação criminal própria, a maioria deles levou em consideração o *Model Penal Code – MPC* (1962), idealizado por uma associação particular, *American Law Institute*, composta de juízes, advogados e professores (Godoy, 2007, p. 2).

Comparando com o sistema jurídico romano-germânico (*Civil Law*), as noções de apego irrestrito à tipicidade, corolário do princípio da legalidade, não são muito bem encontradas no *Common Law*. Portanto, algumas decisões são tomadas com base em *cases* e na própria interpretação do Direito como um todo, não havendo necessariamente uma descrição formal normativa com todos os elementos presentes em um tipo penal. A esse respeito, confira-se passagem de Cernichiaro (1971, p. 15):

[...] Na "**Common Law**" encontramos algumas incriminações genéricas e indeterminadas, que, no direito continental seriam inadmissíveis. Assim, por exemplo, o malefício público (**public mischief**), que remonta ao caso **Rex x Higgins**, estabelece a punição de todos os fatos de natureza pública que visam ao prejuízo da comunidade. O mesmo pode-se dizer do dano público (**public nuisance**), que abrange grande diversidade de fatos que afetam a saúde e o bem-estar da população. Os crimes contra a paz pública (**Offenses against the public peace**) e as ações contra os **bonos mores** que atingem a moral pública, são exemplos outros de incriminações pela **Common Law** que afetam, sem dúvida, o princípio da reserva legal, pela sua indeterminação. (destaques no original)

Mesmo nas hipóteses em que há definição dos crimes por meio das normas penais (*penal Statutes*), na maioria dos Estados, os diplomas normativos são tão pouco sistematizados a ponto de o *caselaw* ser levado em consideração como fundamento para decisões criminais (Farnsworth, 1963, p. 164). Por crime, nos EUA, pode-se entender como “[...] violação ou negligência de obrigação legal, de tal importância pública que o direito, costumeiro ou estatutário, toma conhecimento e implementa punição” (Godoy, 2007, p. 2).

Dentro do sistema jurídico do *Common Law*, a definição de crime demanda a análise de dois significados relevantes para a sua configuração, sendo eles o *mens rea* e *actus reus*. De origem latina, consistem literalmente na mente e ação do réu, respectivamente.

3 *Mens rea e actus reus: conceitos e aplicabilidades*

A compreensão do Direito Criminal demanda o estudo dos princípios gerais que norteiam a interpretação do Direito no *Common Law*, cuja raiz central reside na frase “*Actus non facit reum nisi mens sit rea*”, podendo ser traduzido como: “um ato não faz um réu culpado sem a intenção delitiva”. No bojo de tal estrutura é que se projeta a divisão dos elementos do crime compreendidos por *actus reus* e *mens rea*.

O *actus reus* (ato do réu) pode ser definido como a conduta propriamente dita que foi praticada com o resultado decorrente da atividade delituosa (Cernichiaro, 1971, p. 16). A responsabilidade do culpado somente poderá ocorrer caso esteja evidente a conduta criminosa (*actus reus*), sem a qual não haverá punição, ainda que presentes outros elementos do crime.

Para um ato ser considerado *actus reus*, mister que ele tenha sido cometido voluntariamente, porque não há punição de conduta involuntária no Direito Criminal. Logo, condutas praticadas decorrentes de movimentos reflexos, por movimentos corporais durante estados de inconsciência, hipnose ou qualquer outro movimento corporal que tenha sido

produzido sem a determinação consciente do seu autor, não pode ser considerado um *actus reus* caracterizador da punição (Mueller, 1958, p. 1049).

Ainda a respeito da conduta ativa da qual decorre alteração no mundo exterior consistente no *actus reus*, no caso *Robinson v. Califórnia* (1962), a Suprema Corte norte-americana fez a distinção entre estado ou condição e *actus reus*. O caso envolveu a condenação do Robinson pelo vício no uso de drogas. A Corte entendeu que não se poderia condenar alguém pelo vício em entorpecente por se tratar de uma doença e não propriamente uma conduta criminosa. Além disso, reputou que se trata de um mero comportamento, estado ou condição que não poderia ser punido (*Robinson v. California...*,1962).

Não somente por meio de uma conduta comissiva, como também a partir de uma omissão relevante, pode-se configurar o *actus reus*. Para a responsabilização criminal por omissão, é necessário que haja imposição por lei para um dever de agir e a pessoa deve ser fisicamente capaz de praticar a conduta ativa. Há, contudo, outras hipóteses decorrentes dos deveres baseados numa relação pessoal (pais e filhos), na legislação, em contratos, na assunção voluntária de cuidado, na criação de perigo, do controle de conduta de outros e em decorrência do direito de propriedade (Acker; Malatesta, 2014, p. 37).

Ao lado do *actus reus*, está a *mens rea*, segundo elemento do crime que também deve estar presente para ensejar uma responsabilização criminal. Trata-se de elemento psíquico, intencional, que deve repousar na atitude do sujeito, com a deliberada vontade de delinquir.

O referido elemento intencional não deve ser confundido com o motivo ou razão para o cometimento da conduta, revelando-se importante, por exemplo, para distinguir se um dano causado à integridade de uma pessoa ocorreu com intenção ou não, conforme comparativo entre as seções 18 e 20 do *Act* de 1861 relativo a ofensas contra a pessoa.

A intensidade da *mens rea* é relevante para aferir o grau de culpabilidade do sujeito. Logo, a *mens rea* pode ser dividida em: Intencional (*Intention*); Imprudência (*Recklessness*); *Knowledge* e Negligência (*Negligence*).

A intenção pode ser direta ou indireta/oblíqua, enquadrando-se na primeira quando o agente obtém o mesmo resultado pretendido a partir da conduta planejada. Na indireta, embora obtenha o resultado pretendido, outros danos foram causados a partir da conduta praticada, os quais não fizeram parte da intenção inicial. Tais conceitos se assemelham, de certo modo, ao dolo de primeiro e segundo graus (ou de consequência necessária) estabelecidos pela doutrina brasileira (Brandão, 2015, p. 69).

A imprudência (*Recklessness*) ocorre quando o autor conhece o risco do resultado e, mesmo assim, prossegue com sua conduta. A análise feita pelo juiz, se o autor tinha condições de conhecer o risco, dá-se dentro dos padrões médios, objetivamente considerados.

No caso *R v. Cunningham* (1957), o sujeito ativo adulterou um medidor de gás com o intuito de pagar menos, causando um vazamento que atingiu o apartamento vizinho de sua futura sogra, que veio a falecer intoxicada. Inicialmente, foi acusado pelos danos causados à vítima por agir maliciosa e não imprudentemente. A Corte entendeu que caberia ao júri averiguar se o risco era previsível na subjetividade do autor, alterando a direção da interpretação dada quanto à malícia, ensejando, portanto, a anulação da decisão que havia se baseado neste elemento. Houve deliberação no sentido de que o ato conhecido – ou aquele cujo autor “fechou a mente” para um resultado óbvio de algum risco de dano, mas progrediu na ação – configura a imprudência (*Recklessness*) (*Lawteacher. R v. Cunningham...*, 1957).

Na definição do *Model Penal Code (MPC)*, a pessoa age imprudentemente com relação ao elemento relevante de uma ofensa quando conscientemente desconsidera um substancial e injustificável risco existente no elemento material ou o que resultará de sua conduta (*Model Penal Code...*, 1985, tradução nossa).

Ainda, relevante distinção deve ser feita entre *Knowledge* e *Recklessness*. Enquanto na primeira o agente acredita que o dano é altamente provável de ocorrer, ou que as circunstâncias são também muito prováveis de existir, na segunda, há, ao menos, uma chance substancial de ocorrer ou existir, não necessariamente muito provável (Simons, 2002, p. 18).

Por fim, tem-se a negligência (*Negligence*), a qual se verifica quando uma pessoa não prevê um risco ou é simplesmente descuidada em relação a uma questão comum de pouca relevância. Geralmente, a negligência não é considerada tão reprovável/culpável a ponto de atrair a responsabilidade criminal, estando mais presente na responsabilidade civil. Esta se diferencia da imprudência (*Recklessness*) porque o risco não é tão previsível a ponto de ensejar uma responsabilização mais gravosa. Na dicção do *MPC*, o risco deveria ser percebido pelo autor diante das circunstâncias por ele conhecidas e envolvidas, comparando-se com um padrão de cuidado razoável de uma outra pessoa comum naquela mesma situação (*Model...*, 1985, tradução nossa).

Diante dessas conceituações, consuma-se classificar os estados mentais (*mens rea*) em graus de hierarquia a depender da maior culpabilidade da conduta, iniciando-se com o mais gravoso: *Direct Intention*, *Indirect Intention*, *Knowledge*, *Recklessness* e *Negligence*, até o menos reprovável. Dessa forma, os elementos do crime são: (a) *actus reus*; (b) *mens rea* ou

strict liability, o que poderia ser comparado a uma responsabilidade objetiva e, por fim, (c) a ausência de uma defesa suficiente, ensejando, após a conjugação de tais condições, a responsabilização criminal.

Não apenas devem concorrer o *actus reus* e a *mens rea*, como também a *Causation*, consistente no nexos de causalidade entre a conduta do autor e o resultado danoso. É necessário, inclusive, que haja uma causa próxima (*proximate cause*), concluindo que um evento particular antecedente à conduta do autor deve ser identificado legalmente como fator relevante e responsável pela produção do resultado danoso. Trata-se de um pré-requisito para a responsabilidade criminal.

Outro aspecto relevante diz respeito à consumação do crime. Somente quando presente a *mens rea* e o *actus reus*, o crime está cometido. No caso *Fagan v. Metropolitan Police Commissioner* (1969), o sujeito acidentalmente, sem intenção, enquanto dirigia um veículo, colocou o pneu do carro em cima do pé de um policial. Quando foi avisado pela vítima do ocorrido, resolveu não mover o carro. Assim, entendeu a Corte Britânica que o crime ocorreu no momento em que a *mens rea* esteve presente, qual seja, quando ciente do dano, não tomou medidas para cessá-lo. Portanto, ainda que o *actus reus* tivesse ocorrido em momento anterior à *mens rea*, o crime não havia se consumado (*Fagan v. Metropolitan Police Commissioner...*, 1969).

Por fim, há casos, contudo, em que o crime se consuma apenas com a conduta (*actus reus*), mesmo sem o elemento intencional (*mens rea*), na hipótese em que está presente uma espécie de “responsabilidade objetiva” (*strict liability*). Tal previsão significa que a mera prática de uma conduta ilícita pressupõe a existência do elemento intencional, dispensando a comprovação da *mens rea*, desde que o direito legislado (*Statutory Law*) o indique expressamente ou por necessária dedução.

No caso *Gammon (Hong Kong) Ltd v. Attorney-General of Hong Kong* (1985), parte de um edifício em construção em Hong Kong desabou e os réus, que estavam construindo-o, foram incriminados porque não teriam seguido o plano de construção original. Alegaram os réus que não tinham conhecimento de que a mudança na execução era substancial, mas tiveram a condenação confirmada com base nas regulações editadas que caracterizavam a conduta como *strict liability*.

Pontuou-se, em questão, as seguintes condições: a) presunção da *mens rea*; b) a norma deve claramente excluir a *mens rea*; c) aplicável apenas para questões relacionadas à segurança pública e problemas sociais e d) necessidade de deduzir uma presunção mais evidente em

ofensas verdadeiramente criminais, diferente das ofensas meramente regulatórias (*Gammon-Hong Kong Ltd v. A-G of Hong Kong ...*,1984).

Para compreender, ainda que de maneira superficial, o direito criminal no *Common Law*, afigura-se importante destacar as espécies de ofensas (crimes). O Direito Criminal norte-americano os divide comumente em duas grandes categorias: *felonies* e *misdemeanors* (Farnsworth, 1963, p. 165). Enquanto a primeira se refere aos crimes mais graves com penalidades mais severas, para os casos de homicídio voluntário (*murder*), homicídio involuntário (*manslaughter*), invasão de domicílio à noite com o intuito de praticar crimes (*burglary*), roubo (*robbery*), furto (*larceny*), estupro (*rape*) etc., a segunda é gênero das condutas menos gravosas com penalidades menos severas.

Além da citada divisão dos crimes (*offences*), há a criação de uma parte especial, sistematizada, no *MPC*. Como explicam Robinson e Dubber (2007, p. 333), as definições das ofensas são organizadas conceitualmente – ofensas contra a pessoa, ofensas contra propriedade etc. – e, dentro de cada grupo geral, o *MPC* organiza as ofensas em subcategorias relacionadas. Nos crimes contra a pessoa, por exemplo, são organizadas em quatro artigos: homicídio (§210); roubo, *endangerment* – colocação em perigo de lesão –, ameaça (§211); sequestro e ofensas relacionadas (§212), e ofensas sexuais (§213).

No entanto, os crimes no Direito norte-americano não se limitam a esses pontuados no *MPC* e nem mesmo na tradição do *Common law*. Há inúmeras ofensas que se encontram dispostas nos *statutes* a respeito de outros temas. Inclusive, mesmo no Reino Unido, muitas das ofensas regulatórias – *regulatory offences* – são criadas por delegação legislativa – *statutory instruments* (Padfield, 2003, p. 215).

Na visão de Hyde (1999, p. 106 *apud* Smith e Hogan, 2008, p. 29), a dicotomia entre crimes reais e regulatórios pode ser traçada a depender se o crime é de proibição geral ou especial. Crimes com proibição especial são aqueles relativos apenas aos que decorrem de um particular negócio, profissão ou atividade especial. Nesses casos, portanto, seriam enquadrados como *regulatory offences*.

Em suma, o sistema jurídico anglo-saxão do Direito Penal se estrutura em um peculiar sistema de fontes normativas diferentes daquele construído no modelo de ordenamento jurídico continental. Como igualmente frisado, prescinde de um corpo legal codificado e de uma parte geral sistematicamente organizada tal como o estudo dogmático, por exemplo, realizado nos Estados de tradição romano-germânica.

Inclusive, recorda Castillo (2011, p. 31) que, nas obras doutrinárias anglo-saxãs, fala-se normalmente em “Princípios de Direito Penal”, diferentemente da expressão “Parte Geral”, mais comum nos sistemas jurídicos continentais.

Essas diferenças entre os sistemas jurídicos, notadamente nos valores atribuídos às fontes normativas, levam os Estados a adotarem uma atividade nos tribunais com maior margem de flexibilidade e liberdade na interpretação dos fatos, historicamente, recebendo mais relevância do que as leis emanadas pelo parlamento.

Na visão de Falcón y Tella (2010, p. 43), em um sistema jurídico como o da família romano-germânica, a concepção de direito é de caráter fechado – são direito ou sistemas fechados, nos quais qualquer assunto pode e deve, ao menos teoricamente, receber solução mediante a interpretação de uma norma jurídica geralmente formulada de antemão pelo legislador em termos bastante amplos. Por outro lado, nos sistemas anglo-saxões, os ordenamentos são abertos e inconclusos, nos quais a existência de numerosas lacunas é dada como certa, e a missão do jurista se centra fundamentalmente no processo de descobrimento e estabelecimento de normas particulares, dirigidas à solução dos casos concretos e aplicáveis à premissa especificamente colocada.

Assim, enquanto o desenvolvimento da dogmática penal no sistema continental se pautou na criação dos elementos do delito como estruturas lógico-objetivas, cientificamente construídas e sistematicamente organizadas, tal situação se tornou incompatível com a concepção de delito e a natureza de seus elementos no sistema jurídico do *Common Law* (Castillo, 2011, p. 109).

Citando Robinson, Castillo (1997, p. 21 *apud* 2011, p. 113) confirma que se observa uma maior abertura à valoração social da conduta humana, a qual se aplica em particular ao Direito Penal, assim como no contínuo uso de critérios normativos por meio de padrões valorativos ou conceitos normativos sociais. Inclusive, na visão de Inocêncio Odon (2007, p. 31 *apud* Coelho, 2011, p. 192) a aplicação de toda norma jurídica tem em mira resolver problemas atuais, segundo critério de valor que vigora no presente e por decisão de quem dispõe de legitimidade para criar modelos jurídicos.

Os elementos *actus reus* e *mens rea* exercem, em conjunto, uma única função: avaliar se o réu é suficientemente culpado por sua conduta proibida e responsabilizá-lo criminalmente por isso (Robinson, 1993, p. 189). Como já visto, o grau de culpabilidade será aplicado no caso concreto a depender dos modelos de *mens rea* (*intentionally – purposely – knowingly, recklessly, and negligently*), tal qual proposto no MPC.

Assim, por exemplo, se num real caso a forma da *mens rea* é de baixa culpabilidade, menos grave, deve-se fazer a compatibilização com o nível mais leve da categoria do crime, ou com a forma mais leve do crime, ou até mesmo sem a imputação (Mueller, 1958, p. 1065).

Em toda essa interpretação dos fatos, ainda que haja elementos definidos nos *statutes*, ou não, são levados em consideração padrões interpretativos do *Common Law*. Inclusive, Mueller (1958, p. 1101) aponta que a *mens rea* não consiste numa mera relação psíquica entre o autor e o ato, mas sim um valor ético-legal negativo da conduta. Assevera, portanto, que a imposição da responsabilidade criminal prova a concepção da natureza ético-legal da *mens rea* no *Common Law*.

A título de exemplo, nos delitos de omissão, em regra, no sistema do *Common Law*, sua aceitação está limitada tão somente à contida na definição normativa do delito, mas há casos em que condutas incriminadoras podem ser criadas pela atividade normativa dos tribunais (*case law*). Destaca Castillo (2011, p. 124) ainda que, com certa frequência, fica à decisão dos tribunais a determinação de se o descumprimento de um dever de atuar é uma das formas de conduta puníveis em um particular delito, especialmente quando a lei que define a conduta emprega termos ambíguos.

No caso *Shama* (1990), a Corte de Apelação entendeu que o acusado deveria ser condenado pela falsificação de um documento por ter omitido informação no preenchimento de um texto. Com base na legislação, o incriminado possuía dever contratual por ser empregado da *British Telecom*. Em que pese a norma – *Theft Act of 1968*, na Seção 17 (1)(a) – prever que o réu será responsabilizado se ele destruir, desfigurar, ocultar ou falsificar qualquer documento para fins contábeis, a Corte entendeu que a omissão se enquadraria na conduta de falsificar (Molan; Lanser; Bloy, 2000, p. 46).

Como se vê, as noções de *actus reus* e *mens rea* causam certos problemas interpretativos no âmbito do *Criminal Law* quanto à vagueza, levando alguns autores como Robinson (1993, p. 202) a desejarem a abolição de seu uso. Nesse mote, houve a tendência em editar o *MPC* com o intuito também de criar um sistema para a interpretação das disposições normativas, orientado para que o exercício da atividade jurisdicional aumentasse a previsibilidade do Direito e reduzisse a disparidade na aplicação e no potencial abuso decorrente da discricionariedade judicial (Robinson; Dubber, 2007, p. 332). A esse respeito, complementam Robinson e Dubber (2007, p. 332) que a Seção 1.02 do *MPC* orienta os juízes a interpretarem as disposições ambíguas no sentido dos objetivos do Código, embora reconheçam que o *MPC*, por outro lado,

não fornece orientação para o que fazer quando diferentes objetivos estiverem em conflito, o que frequentemente ocorre.

Por tais razões, com acerto, Molan, Lanser e Bloy (2000, p. 3) asseveram que a característica de criatividade é inerente ao *Common Law* e pode ser uma força para positiva mudança social. Ou seja, a atividade interpretativa judicial com certa margem de liberdade pode ser positiva para a própria sociedade porque torna adaptável à realidade atual as disposições previstas em regras antigas, por exemplo.

Assim, as regras (*statutes*) deveriam prevenir a criação do Direito pelos juízes (*judge made laws*), mas, na prática, elas são apenas parcialmente bem-sucedidas. Isso porque, ao citar o voto do Lorde Browne-Wilkinson da Casa dos Lordes no caso *Pepper vs. Hart* (1993), Molan, Lanser e Bloy (2000, p. 4) destacam a considerada premissa de que a legislação é ambígua e obscura ou que o sentido literal pode levar ao absurdo. Portanto, obviamente, juízes frequentemente precisam interpretar as palavras de um *statute* porque são ambíguas e pouco claras.

Tal liberdade de interpretação não possibilita ao juiz sentenciar sem estar guiado pelas disposições detalhadas pelo parlamento, bem como pelas cortes de apelação. Na realidade, sentenças inapropriadas e sem consistências ensejarão recursos bem-sucedidos (Padfield, 2003, p. 226).

No sistema jurídico romano-germânico e, notadamente no âmbito penal, a observância do princípio da legalidade é pedra angular do fundamento de sua legitimidade a fim de conferir a proteção aos direitos humanos, aos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e da ciência prévia do conteúdo da norma penal incriminadora.

Acontece que, diferentemente do que ocorre nos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, o controle da legalidade exercido no âmbito do *Common Law* ganha contornos diferenciados com uma maior flexibilidade na atividade dos tribunais em razão também da influência do pragmatismo clássico (Castillo, 2011, p. 57).

A *ratio* para adotar um sistema judicial baseado em decisões justas (*fair sentencing*), com foco nas consequências práticas, revela traços utilitaristas típicos do pensamento filosófico do pragmatismo (Castillo, 2011, p. 75). Na concepção trazida por Castillo (2011, p. 37), “a tradição anglo-saxã reflete com clareza essa orientação, baseada em princípios e doutrinas utilitaristas e pragmáticas”.

4 Considerações finais

Como visto, a estruturação do sistema do *Common Law* se fundou, especialmente, nas regras consuetudinárias, sem textos escritos e sem a construção de elaborados estudos no plano teórico, sendo mais voltado a tratar das querelas jurídicas de maneira casuística e atribuindo maior responsabilidade ao intérprete.

No campo criminal, figuras delitivas tradicionalmente criadas a partir do direito consuetudinário, com indeterminação das próprias condutas incriminadoras e das penas cominadas, são comuns nesse sistema jurídico. Ainda que tenha sido verificada uma tendência no último século de crescimento em relação ao uso de leis escritas – *statutes* –, muitos dos juristas e tribunais ainda reputam a presença de vagueza e ambiguidade no texto, o que possibilita uma flexibilidade no exercício hermenêutico.

Quanto à questão norteadora desta pesquisa, os elementos de responsabilização criminal no *Common Law* – *actus reus* e *mens rea* – consistem em requisitos imprescindíveis para a imputação do fato delituoso, mas permitem ao intérprete, no momento de realizar o juízo de culpabilidade da conduta, uma relativa flexibilidade para avaliar qual o grau de responsabilização será aplicado ao réu.

Tendo em vista tais aspectos, o controle da legalidade exercido no *Criminal Law* ganha contornos diferenciados com auxílio de proposições focadas na resolução da controvérsia dentro daquele contexto prático, levando em consideração as respectivas consequências e revelando traços de critérios utilitários na atividade judicante. Esse conjunto de ideias apresentadas propiciou um ambiente favorável ao desenvolvimento do pensamento pragmático.

Referências

ACKER, James R., MALATESTA, Joanne M. **Introduction to law and criminal justice**. Burlington, Massachusetts: Jones & Bartlett Learning, 2014.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2015.

BURNHAM, William. **Introduction to the law and legal system of the United States**. 4. ed. St. Paul, MN: West Group, 2006.

CASTILLO, Jesús Bernal del. **Derecho penal comparado: la definición del delito en los sistemas anglosajón y continental**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2011.

CERNICHIARO, Luiz Vicente. **Conceito do delito no direito penal inglês**. Conferência realizada no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 1971. Disponível em: <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/tjdft/35145/conceito%20do%20delito%20no%20direito%20penal%20ingles.pdf?sequence=1>. Acesso em: 22 out. 2019.

COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007 *apud* ODON, Daniel Ivo. Uma abordagem da cláusula do *due process of law* na normatividade norte-americana pós-terrorismo. **Direito Público**, São Paulo, v. 8, n. 42, p. 188-205, nov./dez. 2011. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=90214. Acesso em: 21 abr. 2020.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito comparado**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DONDÉ MATUTE, Javier. Elementos de Common Law en el Derecho Penal Internacional. **Revista penal Mexico**, Mexico, DF, n. 3, p. 95-129, jun. 2012. Disponível em: <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/135/130>. Acesso em: 03 mai. 2024.

FAGAN v. **Metropolitan Police Commissioner** (1969). Disponível em: https://www.lawscool.com.au/content/criminal_law_case_notes_sample_v1.0.pdf. Acesso em: 30 out. 2019.

FALCON y TELLA, María José. **La jurisprudencia en los derechos romano, anglosajón y continental**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

FARNSWORTH, E. Allan. **An introduction to the legal system of the United States**. New York, NY: Columbia University, 1963.

GAMMON (Hong Kong) Ltd v. A-G of Hong Kong: PC, 1984. Disponível em: <https://swarb.co.uk/gammon-hong-kong-ltd-v-a-g-of-hong-kong-pc-1984/>. Acesso em: 04 nov. 2019.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito penal nos Estados Unidos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1481, jul. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10179>. Acesso: 21 out. 2019.

LAWTEACHER. **R v. Cunningham**, 1957. Disponível em: <https://www.lawteacher.net/cases/r-v-cunningham.php>. Acesso em: 04 maio 2020.

MODEL Penal Code: official draft and explanatory notes. Philadelphia, PA: The American Law Institute, 1985. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/08d77d/pdf>. Acesso em: 11 maio 2020.

MOLAN, Mike; LANSER, Denis; BLOY, Ducan. **Principles of criminal law**. London: Cavendish Publishing, 2000.

MUELLER, Gerhard O.W. On Common Law Mens Rea. **Minnesota Law Review**, University of Minnesota Law School, Minnesota, v. 42, p. 1043-1104, 1958. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2383&context=mlr>. Acesso em: 28 out. 2019.

PADFIELD, Nicky. United Kingdom (England and Wales). In: DELMAS-MARTY, Mireille; GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève; LAMBERT-ABDELGAWAD, Élisabeth.

L'harmonisation des sanctions pénales en Europe. Unité mixte de Recherche de Droit Comparé de Paris (Université de Paris I/ CNRS UMR 8103), Société de législation comparée, Paris, v. 5, 2003.

ROBINSON, Paul H. Should the Criminal Law Abandon the Actus Reus-Mens Rea Distinction? In: SHUTE, Stephen; GARDNER, John; HORDER, Jeremy (eds.). **Criminal Law: action, value and structure.** University Press, 1993, p. 189. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=661202>. Acesso em: 21 abr. 2020.

ROBINSON, Paul H. **Structure and Function in Criminal Law.** Oxford: Clarendon Press, 1997.

ROBINSON, Paul H.; DUBBER, Markus Dirk. The American Model Penal Code: a brief overview. **New Criminal Law Review**, v. 10, p. 319-341, 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=661165>. Acesso em: 17 abr. 2020.

ROBINSON v. California: oral argument. Califórnia: Oyez, 17 abr. 1962. Disponível em <https://www.oyez.org/cases/1961/554>. Acesso em: 28 out. 2019.

SIMONS, Kenneth W. Does Punishment for 'Culpable Indifference' Simply Punish for 'Bad Character'? Examining the Requisite Connection between Mens Rea and Actus Reus. **Buffalo Criminal Law Review**, [S. l.], v. 6, Aug. 2002. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=323400. Acesso em: 29 out. 2019.

HYDE, Richard. 'You Know it When You See it': a socio-legal investigation into the concept of 'regulatory crime', **SSRN: produtos e serviços**, 5 Sept. 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1295336>. Acesso em: 20 abr. 2020.

SOARES, Guido Fernando Silva. O que é a "Common Law", em particular, a dos EUA. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 92, p. 163–198, 1997. Disponível em: <https://revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67360>. Acesso em: 27 abr. 2024.