

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS - UFMG
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

LUCIANO SANTOS LOPES

A RELAÇÃO ENTRE O TIPO LEGAL DE CRIME E A
ILICITUDE: UMA ANÁLISE DO TIPO TOTAL DE INJUSTO

Belo Horizonte
2010

LUCIANO SANTOS LOPES

**A RELAÇÃO ENTRE O TIPO LEGAL DE CRIME E A
ILICITUDE: UMA ANÁLISE DO TIPO TOTAL DE INJUSTO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Professor Doutor José Cirilo de Vargas.

Área do Conhecimento: Direito.

Área de Concentração: Direito e Justiça.

Linha de Pesquisa: Poder e Cidadania no Estado Democrático de Direito.

Projeto Estruturante: Teoria Geral do Delito.

Belo Horizonte

2010

L864r	Lopes, Luciano Santos
2010.	A relação entre o tipo legal de crime e a ilicitude : uma análise do tipo total de injusto / Luciano Lopes Santos. –
Gerais,	Orientador: José Cirilo de Vargas Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Faculdade de Direito. Inclui bibliografia.
	1. Direito penal – Teses 2. Tipo (Direito penal) 3. Ilícito penal I. Título II. Vargas, José Cirilo de
	CDU: 343

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS - UFMG
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

Tese intitulada **A relação entre o tipo legal de crime e a ilicitude: uma análise do tipo total de injusto**, de autoria de **Luciano Santos Lopes**, analisada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Professor Doutor José Cirilo de Vargas – Orientador

O candidato foi considerado _____ pela banca examinadora, com média final igual a (____) _____.

Belo Horizonte, __/__/2010

Uma partida;

E uma chegada.

Para minha vó Cacilda, sempre presente em minhas lembranças;

E para o meu pequeno Pedro, lembrando-me sempre de sua presença.

Tristeza e alegria, em uma roda viva que nunca tem fim.

AGRADECIMENTOS

Estes agradecimentos são a forma que encontrei de compartilhar o final deste trabalho com as pessoas que, de alguma forma, fizeram parte da trajetória que percorri. É também a forma de expressar os diversos sentimentos que permeiam este momento: dúvidas, certezas, tensões, alegria, alívio, por fim.

À Alessandra, refúgio de todas as minhas angústias, cúmplice de todas as minhas felicidades. Companheira leal, que nunca me deixou desistir desta caminhada acadêmica, mesmo quando me faltaram forças. Amor maduro e verdadeiro.

Aos meus familiares e amigos, que me incentivaram muito durante toda esta caminhada acadêmica. Pai, obrigado ainda pela contribuição direta neste trabalho, ajudando na adequação das idéias a uma melhor forma da bela língua de Camões.

Ao meu orientador, Professor Dr. José Cirilo de Vargas, pela firmeza e seriedade no trato com a pesquisa. Exemplo preciso e definitivo de como se torna possível a autoridade ser compartilhada com o diálogo constante.

À Faculdade de Direito da UFMG (Casa de Afonso Pena), onde a paixão pelo Direito me fez acreditar que podia ir cada vez mais longe pelos caminhos que ora trilho. Especialmente, agradeço aos professores do Departamento de Direito e Processo Penal, pelo auxílio inestimável no presente trabalho. Ainda preciso agradecer à Coordenação (Profa. Dra. Maria Helena Megale) e às funcionárias do Programa de Pós-graduação da FDUFMG, sempre tão solícitas.

Ao amigo Renato Machado, companheiro de batalha na advocacia criminal, por entender e perdoar minhas constantes ausências profissionais.

À Faculdade de Direito Milton Campos, pelo constante incentivo à minha capacitação como operador do Direito. E, por fim, aos meus alunos, pela renovação constante do sonho de uma sociedade mais justa e de um Direito voltado verdadeiramente ao ser humano.

RESUMO

O trabalho tem como objetivo demonstrar em que termos se estrutura a relação entre o tipo legal e a ilicitude. Inicialmente, conceituou-se o injusto penal, analisando-se seus elementos. Quer-se demonstrar a centralidade do conceito de ilicitude, posto que a figura típica já foi negativamente valorada ao ser legislada. Como consequência desse estudo, e após rechaçar a utilização do tipo meramente indiciário, adotar-se-á a teoria da *ratio essendi*. Mais especificamente, a escolha recairá sobre a vertente do tipo total do injusto. Posteriormente, em uma segunda parte do trabalho, pretende-se demonstrar que essa teoria, aqui adotada, tem aplicabilidade prática. Assim, uma abordagem especial será feita para explicar como o tipo total do injusto resolve o problema do erro quanto aos pressupostos fáticos de uma causa de justificação. Conclui-se que o dolo deve abranger a ausência de causas de justificação, fazendo com que tal erro cause atipicidade de uma conduta (elementos negativos do tipo). Igualmente, serão analisadas as repercussões da referida teoria nos momentos de elaboração legislativa da incriminação e de julgamentos pelo poder judiciário (principalmente nas questões ligadas ao ônus da prova e à utilização dos princípios constitucionais). A conclusão a que se chega nesse trabalho é a seguinte: a adoção da teoria do tipo total do injusto, além de ser dogmaticamente aconselhável, é capaz de fundamentar uma concepção de intervenção punitiva garantista e orientada à tutela de bens jurídicos. Certo é que a ilicitude somente tem razão de ser na esfera penal porque existe o tipo legal a descrever a proibição da conduta que ofende bem jurídico.

RIASSUNTO

La tesi ha l'obiettivo di dimostrare come si struttura la relazione tra fattispecie e antigiuridicità. Da principio, si è dato il concetto di torto, oggettivamente dimostrando il centro della antigiuridicità, una volta che la figura tipica già è stata negativamente considerata dal legislatore. Come conclusione di questi studi si prende la teoria della *ratio essendi*, dopo che si nega l'idea del tipo meramente indiziario. La tesi fa la scelta della teoria degli elementi negativi del fatto di reato. Nella seconda parte del lavoro, oggettivamente dimostrare che questa teoria, che è stata adottata nella tesi, ha applicabilità pratica. Così, si fa un abordaggio speciale per spiegare come la teoria degli elementi negativi del fatto di reato risolve il problema del errore dei presupposti fattuali di una causa di giustificazione. In conclusione si afferma che il dolo deve considerare la mancanza delle cause di giustificazione, così tale errore produca mancanza della tipicità della condotta. Sono analizzate le ripercussioni della riferita teoria nei momenti di elaborazione legislativa della incriminazione e delle decisioni dei giudici (principalmente nel che riguarda le questioni su onere della prova e l'utilizzazione dei principi costituzionali). La tesi arriva alla conclusione che l'adozione della teoria degli elementi negativi del fatto di reato oltre di essere dogmaticamente consigliata, è capace di fondare l'idea di intervento punitivo garantista e indirizzato alla tutela dei beni giuridici. Certo è che l'antigiuridicità soltanto ha ragione di essere nel diritto penale perché esiste la fattispecie che descrive la proibizione della condotta che offende beni giuridici.

ABSTRACT

The work presented demonstrates in which basis the relation between legal type and wrongful are structured. Firstly, it is necessary to concept the penal unfair analyzing its elements. The intention is to demonstrate the concept of wrongful as the main point, considering that the type was negatively valued. As a consequence of this study and after the denial of the use of a indicter type adopting the theory of *ratio essendi*. Specifically, the choice will be on the subdivision of the unfair total type. After that, in a second part of the work it is intentioned to demonstrate that this theory adopted can be applied in practical terms. Therefore, a special approach will be addressed to explain how the unfair total type solves the problem of the mistake regarding the facts presupposed of a cause of a justification. In conclusion, the intention must include the absence of causes of justification, allowing that this mistake causes excludes the type (negative elements of type). Equally, the repercussion of that theory will be analyzed at the moments of the preparation of the incrimination legislation and the judgments by the juridical power (mainly on the questions related to the burden of proof and the usage of constitutional principles). The conclusion about this work is the following: The adoption of the theory of unfair total type is dogmatically acquainted. It is capable to create the basis for a conception of punitive intervention *garantista* and focus on the protection of juridical values protected by Law. The right about it is that wrongful only has a reason to belong into penal law because there is the legal type to describe the behavior prohibition in which offends the values protected by law.

SUMÁRIO

I Nota introdutória: a colocação do problema	11
II O injusto penal na teoria do crime	11
2.1 O conceito de injusto penal	18
2.2 Elementos componentes do injusto penal: a ilicitude	20
2.2.1 Antecedentes teóricos: o surgimento do conceito de ilicitude	20
2.2.2 Definições terminológicas.....	24
2.2.2.1 Ilicitude e antijuridicidade	24
2.2.2.2 Ilicitude e injusto penal	25
2.2.2.3 Ilicitude e antinormatividade	27
2.2.3 Ilicitude Formal e Material	31
2.2.4 Ilicitude genérica e específica	37
2.2.5 Ilicitude objetiva e subjetiva.....	42
2.2.6 Finalizando: um conceito adequado de ilicitude	50
2.3 Elementos componentes do injusto penal: o tipo penal	52
2.3.1 O conceito e sua evolução dogmática.....	52
2.3.2 Os elementos componentes do tipo penal	59
2.3.3 As funções do tipo penal	68
III Os antecedentes teóricos da teoria da <i>ratio essendi</i> na definição da relação entre tipo penal e ilicitude, no injusto penal.....	74
3.1 A relação tipo-ilicitude na concepção causalista de Ernest Beling	74
3.2 A estrutura de pensamento neokantiano na dogmática jurídico-penal.....	83
3.3 A teoria da <i>ratio cognoscendi</i> , de Max Ernst Mayer	92
3.4 As críticas dogmáticas à teoria da <i>ratio cognoscendi</i> e a necessidade de reformulação do conceito	98
3.4.1 A deficiente função indiciadora de ilicitude nos tipos abertos e o problema dos elementos normativos.....	98
3.4.2 Toledo e a crítica à dicotomia entre antinormatividade e ilicitude	103
IV A relação entre tipo penal e ilicitude na doutrina italiana	109
4.1 O conceito unitário de delito e a relação entre tipo penal e ilicitude	113
4.2 O conceito bipartido de delito e a relação entre tipo penal e ilicitude	118
4.3 O conceito tripartido de delito e a relação entre tipo penal e ilicitude.....	126
V A teoria da <i>ratio essendi</i> , suas vertentes e a definição da relação entre o tipo legal e a ilicitude.....	134
5.1 A teoria da <i>ratio essendi</i> na doutrina de Mezger e de Sauer: conceito e imprecisões dogmáticas	135
5.2 A teoria da <i>ratio essendi</i> e a doutrina do tipo total de injusto (os elementos negativos do injusto penal): a necessidade de sua adoção.....	152
5.3 A questão do erro penalmente relevante e a teoria da <i>ratio essendi</i>	171
VI A aplicação prática da teoria da <i>ratio essendi</i> e do tipo total do injusto.....	188
6.1 A viabilidade da utilização da teoria da <i>ratio essendi</i> fora do sistema dogmático neokantista.....	189
6.2 A aplicação da teoria da <i>ratio essendi</i> no momento legislativo: a valoração dos bens jurídicos dignos da tutela penal	204

6.3 A aplicação da teoria da <i>ratio essendi</i> no momento judicante.....	217
6.3.1 A questão do ônus da prova e a teoria do tipo total do injusto	219
6.3.2 Outras aplicações da teoria do tipo total do injusto no momento judicante	226
VII Conclusão	230
VIII Referências	233

I NOTA INTRODUTÓRIA: A COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

No estudo da dogmática penal, notadamente a partir do final do século XIX, as estruturas teóricas que compõem o conceito de crime receberam especial atenção de forma nitidamente analítica e, igualmente, sistematizadora.

O objetivo central do trabalho é verificar o acerto da hipótese que ora se apresenta, no sentido de que a relação entre o tipo penal e a ilicitude deve se basear na teoria da *ratio essendi*, tal como formulada pela doutrina do tipo total do injusto (com seus elementos negativos do tipo)¹.

O trabalho, então, se divide em partes distintas. Primeiramente, quer-se exatamente investigar em que termos se apresenta a relação entre tipo e ilicitude, dentro da estrutura do injusto penal. Em virtude do resultado obtido com essa análise, adotar-se-á a teoria do tipo total do injusto como a forma mais adequada para explicar essa citada relação. Ressalte-se que a doutrina da *ratio essendi* se divide em duas vertentes²: a teoria do tipo de injusto, de Mezger e Sauer; e a, já citada, teoria do tipo total do injusto.

Posteriormente, em uma segunda etapa do trabalho, pretende-se demonstrar que a concepção dogmática aqui sustentada tem concreta aplicabilidade legislativa e judiciária. Mais que isso, ela se adequa a um Direito Penal constitucionalmente orientado à proteção de bens jurídicos. A conclusão é a seguinte: o exercício da função estatal de proteção aos bens jurídicos exige que as figuras típicas sejam adequadamente valoradas com o conteúdo ilícito do ordenamento jurídico.

Assim, quer-se demonstrar como se compõe o injusto penal, conceituando-se e correlacionando seus elementos. Quanto ao tipo legal, há a descrição da conduta

¹ Conforme afirma Vargas, “a expressão ‘tipo total do injusto’ decorre da teoria dos elementos negativos do tipo, elaborada, por sua vez, em face do que dispunha o art. 59 do revogado Código Penal alemão de 1871.” (VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal: parte geral*. Tomo I. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 321.)

² Vargas, José Cirilo de. *Do tipo penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 52.

proibida e, o que é igualmente relevante, determina-se a proibição da conduta. Esta figura típica já foi negativamente valorada. Há uma ligação axiológica com a ilicitude.

Mais que isto, quer-se determinar a importância e, por que não, a primazia do conceito de ilicitude nesta abordagem. De acordo com o marco teórico adotado neste trabalho (teoria da *ratio essendi*, com o tipo total de injusto), é fundamental que se determine a função e a importância do conceito de ilicitude no injusto penal, para se verificar em que termos ela se relaciona valorativamente com o tipo penal.

A ilicitude, então, será estudada em um primeiro momento. Posteriormente, será analisado o tipo penal. Para que a abordagem de ambos os conceitos seja adequada, ela deve ser elaborada tendo-se em vista os sistemas penais e sua compreensão de ação penalmente relevante.

Pode-se afirmar que os diversos elementos do delito (tipo penal, ilicitude e culpabilidade) e da pena sempre foram elaborados de forma a se moldarem de acordo com os estudos filosófico-jurídicos das teorias da ação. No que aqui interessa ressaltar, cada sistema conceitual que se sucedeu na dogmática apresentou alguma importante contribuição ao estudo do injusto penal.

Em resumo, a compreensão analítica dos conceitos de ilicitude e de tipo penal é fundamental para a correta justificação teórica da hipótese que se deseja confirmar neste trabalho. Assim, após apresentar os dois elementos do injusto penal, começa-se a estruturar os argumentos do objetivo central deste estudo.

Diversas doutrinas se sucederam na tentativa de se explicar qual a dimensão exata desta relação entre tipo penal e ilicitude dentro do injusto penal. Todas essas correntes doutrinárias serão apresentadas e analiticamente estudadas. Acompanhando as fases de evolução do conceito de tipo penal, algumas teorias foram mais importantes na tentativa de se definir essa relação: o conceito de tipo meramente descritivo e sem relações valorativas com a ilicitude (Beling); a teoria da *ratio cognoscendi*, na qual o tipo contém apenas um indício da existência da ilicitude (Mayer); a teoria da *ratio essendi*, na vertente do tipo de injusto (Mezger e Sauer), ainda com uma definição tripartida do delito e com igual uso da regra-exceção (na definição das causas de justificação); por fim, a teoria do tipo total de injusto (com os

elementos negativos do tipo), que vem a ser uma segunda vertente da *ratio essendi*, na qual há a união entre tipo penal e ilicitude (Merkel e Frank).

Serão, ainda, apresentadas as doutrinas italianas que se ocuparam dos estudos acerca da definição da relação entre tipo penal e ilicitude. Explica-se a utilidade desta abordagem.

De forma geral, a dogmática penal latino-americana tem sua matriz teórica no Direito Penal alemão, que igualmente se firmou como diretriz doutrinária em alguns ordenamentos europeus (portugueses e espanhóis, principalmente) e latino-americanos. Os estudos no Brasil, de modo geral, não fogem dessa tendência.

Com a apresentação da dogmática italiana, perceber-se-á que lá existem interessantes aproximações conceituais com a matriz germânica da dogmática penal, nas diversas definições da teoria do delito aqui tratadas. Outros afastamentos são inevitáveis, em virtude da sistemática das classificações adotadas. O importante é verificar as contribuições italianas para o estudo do injusto penal. Será, pois, de grande proveito esta análise doutrinária.

Quer-se verificar em que medida a dogmática brasileira foi influenciada por esses argumentos estrangeiros, de diversas matrizes teóricas (alemães, italianos, entre outros). Contudo, adverte-se que haverá sempre a preocupação de se construir um argumento compatível com a realidade dogmática e legislativa pátria.³

Após a apresentação das teorias que relacionam o tipo penal e a ilicitude, adotar-se-á a teoria da *ratio essendi*, tal como sistematizada pela doutrina do tipo total do injusto. A escolha dessa segunda vertente da teoria se dá, como à frente se justificará, pela necessidade de afastamento da ineficiente utilização da regra-exceção, na verificação das excludentes de ilicitude. Mezger e Sauer, com o tipo de injusto, definiram adequadamente a relação valorativa antes citada. Todavia, ao

³ Sheila Sales também faz importante observação, em nota introdutória à obra de sua autoria. Ela afirma que há um vício recorrente nas pesquisas doutrinárias, no sentido de se trazer para o ordenamento jurídico pátrio as conclusões estrangeiras, sem nada acrescentar. Algumas conclusões não são aplicáveis e não encontram “suporte textual” na ordem normativa interna. (SALES, Sheila Jorge Selim de. *Dos tipos plurissubjetivos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 9/10). Todavia, é de se perceber que estas conclusões da autora não a impediram de realizar intensa produção acadêmica com um referencial teórico comparativo (especialmente ligado ao Direito Penal italiano). A sua advertência, extremamente lúcida, é somente de que a comparação doutrinária (ou mesmo legal e jurisprudencial) deve respeito às particularidades de cada ordenamento jurídico nacional.

deixarem essa valoração na provisoriedade (podendo ser excluída, excepcionalmente, por uma causa de justificação⁴), admitem a possibilidade paradoxal de existir uma conduta proibida e permitida ao mesmo tempo. Esse equívoco somente consegue ser resolvido com a aceitação do tipo total.

Outra questão que é melhor explicada com a teoria do tipo total do injusto é a que se refere ao erro penalmente relevante. Especificamente, quer-se tratar do erro quanto aos pressupostos fáticos de uma causa de justificação. Passando pelas teorias do dolo e da culpabilidade, será feita uma abordagem sobre a ligação dessa questão (erro penalmente relevante) e a teoria do tipo total, no sentido de justificar a escolha realizada. Certo é que o dolo deve abranger a ausência de causas de justificação, fazendo com que tal erro cause atipicidade de uma conduta.

Todavia, existem vários pontos de interseção entre as duas vertentes da teoria da *ratio essendi*. Não se nega isso e, mais ainda, pensa-se ser possível a utilização dos conceitos comuns. De Mezger, por exemplo⁵, adota-se a opinião de não se sustentar a existência de uma ilicitude penal, diversa daquela geral.⁶

A ilicitude somente tem razão de ser na esfera penal porque existe o tipo penal a expressar a proibição da conduta que ofende o bem jurídico. Em resumo, o

⁴ “El tipo jurídico-penal que describe dicho actuar típico posee, por tanto, la más alta significación en orden a la existencia de la antijuridicidad penalmente relevante de la acción: es fundamento real y de validez (*ratio essendi*) de la antijuridicidad, aunque la reserva, siempre, de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto. Si tal ocurre, la acción no es antijurídica, a pesar de su tipicidad.” (MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. T. I. Nueva edición, revisada y puesta al día por José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 376.)

⁵ Existem outras tantas idéias concordantes entre ambas as correntes, que serão apresentadas ao longo do trabalho. A base axiológica dos conceitos é similar: tipo é a razão de ser da ilicitude.

⁶ “El injusto típico específico del Derecho Penal no tiene nada que ver con la tesis, que a veces aparece en la bibliografía, de una especial antijuridicidad penal. Tal concepción debe rechazar en absoluto. Según ella, la ‘amada unidad de la antijuridicidad’ en el total ámbito de las distintas disciplinas jurídicas es una ficción, puesto que tal unidad no existe con arreglo a una consideración teleológica. Lo que es injusto en una disciplina jurídica no es necesariamente en otra, y viceversa. Pero este supuesto de una antijuridicidad sólo penal contradice la naturaleza misma del Derecho como ordenación unitaria de vida. El tipo jurídico-penal no es, por tanto, una especie del injusto circunscrito a la esfera especial del Derecho punitivo, sino un injusto especialmente delimitado y con especiales consecuencias jurídicas, que tanto fuera como dentro del ámbito del Derecho Penal representa una contradicción con el Derecho.” (MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, tomo I, p. 374/375.)

tipo é a razão de ser da ilicitude. Não de sua existência, posto que ela é geral para toda a ordem jurídica. É razão de a ilicitude ter função na punição penal.⁷

Além dos motivos dogmáticos antes expostos, adota-se a teoria do tipo total também por razões político-criminais. Essa doutrina é capaz de fundamentar uma concepção de intervenção punitiva constitucionalmente orientada à tutela de bens jurídicos.⁸ Neste ponto, inicia-se a segunda parte do trabalho e duas indagações precisam ser respondidas: de que forma a teoria da *ratio essendi* se liga a essas questões aqui apresentadas? Tal doutrina não seria apenas uma fase de evolução do conceito de tipo legal de crime?

Respondendo às perguntas antes formuladas, sustenta-se que a teoria da *ratio essendi* oferece importante argumento teórico para essa discussão. Quer-se demonstrar que, com uma adequada valoração de ilicitude dentro da estrutura típica, consegue-se fundamentar, de maneira coerente, a legitimação constitucional da intervenção penal, orientada à proteção de bens jurídicos.⁹ O legislador, ao elaborar a figura típica, já verificou anteriormente o caráter de ilicitude que a conduta a ser tipificada apresenta. Há prévia verificação axiológica da ofensa, ou do perigo de ofensa, ao bem jurídico.¹⁰

⁷ Todavia, é de se ressaltar que se sustenta a idéia de que o Direito Penal tem função constitutiva de sua tutela, não sendo meramente sancionador. Em momento próprio, será desenvolvido este argumento, com os fundamentos doutrinários adequados à idéia que se quer afirmar.

⁸ Em virtude desse argumento, a teoria do *garantismo penal* (de Ferrajoli) também funcionará como marco teórico necessário para a confirmação da hipótese que aqui se afirma. Será legítima a ordem jurídico-penal que maximize a tutela dos direitos fundamentais inscritos na ordem constitucional. É fundamental tal tomada de posição no sistema penal.

⁹ A tutela penal de bens jurídicos deve restar limitada e, o que é mais importante, também fundamentada pela Constituição, conforme entende Roxin (ROXIN, Claus, *Culpabilidad, prevención em derecho penal*. Traducción por Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial REUS, 1981, p. 16.). Tal argumento será desenvolvido à frente.

¹⁰ Conforme afirma Vargas: “Antes da criação legislativa do tipo, a conduta, por ele descrita, já trazia a marca da ilicitude, por ofender ou colocar em perigo de ofensa determinado bem jurídico. (...). O que temos, então, na Parte Especial do Código Penal, é uma tipologia de condutas ilícitas. Qual Parlamento perderia tempo em descrever condutas lícitas? Só se descreve o ilícito. As condutas lícitas de nosso cotidiano escapam ao interesse do Congresso, no particular aspecto da incriminação. Por isso é que sempre afirmamos e repetimos: ao penalista só interessa a antijuridicidade tipificada. Fato ilícito não tipificado é um nada.” (VARGAS, José Cirilo de. *Direitos e garantias individuais no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 108.)

Evidentemente, é igualmente necessária a verificação do desvalor da ação para a existência da ilicitude. Àquela abordagem valorativa (ofensa, ou ameaça de ofensa a bem jurídico), acresce-se o seu conceito formal, formando uma ilicitude material, tal como se sustenta nesse trabalho. De forma

Se é possível afirmar que o estudo sobre o bem jurídico-penal requer especial atenção da teoria do delito, é igualmente correto sustentar que tal análise passa, inevitavelmente, pelo tipo penal. A verificação de sua relação com a ilicitude é, então, fundamental para a compreensão dessa função do Direito Penal: proteção de bens jurídicos.

Assim, um capítulo será especialmente destinado a explicar como a teoria do tipo total pode auxiliar nesta fundamentação constitucionalizada da tutela punitiva. Dessa forma, pretende-se demonstrar sua aplicabilidade prática. Para tanto, serão analisados os argumentos justificadores das práticas legislativas e judicantes, no que se refere à utilização da relação valorativa tipo penal/ilicitude.

No momento legislativo, deseja-se explicar como a doutrina do tipo total pode ser aplicada, para melhor racionalizar a elaboração de criminalizações de condutas, em face da função protetiva dos bens jurídicos. Já na esfera judiciária, serão apresentadas aplicações da referida teoria na questão do ônus probatório (especialmente quanto às causas de justificação) e na questão da utilização dos princípios constitucionais, tais como os da ofensividade/lesividade e insignificância.

Certo é que as ciências sociais aplicadas devem levar suas reflexões teóricas para fora do meio acadêmico, regulando efetivamente o convívio coletivo de uma determinada sociedade. Assim deve ocorrer com o Direito Penal. Suas definições conceituais devem ser capazes de interferir nas atuações legislativas e judiciais, unindo teoria e prática de forma definitiva.¹¹

contrária, poder-se-ia afirmar pela punição, inclusive, de situações oriundas de casos fortuitos e para as quais não colaboraram a conduta humana voluntária e finalística. Seria um grave equívoco.

¹¹ Miaille constata a existência desse equivocado distanciamento entre teoria e prática, que ora se critica: "O professor de direito eleva-se ao nível da teoria jurídica, juntando os fios dispersos de um novelo em que as práticas frequentemente se perdem: com que autoridade a 'doutrina', designadamente os professores de direito, propõe esta ou aquela solução ao legislador ou ao juiz a fim de tornar mais coerente este ou aquele sistema? O estudante de direito passa, aparentemente, a maior parte do tempo a distanciar-se em relação às contingências da prática: repetiu-se frequentemente que, saído da universidade, saído desse mundo artificial, perfeitamente estruturado, lógico e racional, lhe era preciso reaprender tudo. Há mais do que isso entre a teoria jurídica e a prática do direito: há muitas vezes um fosso." (MIAILLE, Michel. *Uma introdução crítica ao direito*. Tradução de Ana Prata. Lisboa: Moraes, 1979, p. 22. *Apud*: VARGAS, José Cirilo de. *Direitos e garantias individuais no processo penal*, p. 69/70.)

Por tudo o que se apresentou, este trabalho se propõe a realizar uma análise, teórica e prática, do conceito de injusto penal, a partir a discussão da teoria da *ratio essendi* (com seu tipo total do injusto).

Em resumo, é o trabalho que se apresenta, para ser avaliado como requisito parcial para a obtenção do grau de doutor em Direito, pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

II O INJUSTO PENAL NA TEORIA DO CRIME

2.1 O conceito de injusto penal

A análise da relação entre o tipo penal e a ilicitude sempre foi de complexa compreensão. Há constante evolução das idéias neste sentido. Desde o causalismo, de Lizst-Beling, até as tendências pós-finalistas, há uma preocupação em se delimitar o conteúdo, os limites e as funções desta anunciada relação.

Trata-se do estudo e da sistematização de parcela fundamental do conteúdo da teoria geral do delito. Várias foram as fórmulas doutrinárias apresentadas para determinar a relação aqui anunciada. Todas serão analisadas, com seus erros e acertos teóricos, para que se determine a mais correta forma de conceituar tal relação: a teoria da *ratio essendi*, em sua vertente do tipo total do injusto.

Cumprido, porém, fazer um corte histórico para esse estudo. Desde o final do século XIX, com uma doutrina penal de matiz causalista e já com a dogmática estruturada na divisão tripartida do crime, houve a preocupação em se conceituar adequadamente a relação tipo-ilicitude.¹² A partir deste momento, várias foram as teorias que se apresentaram visando determinar o objeto de estudo em questão: relação entre tipo penal e ilicitude. Entre estas teorias, surge a *ratio essendi*.

Todavia, para a correta análise da relação já referida, é necessário previamente conceituar o injusto penal. Trata-se de instituto que reúne os conceitos de tipo penal e ilicitude, dentro da estrutura do crime. Usando uma transcrição de Tavares, a “teoria do injusto penal passa normalmente pela construção e

¹² Coloca-se este marco histórico inicial, do sistema causalista de Lizst-Beling, porquanto antes deste período ainda não existia conceituação dogmática do tipo penal, da forma como atualmente se utiliza o conceito. Beling, em 1906, apresentou à doutrina penal a expressão *tatbestand*, concebendo o crime, seus elementos e os pressupostos de punibilidade. (conforme: VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 67). Inicia-se, ali, o estudo do tipo penal como categoria autônoma da teoria do delito. Todavia, as menções históricas a períodos anteriores ao do sistema causalista serão importantes para a compreensão da evolução dos conceitos que ora são analisados.

constituição do tipo de delito, complementada depois pela análise negativa das causas de justificação da conduta.”¹³

O injusto penal se compõe da união entre o tipo penal e a ilicitude. Fica ali determinada a desconformidade da conduta com a normatividade de um ordenamento jurídico-penal. Para se completar o conceito de crime, ainda é preciso incorporar a categoria da culpabilidade, como uma relação entre o agente censurável e o injusto praticado. Conforme Figueiredo Dias, assim pode ser definido o conceito: “Culpa é a censurabilidade do comportamento humano por o culpado ter actuado contra o dever quando podia ter querido actuar de acordo com ele.”¹⁴

Conforme se verá a seguir, a completa separação entre o injusto e a culpabilidade foi primeiramente tratada por Jhering.¹⁵ Tratava-se de conceito que, depois, foi introduzido no Direito Penal. Acresça-se a este estado de discussão da dogmática jurídico-penal a noção de tipo penal meramente descritivo, desenvolvida por Beling no início do século XX.

Somente com Mayer e Mezger, anos depois, é que se começa a construir a noção do injusto penal com conotação subjetiva. Surgem as discussões sobre os elementos subjetivos e normativos do tipo penal, de forma excepcional, frise-se. Contudo, é no finalismo que essa noção subjetiva se estratifica no conceito aqui tratado, de forma definitiva e como regra geral.

Em resumo, o que se apresentará neste capítulo é a decomposição do injusto penal, com a formulação dos conceitos do tipo penal e da ilicitude. Mas, qual seria a importância deste estudo no contexto do trabalho? Explica-se: a perfeita

¹³ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 129.

¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 183.

Concordando com o autor, entende-se que a culpabilidade tem uma função de limitação da atuação punitiva do Estado, cerceando os abusos passíveis de serem praticados em virtude da atuação do Direito Penal. O autor afirma que tal função “se inscreve a vertente liberal do Estado de Direito e reconduz o conceito de culpa jurídico-penal a uma valoração político-criminal fundamental.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*; parte geral. T. I. 2 ed portuguesa, 1 ed. Brasileira. Coimbra/São Paulo: Coimbra Editora/Revista dos Tribunais, 2007, p. 274/275).

¹⁵ Conforme assinala Welzel, na esfera do Direito Civil Jhering fez esta separação na obra sobre o *Schuldmoment im römischen Privatrecht* (1867). (WELZEL, Hans. Estudios sobre el sistema de derecho penal. In: *Estudios de derecho penal*. Traducción por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Reimpresión. Buenos Aires/Montevideo: Euros Editores/B de F Ltda., 2007, p. 36)

conceituação do injusto penal é importante para se determinar como se relacionam o tipo penal e ilicitude. Eis a importância da conceituação.

A intenção deste capítulo é determinar o conceito dogmático de cada parcela do injusto penal, para que se possa determinar como estas partes se relacionam. Começa-se com a definição da ilicitude e, posteriormente, será analisado o tipo penal. Explica-se esta inversão. Adota-se a idéia de que o injusto penal se traduz em uma ilicitude tipificada. Primeiro, verifica-se a ilicitude da conduta, pelo seu caráter de proibição. Em um segundo momento, é que se incorpora a figura típica a esta proibição, previamente identificada. Este é o procedimento legislativo de tipificação de um delito. Assim, a ilicitude deve ser analisada antes do tipo.

2.2 Elementos componentes do injusto penal: a ilicitude

2.2.1 Antecedentes teóricos: o surgimento do conceito de ilicitude

O conceito de ilicitude surgiu no moderno Direito Penal com uma característica de contrariedade objetiva do fato às normas positivadas. A censurabilidade da pessoa, por subjetivamente querer se conduzir contrariamente à norma, ficava para a culpabilidade. Percebe-se que este momento histórico de sistematização do conceito de ilicitude na teoria do Direito ficou marcado exatamente pela necessidade de se diferenciá-la da culpabilidade.

Pode-se afirmar que a separação entre o ilícito objetivo e a culpabilidade subjetiva ocorreu com a sistematização de Jhering¹⁶, no final do século XIX, embora Luden já tenha apresentado esboço anterior em sentido semelhante ao deste conceito.¹⁷ Ainda, é de se considerar a teoria de Thon, subjetiva como a de Merkel,

¹⁶ Conforme identifica Fernandez (FERNÁNDEZ, Fernando Molina. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 215 e ss.).

¹⁷ “Lo primero que destaca en Luden, y lo que lo convierte en precursor de doctrinas futuras, aislándolo a la vez en su tiempo, es sin duda la nítida distinción sistemática que lleva a cabo dentro de lo que determina ‘tipo general’ (Allgemeine Thatbestand), figura que reúne todas las

mas tendente à aceitação de algumas das concepções do ilícito objetivo de Jhering.¹⁸

Certo é que Jhering separou a ilicitude objetiva (que compõe o injusto objetivo) de um injusto culpável. A vontade humana, todavia, é fundamental para que haja a atuação do Direito e a rotulação de ilícito à conduta. Em resumo, ele sustentou que a ilicitude objetiva era simplesmente a lesão ao direito (norma) conforme intenção expressada na ação humana.¹⁹ Era um ilícito objetivo e inculpável, fazendo a punição depender da culpabilidade subjetiva.

Merkel, por sua vez, não concebia de forma idêntica a separação entre ilicitude e culpabilidade, em seu conceito de delito. Para ele, ilicitude era “la lesión de un mandato o una prohibición del Derecho.”²⁰ Saliente-se que ele adotava um conceito de norma com sentido meramente imperativo e, portanto, com finalidade de determinação.

Desta forma, para esse autor era impossível que se rotulasse de ilícita a conduta de um agente que não tivesse imputabilidade²¹, posto que esta pessoa não

características generales y comunes a los distintos tipos especiales, y que por ello Luden identifica com el propio concepto de delito. (...).

En una primera aproximación, este esquema parece una clara anticipación del sistema tripartido, que tanto éxito alcanzaría com Von Liszt y Beling, y así há sido generalmente considerado.” (FERNÁNDEZ, Fernando Molina. *Antijuricidad penal y sistema del delito*, p. 170).

¹⁸ Thon adota uma teoria intermediária entre Merkel e Jhering. Segundo o autor, as normas jurídicas se dirigem somente aos seres humanos, como um imperativo (com função de determinação). A finalidade do Direito é fazer com que as normas sejam cumpridas pelos seus destinatários. Thon, sob clara influência de Merkel, chega a afirmar que “no puede esperar que el comportamiento de seres humanos sin razón sea determinado por sus imperativos.” (THON, August. *Rechtsnorm und subjektives Recht*, p. 77. *Apud* KÖSTER, Mariana Sacher de. *Evolución del tipo subjetivo*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1998, p. 51).

Todavia, afastando-se de Merkel, Thon considera a hipótese de um ilícito objetivo, apesar de sua teoria subjetivada. Ele começa a aceitar a idéia de que as normas regem também as condutas dos inimputáveis e, assim, aproxima-se da concepção de Jhering. (KÖSTER, Mariana Sacher de. *Evolución del tipo subjetivo*, p. 52)

¹⁹ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 23.

²⁰ MERKEL, Adolf. *Kriminalistische abhandlungen; 1ª parte: Zur lehre von den grundeinteilungen des unrecht und seinen rechtsfolgen*, p. 43. *Apud*: KÖSTER, Mariana Sacher de. *Evolución del tipo subjetivo*, p. 45.

²¹ “Solamente puede ser sujeto de un delito aquel individuo a cuya voluntad puedan atribuirse desde el punto de vista penal ciertos acontecimientos, por proceder de ella y caracterizarla, efecto de lo cual se ponen a cuenta y a cargo de ella. El conjunto de las propiedades de un individuo, que son

seria destinatária da norma, porquanto a ela (norma) não teria como obedecer.²² O inimputável não tem capacidade de se portar em conformidade com o imperativo determinado pela norma. Assim, seus atos não poderiam ser considerados ilícitos.²³ Não parece correta essa concepção.

Compreendendo a ilicitude como uma contrariedade à norma, e se esta é um imperativo com função apenas de determinação, constata-se que o inimputável não é destinatário da mesma, posto que, diante dela, ele não consegue se portar.²⁴ Assim, os atos que praticar não podem ser taxados de ilícitos, porque iriam gerar um ilícito inculpável. O que ocorre é que Merkel não concebeu um ilícito não punível e, assim, não desfez adequadamente a união entre a ilicitude e a culpabilidade.

Merkel adotou um conceito de delito, com pressupostos objetivos e subjetivos.²⁵ Todavia, dada a ligação da culpabilidade com a ilicitude, esta separação que ele realizou ainda traz um conceito unitário de delito, incapaz de separar as partes subjetivas e objetivas do mesmo. Merkel apresentou um conceito de delito fortemente centrado na vontade (expressada na culpabilidade).²⁶

decisivas en esta matéria en el sentido de nuestro derecho vigente, constituye su imputabilidad e su culpabilidad. A estas propiedades pertenecen: 1) la facultad jurídica del discernimiento (...). 2) la interna capacidad espiritual, (...). (MERKEL, Adolf. *Derecho penal*; parte general. Traducción por Pedro Dorado Montero. Buenos Aires/Montevideo: Euros Editores/B de F Ltda., 2006, p. 53)

²² Assim, em discordância com Merkel, há três situações distintas para Jhering: 1) fatos naturais lesivos, que não são ações, nem são ilícitas; 2) ações humanas inculpáveis, mas que são ilícitas; e, por fim, 3) ações culpáveis e ilícitas. (FERNÁNDEZ, Fernando Molina. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, p. 220.)

²³ Merkel compara esta situação à determinação de ilicitude aos fenômenos naturais da natureza. Isto porque, tanto quanto os atos dos inimputáveis, os fenômenos naturais não podem ser controlados e nem dominados pela vontade humana (compreendida como capacidade de compreender o caráter ilícito de uma conduta e de se portar conforme esta compreensão). Assim: "(...) los sucesos de la naturaleza y la actividad de un inimputable no Sean considerados ilícitos. En realidad, Merkel concibe como sucesos naturales a ambos fenómenos, es decir, a todo aquello que no puede estar referido a la voluntad inteligible del hombre." (KÖSTER, Mariana Sacher de. *Evolución del tipo subjetivo*, p. 46.)

²⁴ Merkel, segundo Maurach e Zipf, "creía posible negar el carácter de acción del actuar del incapaz de culpabilidad, de modo tal que sólo el actuar del 'destinatario idóneo de la norma' debía entenderse como una acción en sentido jurídico y, con ello, como objeto de valoración." (MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*; parte general. T. 1. Traducción de la 7 ed. Alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, p. 419.)

²⁵ "Los caracteres constitutivos del delito pueden dividirse en referentes al aspecto interno del hecho y referentes al aspecto externo. Los primeros forman los elementos subjetivos o internos del delito, y los segundos los objetivos o externos." (MERKEL, Adolf. *Derecho penal*; parte general, p. 34)

²⁶ Segundo Merkel, "la culpabilidad no es algo existente al lado de la conducta causal del culpable, algo independiente de esa conducta, algo formado de una especial material, sino que es la misma

A partir desta dicotomia anunciada (ilicitude e culpabilidade), Welzel reforçou a diferenciação entre o “hecho injusto de outro injusto-culpable”²⁷. O autor também assinalou, mais especificamente, a necessidade de o conceito de ilicitude (que faz parte do injusto penal) ter significado autônomo em relação à culpabilidade.

Certo é que o termo ilicitude surgiu no Direito Penal moderno no século XIX, exatamente com esta apropriação do conceito sistematizado por Jhering, para o Direito Civil. Como já foi antes mencionado, ao conceito objetivo de ilicitude foi adicionado outro, da culpabilidade subjetiva.²⁸

Com o sistema causalista, o Direito Penal acrescentou aos conceitos de ilicitude objetiva, e de culpabilidade subjetiva, o conceito de tipo penal. Beling, em 1906 (na obra *Die Lehre vom Verbrechen*), apresentou o conceito de tipo penal independente da antijuridicidade e da culpabilidade. Foi o último elemento do crime a ser analisado e individualizado.

Antes desta tripartite definição de crime, havia apenas uma divisão entre a parte objetiva (ilicitude) e subjetiva (culpabilidade) das condutas que contrariavam a ordem jurídica. Von Liszt, por exemplo, utilizou-se desta divisão no Direito Penal: “Crime é o injusto contra o qual o Estado comina pena, e o injusto, quer se trate de delito do Direito Civil, quer se trate do injusto criminal, isto é, do crime, é a ação culposa e contrária ao Direito.”²⁹

Nota-se que, para Von Liszt, o crime é uma ação contrária ao Direito (ilicitude), que acarreta culpabilidade.³⁰ A figura do tipo penal, que define os exatos

conducta causal, apreciada con arreglo a los criterios dominantes y digna de imputación según estos criterios.” (MERKEL, Adolf. *Derecho penal*; parte general, p. 72).

²⁷ WELZEL, Hans. Estudios sobre el sistema de derecho penal. In: *Estudios de derecho penal*, p. 35.

²⁸ “La teoría de la antijuridicidad objetiva sólo se impuso luego de considerables dificultades que debió superar, entre ellas, la autoridad de A. Merkel, (...)” (MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*; parte general. T. 1., p. 419).

²⁹ VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal*. T I. Tradução e comentários de José Higino Duarte Pereira. Atualização e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003, p. 209.

³⁰ Que se apresentava, naquele momento histórico, de forma psicológica. Culpabilidade era a relação subjetiva do autor com o próprio fato. Era o momento revelador da vontade do agente. Liszt assim a conceituava: “O injusto criminal, como o delito civil, é ação culposa. Não basta que o resultado possa ser objetivamente referido ao ato de vontade do agente; é também necessário que se encontre na culpa a ligação subjetiva. Culpa é a responsabilidade pelo resultado produzido. No Direito Penal, trata-se somente do fato de incorrer o agente em responsabilidade criminal; a desaprovação da ação

contornos descritivos das ações criminosas puníveis, surge somente depois na literatura jurídico-penal (com Beling).

Assim, é a partir deste momento que se obtêm elementos para conceituar a ilicitude como constituinte do injusto penal. Evidentemente, não se concebe tal conceito de injusto sem a presença do tipo penal. As referências históricas aqui apresentadas apenas mostram o caminho trilhado até a conceituação atualizada dos institutos que aqui serão analisados.

2.2.2 - Definições terminológicas

2.2.2.1 - Ilicitude e antijuridicidade

A primeira questão a ser tratada, no conceito da ilicitude, é a uniformização terminológica devida ao estudo. Neste trabalho será utilizada a expressão *ilicitude* como sinônimo de *antijuridicidade*, seguindo-se a tradição da doutrina pátria quanto ao tratamento nominal do instituto. O próprio Código Penal brasileiro utiliza tal nomenclatura, especialmente desde a reforma de sua parte geral, em 1984.

Toledo, por sua vez, também utiliza o termo *ilicitude*. Para o autor, o uso da expressão antijuridicidade não parece tão correto. Ele se apóia em Carnelutti para demonstrar o paradoxo da expressão: “(...) que o delito seja um fato ou um ato jurídico e, ao mesmo tempo, um fato ou um ato antijurídico.”³¹

ao mesmo tempo pronunciada, o juízo sobre o seu valor jurídico ou moral (acentuado por Merkel) é – em relação àquele fato e portanto à idéia de culpa – circunstância completamente acessória. Segundo o Direito atual e abstração feita de algumas exceções esparsas, a culpa supõe: 1º, a imputabilidade do agente (...); 2º, a imputação do resultado. Esta se dá: a) quando o resultado foi previsto (dolo, a seguir nos §§ 38 e 40); b) quando o resultado não previsto podia sê-lo (culpa em sentido estrito, vide o § 41).” (VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal*; tomo I, p. 260).

³¹ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria general del delito*, p. 18. Apud TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 159.

A doutrina europeia, ao contrário, usa com frequência a expressão *antijuridicidade*.³² Todavia, é igualmente da tradição portuguesa o uso da expressão *ilicitude*. Assim, vejam-se Figueiredo Dias e Eduardo Correia, por todos.

Certo é que nenhum fato (ou ato) é antijurídico, posto que é regulado pelo instrumental jurídico. O fato (ou ato) é, na estrutura jurídica (e não antijurídica), proibido/ilícito. Em resumo, a expressão a ser usada, salvo quando se fizer transcrição de obras no original, é a da *ilicitude*.

2.2.2.2 Ilicitude e injusto penal

Inicialmente, veja-se a seguinte constatação feita por Fragoso: “*Na Alemanha, os autores empregam a Reichswidrigkeit (antijuridicidade), ao lado da expressão Unrecht (ilícito ou injusto), em geral, indiferentemente como sinônimos.*”³³ Não concordando com tais expressões, o autor usa a terminologia de Welzel para diferenciar os institutos em questão: “a antijuridicidade é uma relação; o ilícito, porém, é algo substancial: o próprio comportamento antijurídico. A antijuridicidade é um predicado; ilícito, um substantivo.”³⁴

³² Bitencourt, seguindo a tradição europeia, prefere o uso da expressão antijuridicidade. Justifica tal escolha: “as invocação constante que fazemos da doutrina estrangeira, por outro lado, nos recomenda esta preferência terminológica.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*; parte geral. Tomo I. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 241.)

³³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Antijuridicidade. In: *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, p. 3. Texto obtido no seguinte sítio eletrônico: http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo42.pdf

Mezger, seguindo esta tendência de não separar estes conceitos, assim escreveu: “Una acción es punible si es antijurídica. La antijuridicidad, o, como se acostumbra decir en la actualidad, el injusto, es presupuesto imprescindible de todo hecho punible. Antes, el término más usado era ‘antijuridicidad’, que significa, sencillamente, que el delito constituye una violación del derecho, o sea, que ‘contradice el derecho’. Hoy, en virtud de la aversión que si tiene a conceptos rigurosos y cierta predilección por expresiones más vagas, se prefiere emplear, como decíamos, la palabra injusto (literalmente; no derecho: ‘unrecht’), que determina el concepto, precisamente, con menor exactitud que la otra. De todos modos, emplearemos ambas expresiones (antijuridicidad e injusto) como sinónimas.” (MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, tomo I, p. 131)

³⁴ WELZEL, *Strafrecht*, p. 42. Apud FRAGOSO, Heleno Cláudio. Antijuridicidade. In: *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, s/p. Texto obtido no seguinte endereço eletrônico: http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo42.pdf

Para Fragoso, Welzel usou as expressões *injusto* e *ilícito* como sinônimas, diferenciando-as da *antijuridicidade*. Ocorre que não há uniformização nestas nomenclaturas. Na tradução de Régis Prado³⁵, a mesma citação de Welzel (trazida por Fragoso) faz a dicotomia entre *antijuridicidade* e *injusto*, não mencionando a expressão *ilícito*. Ainda conforme se esclareceu no item anterior (2.2.2.1), há no Brasil a utilização das expressões *ilícito* e *antijurídico* como sinônimas, seguindo orientação portuguesa e diferenciando-as da expressão *injusto*.

Para padronizar a leitura, neste trabalho adotar-se-ão as seguintes nomenclaturas (salvo nas transcrições de obras), de acordo com separação feita por Welzel: *ilicitude* (como sinônimo de *antijuridicidade*) é predicado e *injusto* é substantivo.³⁶

A composição do injusto penal se dá com a união do tipo penal e da ilicitude. Esses institutos não perdem as suas características de categorias autônomas da teoria do crime. Formam, juntos, um conceito maior: o injusto penal. Assim, enquanto o tipo penal descreve uma conduta proibida, a ilicitude determina uma relação de contradição entre essa conduta e a totalidade da ordem jurídica.³⁷

Roxin, ao explicar as categorias do delito, parece conceber a existência do injusto penal em termos um pouco diversos daquele aqui sustentado. Ele assim afirma, após conceituar ação e tipo: “en este tercer ‘escalón del delito’ debería

Welzel assim define o uso das expressões: “Los conceptos “antijuricidad” e “injusto” son utilizados por lo común indiferentemente. Esto es en muchos casos inocuo; sin embargo, puede conducir a malos entendidos en cuestiones importantes. Antijuricidad es una característica de la acción y, por cierto, la relación que expresa un desacuerdo entre acción y orden jurídico. Em cambio, lo injusto es la acción antijurídica como totalidad; por tanto, el objeto junto con su predicado de valor, es decir, la acción misma valorada y declarada antijurídica. Lo injusto es un sustantivo: la acción antijurídica, la antijuricidad, en cambio, solamente una relación, la característica axiológica de referencia en la acción.” (WELZEL, Hans. *Derecho penal*; parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 58.)

³⁵ Na tradução de Luiz Régis Prado: WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*; uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 53.

³⁶ Toledo usa a mesma divisão conceitual, bem como a mesma nomenclatura: TOLEDO, Francisco de Assis. *Illicitude penal e suas causas de exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 5.

³⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 116.

hablarse de ‘injusto’ e no de mera ‘antijuridicidad’.”³⁸ Ele explica que, pelo fato de não considerar a ilicitude uma categoria específica do Direito Penal (é de toda a ordem jurídica), o injusto é que deve conter os conceitos de ação e de tipo penal.

Ao analisar a parte de sua obra destinada ao estudo específico da ilicitude, concorda-se com a forma com que Roxin separa os dois termos:

Los conceptos sistemáticos penales de la ‘antijuridicidad’ y del ‘injusto’ se distinguen en que la antijuridicidad designa una propiedad de la acción típica, a saber, su contradicción con las prohibiciones y mandatos del Derecho Penal, mientras que por injusto se entiende la propia acción típica y antijurídica, o sea el objeto de valoración de la antijuridicidad junto con su predicado de valor.³⁹

Explica-se a preferência de Roxin pelo termo injusto, posto que ele o considera específico do Direito Penal, ao contrário da ilicitude, que ele entende ser unitária a todo o ordenamento. Na essência, entretanto, ele não extrapola quanto ao conceito de injusto penal, entendendo-o como união da ação, do tipo e da ilicitude.

2.2.2.3 Ilicitude e antinormatividade

Outra separação terminológica a ser feita é entre *ilicitude* e *antinormatividade*. Welzel, ao seu modo, determina os dois conceitos. O autor entende que, no tipo penal, há a descrição de condutas valoradas como proibidas pela norma penal. Quando estes tipos são efetivamente verificados na conduta concreta, há ofensa à norma implícita no tipo em questão, contradizendo-a (à norma proibitiva/imperativa) e fazendo surgir a antinormatividade da conduta humana.⁴⁰

Um conceito parecido é dado por Zaffaroni/Alagia/Slokar. Eles também deslocam a idéia de antinormatividade para a tipicidade:

³⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal*; parte general. T. I. 5 reimpressão. Traducción de la 2 ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Días, García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008, p. 219.

³⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal*; parte general. Tomo I, p. 557/558.

⁴⁰ WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Traducción por Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1970, p. 76.

Con la tipicidad de la acción se afirma su antinormatividad, o sea, la contradicción de ésta con la norma deducida del tipo, considerada aisladamente (tipo sistemático) y conjugada con las otras normas prohibitivas deducidas de toda la legislación (tipicidad conglobante).⁴¹

Welzel, nesse mesmo sentido, ainda afirma que a realização do tipo acarreta a antinormatividade, mas nem sempre a ilicitude, que “es, en cambio, la contradicción de la realización del tipo con el ordenamiento jurídico en su conjunto.”⁴²

Todavía, com entendimento diverso, pode-se afirmar que e expressão *antinormatividade* se vincula ao conceito formal de ilicitude, posto que seria a contrariedade da conduta a uma norma jurídica expressa em um tipo penal.⁴³

Realmente, analisando-se detidamente a noção de antinormatividade, as atenções se voltam às construções formais da ilicitude, que à frente serão devidamente especificadas. Certo é que a idéia de ilicitude meramente formal realmente se confunde com a antinormatividade, posto que ambas se constituem a partir da noção de contrariedade de uma conduta à norma.

Fernandez explica que existiram duas formas de conceituar a ilicitude a partir da norma: ligando a ilicitude a uma infração à norma de comportamento; ou identificando-a com um pressuposto de aplicação de uma norma de sanção. A primeira forma se liga à teoria da norma de Binding⁴⁴ e identifica a ilicitude formal

⁴¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 459.

Essa vinculação da antinormatividade com a tipicidade, constante da obra de Zaffaroni/Alagia/Slokar, será retomada á frente. Especificamente, no item 3.4.2 a questão será enfrentada em análise crítica à dicotomia feita pelos três autores (e também por Welzel) entre antinormatividade e antijuridicidade.

⁴² WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*; una introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Tercera reimpresión. Buenos Aires/Montevidéu: Euros Editores/B de F Ltda., 2006, p. 89.

⁴³ “El concepto de antijuridicidad surgió históricamente, como acredita su propia etimología, para expresar la contradicción entre el comportamiento de una persona y lo jurídicamente prescrito. ‘Antijuridicidad’ y ‘antinormatividade’ son, por ello, expresiones que en la mayor parte de las teorías se utilizan expresa o tácitamente como sinônimas, y cuando se habla de la antijuridicidad en estos términos suele adjetivarse con la expresión ‘formal’”. (FERNÁNDEZ, Fernando Molina. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, p. 63.)

⁴⁴ Maurach e Zipf assim interpretam a teoria de Binding: “las normas son aquellos mandatos jurídicos, escritos o no escritos, conceptualmente anteriores a la ley penal, pertenecientes al derecho público, cuyo contenido, en caso de no poder ser averiguado fuera del derecho penal, en derecho positivo o el

com a antinormatividade. Tal concepção associa esse elemento do injusto (ilicitude) com a desobediência à norma protegida.⁴⁵

Assim, a norma determina quais condutas são permitidas e quais são proibidas/ordenadas na ordem jurídica. A ilicitude, apenas no seu sentido formal, por evidente, é a manifestação de desobediência a esta norma proibitiva/imperativa. Por isto, sob esta premissa teórica, deve ser identificada com a antinormatividade.

A segunda forma de se analisar o conceito de ilicitude a partir das normas, ainda conforme Fernández, não mais afirma que a ilicitude é infração à norma. Trata-se de compreender a ilicitude como pressuposto de aplicação das normas de sanção, na reação estatal contra as situações proibidas pelo ordenamento jurídico (como norma secundária, ou preceito secundário da norma).⁴⁶ Seria o Direito Penal um exemplo claro desta idéia de conjunto de normas sancionatórias.

Vargas, em perfeita análise crítica desta concepção, coloca-se “firmemente contrário à tese da antijuridicidade geral e de um direito penal tão-somente

consuetudinário, por lo regular puede ser captado en la parte dispositiva de la conminación penal.” (MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*; parte general. Tomo I, p. 342.)

Deve-se ressaltar que a concepção de Binding, sobre a teoria das normas, sofreu mudanças que podem ser verificadas em três fases distintas. Em sua posição inicial, ele afirmou que “la antijuridicidad, no es otra cosa que el comportamiento contrario a la norma (Normwidrigkeit); por otro, la norma es una expresión jurídica de carácter imperativo, una orden, (...)” (FERNÁNDEZ, Fernando Molina. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, p. 313). Sua posição inicial, como se percebe, era próxima à teoria sustentada por Merkel.

Posteriormente, Binding se afasta de Merkel, em uma segunda fase de seus estudos. Passa a conceber que são duas as funções da norma: de determinação e de valoração. Aquela primeira função, de determinação, admite existir um juízo de reprovação pessoal ao autor pela sua desobediência à norma. Já a segunda função, de valoração, apresenta um juízo de desvalor objetivo de um fato que está em contradição com a norma. (KÖSTER, Mariana Sacher de. *Evolución del tipo subjetivo*, p. 55/57). A ilicitude se liga à função de valoração, sendo a culpabilidade (pessoal e subjetiva) ligada à determinação (posto que só os imputáveis podem se determinar diante da norma).

Por fim, Fernandez informa existir uma terceira etapa de estudos de Binding (que, igualmente, Mir Puig adota). Nesta fase, ele sustentou uma “renuncia a la identificación de antijuridicidad y antinormatividade para centrar aquélla directamente na la lesividad objetiva del hecho para los bienes jurídicos. Com ello se trata de preservar tanto una concepción instrumental-imperativa de la norma como um concepto de antijuridicidad material ligado a la lesividad del hecho.” (FERNÁNDEZ, Fernando Molina. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, p. 27). Contudo, parece que esta terceira fase de estudos de Binding não se coloca em oposição à segunda. Ao contrário, apenas acresce a noção de ilicitude material às suas análises. Realmente, em sua concepção material a ilicitude não se identifica mais com antinormatividade.

⁴⁵ FERNÁNDEZ, Fernando Molina. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, p. 64.

⁴⁶ FERNÁNDEZ, Fernando Molina. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, p. 64.

sancionador, (...)⁴⁷ O autor questiona a concepção de Binding, de que alguns ramos do Direito seriam constitutivos de normas (Direito Civil, o antigo Direito Comercial, hoje denominado Empresarial, etc.), enquanto ao Direito Penal sobraria apenas um caráter “sancionador de lesões a bens pertencentes a esses outros ‘direitos’”.⁴⁸

Contudo, ao se destacar o conteúdo material da ilicitude, há um afastamento desta identificação entre antinormatividade e ilicitude. A idéia é determinar que a ofensa ao Direito (bens jurídicos) é o elemento que completa o conceito de ilicitude, afastando-o da mera antinormatividade.⁴⁹ Esta tendência sustenta a função de determinação da norma.

Assim, uma questão já pode ser concluída: a antinormatividade não encerra o conceito da ilicitude, posto que esta não pode ser considerada meramente formal (e, portanto, mera contrariedade do fato com a norma).

Mais ainda pode ser concluído: o Direito Penal não é meramente sancionador de normas violadas em outros ramos do Direito (civil, empresarial, etc.). Tem autonomia na escolha do objeto de suas proibições, diante das possibilidades valorativas apresentadas pela Constituição. Certo é que existe uma adequada construção doutrinária sobre o conceito de bens jurídicos passíveis de tutela, em um Direito Penal constitucionalizado. O bem jurídico é o valor protegido pelo ordenamento penal. É objeto da tutela penal.

Assim, e por tudo o que se apresentou, esta utilização de antinormatividade e ilicitude como sinônimos encontra forte e séria resistência na doutrina. A identificação entre os dois conceitos surgiu, em parte, pela identificação da ilicitude apenas com sua natureza formal, desconsiderando a parcela material de seu conceito. Acrescente-se aos motivos desta identificação a grande aceitação da teoria da norma de Binding, em determinado momento histórico da dogmática penal.

⁴⁷ VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal*: parte geral. Tomo I, p. 318.

⁴⁸ VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal*; parte geral – tomo I, p. 319.

Ao que parece, Vargas entende que esta segunda forma de se analisar a ilicitude a partir das normas também deriva da teoria de Binding, de forma um pouco diversa do que escreveu Fernández.

⁴⁹ Veja-se a obra de Mir Puig: MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*; parte general. 7 ed. 2 reimpressão. Buenos Aires/Montevidéu: Euros Editores/B de F Ltda., 2005, p. 156 e ss.

2.2.3 Ilicitude Formal e Material

Deve-se analisar a diferença entre os conceitos de ilicitude formal e material tendo-se em vista as funções do Direito Penal. Importa compreender, ainda, como tais conceitos (da ilicitude) se encaixam nessa visão funcional. Convém demonstrar como este raciocínio teórico se desenvolveu.

Tem-se convencionado conceituar a ilicitude formal como a relação de contrariedade existente entre a conduta praticada e a norma jurídica de proibição/mandamento.⁵⁰ Tal conceito esteve presente na elaboração inicial do referido instituto e remonta a uma análise causal da teoria do crime.

Entretanto, desde Von Liszt, desdobra-se o conceito de ilicitude também em sentido material.⁵¹ A dicotomia era clara: enquanto a ilicitude formal se liga à desobediência à norma, a ilicitude material é conceituada como a ofensa ou perigo de ofensa ao bem jurídico protegido.

Há uma controvérsia ao se analisar os dois conceitos de ilicitude: são autônomos e independentes entre si, ou são formas complementares de se analisar a ilicitude? Desta dúvida, surgiram as teorias da independência e da correspondência (além de outras intermediárias):

La cuestión principal que se plantea en este punto es si al diferenciar entre antijuridicidad formal y material estamos aludiendo a dos conceptos distintos de antijuridicidad (tesis de la independencia), o tan solo a dos aspectos o perspectivas de un mismo concepto (tesis de la correspondencia). En este ultimo caso habria, además, que determinar que papel cumple la distinción desde una perspectiva práctica.⁵²

Na *tese de independência* a ilicitude material de ilicitude era vinculada a um conceito sociológico, no qual se avaliaria a lesividade social da conduta fora do

⁵⁰ Assim, nas obras de Toledo (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 161), de Vargas (VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal*; parte geral. Tomo I, p. 316), de Maurach e Zipf (MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*; parte general. Tomo I, p. 421), de Mir Puig (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*; parte general, p. 156), entre outros autores.

⁵¹ Veja-se tal informação na obra de Reale Jr. (REALE Jr., Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 93.)

⁵² FERNÁNDEZ, Fernando Molina. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, p. 49.

Direito Positivo. Assim, conclui-se que seria possível que um fato fosse materialmente ilícito sem o sê-lo formalmente, e vice-versa. Seriam conceitos totalmente distintos.

O sistema causalista se construiu em contraposição a esta idéia de independência. Binding, por exemplo, negava que se pudesse considerar juridicamente um fato socialmente lesivo ilícito (ou perigoso). Afirmava, ainda, que não se poderia deixar às normas de cultura a determinação do conteúdo da ilicitude.⁵³ Tais características eram sociológicas e, portanto, não poderiam compor a ilicitude, que é um conceito jurídico. Somente deveria ter relevância a ilicitude formal.

Também com Von Liszt, percebe-se que a noção material de ilicitude não se limitava à ofensa a bem jurídico.⁵⁴ Mais que isto, ele afirmava que:

o ato é formalmente contrário ao Direito enquanto é transgressão de uma norma estabelecida pelo Estado, de um mandato ou de uma proibição da ordem jurídica. O ato é materialmente ilegal enquanto significa uma conduta contrária à sociedade (anti-social).⁵⁵

⁵³ FERNÁNDEZ, Fernando Molina. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, p. 49/50.

Quanto às normas de cultura, de forma um tanto diversa de Binding, Mayer assim as conceitua: “Como las leyes toman su contenido de la cultura, así también lo dejan fluir en la cultura. El Derecho mismo trabaja junto con ella en la conservación y el perfeccionamiento de usos y costumbres, de la moralidad y el sentido de la rectitud. La concordância entre normas jurídicas y normas de cultura se explica sólo en parte merced a la influencia que ejerce la cultura sobre el Derecho; se explica cabalmente a partir del efecto recíproco entre Derecho e cultura.” (MAYER, Max Ernst. *Normas jurídicas y normas de cultura*. Traducción por José Luis Guzmán Dálbora. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 62.)

Para Mayer, as pessoas infringem normas de cultura (e não normas jurídicas). Isto, porque o acesso cognitivo se dá em relação àquelas em primeiro lugar. As normas de cultura seriam um pressuposto para a aplicação da sanção constante do preceito secundário da norma jurídica. A lei penal se dirige ao Estado (e nisso Binding e Mayer se aproximam). Mais que isso, as normas de cultura se transformam em normas jurídicas quando há o seu reconhecimento social pelo Estado.

⁵⁴ Reale Jr., concordando com a crítica de Rocco, sustenta que a ilicitude conceituada por Von Liszt era meramente formal, posto que a noção de ofensa ao bem jurídico se traduz no dano, que é um elemento do delito que tenha resultado natural (e não apenas da ilicitude). Esta continuava sendo uma contrariedade à norma, formalmente analisada. (REALE Jr., Miguel. *Teoria do delito*, p. 93/94.)

O que Rocco também afirmava era, em resumo, que a ilicitude formal era a única existente, posto que a noção material do conceito se ligava ao crime como um todo: ofensa a bem jurídico é um elemento do crime, com a ação e a culpa. (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Antijuridicidade*. In: *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, s/p. Texto obtido no seguinte endereço eletrônico: http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/helena_artigos/arquivo42.pdf)

⁵⁵ VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal*, p. 335/336. *Apud* VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal*; parte geral – tomo I, p. 316.

Certo é que, desde o início desta discussão entre o conceito de ilicitude formal e material, parte da doutrina causalista parecia aceitar o conceito material como sendo meramente sociológico, afastando-o. Admitia-se, portanto, a existência de independência dos conceitos, sem se dar validade jurídica à concepção material.

Volta-se à questão da validade jurídica da ilicitude material. Dizia Von Liszt que formalmente ilícito era o comportamento humano que violava a norma penal. Já o conceito de substancialmente ilícito se ligava ao comportamento humano que feria o interesse social tutelado pela própria norma.

Todavia, conforme Fernández, em determinados momentos, Von Liszt parecia admitir que o conceito material poderia ser jurídico. Isto acarretaria uma aproximação entre os conceitos formais e materiais, situando ambas as formas da ilicitude no plano jurídico. Trata-se da denominada *tese intermediária* (entre a tese de independência e de correspondência). Veja-se, neste sentido, a doutrina de Von Liszt, diferenciando a ilicitude formal da material e verificando-as oriundas da ordem jurídica (especificamente nas excludentes): “esta lesión o riesgo será materialmente legítima, apesar de ir dirigida contra el intereses juridicamente protegidos, en el caso y en la medida en que responda a esos fines del orden jurídico, y, por consiguiente, a la misma convivência humana.”⁵⁶

Entretanto, pensa-se que outras passagens do referido autor resolvem a dúvida sobre qual tese ele adotou. Ainda há a crítica de Roxin, no sentido de que este conceito material de ilicitude de Von Liszt tem um caráter metajurídico, sendo mais um princípio de política criminal do que uma categoria jurídico-positiva.⁵⁷ Assim, e com base nesta crítica de Roxin, Fernández apresenta outra citação de Von Liszt, na qual realmente parece clara sua opção pela tese da independência, tal como indicava a tendência da teoria causalista que este último sistematizou.

Este contenido material (antisocial) de la infracción es independiente de su exacta apreciación por el legislador. La norma jurídica se encuentra ante él; ella no lo crea. La ilegalidad formal y material pueden coincidir, pero pueden también discrepar. No es presumible una contradicción semejante entre el contenido material del acto y su

⁵⁶ VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal*, p. 336/337. *Apud* FERNÁNDEZ, Fernando Molina. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, p. 51.

⁵⁷ ROXIN, Claus. *Derecho penal*; parte general. Tomo I, p. 561.

apreciación jurídica positiva, pero no es imposible. Caso de que exista, el juez está ligado por la ley; la rectificación del derecho vigente está más Allá de los límites de su misión.⁵⁸

Pelo que se apresentou de Von Liszt, parece prevalecer a tese de independência entre a ilicitude formal e material.⁵⁹ A dúvida toda surgiu com a definição que ele deu à ilicitude material: seria jurídica a reprovação a bens protegidos por normas jurídicas (e não sociológica, extralegal ou um princípio político-criminal)? Todavía, qualquer que seja a conclusão, suas idéias propiciaram um avanço rumo às teorias modernas. Parece prudente afirmar que a ilicitude material, para Von Liszt, tem função corretiva em relação à ilicitude formal.

Atualmente, entretanto, há um afastamento desta perspectiva sociológica da ilicitude material (tese da independência), aceitando-a no plano do Direito positivado.⁶⁰ Assim, deixando de lado a tese da independência, duas são as formas de se compreender o conceito.⁶¹ Em uma primeira maneira de analisar a situação, tem-se a identificação entre a ilicitude formal e a material, sendo ambas apenas perspectivas diversas do mesmo instituto (não havendo contrariedade entre as duas categorias). Tal teoria é denominada *tese da correspondência*: a ação formalmente

⁵⁸ VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal*, p. 336/337. Apud FERNÁNDEZ, Fernando Molina. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, p. 51.

⁵⁹ Esta também é a conclusão de Fernández: “desdiciendo sus anteriores manifestaciones, Von Liszt parece ahora inclinarse claramente por la tesis de la independencia: de manera espresa menciona que la lesividad social es ‘independiente’ de su apreciación por el legislador y previa a la norma, e incluso a pie de página llega a calificar a la antijuridicidad material de principio ‘extralegal’” (FERNÁNDEZ, Fernando Molina. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, p. 52)

⁶⁰ Sauer, ainda em meados do século XX, já sustentava esta duplicidade no conceito: “Objeto del injusto es el obrar, es decir el actuar o el omitir. La medida es la antijuridicidad. Ésta significa formalmente: ilegalidad; materialmente: Contradicción con la justicia social así como con el bien común (estatal) es decir la danosidad social o por lo menos la peligrosidad social.” (SAUER, Guillermo. *Derecho penal*; parte general. Traducción directa del alemán por Juan del Rosal y José Cerezo. Barcelona: Bosch, 1956, p. 95). É de se perceber, todavía, que o autor não rechaça a idéia da utilização do conceito material. Ele utiliza, inclusive, a idéia da perigosidade das condutas entre os fundamentos possíveis para a definição do conceito em questão.

Todavía, mesmo admitindo o conceito material de ilicitude, Sauer faz uma importante advertência: “El injusto material es la negación de la idea del Derecho y sobrepasa por conseguinte ampliamente la competencia de una disciplina especial. Para la estructura de la antijuridicidad que deviene penalmente relevante nos limitaremos a los siguientes principios.” (SAUER, Guillermo. *Derecho penal*; parte general, p.96). Tais princípios elencados por Sauer estão elencados na mesma obra citada (p. 108/109): *ejercicio formal de derechos y facultades acuñadas típicamente; fomento de intereses vitales en dirección al bien común; protección de intereses vitales en especial por la desviación del peligro y la ayuda en la necesidad, entre outros.*

⁶¹ FERNÁNDEZ, Fernando Molina. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, p. 54.

proibida tem desvalor material, agressor de algum bem protegido pela norma. Não há muita praticidade na distinção, para esta primeira forma de análise moderna.

Toledo⁶² considera que a distinção entre ilicitude formal e material é desnecessária. Ele entende que a ilicitude de uma conduta será relevante para o Direito Penal somente quando houver verificação de contrariedade do fato à norma que seja acrescida de ofensa - ou ameaça de ofensa - a bem jurídico tutelado pelo ordenamento normativo penal. Em outras palavras, o desvalor do resultado deve ser analisado juntamente com o desvalor da ação, para que a ilicitude tenha importância para o Direito Penal.

Os aspectos materiais e formais da ilicitude são inseparáveis, o que levou Bettiol a assinalar que não tem razão de existir distinção entre as duas concepções. Somente é ilícita a conduta que é lesiva a um bem jurídico. Mais: “fala-se hoje de um primado da antijuridicidade material que se sobrepõe àquela meramente formal, até dilacerar os limites colocados pela lei positiva. As exigências da vida devem sobrepujar as considerações lógico-formalísticas, (...).”⁶³

Ocorre que, ainda de acordo com Fernández⁶⁴, há aquela segunda forma de se analisar a ilicitude, que não é muito diversa da primeira, ao menos na questão da correspondência entre as esferas formal e material da ilicitude. Na realidade, ao se perceber a praticidade da distinção entre as referidas esferas, chega-se à conclusão de que existe uma tese intermediária (nem de independência e nem de correspondência). A ilicitude material tem importância prática (não apenas destacando um aspecto lesivo à conduta proibida), tendo as seguintes funções:

La importancia práctica de la anijuridicidad material es triple: permite realizar graduaciones del injusto y aprovecharlas dogmáticamente, proporciona medios auxiliares de interpretación para la teoría del tipo y del error y para solucionar otros problemas dogmáticos, y hace posible formular los principios en los que se basan las causas de exclusión del injusto y determinar su alcance.⁶⁵

⁶² TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p.162.

⁶³ BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Volume I. Tradução de Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 335/336.

⁶⁴ FERNÁNDEZ, Fernando Molina. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, p. 54.

⁶⁵ ROXIN, Claus. *Derecho penal*; parte general. Tomo I, p. 559.

De acordo com a transcrição apresentada, algumas funções da ilicitude material fazem referência ao direito positivado (sendo um conceito material-positivo). Em outras ocasiões, trata-se de um conceito político-criminal (material-critico). Todavia, esta tensão em se aceitar as implicações político-criminais na ordem jurídica positiva devem perder o sentido, em uma ciência penal moderna.

Como, por exemplo, graduar o injusto, senão com elementos político-criminais de valoração da proibição conforme o grau de lesividade dos bens jurídicos tutelados pela ordem positiva? Formalmente, a ilicitude existe ou não, sem possibilidade de graduação. Por isto, a praticidade da concepção material.

De tudo o que aqui se analisou, pode-se afirmar que ilicitude material é o conceito que leva em consideração a lesão a bem jurídico protegido pelo ordenamento jurídico-penal, porquanto a agressão a tais valores é um comportamento humano que fere o interesse social normatizado. Além da contradição da norma ao fato, deve haver a lesão ou o perigo dela.⁶⁶ É, ainda, de extrema importância prática sua verificação.

Assim, é elucidativa a doutrina de Vargas, quando ele afirma que “nos dias de hoje, não tem significado uma separação tangente entre a ilicitude, dita formal, e a material, se levarmos em conta a função essencial de nossa disciplina (proteção de bens jurídicos).”⁶⁷ Somente a ilicitude material consegue exercer as funções de tutela de bens jurídicos, objeto do Direito Penal.

Em resumo, parece mais correto adotar-se o conceito material de ilicitude, não se admitindo um conceito meramente formal do instituto, que é associado à idéia de antinormatividade como mecanismo único de sua conceituação teórica.

Posição parecida tem Jescheck, que ainda apresenta a possibilidade da ilicitude material fundamentar causas supraleais de excludente de ilicitude. (JESCHECK. Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal*. V. I. Tradução de Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, p. 316.)

⁶⁶ Escreve Bitencourt que "essa lesão que consubstancia a antijuridicidade material, evidentemente, não deve ser entendida em sentido naturalístico, como causadora de um dano, sensorialmente perceptível, a determinado bem tutelado, mas como ofensa ao valor ideal que a norma jurídica deve proteger". (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*; parte geral, tomo I, p. 242). Assim, os bens jurídicos podem ser materiais ou imateriais. O resultado lesivo que aqui se menciona é jurídico.

⁶⁷ VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal*; parte geral – tomo I, p. 317.

2.2.4 Ilícitude genérica e específica

O injusto penal, como já se esclareceu, é composto pelo tipo legal e pela ilicitude. Mas, analisando-se de forma mais ampla (com a Teoria Geral do Direito), qual a diferença deste conceito (de injusto penal) em relação às determinações de injusto de outros ramos do Direito (civil, administrativo, etc.), capaz de lhe adjetivar desta exata forma: penal?

Explica-se o motivo da indagação. A ilicitude é conceito geral do Direito, aplicável a todos os ramos desta ciência. Assim, para responder à primeira pergunta, deve-se antes responder a outra: existe ilicitude penal, diversa daquela geral, formadora de um injusto específico (penal)?

Isto porque a discussão acerca da existência de uma ilicitude penal, diversa de outra, geral, reflete diretamente no conceito do injusto penal. Vargas se coloca contrário à “tese da antijuridicidade geral e de um direito penal tão-somente sancionador, (...).”⁶⁸ O autor não concorda com a idéia de uma ilicitude geral, que englobaria ramos extra-penais do Direito (civil, administrativo, etc.), deixando de fora o Direito Penal. Conclui, rechaçando totalmente a idéia de que “no campo do Direito Penal, porém, não se pode falar em violação de normas, mas apenas de sanção.”⁶⁹

Realmente, o Direito Penal não é meramente sancionador. É constitutivo quanto ao objeto de sua proteção. A noção de bens jurídico-penais determina o objeto de tutela do Direito Penal. Não se trata, como acertadamente contesta Vargas, de sancionar com a pena uma ofensa a norma de outro ramo do Direito (civil, empresarial, etc.).

A alegação de que a subsidiariedade⁷⁰ do Direito Penal acarreta a constatação do caráter meramente sancionador desse ramo jurídico não pode prosperar. Não.

⁶⁸ VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal*; parte geral – tomo I, p. 318/319.

⁶⁹ VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal*; parte geral – tomo I, p. 319.

⁷⁰ Queiroz aborda a questão da subsidiariedade em dois planos de discussão: no sentido social-político (intervenção penal somente quando fracassarem outras instâncias de controle social) e sentido lógico-sistemático (definir se o Direito Penal tem natureza subsidiária ou constitutiva, em

A subsidiariedade advém de uma necessidade constitucional. Pressupõe a delimitação da “conveniência política de apelar ou não ao direito penal para regulação de determinados conflitos, (...)” Realmente, não há o que se discutir quanto a essa exigência político-criminal de somente utilizar a tutela penal em casos de insuficiência de outras formas de regulação social. Todavia, aceitar essa idéia não implica em admitir o caráter meramente sancionatório do Direito Penal.

Certo é que a Constituição fundamenta e limita a tutela penal: é fundamento, quando se verifica que a punição estatal se legitima como proteção de bens jurídicos que são expressões de direitos fundamentais; e é limite, quando se constata que a intervenção penal deve respeitar critérios de proporcionalidade para a sua atuação (princípios da ofensividade e da intervenção mínima, *ultima ratio*, entre outros). É a forma de se conferir ao Direito Penal um caráter subsidiário.⁷¹

Com razão, Vargas, em resumo.

Todavia, a questão de a ilicitude ser geral ou específica ainda guarda outros contornos argumentativos. Mesmo concordando que o Direito Penal não é meramente sancionador, é de se entender que existe um conceito geral de proibição no ordenamento jurídico, cabendo aos ramos jurídicos diversos a determinação acerca da utilização daquela proibição na seara específica de atuação do referido ramo. Não se percebe, portanto, uma ilicitude penal diversa de outra, extrapenal.⁷²

relação aos outros ramos do Direito). (QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*; parte geral. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010, p. 37.)

⁷¹ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 16 e ss.

Determinar que a proteção penal somente é necessária quando há ofensa séria a bem jurídico relevante não afasta a idéia de legitimação do direito penal pelos direitos fundamentais. Ao contrário, as premissas se completam. Pensar um sistema punitivo respeitador da ofensividade (como seu limite) é entendê-lo respeitador e protetor dos direitos fundamentais (como seu fundamento).

Mais que isso, essa fundamentação constitucional não implica em considerar o Direito Penal meramente sancionatório. Se assim o fosse, todos os demais ramos do Direito inevitavelmente também teriam essa mesma natureza, posto que é a Constituição que determina as valorações básicas e necessárias de toda a ordem jurídica pátria. Em resumo, “toda a ilicitude nasce originariamente na Constituição Federal e só derivadamente na ordem infraconstitucional.” (QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*; parte geral, p. 37.)

⁷² Toledo também tem posição contrária, entendendo existir uma ilicitude penal diversa de outra, extrapenal: “Assim, um ilícito civil ou administrativo pode não ser um ilícito penal, mas a recíproca não é verdadeira.” (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 165.)

Explica-se. Diante da totalidade do conteúdo proibitivo da ordem jurídica positiva, os diversos ramos do Direito selecionam as condutas que se encaixam nas proibições gerais que necessitam tutelar no que se referem aos espectros de possibilidades e finalidades daquela seara jurídica específica. Em resumo, criam seus objetos de proteção, a partir da idéia geral de proibição/ilicitude do Direito.

Assim é com o Direito Penal. De acordo com as suas finalidades protetivas – de tutela de direitos fundamentais - a estrutura penal tipifica condutas que já são consideradas ilícitas no ordenamento penal. Somente se repete a ressalva: tal postura não significa afirmar que o Direito Penal é meramente sancionador.

Em resumo, diante da ilicitude da ordem jurídica, o Direito Penal seleciona o seu objeto de proteção, criando o injusto com o acréscimo do tipo penal à ilicitude. Assim afirma Muñoz Conde: “El derecho penal no crea la antijuridicidad sino que selecciona, por medio de la tipicidad, una parte de los comportamientos antijurídicos, generalmente los más graves, conminándolos con una pena.”⁷³

Dúvida poderia existir quanto às condutas que, antes de tipificadas e tuteladas pelo Direito Penal, nunca antes tinha sido objeto de discussão jurídica (quanto à sua ilicitude), e nem foram tuteladas anteriormente por nenhum ramo do Direito. Haveria, neste caso, a criação de uma especial ilicitude penal? Ou, diferentemente, pode-se sustentar uma anterior proibição implícita pelo ordenamento jurídico⁷⁴? A resposta deve ser negativa para as duas perguntas.

Nesta hipótese, o que ocorre é a criação de proibição geral para o ordenamento (de ilicitude), inédita e nunca antes pensada por falta de necessidade de regulação social da situação em destaque. Tal proibição, dado o grau de ofensa ao bem jurídico tutelado, atinge os pressupostos mínimos para a tutela penal e, assim, merece ser tipificada. Esta ilicitude, ineditamente incluída no ordenamento jurídico, terá aplicabilidade no Direito Penal, bem como em qualquer outro ramo do

⁷³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. 2 ed. Bogotá: Temis, 2008, p. 65.

⁷⁴ Neste sentido, ver a negativa de Mezger quanto a esta possibilidade: “(...) y en la viva controversia en torno a la justificación de tales prohibiciones sería arbitrario entender que dichos actos estaban ya tácitamente prohibidos, o prohibidos por razones naturales antes de su regulación penal.” (MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, tomo I, p. 379.)

Direito. A ilicitude de tal conduta (que teve sua *porta de entrada* na ordem jurídica através do Direito Penal) continua a ser geral do ordenamento.⁷⁵

Pode-se, então, afirmar que a ilicitude é geral a todo o ordenamento jurídico, sendo específico do Direito Penal o injusto penal (ou seja, a ilicitude tipificada).⁷⁶ São conceitos distintos (ilicitude e injusto), em que pese parte da doutrina alemã assim não considerar (conforme já se sustentou antes).

Então, conclui-se que a ilicitude é um instituto geral do Direito e que oferece o objeto de proibição ao Direito Penal da mesma forma que atua nos outros ramos do Direito. Assim, pode o Direito Penal não intervir em determinadas situações proibidas em outros ramos do Direito, em virtude do já citado princípio da subsidiariedade. A situação, todavia, não deixa de ser ilícita. Somente não é objeto de proteção do Direito Penal.⁷⁷

Todavia, não pode este mesmo Direito Penal colocar entre as suas tutelas constituídas as situações lícitas em outros ramos jurídicos, posto que este conceito de licitude é geral e, se é lícito em um ramo do Direito, o é em todos. Veja-se a doutrina de Figueiredo Dias e o princípio da *unidade da ordem jurídica*:

⁷⁵ É interessante a posição de Sauer: “Hay un concepto especial de ‘antijuridicidad penal’ solamente en cuanto que la definición dada ahora mismo no se acomoda a las otras materias jurídicas que ni gravitan en tipos estrictamente concebidos ni en las causas de justificación; el contenido del injusto en el Derecho Penal es también obligatorio para otras materias, como también al contrario. El Derecho Penal no tiene ninguna concepción, propia del ‘injusto’, en cuanto un concepto especial de antijuridicidad penal es equívoco.” (SAUER, Guillermo. *Derecho penal*; parte general, p. 104)

⁷⁶ Aníbal Bruno tem uma passagem bem elucidativa, embora use uma nomenclatura distinta: “Um fato que se apresenta como antijurídico em face de qualquer ramo do Direito conserva esse atributo de antijuridicidade em referência a qualquer outro domínio jurídico. Não há, portanto, uma antijuridicidade penal, mas pode-se falar, como sugere Welzel, em um ilícito penal, ou um ilícito administrativo, ou um ilícito civil. O ilícito penal é aquele a que se junta o atributo da tipicidade. É o ilícito típico.” (BRUNO, Aníbal. *Direito penal*; parte geral. Tomo I. 5 ed. Revista e atualizada por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 223.)

Evidentemente, para fazer sentido a citada transcrição, deve-se entender o termo *ilícito*, usado pelo autor, como significando *injusto*. Tal premissa terminológica de Welzel já foi destacada antes.

⁷⁷ Em perfeita síntese desta necessária constitucionalização do Direito Penal, Alice Bianchini anota que os pressupostos mínimos para a intervenção penal podem ser divididos em três momentos: primeiro verifica-se a dignidade do bem jurídico (se pode ou não ser tutelado por meio de intervenção penal), bem como analisa-se a ofensividade da lesão; em segundo plano, determina-se a necessidade da tutela penal; por fim, resolve-se a questão da eficácia e da adequação da intervenção penal. (BIANCHINI, Alice. *Pressupostos mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 18/19).

uma vez qualificada como ilícita uma acção por um qualquer ramo de direito, ela é ilícita face à totalidade da ordem jurídica; e, inversamente, se ela é lícita face um qualquer ramo do direito, é-o face à totalidade da ordem jurídica. No mais que os diferentes ramos de direito podem divergir é numa diferente regulamentação das conseqüências jurídicas, não numa diversa valoração do *tatbestand* como respeitador ou violador da ordem jurídica, como um todo.⁷⁸

Zaffaroni/Alagia/Slokar também apresentam argumento elucidativo no sentido de fundamentar a unidade da ordem jurídica, confirmando que não há uma ilicitude penal específica. Eles afirmam que “adoptar el criterio de la antijuridicidad como juicio definitivo acerca de la prohibición de una conducta, presupone considerar al orden jurídico como un todo unitário, para cuya totalidad la conducta es lícita o ilícita, (...)”.⁷⁹

Contudo, o próprio autor argentino trata de advertir que uma equivocada compreensão desta unidade da ilicitude pode causar sérios problemas interpretativos no que tange às responsabilidades jurídicas pelos atos praticados. E ele explica, afirmando que é equivocado negar a existência de responsabilidade a uma pessoa que tenha cometido um ato típico, porém justificado.⁸⁰ Continua, afirmando que existem situações nas quais serão imputadas responsabilidades em determinado ramo jurídico, mesmo que exista uma causa de justificação penal (com a consideração de que a ilicitude é geral a todo o ordenamento). Dá o exemplo da situação do estado de necessidade.⁸¹

⁷⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*; parte geral. Tomo I, p. 388.

⁷⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p. 463.

⁸⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p. 463.

⁸¹ No Código de Processo Penal brasileiro, assim dispõe o artigo 65: “Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.”

Todavia, mesmo com a menção expressa deste artigo 65, que parece ratificar a unidade do conceito de ilicitude, é possível pleitear indenização na esfera cível, conforme o artigo seguinte menciona (66): “Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a acção civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.”

Certo é que algumas condutas, mesmo justificadas no Direito Penal, podem gerar responsabilidades em outros ramos do direito sem romper com esta idéia de unidade do conceito de ilicitude. Como sustentam Zaffaroni/Alagia/Slokar, são formas de culpa estranhas ao Direito Penal, por terem critérios objetivos de responsabilidade, ampliando no Direito Civil a margem razoável de necessidade reparação. E o autor assim conclui tal raciocínio: “estas consecuencias no resultan de la admisión de la unidad de la antijuridicidad, sino solo de la errada traducción de ésta en la regla de

Finalizando, uma passagem de Mezger corrobora a idéia aqui sustentada, quanto à inexistência de uma proibição (ilicitude) específica do Direito Penal:

El injusto típico específico del Derecho Penal no tiene nada que ver con la tesis, que a veces aparece en la bibliografía, de una especial antijuridicidad penal. Tal concepción debe rechazar en absoluto. Según ella, la 'amada unidad de la antijuridicidad' en el total ámbito de las distintas disciplinas jurídicas es una ficción, puesto que tal unidad no existe con arreglo a una consideración teleológica. Lo que es injusto en una disciplina jurídica no es necesariamente en otra, y viceversa. Pero este supuesto de una antijuridicidad sólo penal contradice la naturaleza misma del Derecho como ordenación unitaria de vida. El tipo jurídico-penal no es, por tanto, una especie del injusto circunscrito a la esfera especial del Derecho punitivo, sino un injusto especialmente delimitado y con especiales consecuencias jurídicas, que tanto fuera como dentro del ámbito del Derecho Penal representa una contradicción con el Derecho.⁸²

É nítido que o autor não concorda com a idéia de uma ilicitude penal distinta daquela geral do Direito. Não se cria nenhuma forma de proibição especial para o ordenamento penal. Afirma, apenas, que a elaboração do tipo penal faz com que a proibição geral seja analisada para efeitos de punição penal, diante da gravidade da lesão/ameaça e da magnitude do bem jurídico. Todavia, o Direito Penal continua constitutivo de sua tutela, elencando bens jurídico-penais à proteção dentro da generalidade da ordem jurídica, não sendo meramente sancionador.

2.2.5 Ilcitude objetiva e subjetiva

No estudo da ilicitude há correntes que adotam, por um lado, uma concepção objetiva do fenômeno e, de outro, concepção subjetiva. Cunha Luna assinala que a corrente objetiva baseou-se na filosofia de Kant.⁸³

que el ejercicio regular de un derecho, afirmado en sede penal, no podría traer ninguna consecuencia en ningún ámbito." (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p. 464).

⁸² MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, tomo I, p. 374/375.

⁸³ CUNHA LUNA, Everardo da. *Estrutura jurídica do crime*. 2. ed. Recife: Imprensa Universitária - Universidade Federal de Pernambuco, 1968, p. 135.

Para Kant, segundo Cunha Luna, ao Direito importam as condutas em seu aspecto externo, restando à moral a análise do comportamento humano subjetivamente considerado.

Ainda com Cunha Luna⁸⁴, "para o objetivismo, a injuricidade é a violação, pelo fato, da norma valorativa, a culpabilidade a violação, pelo fato, da norma imperativa". O autor continua, afirmando que "para o subjetivismo, antijuricidade, que se confunde com a culpabilidade, é a contrariedade ao dever para com o sadio sentimento do povo."

Para a corrente objetiva, todo ato humano externamente analisado, que sofra valoração negativa pelo ordenamento jurídico, é ilícito. É este antagonismo com a ordem jurídica que determina a ilicitude da referida conduta. Esta determinação é feita de forma objetiva, diante da ofensa à valoração positiva feita pelo Direito.

Serão objeto de análise de ilicitude tanto as condutas dos imputáveis, como a dos inimputáveis. Bettiol considera indiferente ao juízo objetivo de ilicitude a relação psicológica entre o autor e o evento, sustentando sua convicção objetivista.⁸⁵

Contudo, como já se apresentou anteriormente, para Merkel seria impossível uma ilicitude meramente objetiva, posto que ele não admitia um injusto inculpável (assim, a ilicitude somente poderia ser caracterizada nas condutas subjetivamente determinadas pelos imputáveis). Mais que isto, para ele, a ilicitude objetiva não consegue separar a atuação humana contrária ao direito de outra atuação de, por

Comparato tem a mesma opinião: "E, efetivamente, para Kant, o motivo próprio de cumprimento de um dever jurídico é a possibilidade de coação, que está necessariamente ligada ao direito. Sem dúvida, reconhece ele, o sujeito passivo pode respeitar o direito por dever de consciência; mas esse motivo nunca é exigido no plano estritamente jurídico, ao contrário do que ocorre no plano da moralidade pura." (COMPARATO, Fábio Konder. *Ética; direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 299.)

Disto se conclui que há um imperativo de ordem subjetiva (interna) quanto ao dever moral. Todavia, o Direito age com uma coação da conduta externada, não exigindo uma intenção virtuosa de cumprimento de uma ordem moral. Todavia, Reale Jr. tem posição crítica a este respeito, baseado na doutrina de Petrocelli. Para Kant, ao Direito "não importa a atitude interior do agente, desde que sua conduta seja conforme com a lei, o que, a seu ver, não exclui que a vontade seja considerada um pressuposto da ação." (PETROCELLI. *L'antigiuridicità*, p. 39. *Apud* REALE JR. Miguel. *Teoria do delito*, p. 62/63).

⁸⁴ LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura jurídica do crime*, p. 43.

⁸⁵ "A antijuridicidade, ou ilicitude como agrada mais a Carnelutti, resolve-se portanto num juízo acerca da lesividade do fato praticado. Tem portanto caráter objetivo. Isto é negado por aqueles que sustentam que a antijuridicidade é uma característica do fato a qual abrange tanto o momento externo do agir como o interno, quer dizer a culpabilidade, ou por aqueles que, partindo de visões predominantemente subjetivistas, falam de uma antijuridicidade ou de um injusto personalístico." (BETTIOL, Giuseppe, *Direito penal*. Volume I, p. 323/324).

exemplo, fenômenos da natureza. Todavia, Jhering reviu tal orientação, admitindo uma ilicitude objetiva.

Para tanto, nesta adoção do conceito objetivo de ilicitude respeita-se a dupla função das normas: imperativa/determinativa, na culpabilidade; e valorativa, na ilicitude. Afasta-se da doutrina de Merkel, neste ponto específico.

Bettioli⁸⁶ utiliza exatamente esta dicotomia entre as duas funções da norma para justificar sua opção pelo conceito objetivo de ilicitude: funções valorativas e imperativas/determinação da norma. Afirma que o momento valorativo da norma é pré-jurídico, sendo usado para o legislador definir o comando normativo proibitivo. Após a elaboração da lei, ainda segundo Bettioli, não há mais como separar a valoração da norma do próprio comportamento. A norma permanece absorvida pelo comportamento, não tendo mais significação prática relevante.

Todavia, há críticas à concepção objetiva da ilicitude. Nela há apenas a preocupação objetiva com o resultado ofensivo a bens jurídicos protegidos, sem a avaliação subjetiva da conduta que é valorada negativamente. Acrescendo a subjetividade à ilicitude, a questão ficaria solucionada: na verificação da ilicitude de uma conduta, os desvalores da ação e do resultado teriam similar relevância.

Na concepção subjetivista, a intenção apresentada pelo agente na conduta, ao lado do resultado, fornecerá elementos necessários para a identificação do caráter proibido da conduta.

Para tal corrente, a ilicitude não pode ser aceita sem referência ao desrespeito ao comando emitido pela norma. Tal concepção tem como característica

⁸⁶ BETTIOLI, Giuseppe, *Direito penal*. Volume I, p. 325.

A mesma utilização das funções valorativas e imperativas/determinação é verificada na obra de Mezger para fundamentar sua orientação teórica voltada à aceitação da ilicitude objetiva (MEZGER, Edmund. *Derecho penal*; libro de estudio. Tomo I: parte general. Traducción de la 6 ed alemana por Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Librería El Foro, 1957, p. 134.)

Reale Jr. anota que, também para aquele autor (Mezger), existiam implícitas, na norma penal, normas de direito e de dever. Haveria uma hierarquia superior da norma dispositiva (de direito): “pois a função dispositiva deriva da valoração objetiva, aspecto nuclear do direito, que determina a licitude ou ilicitude de uma situação, enquanto a obrigação de obediência, voltada para um destinatário singular, só pode existir como derivada daquela valoração. Não é de relevo para que uma situação seja lícita que haja ou não desrespeito à norma de dever, como determinação subjetiva, questão atinente, apenas, à culpabilidade.” (REALE Jr. Miguel, *Teoria do delito*, p. 65.)

o respeito à verificação dos aspectos valorativos e imperativos/determinação como complementares, portanto inafastáveis. Não podem ser analisados separadamente, posto que a norma não valora e nem comanda de forma separada. Para os subjetivistas, informa Reale Jr.⁸⁷, o Direito Penal incide sobre fatos ocorridos no mundo exterior, enquanto suas conseqüências se voltam para condutas daqueles que possam responder às exigências e valorações impostas pela norma.

Reale Jr. entende que “a antijuridicidade se refere à ação realizada em posição axiológica conflitante com um valor tutelado pelo direito. Quando não se tem ciência de que o valor é tutelado pelo direito, a ação é antijurídica, porém não reprovável.”⁸⁸ Ele conclui que a valoração negativa da conduta não se confunde com o conhecimento desta mesma ilicitude por ele, na culpabilidade.

Assim, conclui-se que existe uma alteração finalista que tenta organizar a questão da objetividade/subjetividade da ilicitude. Trata-se desta mudança paradigmática que introduz de forma definitiva a subjetividade ao injusto, fazendo-o pessoal e migrando da culpabilidade estas características. Sustenta-se que a doutrina do finalismo colocou a vontade no centro do conceito de ilicitude, ao lado da lesão/ameaça a bem jurídico protegido.⁸⁹ Veja-se esta passagem de Welzel:

2. A antijuridicidade é um juízo de desvalor objetivo, ao recair sobre a conduta típica e realizar-se com base em um critério geral: o ordenamento jurídico. O objeto que é considerado antijurídico, ou seja, a conduta típica de um homem, constitui uma unidade de elementos do mundo exterior (objetivos) e anímicos (subjetivos).

Devido à variedade de sentidos do conceito ‘objetivo’, surgiu a crença equivocada de que a antijuridicidade pode referir-se apenas à face objetiva (do mundo exterior) da ação, por ser um juízo de desvalor ‘objetivo’. Na realidade a palavra ‘objetivo’ é empregada aqui em dois sentidos. A antijuridicidade só é objetiva no sentido de um juízo valorativo geral; seu objeto, a ação, é, pelo contrário, uma unidade de elementos subjetivos (do mundo exterior) e subjetivos (anímicos).⁹⁰

⁸⁷ REALE Jr. Miguel, *Teoria do delito*, p. 71.

⁸⁸ REALE Jr., Miguel. *Teoria do delito*, p. 87.

⁸⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilícitude penal e causas de sua exclusão*, p. 7.

⁹⁰ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal; uma introdução à doutrina da ação finalista*, p. 52.

Todavía, existe una interpretación diversa acerca da forma de subjetivação do injusto penal (que não se contesta). Conforme afirmam Zaffaroni/Alagia/Slokar, há uma confusão terminológica: “Esto produjo gran confusión, (a) primero, porque se confundía injusto o ilícito con antijuridicidad y (b) segundo, porque no se sabía qué se quería decir con el carácter objetivo de la antijuridicidad.”⁹¹

Saliente-se, novamente, que para parte da doutrina alemã não há separação entre os termos *injusto*, *ilícito* e *antijuridicidade*. Já ficou dito que, nesse trabalho, faz-se a divisão entre o conceito de injusto (que os alemães também denominam ilícito) e ilícito (que os alemães denominam antijuridicidade). Tudo conforme explicação anterior.

Zaffaroni/Alagia/Slokar entendem que o finalismo trouxe ao injusto penal (ação típica e antijurídica) aspectos subjetivos. Também concordam que a antijuridicidade (ou ilicitude) é uma característica (de valoração negativa) do injusto e não ele (injusto) na sua totalidade. Ocorre somente que eles organizam diversamente a localização da subjetividade do injusto, mantendo o conceito de ilicitude objetivo:

es objetiva en dos sentidos: (a) en principio, la antijuridicidad de una conducta concreta se determina conforme a un juicio predominantemente factico e non valorativo; el juicio subjetivo (valorativo) viene hecho por la ley (en cuyo concepto, por supuesto, se abarca la Constitución), que se limita a concretarlo con la derogación de un ámbito de libertad constitucional y la conseqüente afirmación definitiva de la prohibición por la ausencia de un permisso legal que mantenga esse originario status normativo. Deste modo, el juez realiza un juicio objetivo (con predominio fáctico); el legislador realizó um prévio juicio subjetivo (valorativo). (b) en otro sentido, la antijuridicidad es objetiva porque no toma en cuenta la posibilidad exigible al sujeto de realizar outra conducta motivándose en la norma, es decir, lo que pertenece a la culpabilidad.⁹²

O autor argentino usa argumentação parecida com a de Bettiol, separando os comandos imperativos e valorativos da norma penal. E, mais que isto, ele separa os

⁹¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p. 467.

Quanto à leitura de Zaffaroni/Alagia/slokar, deve-se tomar um especial cuidado com as nomenclaturas. Para que faça sentido a sua elaboração teórica, deve-se considerar que eles utilizam como sinônimos os termos *injusto penal* e *ilícito*. Usam, ainda, o termo *antijuridicidade* tal como aqui neste trabalho se verifica ser sinônimo de *ilícito*. Tal confusão terminológica já foi assinalada anteriormente.

⁹² ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p. 468.

momentos legislativos e judicantes na apreciação da proibição da conduta.⁹³ Todavia, Zaffaroni aceita o injusto finalista, subjetivado. Bettiol, ao contrário, entende que a relação psicológica entre autor e evento fica na culpabilidade.⁹⁴

A concepção de Zaffaroni vem parcialmente ao encontro do que se sustenta neste trabalho: a valoração da proibição antecede a elaboração do tipo em sua elaboração. Nesse momento há constatação valorativa da ilicitude, de forma a somente tipificar condutas proibidas (causadoras de ofensa aos bens jurídicos protegidos). Há um conteúdo subjetivo da ilicitude, que antecede a tipificação.

Todavia, admite-se apenas um encontro parcial com as idéias de Zaffaroni. Ele sustenta a valoração do tipo a partir da antinormatividade, adotando a teoria da *ratio cognoscendi*. Assim, confluem os argumentos apenas no sentido de se admitir uma valoração negativa na elaboração da figura típica. Os fundamentos de afastam na definição do conteúdo proibitivo do tipo: antinormatividade ou ilicitude. No próximo capítulo essa questão será analisada de forma detalhada.

Certo é que, ao realizar análise judicial da ilicitude concretizada na conduta executada pelo agente, tal verificação é objetiva. Neste ponto concorda-se inteiramente com Zaffaroni. Tem-se, neste momento, a constatação fática/objetiva da proibição antes já valorada/subjetivada (no tipo). Assim, concretamente, subjetivar a ilicitude no momento judicante significaria confundi-la com a própria culpabilidade.⁹⁵ Não se conseguiria sustentar, por exemplo, o caráter ilícito da

⁹³ Veja-se Maurach e Zipf: “Que el derecho manda es algo evidente; pero no existe orden alguna que surja de una situación sin un presupuesto. Si el ordenamiento jurídico ordena hacer una cosa y dejar de hacer otra, es porque antes há examinado el valor de la acción y reconocido que una es buena y la outra mala. En este sentido se habla de una función de valoración y de determinación del derecho y entre éstas no cabe poner en duda que la preeminência temporal y lógica corresponde a la primera.” (MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*; parte general. Tomo I, p. 419)

⁹⁴ “Observe-se, porém, para não estabelecer confusões: considerando-se a culpabilidade sob o prisma normativo, não se afirma que se possa prescindir do liame psicológico que une o fato ao seu autor. Esse liame será sempre necessário, mas deverá ser considerado como um elemento de fato sobre o qual se assenta o juízo de culpabilidade. A culpabilidade não é mais um dado psicológico-naturalístico, mas um juízo que pressupõe a presença de vários elementos entre os quais se inclui o nexó psicológico entre o evento e o autor.” (BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Volume II. Tradução de Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. Notas de Everardo da Cunha Luna. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 12).

⁹⁵ Assim pensam, mesmo adotando a doutrina finalista, Maurach e Zipf (MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*; parte general. Volume I, p. 420).

conduta cometida pelo inimputável (que não tem capacidade de compreensão do caráter ilícito da conduta).

Em resumo, fica para a culpabilidade (aqui já com a concepção normativa finalista) a análise da imputabilidade, bem como da potencial consciência da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa, por parte do agente. Faz-se, nesta fase, o uso da função imperativa (determinação) da norma.

Entretanto, percebe-se que, em determinadas situações, existem parcelas típicas que condicionam subjetivamente a ilicitude na sua concretização: os elementos subjetivos do injusto. Os limites entre o objetivo e o subjetivo se confundem nestes casos. Mas a situação ainda é trabalhada dentro da tipicidade, posto que se adota o tipo total do injusto.

Figueiredo Dias, ao diferenciar o dolo dos elementos subjetivos do injusto (que ele denomina *os especiais elementos subjetivos do tipo*), afirma que esta última categoria não se refere a “elementos do tipo objectivo de ilícito”⁹⁶. Na mesma passagem ele afirma que estes elementos subjetivos do injusto, se ausentes, fazem inexistente o tipo de ilícito.

Tais elementos são de ordem subjetiva e são acrescidos à vontade do agente. Como são manifestações de vontade, somente podem existir elementos subjetivos do injusto em tipos dolosos. Todavia, a vontade dolosa é intenção diversa daquela expressada nos elementos subjetivos do injusto. Estes são acréscimos ao ânimo do agente. São vontades além do dolo, que exatamente dão a conotação de proibição/ilicitude às condutas típicas executadas.

É perceptível que, em algumas situações, a ilicitude estará condicionada às subjetivações e valorações das ações/omissões dos agentes.⁹⁷ Mas, como se afirmou, tudo está no tipo total. Certo é que os elementos subjetivos do injusto, mesmo estando presentes no tipo, condicionam a ilicitude. A ausência deles acarreta a atipicidade de uma conduta.

⁹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*; parte geral. Tomo I, p. 379.

⁹⁷ Alguns elementos normativos do tipo penal executam esta mesma função, condicionando o caráter ilícito de uma conduta típica. À frente, estes elementos (normativos) serão conceituados.

Mezger, ao sistematizar os elementos subjetivos do injusto, embora concebendo-os apenas de forma excepcional⁹⁸, abriu caminho para a futura concepção pessoal do injusto penal.

Concluindo, há acerto em se deslocar a subjetividade da estrutura do delito para o injusto penal. Ocorre que esta subjetivação atinge parcelas do injusto (a primária valoração legislativa da ilicitude e a construção típica, especialmente quando existem elementos subjetivos do injusto), não necessariamente se ligando à ilicitude concretizada, que permanece objetiva.

Ao adotar tal premissa, evidentemente não se inviabiliza a utilização da estrutura da *ratio essendi* (e do tipo total) Pensa-se da seguinte forma: toda ação típica já é dotada de valores de ilicitude.

Na etapa legislativa, valora-se negativamente a conduta com a proibição (ilicitude), antes da tipificação. Primeiro, então, verifica-se a contrariedade de uma conduta aos valores do ordenamento jurídico. Evidentemente, a valoração da proibição (ilicitude), neste momento legislativo tipificador, deve conter elementos objetivos e subjetivos para a sua constituição. Posteriormente, na fase judicante, a análise da ilicitude é objetiva. Todavia, por vezes, somente se verifica concretamente esta atuação proibida ao se verificar, no tipo penal, alguns elementos anímicos especiais da conduta: elementos subjetivos do injusto, por exemplo.

⁹⁸ Vargas identifica este momento histórico: “Embora tenham sido Hegler e M.E. Mayer, respectivamente, em 1914 e 1915, os que levantaram a questão de o tipo penal não ter, sempre e exclusivamente, caráter objetivo, foi Mezger o grande formulador da teoria em apreço, com seu trabalho ‘Elementos subjetivos do injusto’, de 1923.” (VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 40)

Mayer também admitiu a valoração subjetiva do injusto penal, igualmente de forma excepcional. Ele afirma: “los elementos subjetivos de la antijuridicidad són autenticos atributos de la antijuridicidad, pero no son atributos de la culpabilidad, ni autenticos ni inautenticos; no tienen um doble carácter, como los presupuestos de la pena examinados bajo el número 1, sino carácter único.” (MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*; parte general. Traducción por Sergio Politoff Lifschitz. Buenos Aires/Montevideú: Euros Editores/B de F Ltda., 2007, p. 233.). O item de número 1 a que se refere Mayer trata dos elementos normativos do tipo legal, que para ele tem dupla função: na tipicidade e na ilicitude.

Mezger entendia que as questões ligadas ao ânimo do agente, como a intenção ilícita de atuar, pertenciam à culpabilidade. Todavia, o próprio Mezger afirmou: “Pero sería erróneo querer afirmar este principio sin excepción alguna, y referir em consecuencia todo lo objetivo ao injusto y todo o subjetivo a la culpabilidad, concibiendo al primeiro sólo objetivamente y solo subjetivamente a la segunda” (MEZGER, Edmund. *Apud* VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 40)

2.2.6 Finalizando: um conceito de ilicitude

Pelo que se apresentou, entende-se por *ilicitude* a característica de proibição que tem uma conduta individual, em relação à norma positivada. Trata-se de uma contrariedade, objetiva (nos moldes apresentados por Zaffaroni), desta conduta em relação ao ordenamento jurídico como unidade normativa. Não é característica da pessoa. Ademais, deve ser verificada, em sua concepção material (que engloba a concepção formal), com a finalidade de valorar as lesões/ameaças a bens jurídicos eleitos à proteção penal.

Diversamente do que ocorre com outras categorias da teoria do delito, a ilicitude não é um conceito criado pelo direito penal, mas antes unitário e válido para todos os ordenamentos jurídicos. Tem, porém, consequências distintas, dependendo do ramo do Direito a que for aplicada. Tal afirmativa, no entanto, não tira do Direito Penal o seu caráter constitutivo quanto ao objeto da tutela punitiva. Isto porque o injusto penal é específico. Assim, faz-se a adequada eleição de bens jurídicos para a tipificação das proibições necessárias, constituindo o objeto da tutela punitiva.

Sempre com a ressalva de que a intenção não é exaurir a análise da ilicitude, resta constatar que existem causas que excluem a ilicitude de uma conduta típica:

Mas há ações típicas que, pela posição particular em que se encontra o agente ao praticá-las, se apresentam em face do direito como lícitas. Essas condições especiais em que o agente atua impedem que elas venham a ser antijurídicas. São situações de excepcional licitude que constituem as chamadas causas de exclusão da antijuridicidade, justificativas ou discriminantes.⁹⁹

No Direito Penal, a realização de um fato típico pressupõe uma conduta proibida. Em virtude de questões de ordem político-criminal, excepcionalmente o legislador permite que se realizem condutas, em tese, proibidas. As regras autorizadas de tais condutas são analisadas por um método negativo.¹⁰⁰ Se não houver nenhuma causa justificadora (tipos permissivos), haverá ilicitude naquela conduta materialmente típica.

⁹⁹ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*; parte geral. Tomo I, p. 229.

¹⁰⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 248.

No ordenamento jurídico-penal brasileiro, as causas de justificação se encontram no artigo 23 do Código Penal¹⁰¹: *estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito*. Afirma o parágrafo único deste artigo, ainda, que “o agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso culposo ou doloso.”

Saliente-se que, nas causas de justificação, além dos elementos objetivos do tipo permissivo, o requisito de ordem subjetiva também é necessário. O agente deve saber que atua amparado por causa excludente da ilicitude. Welzel assim escreve:

As causas de justificação possuem elementos objetivos e subjetivos. Para a justificação de uma ação típica não basta que se dêem os elementos objetivos de justificação, senão que o autor deva conhecê-los e ter, ademais, as tendências subjetivas especiais de justificação. (...). Se faltar um ou outro elemento subjetivo de justificação, o autor não se justifica apesar da existência dos elementos objetivos de justificação.¹⁰²

Mesmo aqueles que sustentam um conceito objetivo de ilicitude admitem a necessidade de constatação de elementos subjetivos nas excludentes. Veja-se, por exemplo, Maurach e Zipf:

para la aplicación de una causal de justificación no es suficiente la presencia de los presupuestos objetivos. A ellos debe agregarse como elemento subjetivo de justificación el que el autor haya reconocido la situación justificante objetivamente existente y actuado de conformidad a ella.¹⁰³

Constata-se a existência de causas supralegais de exclusão da ilicitude. São situações normatizadas pelo ordenamento jurídico. Em relação a esse tema, silenciaram-se os reformadores do Código Penal brasileiro (em 1984). Entretanto, ao

¹⁰¹ Vale ressaltar que na parte especial do Código Penal brasileiro também se encontram alguns casos de exclusão de ilicitude. Vejam-se, por exemplo, os artigos 128 e 146, § 3º. Verificando atentamente, tais causas não se distanciam conceitualmente das causas gerais do artigo 23. Apenas são mais especificadas aos tipos penais individualizados.

¹⁰² WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*, p. 100.

Conforme Toledo (TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilcitude penal e suas causas de exclusão*, p. 23) e Tavares (TAVARES, Juarez. *Teorias do delito; variações e tendências*, p. 69/70), esta posição, à qual se filiam, é polêmica.

Há autores que sustentam que nas excludentes de ilicitude somente há elementos objetivos, não se exigindo qualquer orientação de ânimo do agente, em relação ao fato justificado. Neste sentido, ver Zaffaroni/Alagia/Slokar (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal; parte general*, p. 469.)

¹⁰³ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal; parte general*. Volume I, p. 432.

intérprete do direito cabe a percepção da existência delas. O dinamismo do direito confere legitimidade às descobertas de novas causas que possam excluir a ilicitude de uma conduta.

É verdade que a disposição legal das excludentes de ilicitude no ordenamento brasileiro deixa pouco espaço para o novo. Todavia, conforme Toledo, “as causas de justificação, ou normas permissivas, não se restringem, pois, numa estreita concepção legalista, às hipóteses previstas em lei.”¹⁰⁴

2.3 Elementos componentes do injusto penal: o tipo penal

2.3.1 O conceito e sua evolução dogmática

Desde o causalismo, até as tendências dogmáticas mais modernas (pós-finalistas), há uma evolução na estrutura valorativa e na composição de cada parcela integrante da teoria do delito: cada teoria da ação tem reflexos nos conceitos de tipo penal, de ilicitude e de culpabilidade.

Tipo legal de crime é um esquema legal abstrato que descreve condutas proibidas/ordenadas pela ordem jurídica. Tal conceito foi o último a ser determinado pelo Direito Penal. Com ele, completou-se a moderna teoria do crime, que adquire contornos teóricos diversos conforme a teoria da ação que o sustenta.

No século XIX, a dogmática penal alemã conceituou a expressão *Tatbestand*¹⁰⁵, que concebeu o crime, com seus elementos e pressupostos de

¹⁰⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilícitude penal e causas de sua exclusão*, p. 21.

¹⁰⁵ Este termo da doutrina alemã não tem uniformidade no seu uso. Antes da sistematização de Beling, a palavra *Tatbestand* era usada com sentido ampliado, significando o conjunto de todos os pressupostos para a aplicação da pena (aquilo em que consiste o fato ou o delito). Conforme Mizabel Derzi, “o embrião teórico da questão pode ser apontado no corpus delicti das antigas leis latinas. (...). E, efetivamente, em torno do corpus delicti, a ciência penal não só trabalhou o conceito de elementos materiais do delito, propriamente dito, mas, aos poucos, a acepção foi-se tornando mais abstrata e independente, chegando a representar o somatório de todos os caracteres internos (inclusive o dolo e a culpa) e externos do delito, em autores como Stübel (1805), Luden (1840), Härschel (1873) e Shaper

punibilidade. Ocorre que, somente no início do século XX, mais especificamente em 1906, é que Beling sistematizou o conceito de tipo penal.¹⁰⁶ Para o autor, adepto do causalismo¹⁰⁷, a tipicidade era independente da antijuridicidade e da culpabilidade.

O tipo penal de Beling, causalista, abstraía de valores em sua estrutura, tendo objetivamente uma função descritiva. Apenas descrevia a imagem externa de uma conduta específica, verificando se existia adequação à norma proibitiva

(1873).” (DERZI, Mizabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. 2 ed, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 155.)

Após Beling (*Die Lehre Vom Verbrechen*, de 1906), o termo passou a ser usado em um sentido restrito, significando a descrição legal de ação punível (o que veio a ser traduzido como tipo penal).

Vargas, citando vários autores, demonstra claramente como a tradução do termo alemão *Tatbestand* (usado no Código Penal Alemão de 1871) foi feita de forma diversa para os vários ordenamentos jurídicos: na França recebeu o nome de “éléments légaux”; na Espanha foi denominado “contenido legal del hecho”; Soler traduziu como “delito-tipo”; Asúa preferiu o termo “tipicidade”; Na Itália, Antolisei usou a expressão “modelo astratto del reato” e Grispini preferiu denominar “fattispecie legale, modelo ou tipo”. (VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 22). No Brasil, convencionou-se usar a expressão *Tipo*.

Zaffaroni/Alagia/Slokar ainda fazem uma outra distinção, entre as expressões *Tipo* e *pragma*: “Tipo es la traducción aceptada por la doctrina de la palabra alemana Tatbestand, que literalmente significa supuesto de hecho y, por ello admite en alemán dos claras significaciones: (a) el supuesto de hecho fáctico (el acontecimiento particular y concreto que se da en la vida y en el mundo, ...) y (b) el supuesto de hecho legal (el modelo general y abstracto que la ley crea para su señalización, ...). Esta terminología no puede usarse en castellano, porque (...) el tipo siempre es abstracto. (...) El tipo capta todo esse supuesto de hecho fáctico, concreto y particular, dado en el mundo real. Por esto, preferimos mantener la palabra tipo para la fórmula legal abstracta y llamar pragma a lo particular y concreto. El pragma es la conducta realmente realizada, pero con resultado y sus circunstancias.” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p.341/342)

¹⁰⁶ CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. V. I. Reimpressão. Colaboração de Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Almedina, 2008, p. 280.

¹⁰⁷ O sistema causal utilizou-se do positivismo mecanicista para fundamentar a teoria do delito. Havia a utilização da idéia de causa e efeito para a verificação do comportamento humano. O conceito causal de ação penalmente relevante traduziu-se “na manifestação humana voluntária, causadora de resultado físico modificador do mundo exterior.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*; parte geral. Tomo I, p. 240). Havia uma maior consideração do resultado físico, deixando-se em segundo plano a valoração da conduta. Liszt afirmava que “sem ato de vontade não há ação, não há injusto, não há crime: cogitationes poenam nemo patitur. Mas também não há ação, não há injusto, não há crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um resultado.” (LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal*. Tomo I, p. 217.)

Existia separação entre ação (neutra de valores), como manifestação voluntária causadora de resultado, e o conteúdo volitivo desta manifestação. Era clara a divisão entre os aspectos objetivos do crime (tipicidade e ilicitude) e o aspecto subjetivo (culpabilidade).

abstratamente elaborada. Na ilicitude, é que haveria juízos valorativos, por ser definida como contrariedade da norma proibitiva ao fato executado.¹⁰⁸

Evidentemente, a estrutura típica do conceito causalista de Beling é bem mais complexa dogmaticamente. Todavia, ao que interessa a este trabalho, já se tem um conceito suficiente: ele concebeu o tipo como uma imagem reitora, apenas descritiva e desprovida de conteúdo valorativo.

Ocorre que este conceito de tipo penal não determinava com precisão uma série de institutos necessários à compreensão do delito. Isto porque era concebido de forma meramente descritiva e com separação absoluta entre as partes objetiva (injusto) e subjetiva (culpabilidade) do crime.

Assim, mesmo sem um rompimento com o sistema causal de Liszt-Beling, houve uma necessária reestruturação da estrutura do delito, agregando uma valoração (até então inexistente) à análise do injusto.¹⁰⁹ O tipo penal desta segunda fase do sistema causalista¹¹⁰ foi redefinido em sua axiologia.

Percebeu-se a importância da compreensão de como os valores integravam o conceito do injusto penal e de que forma estavam contidos na norma. Aliava-se este estudo dos valores aos aspectos ontológicos da estrutura típica. Houve mudanças no conceito de delito sem abandonar-se a teoria causalista.

¹⁰⁸ “para Beling, o tipo deveria considerar-se valorativamente neutro; a acção seria típica sempre que, formalmente, se pudesse subsumir em uma das descrições de conformação externa da conduta punível, independentemente da formulação de qualquer juízo de valor; este só viria a ter lugar quando se analisasse a concordância ou oposição entre o comportamento externo-objectivo do agente e as exigências impostas pela ordem jurídica, isto é, precisamente, quando se analisasse a licitude ou a ilicitude daquele comportamento.” (CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Volume I, p. 281)

¹⁰⁹ Neste sentido, ver Mir Puig (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*; parte general, p. 184).

¹¹⁰ Também denominado *causalismo neo-kantiano*, ou ainda *neokantismo penal* (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p.341/342). Bitencourt denomina esta fase da dogmática penal como sendo um “conceito neoclássico de delito”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*; parte geral. Volume 1, p. 141). Jescheck usa igual nomenclatura.

Esta corrente causalista, apoiada na filosofia Kantiana, analisou a dogmática penal com destaque à questão dos valores (premissas do ser e do dever ser.). Introduziu-se, no estudo da estrutura analítica do delito, a axiologia. O conteúdo valorativo foi determinado em todas as características do crime, orientando o conteúdo das diversas categorias que compõem o conceito analítico de delito.

O conceito de ação deixou de ser o centro das atenções na teoria do delito, passando a figurar como elemento do tipo penal.¹¹¹ A estrutura típica perdeu o caráter absolutamente “mecanicista”. Valores, mesmo que excepcionalmente, passaram a fundamentar a estrutura do injusto penal.

Assim, ampliou-se o conceito de ação para alcançar situações antes não abrangidas pelo conceito (por exemplo, os crimes sem resultado naturalístico). Passou-se a admitir a verificação do desvalor da conduta no momento da responsabilização penal. Mais importante que a verificação ontológica era a percepção valorativa do resultado jurídico do crime.

Resta claro que o conceito de tipo que surge neste arcabouço teórico neokantista não era mais tão somente descritivo. Elementos outros¹¹², normativos e subjetivos, foram incorporados à estrutura típica.

É de se destacar que, neste momento, a verificação de elementos subjetivos e normativos no tipo penal ainda era considerada excepcional.¹¹³ Todavia, já se reconhecia a necessidade valorativa neste elemento do injusto penal.

A partir da inclusão de elementos normativos e subjetivos na estrutura típica, tornando-a valorativa (mesmo que ainda de forma excepcional), começou-se a perceber que existia uma relação entre tipo penal e ilicitude, dentro da estrutura do injusto penal. Algumas teorias foram utilizadas para configurar tal relação. Mayer desenvolveu a teoria da *ratio cognoscendi*, enquanto Mezger e Sauer estruturaram o conceito através da teoria da *ratio essendi*. Há que se destacar, ainda, a teoria dos *elementos negativos do tipo penal*, desenvolvida por Frank e Merkel.

Certo é que, ao se adotar uma das teorias arroladas, fica absolutamente evidenciado o caráter valorativo do tipo penal.

¹¹¹ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito*, p. 17.

¹¹² A sistematização dos elementos normativos foi realizada por Mayer (LUIZI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista da ação e a nova legislação penal*. Porto Alegre: SAFe, 1987, p. 18). Quanto aos elementos subjetivos do injusto, apesar de formulações anteriores (Fischer Nagler, Graf Zu Dohna, Hegler e Mayer), foi Mezger quem os sistematizou definitivamente (Jescheck, *apud* VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 34/35).

¹¹³ Tornando o tipo penal uma estrutura excepcionalmente anômala, considerando a sua natureza descritiva, ainda oriunda do conceito apresentado por Beling. Tal conclusão pode ser percebida na

Adiante, nesta evolução do tipo penal, surgiram, na Alemanha, alguns críticos do causalismo (seja quanto ao sistema de Liszt-Beling, seja quanto à adoção da idéia de valoração neo-kantiana). Assim, foi sistematizado o sistema finalista.

A crítica maior, entre outras, foi quanto ao conceito causal e mecanicista de ação, que separou a vontade de seu conteúdo. Assim, o conceito foi redefinido por Welzel: “a ação humana é exercício de uma atividade final.”¹¹⁴

O sistema finalista se afasta de um idealismo gnosiológico¹¹⁵, em direção a um o realismo gnosiológico.¹¹⁶ Com isto, pretende-se obter valores com a verificação da realidade do ser, de forma a fundamentar o dever-ser estruturante do Direito.

Este dever-ser deve respeitar os limites e determinações do ser. Trata-se de um conceito ôntico-ontológico, com a superação do neokantismo que o antecedeu. Houve o resgate da fenomenologia de Husserl, com este objetivismo finalista.¹¹⁷

Conforme tendência já antecipada pelo causalismo (com sua corrente neokantiana), o finalismo considerou a ação como sendo somente mais um elemento típico. Foi, portanto, afastada do centro da teoria do crime.

obra de Daniela Marques (MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 47).

¹¹⁴ Para Welzel o conceito de ação finalista é vidente, enquanto o conceito de ação causalista é cego (WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*; uma introdução à doutrina da ação finalista, p. 27.).

A finalidade das ações exige que exista a antecipação dos resultados queridos e dos meios a serem utilizados para tanto. Isto porque o ser humano é capaz de prever as conseqüências dos atos que pretende executar, mensurando-as e condicionando seus desejos.

¹¹⁵ No idealismo gnosiológico, a conduta é criada pelo desvalor contido na proibição. Há, “um conceito jurídico-penal de conduta distinto do ôntico-ontológico.” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. V 1. 7 ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 371). Em resumo, o conhecimento cria o objeto.

¹¹⁶ Há o “reconocimiento de que el mundo empírico se halla ordenado previamente al conocimiento humano. No es el hombre, con la aportación de sus categorías mentales quien determina el orden de lo real, sino que el hombre se encuentra con un orden objetivo que responde a unas estructuras lógico-objetivas (no subjetivas).” (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*; parte general, p. 185).

¹¹⁷ “A tese fundamental da fenomenologia consiste em dizer que o mundo não existe senão para uma consciência. Todos os objetos do mundo são fenômenos para a consciência, (...). Para compreender igualmente o método husserliano, pelo menos em sua intuição central, é preciso apreender que, segundo a fenomenologia, cada uma de nossas experiências tem uma forma específica que lhe é prescrita por seu objeto. É analisando a estrutura de nossa experiência que podemos apreender a estrutura do objeto. Contrariamente a Kant, Husserl pensa que podemos intuir a priori as estruturas universais e necessárias sob a forma de ‘leis de essência’; em suma, uma consciência intuitiva, desafiando a condenação kantiana da ‘intuição intelectual’, (...)” (BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI,

O tipo penal se tornou estrutura complexa no injusto penal. Definiu-se com clareza (sem a idéia anterior de excepcionalidade) a sua parte objetiva (ação; eventual resultado; condições e características objetivas do agente) e parte subjetiva (vontade do agente: dolo e, por vezes, os elementos subjetivos do injusto).

Assim, ao que importa a este estudo da evolução do tipo penal, a teoria finalista trouxe importantes contribuições dogmáticas. O dolo e a culpa passaram a integrar a estrutura típica, tornando o injusto penal definitivamente subjetivado e pessoal. Esvaziou-se o conceito causalista de culpabilidade.¹¹⁸

O tipo penal finalista tem um elemento valorativo e de conteúdo material, consistindo na determinação da proibição da conduta descrita. Todavia, também descreve esta conduta proibida, sendo este o seu aspecto fático (com os elementos objetivos e subjetivos).¹¹⁹ É de se concluir que o injusto finalista é direcionado ao agente, diferentemente do injusto objetivo causalista (focado no fato).

Após a sistematização da teoria finalista, na década de 30 do século passado (XX), tal concepção tornou-se importante referência para a compreensão das categorias do delito. Não foi diferente quanto ao estudo do injusto penal. Ocorre que, desde a década de 60, igualmente do século XX, outras sistematizações teóricas foram elaboradas, superando o finalismo, sem, no entanto, negá-lo em suas principais categorias.

Pode-se destacar um *conceito social de ação*, elaborado inicialmente por Schimdt. O intuito era o de superar o conceito mecanicista do causalismo, bem como o conceito finalista em sua extremada tendência ontológica.¹²⁰ Ao que interessa a este trabalho, na teoria social da ação, o conceito analítico de crime se

Aglaé. *História da filosofia do direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005, p. 357).

¹¹⁸ O que não significa desprestígio ao conceito de culpabilidade finalista. Ao contrário, a partir desta concepção finalista, verifica-se, neste elemento do crime, uma importante função limitadora da intervenção penal. O conceito se normativizou definitivamente: "a culpabilidade para os finalistas é compreendida como um puro juízo de reprovação sobre o autor, por não haver este se omitido da ação antijurídica, ainda quando podia fazê-lo." (TAVARES, Juarez. *Teorias do delito*, p. 73).

¹¹⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 152.

¹²⁰ É de se perceber que, na estrutura dogmática da teoria social da ação, existem elementos que se identificam tanto com o causalismo, quanto com o finalismo. Daí a razão de se afirmar que tal teoria não desejou a superação das teorias antecessoras pela simples negação. Premissas teóricas, desde que compatíveis com as concepções sociais de ação propostas, foram mantidas ou aperfeiçoadas.

mantém o mesmo das teorias que o antecederam: ação típica, ilícita e culpável. Mais especificamente ainda, quanto ao tipo legal, a teoria social respeita a idéia finalista de ali colocar os elementos subjetivos das condutas humanas.¹²¹ Ainda, essa doutrina concorda com a existência de alguma relação entre o tipo e a ilicitude. Jescheck, por exemplo, assim definiu esta ligação: “(...), la tipicidad de la acción se caracteriza también como ‘indicio de la antijuridicidad’”.¹²²

Por fim, falta apresentar a etapa mais atual da dogmática penal (e sua implicação na estrutura do tipo penal): o funcionalismo. Uma ressalva deve ser feita, no sentido de se informar que não existe apenas um sistema funcional na teoria do delito. Antes, várias concepções funcionalistas foram sistematizadas, cada qual com seus preceitos fundantes.

Sem a pretensão de aqui conceituar essas diversas teorias, certo é que, nelas, há interessantes contribuições no que se refere ao estudo do tipo. Roxin (teoria funcional-teleológica) e Jakobs (teoria funcional-sistêmica), por exemplo, conceituaram a imputação objetiva, cada qual com seus pressupostos específicos.

De modo geral, a imputação objetiva pretende resolver questões de causalidade na parte objetiva do tipo penal. Todavia, não deve ser analisada como o único critério de imputação de responsabilidade: “tampouco debe suponerse que la imputación objetiva se derive una imputación penal completa (...), pues para ésta se necesita aún un tipo subjetivo y la culpabilidad. Aquí se trata únicamente de las propiedades objetivas generales de la conducta imputable.”¹²³

Parte-se do conceito de risco não autorizado normativamente. Certo é que as condutas humanas (ações e omissões) têm riscos inerentes à sua realização. Alguns riscos são tolerados e outros não, dentro de limites estipulados socialmente (e depois são normativizados). Quanto a esses últimos (riscos não admitidos),

¹²¹ “la cooperación entre las teorías social y final parece ser lo más adecuado, ya que ellas no se excluyen, sino que se complementan.” (MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*; parte general. Volume I, p. 263).

¹²² JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*, p. 443.

¹²³ JAKOBS, Günther. *Derecho penal*; parte general - Fundamentos y teoría de la imputación. 2 ed, corregida. Traducción por Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano G. de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 225.

imputa-se objetivamente uma conduta típica a quem cria um perigo juridicamente desaprovado pelo ordenamento jurídico, desde que ocorra um resultado lesivo.¹²⁴

2.3.2 Os elementos componentes do tipo penal

As condutas típicas contêm uma parte subjetiva e outra objetiva nas suas estruturas. Primeiramente, os *elementos subjetivos* do tipo determinam as manifestações de vontade do autor do fato típico. Evidenciam estados volitivos. Uma interessante definição pode ser obtida com Mir Puig:

La parte subjetiva del tipo se halla constituida siempre por la voluntad – consciente, como en el dolo, o sin conciencia suficiente de su concreta peligrosidad, como en la imprudência -, y a veces por especiales elementos subjetivos (por ejemplo, el ‘ánimo de lucro’ en el delito de hurto (art. 234 CP).¹²⁵

Os elementos subjetivos do tipo penal manifestam a vontade do agente. Com a superação do causalismo, em direção à doutrina finalista (ou às teorias que a sucederam), o tipo penal deixou de ser meramente descritivo de uma conduta praticada por uma pessoa. Houve a subjetivação da figura típica, por etapas.

¹²⁴ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 24 e ss.

Com Roxin: “Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor há creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se há realizado en el resultado concreto.” (ROXIN, Claus. *Derecho penal*; parte general. Tomo I, p. 363)

Roxin usa a idéia da finalidade protetiva da norma (alcance do tipo penal) para determinar, ao lado da questão do incremento do risco (e do resultado causado), a imputação objetiva de um resultado a um agente: “Sin embargo, cada vez se impone más la opinión de que pese a ello en el caso concreto aún puede fracassar la imputación en que el alcance del tipo, el fin de protección de la norma típica (...), no abarca resultados de la clase de los procucidos, en que el tipo no está destinado a impedir tales sucesos.” (ROXIN, Claus. *Derecho penal*; parte general. Tomo I, p. 383/384)

Já Jakobs acresce à sua conceituação de imputação objetiva (ao lado do incremento do risco não permitido e do resultado) os princípios da *confiança*, da *proibição do regresso* e da *competência da vítima*. Para o autor, em resumo, o instituto da imputação tem intenção de “fornecer o instrumental conceitual com base no qual a sociedade interpreta o comportamento de determinada pessoa e o entende como comportamento delitivo, questionador da norma.” (GRECO, Luiz, fazendo a introdução do livro de ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução e introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 122).

¹²⁵ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*; parte general, p. 223.

Até se obter a atual formatação do tipo penal, que contempla o dolo como elemento subjetivo, a dogmática penal subjetivou, de forma excepcional, o injusto penal (portanto, também o tipo penal). Conforme já se afirmou, o causalismo de matiz neokantista excepcionalmente inseriu valores no tipo penal, subjetivando o injusto com a verificação da existência dos elementos subjetivos do injusto.¹²⁶

Contudo, o dolo ainda restava avaliado na culpabilidade. Em um primeiro momento (culpabilidade psicológica), era a totalidade do conceito de culpabilidade (junto com a culpa no sentido estrito). Após, ainda com uma estrutura causalista (valorada pela filosofia neokantiana), passou a ser apenas um dos elementos da culpabilidade.¹²⁷ Ressalte-se que, neste último momento, o dolo era normativo. No seu conceito se incluía a consciência (atual) da ilicitude.

Foi o finalismo que trouxe definitivamente o dolo (e a culpa em sentido estrito) para o tipo penal, completando o caráter subjetivo do injusto penal. O dolo normativo do causalismo se transformou em um conceito naturalístico, sendo por excelência o elemento subjetivo do tipo penal.¹²⁸ A consciência da ilicitude, que antes integrava o dolo, agora é potencial e permanece compreendida no âmbito da culpabilidade.

Dolo, hoje, é concebido pela vontade de agir (componente volitivo) e pela consciência fática de todas as elementares da conduta típica a ser praticada, inclusive no que se refere às consequências dela (componente cognitivo). Este é o conceito de *dolo direto*, no qual o agente executa as condutas (ações ou omissões) constantes de um tipo penal, compreendendo e desejando a integralidade de suas elementares (inclusive o resultado e o nexos causal).

¹²⁶ Neste sentido, ver LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*, p. 61/62.

¹²⁷ O dolo e a culpa em sentido estrito deixaram de ser espécies de culpabilidade e passaram a ser elementos desta. Esta culpabilidade normativa, que se traduz em um juízo de reprovação ao autor do fato, era acrescida da imputabilidade e da exigibilidade de conduta conforme o Direito. Neste sentido, ver: MEZGER, Edmund. *Derecho penal*; libro de estudio. Tomo I: parte general, p. 189 e ss.

¹²⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 228/229.

Contudo, salienta-se que a teoria social da ação determina que o dolo figura como elemento do injusto (subjetivando o tipo penal), mas também exerce a função (juntamente com a culpa em sentido estrito) de mensurar a censura na culpabilidade (criando-se tipos de culpabilidade dolosa e culposa). Para esta teoria, na culpabilidade o dolo deve “caracterizar a disposição de ânimo que se expressa justamente na lesão dolosa ao bem jurídico, que é a recusa consciente à pretensão de respeito ao bem jurídico lesionado.” PUPPE, Ingerborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução de Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 5).

Há, ainda, o *dolo eventual*. Neste caso o agente assume o risco de um resultado típico possível, mesmo sem desejá-lo diretamente. O agente, com sua conduta (com o risco assumido), consente na sua ocorrência, não se importando com as consequências do resultado obtido. Tal consentimento, desde que exista a ciência do autor quanto à situação fática existente, iguala-se ao dolo direto.¹²⁹

Figueiredo Dias, escrevendo sobre o Direito Penal português, assim adverte:

§ 4º O CP não define o dolo do tipo, mas apenas, no art. 14º, cada uma das formas em que ele se analisa. A doutrina hoje dominante conceitualiza-o, na sua formulação mais geral, como conhecimento e vontade de realização do tipo objetivo de ilícito. Importa por isso perguntar antes de mais como se decompõe, em pormenor, esta estrutura e, mesmo antes disso, a que luz pode ela justificar-se.¹³⁰

Tal como no Direito Penal português, o artigo 18 do Código Penal brasileiro segue esta tendência. Todavia, mesmo sem a total precisão dogmática, trata-se de importante instrumento normativo para determinar situações dolosas (diretas e eventuais) e afastar as demais da adequação subjetiva ao tipo penal objetivo correspondente. Assim dispõe a lei pátria: “Diz-se o crime: I – Doloso, quando o agente quis o resultado, ou assumiu o risco de produzi-lo.”

Ainda quanto ao momento subjetivo do tipo penal, duas questões são relevantes e devem ser tratadas. Qual a natureza da culpa, em sentido estrito? Ainda, o que são os denominados elementos subjetivos do injusto penal?

Primeiramente, quanto à *culpa em sentido estrito*, pode-se afirmar que no tipo culposo não há uma parte subjetiva tal como existe no tipo doloso. Com Tavares:

¹²⁹ Mir Puig explica que duas correntes doutrinárias tentam delimitar a diferença existente entre o dolo eventual e a culpa consciente. Em ambos os casos, o agente deseja o resultado e, igualmente, nas duas situações se verifica a possibilidade de sua existência. Assim, o autor apresenta as teorias do consentimento (aprovação) e da probabilidade (representação), para resolver a questão. Enquanto na primeira teoria a questão se resolve com a verificação do consentimento de um resultado não querido diretamente, na segunda teoria, verifica-se o grau de probabilidade de ocorrência do resultado, a partir da conduta do agente. Mir Puig conclui com sua opinião, no sentido de que deve existir por parte do agente o conhecimento da concreta capacidade de sua conduta causar o resultado, ao atuar fora de um risco permitido (mas não da forma como pretende a teoria da probabilidade). Acresce, em sua opinião, que a aceitação da concreta probabilidade é necessária à configuração do dolo eventual. Todavia, sustenta que “no se exija la aceptación del resultado delictivo, sino sólo de la conducta capaz de producirlo. El dolo se exige como elemento de la conducta peligrosa ex-ante, que no incluye el resultado.” (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*; parte general, p. 269).

¹³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*; parte geral, tomo I, p. 349.

(...), ainda que se reconheça na ação culposa tanto o componente subjetivo, representado pela relação volitiva entre o agente e sua execução, quanto o objetivo, expresso na causalidade, não é recomendável a divisão do tipo em subjetivo e objetivo, como se costuma fazer com o tipo doloso. É que, neste caso, a relação volitiva final não interessa à realidade normativa. A relevância da ação resulta, aqui, de puro juízo objetivo sobre a conduta concretamente realizada e a violação de dever de cuidado, situando-se fora deste juízo a vinculação consciente ou volitiva entre agente e objeto de referência.¹³¹

Percebe-se que a culpa, em sentido estrito, tem um conteúdo normativo. Verifica-se, pois, a inobservância do dever objetivo de cuidado, como característica normativa aberta do tipo culposo.¹³²

Há adequação de uma conduta a um tipo culposo, sem que se verifique a existência de intenção do agente dirigida a um resultado proibido. A intenção do agente não interessa ao Direito Penal. Pune-se a conduta que, mesmo tendo fins lícitos, foi praticada de forma não diligente.

São elementos de um tipo penal culposo: “a) uma atividade inicial voluntária, dominada pela imprudência, negligência ou imperícia; b) a causação de um resultado definido na lei como crime; c) ausência de vontade e de previsão desse resultado; d) possibilidade de previsão deste último.”¹³³

Evidentemente, mesmo com tudo o que se expôs, não se pode desconsiderar que exista uma vontade nos delitos culposos. Há uma intenção na conduta do agente (que não interessa à ordem jurídica, todavia). Ocorre que, na ação/omissão dirigida ao resultado lícito almejado, há uma inobservância do agente quanto ao cuidado objetivo devido àquela situação (cerne da negligência). Há punição desde que esta ação/omissão resulte em um resultado (previsível) que ofenda bem jurídico protegido.

¹³¹ TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*; uma contribuição à teoria do crime culposo. 2 ed, revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 278.

¹³² “A inobservância do cuidado objetivamente devido resulta da comparação da direção finalista real com a direção finalista exigida para evitar as lesões dos bens jurídicos. A infração desse dever de cuidado representa o injusto típico dos crimes culposos. No entanto, é indispensável investigar o que teria sido, in concreto, para o o agente, o dever de cuidado.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*; parte geral. Volume 1, p. 227).

¹³³ VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal*; parte geral. Tomo I, p. 282.

A punição se baseia no desvalor da ação realizada sem o dever objetivo de cuidado, não se fundamentando na intenção do agente. Assim, este desvalor da ação tem maior relevância que o desvalor do resultado, nos crimes culposos.

Em resumo, a tipificação de delitos culposos, excepcional que é, decorre da necessidade normativa de punição de condutas que têm fins lícitos, mas que foram realizadas descuidadamente. O bem jurídico tutelado é tão importante que faz surgir tal exigência punitiva. Exatamente por não contemplar intenção do agente (dolo) é que as tipificações culposas devem ser excepcionais.

Ademais, mais especificamente no que interessa a este trabalho, os tipos culposos são abertos, não sendo hábeis a se relacionarem de forma adequada com o conteúdo proibitivo do injusto penal.¹³⁴

Finalizando a análise do tipo subjetivo, em algumas hipóteses determinadas existem outras subjetivações na figura típica, diversas do dolo. Trata-se dos elementos subjetivos do injusto.

os elementos subjetivos do injusto são elementos do campo psíquico-espiritual do agente, traduzidos em especiais tendências, intenções ou propósitos (fim especial de agir), que condicionam ou que fundamentam o juízo de ilicitude do comportamento.¹³⁵

Pode-se afirmar que os elementos subjetivos do injusto constituem-se de intenções acrescidas à vontade do agente. Eles somente estão presentes nos delitos dolosos. São manifestações anímicas que extrapolam o dolo e que fornecem uma maior censura às condutas tipificadas (exatamente pelo ânimo diferenciado).

A sistematização definitiva destes elementos subjetivos coube a Mezger, conforme antes já se afirmou. São elementos analisados na estrutura típica, sendo ligados à ilicitude.¹³⁶ Nas ações/omissões que necessitem desta subjetivação

¹³⁴ VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal*; parte geral. Tomo I, p. 281.

¹³⁵ MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*, p. 119.

São espécies de elementos subjetivos do injusto: *Delito de intenção* (Posterior à atividade. O comportamento é injusto ou justo pela intenção do agente na ação.); *Delito de tendência* (Confere à ação um sentido subjetivo não expresso no tipo.); *Especial motivo de agir* (de forma a impulsionar as condutas.); *Momentos especiais de ânimo* (que são estados anímicos especiais.).

¹³⁶ Assim afirma Echandía: “Aunque la doutrina alemana tradicionalmente há ubicado estos elementos dentro de la antijuridicidad con el argumento de que su presencia es decisiva para comprobar la existência de una conducta dañosa, nos parece, con la mejor doctrina, que su posición

adicional (um ânimo acrescido ou diferenciado do dolo), a sua ausência (dos elementos subjetivos do injusto) condiciona a atipicidade da conduta. Tal afirmação somente vem a corroborar a idéia de que o tipo penal contém, em sua estrutura valorativa, conteúdo proibitivo (de ilicitude). Significa afirmar que o tipo penal não se determina de forma meramente descritiva conforme pensou Beling.

Adiante, apresentada a sua parte subjetiva, resta conceituar os *elementos objetivos* do tipo penal. Na doutrina penal, costumam-se unir neste conceito os elementos meramente descritivos e aqueles outros denominados normativos, cada qual com suas características específicas.¹³⁷ Todavia, outros autores fazem uma divisão diversa, entendendo que os elementos objetivos são apenas aqueles meramente descritivos, que se diferenciam dos elementos normativos.¹³⁸

Roxin faz uma diferente abordagem dogmática sobre esta separação entre os elementos normativos e descritivos. Para ele, em alguns elementos meramente descritivos há igualmente uma necessidade de interpretação conforme a finalidade protetiva da norma e, em consequência, conforme critérios normativos.¹³⁹ Mais que isto, ele anuncia que “la mayoría de los conceptos normativos tampoco se presentan como puras valoraciones (...), sino que tienen un substrato descriptivo.”¹⁴⁰

Assim, é de se considerar que, para Roxin, pouca importância tem a separação entre estes elementos. Melhor é “reconocer que la mayoría de los elementos del tipo son una mezcla de elementos normativos y descriptivos, en los que tan pronto predomina un factor como el outro.”¹⁴¹

correcta está en la tipicidad. El próprio Mezger se inclina a reconocerlo cuando sostiene que ‘la teoría de los elementos subjetivos del injusto nos há demostrado que este depende en muchos casos de características subjetivas, es decir, situadas en el alma del autor; ahora bien, agrega, como quiera, que el tipo penal es solo injusto especial, tipificado, resulta que dichos elementos subjetivos del injusto, en tanto se refieren al injusto típico, forman parte del tipo como elementos subjetivos del mismo’.” (ECHANDÍA, Alfonso Reyes. *Tipicidad*. 6. ed. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 96.)

¹³⁷ Nesse sentido, entre outros autores: MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*; parte general. Volume I, p. 365.

¹³⁸ Neste sentido, por todos, veja-se Lopes (LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal*; parte geral. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 120.)

¹³⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal*; parte general. Tomo I, p. 306.

¹⁴⁰ ROXIN, Claus. *Derecho penal*; parte general. Tomo I, p. 306/307.

¹⁴¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal*; parte general. Tomo I, p. 307.

Até certo ponto, não se discorda de Roxin. Os elementos normativos são também descrições de eventos. Não há dúvida quanto a isto. Todavia, e aqui começa a discordância, ao contrário dos elementos descritivos, estes outros normativos se diferenciam por necessitarem de especial valoração do intérprete para terem sentido enquanto descrição da realidade.

Certo é que os elementos objetivos, meramente descritivos, são diversos daqueles normativos. Há normas cuja interpretação é plena de valor em si mesma e há normas que dependem de complementação na sua interpretação. Ao contrário do que afirmou Roxin, há, sim, uma distinção bem nítida entre as duas modalidades de elementos típicos. Tal conclusão parece mais adequada.¹⁴²

Adota-se, neste trabalho, então, a separação entre os elementos objetivos (que são meramente descritivos) e os elementos normativos, tal como faz Lopes.¹⁴³

Quanto aos elementos objetivos, que são meramente descritivos, há clareza e simplicidade no conceito. São aqueles verificados pela percepção direta dos sentidos humanos.¹⁴⁴ Podem ser percebidos independentes da vontade que o autor da conduta expressou. Sua objetividade não se condiciona a juízos axiológicos.

Wolf tinha uma teoria parecida com a de Roxin, em certo aspecto. Para ele, todos os elementos do tipo penal são normativos. Mesmo naqueles elementos meramente descritivos há a necessidade de valoração do intérprete da norma. Neste sentido, veja-se o que Vargas escreveu sobre esta teoria de Wolf (VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 110.). A conclusão de Wolf é a de que todas as expressões típicas dependem de alguma forma de valoração, posto que oferecidas à interpretação através de normas. Seja através da discricionariedade valorativa do julgador, ou não, no tipo penal sempre haverá uma necessidade interpretativa quanto aos seus elementos componentes.

Dias, apresenta o entendimento de Correia, também no sentido de que todos os elementos típicos são normativos, por expressarem juízo de valor proibitivo constante da figura típica (que é a antijuridicidade tipificada). Todavia, continua o autor, somente faz sentido utilizar a categoria dos elementos normativos se pudermos separar áqüeas parcelas típicas que, para além da valoração de ilicitude que contêm (por ser, a tipicidade, a *ratio essendi* da ilicitude), têm uma valoração distinta, relacionada a uma norma ou valor. (DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, p. 464.)

¹⁴² Mir Puig expressa bem a crítica que se faz a Roxin: “Ciertamente, toda palabra – también las que expresan elementos descriptivos – tiene un sentido fijado ‘normativamente’, en cuanto se halla definido por una convección lingüística y responde a alguna norma de lenguaje. No obstante, cuando se habla de elementos descriptivos en contraposición a los normativos no quiere desconocerse esta evidencia, sino referirse a aquellos términos que, aun definidos por las normas del lenguaje, expresan realidades sensibles.” (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*; parte general, p. 236).

¹⁴³ Conforme citado na nota de rodapé 138.

¹⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*; parte geral. Volume 1, p. 204.

Resta, então, conceituar estes elementos normativos do tipo penal. O próprio Roxin traz este conceito, assim escrevendo:

si por razones terminológicas se quiere seguir manteniendo una delimitación practicable de elementos descriptivos y normativos, es recomendable calificar como normativos, siguiendo a Engisch, solo a aquellos elementos 'que sólo pueden ser representados y concebidos bajo el presupuesto logico de una norma'¹⁴⁵

Também conceituando os elementos normativos, veja-se Terán Lomas: “Al considerar los elementos normativos, se ingresa en el mundo de los valores, de la significación, en contraste con el mundo de la realidad, al cual pertenecen los elementos descriptivos.”¹⁴⁶

São estruturas típicas que precisam ser especialmente interpretadas para terem sentido pleno. Não são compreendidas pela mera percepção descritiva/ontológica do objeto. Há uma necessidade axiológica diferenciada e a obtenção do significado das expressões que compõem os elementos normativos depende desta especial valoração que é feita. Isto, porque as normas que auxiliam na valoração destes elementos normativos são sócio culturais, morais ou legais.

Quem, de forma pioneira, determinou a presença dos elementos normativos nos tipos penais foi Mayer.¹⁴⁷ Todavia, ele atribuía uma função dupla à citada parcela típica. Os elementos normativos seriam normatizados de forma independente da conduta praticada pelo autor do fato típico. Assim, os elementos normativos integrariam a descrição da figura típica e, ao mesmo tempo, seriam parte do conteúdo da ilicitude. Seriam a ligação entre o tipo penal e a ilicitude.¹⁴⁸

¹⁴⁵ ROXIN, Claus. *Derecho penal*; parte general. Tomo I, p. 307.

¹⁴⁶ TERÁN LOMAS, Roberto A. M. *Derecho penal*: parte general. T. I. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980, p. 322.

¹⁴⁷ Roxin identifica a sistematização dos elementos normativos como sendo uma importante contribuição dogmática de Mayer. Teria sido a primeira doutrina que tentou romper com a noção de neutralidade valorativa do tipo penal proposto por Beling. (ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal*; tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Versión castellana del Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979, p. 61.)

¹⁴⁸ São elementos normativos (e, na sua expressão, *inautênticos*) da tipicidade: “los elementos normativos del tipo legal son aquellas partes integrantes de un resultado típico que solamente tienen un significado valorativo” (MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*; parte general, p. 228).

São, ainda, “autênticos elementos de la antijuridicidad. Puesto que una circunstancia que no señala la antijuridicidad, sino la fundamenta, que no es, por conseguinte, ratio cognoscendi sino ratio

Esta afirmação de Mayer traz sérios problemas dogmáticos não resolvidos em sua teoria da *ratio cognoscendi*. O seu argumento de um tipo penal fechado em sua forma não se sustenta com a idéia de que os elementos normativos também integram a ilicitude e dela seriam sua *ratio essendi*. Há a conformação de uma relação entre tipo e ilicitude inadequada, conforme à frente se argumentará.

Com Mezger, há o entendimento de que os elementos normativos estão presentes em diversas figuras típicas. Todavia, ele identifica, no tipo penal, uma categoria denominada *elementos de juízo cognitivo*. Tais elementos não condicionam a ilicitude, mas precisam de interpretação valorativa especial. Estariam, estes elementos de juízo cognitivo, ao lado dos elementos descritivos e dos elementos normativos verdadeiramente condicionantes da ilicitude.¹⁴⁹

A partir desta afirmação de Mezger, resta claro que a expressão *elementos normativos* determina duas modalidades de parcelas típicas distintas. No tipo penal, há uma distinção entre os elementos simplesmente valorativos¹⁵⁰ e os elementos normativos que condicionam a ilicitude pelo desvalor jurídico no qual se traduzem.¹⁵¹

essendi, pertenece a la antijuridicidad, es parte integrante de ésta. Pero los elementos normativos tienen justamente esa particularidad." (MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*; parte general, p. 231).

¹⁴⁹ MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, tomo I, p. 389/390.

¹⁵⁰ Quanto a esta primeira classe (elementos valorativos), estes elementos interpretam as descrições típicas e são separados em três categorias: elementos que *expressam uma necessidade estimativa*, que fornecem interpretação a expressões como *desonra, menosprezo, etc.*; elementos que requerem *valoração jurídica*, como nos conceitos de *funcionário público, documentos, etc.*; e, por fim, elementos que requerem *valoração cultural*, como no conceito de *ato obsceno*. Neste sentido, ver Fragoso (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 10. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 163.).

Estas expressões se ligam a conceitos jurídicos ou extra-jurídicos (sócio-culturais). Neste segundo caso, exigem do intérprete uma valoração que não se liga ao Direito. Antes, referem-se a conceitos éticos, sociológicos, políticos ou culturais de uma coletividade.

¹⁵¹ JIMENEZ HUERTA, Mariano. *La tipicidad*. México: Porrúa, 1955, p. 79.

Terán Lomas também define os elementos normativos condicionadores da ilicitude: "significa ela adelanto sistemático de la antijuridicidad del hecho al momento del examen de su tipicidad, y su existencia es incompatible con la concurrencia de causas de justificación." (TERÁN LOMAS, Roberto A. M. *Derecho penal*; parte general, p. 322.)

Por fim, Asúa igualmente realiza esta separação entre os dois conceitos: "A nostro juicio, y al contrario de lo que piensa M.E. Mayer, los elementos que Mezger llama 'típicos normativos' y que como veremos se refieren a estimativas jurídicas, empírico-culturales, etc., son meramente valorativos y no se vinculan directamente con la estricta apreciación normativa, en tanto que los otros no afectan a la antijuridicidad hasta el punto de ser su ratio essendi, pero sí se refieren a ella." (JIMENEZ DE ASÚA, Luiz. *Tratado de derecho penal*. T. III. 3 ed, actualizada. Buenos Aires: Losada, 1965, p. 903.).

Finalizando, percebe-se a necessidade do emprego de elementos normativos nas figuras típicas. O tipo penal deve ir além da mera descrição de condutas proibidas, valorando-as também. Os elementos normativos, ao lado das partes objetivas e subjetivas, são reveladores do caráter proibido da conduta típica.¹⁵² É a própria expressão da ilicitude no tipo legal.

Tal constatação somente reforça a idéia de que o tipo penal tem determinada carga axiológica de proibição inerente à sua estrutura. É o que se sustentará, ao se analisar a relação entre tipo penal e ilicitude dentro do injusto penal (a partir da teoria da *ratio essendi*). Certo é que o tipo penal descritivo de Beling tornou-se uma figura valorativa mais complexa.

2.3.3 As funções do tipo penal

O tipo penal exerce, dentro da teoria do delito, algumas funções bem definidas. Não há uma padronização quanto às nomações destas funções. Portanto, adota-se um critério tradicional de determinação. Neste sentido, três seriam as funções típicas, dentro do injusto penal: função de garantia; função sistematizadora; e função de fundamentação da ilicitude.

A primeira destas funções destacadas é a de *garantia*. Ligada à questão da segurança jurídica, tal função determina que uma punição criminal somente será possível diante de uma conduta que guarde contornos perfeitos de tipicidade penal.

A função de garantia, portanto, garante que não será imposta sanção penal por conduta não prevista legalmente em um tipo penal. Assim define Vargas:

Se o tipo descreve o comportamento proibido, e se o art. 1º do Código Penal estabelece que 'não há crime sem lei anterior que o

¹⁵² Asúa não concorda com tal conclusão. Para ele, nos elementos normativos que condicionam da ilicitude há valoração de cunho normativo, desvirtuando o caráter cognitivo do tipo penal. Para a sua doutrina, claramente causalista, os tipos penais que tenham elementos normativos (e subjetivos) são anormais: "A veces la impaciencia del legislador, o talvez el fin artistico de la obra, le há llevado a no conformarse com meros elementos cognoscitivos y a incrustar en el tipo elementos subjetivos y normativos." (JIMENEZ DE ASÚA, Luiz. *El criminalista*. T. 8. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1948, p. 58.). A sua crítica, todavia, é somente quanto aos elementos condicionadores da ilicitude. Não atinge aqueles simplesmente valorativos.

defina', segue-se que ao lado dos tipos penais e fora deles não existe nenhuma conduta punível: é a sua primeira e principal função, a de garantia, que os sistemas penais democráticos e contemporâneos asseguram ao cidadão.¹⁵³

O tipo penal tem como objetivo determinar a conduta proibida/ordenada pela ordem normativo-penal positivada. É um dever que se impõe ao Estado. Esta questão se remete ao princípio da legalidade, constante do artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal: "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal."¹⁵⁴

O princípio da legalidade se divide em quatro corolários, todos eles importantes para a determinação de garantia a que se propõe o tipo penal: *reserva legal (proibição do uso de costumes)*, *irretroatividade da lei penal incriminadora*, *proibição de analogia in malam partem* e, ainda, *o mandato de certeza (taxatividade)*.

A descrição típica tem que ser temporalmente anterior à conduta (irretroatividade), feita por lei escrita (proibição de analogia) e em sentido formal (reserva legal). Não se questiona nada disto. Ocorre que o corolário do *mandato da certeza (taxatividade)*, tem uma especial aplicação na função de garantia típica.¹⁵⁵

Cada tipo penal deve ser claro e certo em seu enunciado, de forma a conferir certeza semântica e poder se diferenciar de outras condutas típicas, e atípicas. A clareza e precisão no enunciado típico são fundamentais para que a função de garantia seja efetiva.

Batista¹⁵⁶ menciona alguns exemplos de agressão a esta função, pela ofensa ao mandato de certeza: *a ocultação do núcleo do tipo penal (do verbo que define a conduta proibida/ordenada); as tipificações abertas e exemplificativas (crimes*

¹⁵³ VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 48.

¹⁵⁴ Tal princípio também está inscrito no Código Penal brasileiro (artigo 1º), na Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo XI, 2) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 9º).

¹⁵⁵ Cunha Luna, sobre esta questão, assim escreveu: "O maior perigo atual para o princípio da legalidade, em virtude da forma com que se apresenta, são os chamados tipos penais abertos ou amplos, para os quais o direito consuetudinário não tem força restritiva. Aqui o dogma da reserva legal é aparentemente mantido, porque a lei, em vez de falar, concede a palavra para quem dela quiser, ou melhor, puder fazer uso." (CUNHA LUNA, Everardo da. *Capítulos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 33).

¹⁵⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 81/82.

omissivos, culposos, etc.); e o emprego de expressões sem precisão semântica na figura típica (por exemplo, com os elementos normativos).

Roxin, igualmente se baseando no princípio da legalidade, ao escrever sobre esta função típica usa a expressão “tipo de garantia”: “Apoyándonos en Lang-Hinrichsen y en Engisch designaremos al concepto que abarca todas las circunstancias a que se refiere el principio ‘ nulla poena’ como tipo garantía.”¹⁵⁷

Ao usar esta expressão, ao contrário do que possa parecer, o autor simplesmente faz constar que o tipo penal tem uma função de garantia, tal como aqui se apresentou. Nada mais. Ele adverte, ainda, que, nesta função, há um significado político-criminal fornecido à tipificação:

Sin embargo, las distinciones esenciales para el Derecho penal se pueden reducir a los três cometidos que debe cumplir el tipo: el mismo tiene una función sistemática, una función dogmática y una función políticocriminal. (...)

Junto a su significado sistemático está el significado políticocriminal del tipo, que radica en su ‘función de garantía’ requerida por el art. 103 II GG. Sólo un Derecho penal en el que la conducta prohibida sea descrita exactamente mediante tipos se adecua por completo ao principio ‘nullum crimen sone lege’ (...).¹⁵⁸

Em resumo, o uso da adequada técnica legislativa é fundamental para que a função de garantia exercida pelo tipo penal seja efetivada. Deve existir uma perfeita descrição das condutas proibidas/ordenadas, garantindo que existirá nas tipificações penais o respeito ao princípio constitucional da legalidade.¹⁵⁹

¹⁵⁷ ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, p. 170.

O autor vai além, afirmando que somente o tipo total pode cumprir adequadamente essa função de garantia, por ser o único verdadeiramente fechado (ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, p. 294).

¹⁵⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal; parte general*. Tomo I, p. 277.

¹⁵⁹ Há uma recorrente noção de que o conceito formal de legalidade resume todas as dimensões teóricas deste princípio constitucional. Parece equivocada está idéia. Não se discute que a formalidade do conceito fornece garantias necessárias, mas a norma que atende apenas à legalidade formal não respeita as necessidades constitucionais de um Estado Democrático de Direito, conforme explica Jescheck (JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal; parte general*, p. 171).

Ferrajoli (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer. et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 76) propõe ultrapassar o conceito meramente formal de legalidade e lhe acrescer materialidade. Explica-se. A legalidade meramente formal baseia-se em uma tentativa positivista de legitimação do Direito, que confunde validade com vigência. Assim, a legalidade proposta pelo autor italiano (denominada *estricta*, por ele) liga-se formal

A segunda função exercida pelo tipo penal é a denominada *sistematizadora*. Autores diversos usam esta nomenclatura com argumentos igualmente diversos. Para Roxin, em sentido sistemático, “el tipo abarca ‘el compendio o conjunto de los elementos que dan como resultado saber de qué delito típicamente se trata; (...)”¹⁶⁰

Tavares usa a nomenclatura no mesmo sentido. Para ele, a função sistematizadora determina que o tipo penal receba alguns conceitos que não podem ser analisados em outra categoria do delito (ilicitude ou culpabilidade). O tipo penal tem natureza categorial e, como figura valorativa, recebe o conceito de dolo, de culpa, o conteúdo de crimes omissivos, o objeto da ação, etc.¹⁶¹

Outros autores conceituam esta função de forma diversa (sem serem colidentes com os estudos de Roxin e Tavares). Caberia ao tipo penal a seleção de condutas a serem proibidas pela norma, definindo-as (as condutas proibidas) e

e materialmente a valores constitucionais, que devem ser os fundamentos do sistema jurídico (com a necessária tutela de direitos fundamentais). Em resumo, não se interpreta o Direito fora deste padrão constitucional.

¹⁶⁰ ROXIN, Claus. *Derecho penal*; parte general. Tomo I, p. 277.

Com a lembrança de que Roxin compreende o tipo com três funções distintas: uma político-criminal (de garantia), uma sistemática (que agora é apresentada) e outra dogmática. Mais que isto, ele determina algumas modalidades de tipo, respectivamente para cada função antes apresentada: tipo de garantia, tipo reitor e tipo de erro (tipo a efeito de erro, conforme nomenclatura de Roxin). (ROXIN, Claus. *Derecho penal*; parte general. Tomo I, p. 277/278).

Quando se menciona um tipo de garantia, outro sistemático (reitor) e um último a efeito de erro quer-se determinar funções típicas diferenciadas: político-criminal (garantia), sistemática (tipo reitor) e dogmática (diferenciadora do erro). Tavares, embora concordando com o teor de cada função típica apresentada por Roxin, apresenta a seguinte reflexão: “Esta classificação, contudo, nada interessa à configuração do injusto. Vale, unicamente por seu aspecto didático e, ao contrário do que parece, pode tornar complexas suas relações.” (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 171)

As duas primeiras funções já foram conceituadas. A terceira, a função dogmática (*tipo de erro*), é “función dogmática autónoma del tipo, y desvinculada de sua función sistemática general consiste en describir los elementos cuyo desconocimiento excluye el dolo.” (ROXIN, Claus. *Derecho penal*; parte general. Tomo I, p. 277). Realiza-se a diferenciação do erro penalmente relevante: “La distinción entre el error de tipo, que excluye el dolo (§ 16), y el error de prohibición, que sólo excluye com carácter facultativo la culpabilidad (§ 17), pertenece conforme al Derecho vigente a los fundamentos básicos de la dogmática juridicopenal.” (ROXIN, Claus. *Derecho penal*; parte general. Tomo I, p. 278).

Tavares, que adota a mesma separação funcional do tipo (mas com a crítica antes assinalada), explica que a função dogmática determina o alcance que deve ter a vontade do agente. Deve-se delimitar em que medida, e de que forma, uma conduta ingressa na esfera do proibido: na forma culposa ou dolosa. Delimita “a descrição dos caracteres aos quais deve se estender o dolo do agente.” (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 169). Tal delimitação, como também afirmou Roxin, influirá na verificação do erro penalmente relevante.

¹⁶¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 168.

diferenciando-o (o tipo penal) das demais descrições típicas. Traz uma referência sistematizadora ao ordenamento.

Mais que isto, esta perspectiva sistematiza as partes especiais dos Códigos Penais (e, evidentemente, de leis esparsas que tenham entre suas normas proibições de condutas através de suas tipificações). A noção de valor e de proteção de bens jurídicos é o argumento condutor desta forma sistemática de tipificação. Echandía explica bem esta forma e conceituar a função sistematizadora:

la teoría de la tipicidad há venido a llenar un gran vacío en el derecho penal: la tajante separación existente aún entre la parte general y la parte especial; gracias a ella es posible ahora lograr una verdadera sistematización de la parte especial del derecho penal.¹⁶²

Em resumo, a análise da parte geral deve ser feita com um traço de união com a parte especial, para existir integridade do ordenamento jurídico-penal. Seria esta a função sistemática dada por Echandía, entre outros autores adeptos desta teoria geral da parte especial dos códigos penais.¹⁶³

¹⁶² ECHANDÍA, Alfonso Reyes. *Tipicidad*, p. 16.

Veja-se a seguinte passagem de Tavares. Percebe-se que, de forma diversa e sem pretensão de uma teorização sobre as relações entre as partes gerais e especiais dos códigos penais, há um ponto de encontro entre o conceito sistematizador do tipo penal que ele e Roxin utilizam e este outro apresentado por Echandía. Em ambas as conceituações, há a definição de critérios não meramente exegéticos de estudo dos tipos penais em espécie: "(...) a função sistemática se compreende dentro de um processo, no qual o tipo deve desempenhar o papel de objeto referencial, pelo qual se assinala a identificação, através dos respectivos elementos, do conflito social que se quer regulamentar. A individualização deste objeto permite a diferenciação dos diversos delitos constantes da parte especial do código penal, (...), com repercussões no papel delimitativo da norma penal, pois esta, no momento da avaliação que efetiva sobre as variadas modalidades de conduta, igualmente não pode se desvincular do critério de proporcionalidade, que está inserido sempre não apenas na sanção, como se costuma enfatizar, mas principalmente na definição dessas respectivas condutas." (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 168/169.)

¹⁶³ Existem estudos no sentido de determinar a possibilidade de esta teoria existir e ter aplicabilidade concreta, apesar de algumas sérias críticas doutrinárias a este respeito. Maggiore, por exemplo, era cético quanto a esta idéia: "no creemos que se pueda construir - como lo intentó Wolf - una teoría general da parte especial: si ella fuera posible, quedaría nuevamente comprendida en la parte general, a la que corresponde fijar los criterios generales y los principios normativos que valen para toda clase de delitos." (MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*; parte especial, v III, p. 8. *Apud* VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, p. 13).

Certo é que os estudos dos tipos penais, nas partes especiais dos códigos penais (ou nas leis esparsas) ainda se faz de forma exegética, enquanto os estudos das partes gerais dos mesmos códigos são feitas com o método dogmático. A idéia desta proposta sistematizadora é exatamente aproximar estes dois estudos, usando o tipo penal como elemento de integração. A parte especial dá concretude à parte geral, e deve ser estudada de forma sistemática e científica. Costa Jr. chega a afirmar que a parte especial representa o verdadeiro Direito Penal, "por emprestar funcionalidade às normas na Parte Geral, por alguns tida como sua introdução (Pisapia, Custódio da Silveira)." (COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Direito penal*: curso completo. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 247.)

Por fim, destaca-se a terceira função do tipo penal: a de *fundamentação da ilicitude*. A figura típica deve conseguir determinar o conhecimento do caráter proibitivo da norma expressada pela figura típica. Neste sentido, devem ser analisadas as relações existentes entre a ilicitude e o tipo penal, no injusto penal.

Conforme o conceito de tipo penal evoluiu, várias foram as soluções teóricas apresentadas para determinar esta relação tipo-ilicitude e, por conseqüência, efetivar esta função fundamentadora da ilicitude.¹⁶⁴

Desde Beling, com o seu tipo meramente descritivo, passando pela teoria da *ratio cognoscendi* (de Mayer), e chegando à teoria da *ratio essendi*¹⁶⁵, várias foram (e são) as soluções teóricas para definir o alcance exato desta função fundamentadora da ilicitude.

O desenvolvimento desta função fundamentadora coloca-se como idéia central deste trabalho. Quer-se demonstrar qual a mais correta forma de relacionar tipo penal e ilicitude, dentro da estrutura do injusto penal. Para tanto, como já anunciado, foi escolhido o marco teórico da *ratio essendi*.

Mais que isto, quer-se demonstrar que a determinação mais correta desta relação é importante para a legitimação de uma teoria do delito que valere e tutele bens jurídico-penais. Tal investigação será desenvolvida nos capítulos posteriores.

Conforme afirma Sheila Sales, na doutrina italiana houve a preocupação em fornecer sistematicidade ao estudo da parte especial dos ordenamentos penais. Quis-se ultrapassar a simples exegese (SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do sujeito ativo*; na parte especial do código penal. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 19). A autora informa a influência de alguns doutrinadores italianos nesta teoria sistematizadora: Pannain, Antolisei, entre outros. Contudo, afirma ela, "(...), foi a elaboração doutrinária cumprida por Grispini que demonstrou a utilidade da referida construção doutrinária, evidenciando as conseqüências práticas, notadamente de ordem didática, que dela poderiam advir." (SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do sujeito ativo*, p. 19.)

Na Alemanha, Wolf foi um entusiasta desta sistematização da parte especial. Conforme afirmou Asúa, "debe reputarse a Erik Wolf como él más genuino representante de esta tendencia. Ya en 1929 decía el Profesor de la Universidad de Friburgo que la tipicidad de Beling sirve de puente de comunicación entre la 'teoría general' y la 'parte especial'." (JIMENEZ DE ASÚA, Luiz. *Tratado del derecho penal*, tomo III, p. 928)

¹⁶⁴ VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 50.

Maurach e Zipf a denominam "la función fundamental del tipo" (MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*; parte general. Volume I, p. 348).

¹⁶⁵ Com suas duas variantes dogmáticas: a teoria do tipo de injusto, desenvolvida por Mezger e Sauer; e a teoria dos elementos negativos do injusto penal (e o tipo total de injusto), desenvolvida por Merkel. (Conforme: VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 52)

III Os antecedentes teóricos da teoria da *ratio essendi* na definição da relação entre tipo penal e ilicitude, no injusto penal

Diversas foram as soluções teóricas oferecidas pela dogmática jurídico-penal, no sentido de determinar a existência (e a intensidade) da relação existente entre o tipo e a ilicitude. Desde Beling existe esta preocupação teórica. Passou-se, depois, pela concepção da *ratio cognoscendi*, de Mayer. Por fim, a teoria da *ratio essendi* definiu o teor desta anunciada relação, nas suas duas vertentes¹⁶⁶ (a elaboração teórica de Sauer e de Mezger e a teoria dos elementos negativos do injusto).¹⁶⁷ Neste capítulo, serão analisadas as concepções de Beling e de Mayer (*ratio cognoscendi*). A teoria da *ratio essendi* será abordada em um capítulo à parte.

3.1 A relação tipo-ilicitude na concepção causalista de Ernest Beling.

Há um marco temporal inaugural dos estudos sobre o tipo penal. Beling foi o primeiro autor a determinar a autonomia conceitual da estrutura do tipo penal¹⁶⁸,

¹⁶⁶ “A tipicidade, como *ratio essendi* da ilicitude, comporta duas alternativas. Uma considera que a tipicidade implica a ilicitude, e esta resulta excluída em face de uma causa de justificação. É a chamada teoria do ‘tipo de injusto’, sustentada principalmente por Mezger e Sauer. Outra é a teoria dos elementos negativos do tipo, tendo como principal formulador Adolf Merkel.” (VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 52).

¹⁶⁷ Echandía realiza esta divisão das fases de evolução do tipo de forma diversa: “Siguiendo el planteamiento del Profesor Jimenez de Asúa, dividiremos el estudio de la tipicidad al través del tiempo en seis etapas: a) La de su independencia; b) la del carácter indiciario do injusto; c) la de la *ratio essendi* de la antijuridicidad; d) la nueva concepción belingniana; e) la de su fase destructiva, y f) la actual.” (ECHANDÍA, Alfonso Reyes. *Tipicidad*, p. 2).

De acordo com o autor, a fase destrutiva se refere à negação do princípio da legalidade no Direito Penal nacional-socialista da Alemanha de Hitler (ECHANDÍA, Alfonso Reyes. *Tipicidad*, p. 6/7). Certo é que a Lei de junho de 1935 deu nova redação ao parágrafo 2º do Código Penal alemão, de 1871. Ali se introduziu a analogia, conforme indica a expressão *Gesundsvolksempfinden* (são sentimento do povo), como forma de interpretação judicial. Mesmo que não se considere a negação total da legalidade nessa legislação, fica claro que o estudo do tipo se afastou, naquela época histórica, da sua importante função de garantia.

¹⁶⁸ Conforme já mencionado anteriormente, e aqui novamente apresentado por Stratenwerth: “El concepto de tipo se remonta históricamente al de ‘*corpus delicti*’, que se puede ver por primera vez en

colocando-o definitivamente na estrutura analítica do delito. Antes de ele formular tal conceito, o delito era analiticamente definido em um esquema teórico bipartido: era composto por uma força física e por outra força moral.¹⁶⁹

A primeira, força física, podia ser definida como um movimento corpóreo humano ou, ainda, a inércia em determinados casos específicos. Já a força moral era a vontade de realização da conduta comissiva/omissiva. Ainda, compunha esta parte moral do delito o desejo de contrariar o ordenamento jurídico positivado.

Nesta época, as categorias do crime ainda não eram separadas de forma analiticamente tripartida (tipo penal, ilicitude e culpabilidade). Estes três elementos estavam compreendidos implicitamente no conceito do crime, na sua parte objetiva (força física) ou na sua parte subjetiva (força moral).¹⁷⁰ Houve a elaboração de uma interessante teoria da imputação: ao agente que realiza a força física se imputa objetivamente a prática do delito, sendo que a imputação subjetiva de resultado dependerá da realização da força moral.¹⁷¹

Farinacius (1581). Primeramente fue denominada 'corpus delicti' la totalidad de las huellas externas de la comisión de un delito; más tarde – en siglo XVIII y principios de XIX – la totalidad de los elementos que integran un delito determinado. Recién Beling le atribuyó al 'tipo' el papel autónomo en la estructura del delito, que permite contraponerlo a la antijuridicidad y la culpabilidad." (STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal*; parte general I – el hecho punible. 4 ed. alemã/ 1ª ed e 1ª reimpressão argentina. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 125)

¹⁶⁹ Veja-se, neste sentido, Carrara: "Puesto que el delito consiste en choque entre un hecho humano y un derecho, es preciso encontrar en el mismo el concurso de dos fuerzas. Estas dos fuerzas que constituyen su esencia política, son ambas indispensables, para que un hecho del hombre pueda serle a este reprochado como delito. Fuerza moral; fuerza física. Las dos fuerzas que la naturaleza há dado al hombre, el conjunto de las cuales constituye su personalidad, deben concurrir en un hecho, para que sea acto humano y pueda llamarse delito." (CARRARA, Francesco. *Programa del curso de derecho criminal* – parte general. V. I. Traducción de la 11 edición italiana por Sebastián Soler, con la colaboración de Ernesto R. Gavier y Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944, p. 66/67).

Merkel apresenta uma semelhante definição, com outra nomenclatura: "Los caracteres constitutivos del delito pueden dividirse em referentes al aspecto interno del hecho y referentes al aspecto externo. Los primeros forman los elementos subjetivos o internos del delito, y los segundos los objetivos o externos." (MERKEL, Adolf. *Derecho penal*; parte general, p. 34)

¹⁷⁰ Conforme sustenta Roxin: "Algo semejante sucede con el no hegeliano Luden, en cuya obra 'Strafrechtliche Abhandlungen' (1840) se puede encontrar una división del delito que se aproxima ya sorprendentemente a los proyectos sistemáticos del siglo XX, cuando distingue: '1º) un fenómeno delictivo, provocado por una acción humana; 2º) antijuridicidad de esa acción; 3º) cualidad dolosa o culposa de esa acción.'" (LUDEN. *Strafrechtliche Abhandlungen*. T. 2, 1840, p. 110 e 130. *Apud* ROXIN, Claus. *Derecho penal*; parte general. T. I., p. 236)

¹⁷¹ Segundo Bitencourt, foi Puffendorf, entre outros, quem sustentou que o crime era determinado pela imputação a alguém de um resultado (passível de apenação) em virtude do cometimento de um

No final do século XIX, iniciou-se uma estruturação mais complexa dos elementos que compõem o conceito de delito, a partir da concepção causal de ação penal. Von Liszt e Beling analisaram o conceito bipartido de delito, até então dominante, e entenderam existirem mais características a serem definidas.

O ponto de partida desta estruturação dos elementos do crime, para a concepção causalista, era o conceito de ação penalmente relevante. A partir da idéia de causa e efeito, definiu-se que ação é a manifestação humana voluntária, cujo movimento corpóreo produz alteração no mundo exterior.¹⁷²

O conceito analítico de crime se estruturou a partir da teoria da ação penalmente relevante. Tratava-se de uma concepção positivista (denominada positivismo naturalista, ou científico), que tentava explicar os fenômenos humanos através dos fenômenos naturais. Entendia-se que o fenômeno cultural (produzido pelo homem) era faticamente igual ao fenômeno da natureza. As questões dogmáticas, na teoria do crime, eram resolvidas a partir da metodologia das ciências do ser. Tal raciocínio era considerado aplicável às ciências sociais (portanto, à ciência do Direito).¹⁷³

fato. Assim, conforme essa concepção, “antijuridicidade e culpabilidade confundiam-se em um momento superior de imputação, (...), com a finalidade de distinguir o fato, como obra humana, do puro acaso.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*; parte geral. T. I, p. 138).

De acordo com Gomes e García-Pablos de Molina: “O conceito doutrinário ou dogmático de delito (...), na verdade, vem de muito longe (baixa idade média), desde que começaram as primeiras elaborações científicas em torno da pena e do Direito penal. Autores clássicos como Farinácio, Deciano, Carpzov etc. cuidaram da estruturação (ainda que primária) de todos os pressupostos da imposição de uma pena. Foi, entretanto, com o Direito natural e as teorias da imputação (*imputatio facti* e *imputatio iuris*) que o conceito de delito ganhou forte impulso. A segunda metade do século XIX é o marco histórico da origem mais próxima das concepções científicas em torno do delito.” (GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLO DE MOLINA, Antônio. *Direito penal*; parte geral. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 173)

¹⁷² “Ação é, pois, o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível à vontade do homem. Sem ato de vontade não há ação, não há injusto, não há crime: *cogitationis poenam nemo patitur*.” (VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal*. T I., p. 217)

¹⁷³ “La formulación clásica del concepto naturalista de acción dada por Liszt y Beling es un concepto claro e decididamente previo al derecho, no sólo por razones ontológicas, sino también de practicabilidad, ya que se suponía que solamente un concepto similar de acción podría servir de base común a los delitos dolosos y culposos, por estar completamente libre de toda valoración. Se le llama natural, porque pretende aplicar las leyes de las ciencias naturales al derecho penal y considerar la realización del tipo como una mera consecuencia científico-natural del acontecer causal previo. Esta construcción es el producto característico del pensamiento científico-natural que dominó el último tercio del siglo XIX, invadiendo incluso las ciencias sociales. Así como todo acontecimiento natural es el resultado de una cadena causal, también lo es el delito.” (MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*; parte general. Volume I, p. 253)

Este sistema baseava-se na idéia de causa e efeito: a manifestação humana voluntária era a causa (que abrangia as comissões e as omissões, em um conceito lato¹⁷⁴), enquanto a modificação do mundo natural exterior era o resultado (efeito). Havia uma relação mecanicista entre a conduta e o resultado, determinada pelo conceito de ação penalmente relevante que foi adotado.

Desde o sistema causal, tem-se como mais importante o desvalor do resultado, em relação ao desvalor da ação. Isto se explica com a constatação de que a ação penalmente relevante, em si mesma, não é desvalorada. Ela apenas gera um fato material que se adequa ao tipo penal (tipicidade), quando produz um resultado (modificador do mundo exterior). A ação causal pode ser definida como um comportamento voluntário que não é analisado em seu conteúdo volitivo (isto fica para a culpabilidade). Interessa, nela, apenas a adequação típica objetiva e a constatação do resultado.¹⁷⁵

Pode-se aceitar, como crítica ao sistema causal, que esta teoria se limita a verificar a voluntariedade da ação e deixa para o momento da culpabilidade a análise do conteúdo desta vontade. Ocorre que, ao se colocar o conteúdo da intencionalidade fora do conceito de ação penalmente relevante, gera-se uma análise cega e mecânica deste último conceito.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Todavia, uma primeira crítica pode ser feita ao sistema causalista. O conceito de ação desenvolvido por Liszt e Beling não explicava adequadamente a omissão penalmente relevante, pois nela não há nenhum movimento corpóreo. Mais que isto, não se produz nenhum resultado físico através de uma omissão. Pode-se afirmar, fisicamente, que “do nada, nada surge”. Conforme afirma Cerezo Mir, o conceito causal não era aplicado à omissão: “En ésta falta una relación de causalidad entre la no realización de un movimiento corporal y el resultado y, por otra parte, aunque la omisión puede ser voluntaria, la voluntariedad no es inherente al concepto de la omisión. La voluntariedad puede faltar en la omisión imprudente.” (CEREZO MIR, José. *Derecho penal*; parte general. 1ª ed. brasileira. São Paulo/Lima: Revista dos Tribunais/Ara Editores, 2007, p. 392/393)

¹⁷⁵ Importa conceituar a expressão “impulso”, na teoria causalista. Assim: “El ‘impulso de voluntad’ sólo importaba en cuanto causa de la conducta externa, por lo que era indiferente cuál fuera el contenido de la voluntad y si se dirigía o no a realizar el hecho producido, con tal de que hubiera causado el movimiento corporal externo. La dirección final de la voluntad no se toma en cuenta por el concepto de acción.” (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*; parte general, p. 183)

¹⁷⁶ Veja-se a crítica de Welzel (WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*; uma introdução à doutrina da ação finalista, p. 35):

“O defeito fundamental da teoria da ação causal consiste no fato de que não apenas desconhece a função absolutamente constitutiva da vontade, como fator de direção da ação, mas também destrói e converte a ação em mero processo causal desencadeado por um ato voluntário qualquer (‘ato voluntário’).

A partir da noção de ação penalmente relevante, Liszt e Beling estruturaram o conceito analítico de crime. Mantiveram a idéia de que o delito tem dois aspectos: objetivo e subjetivo. Evidentemente, mesmo mantendo divisão semelhante, tratava-se de uma teoria que evoluiu em suas premissas, desde Puffendorf e Carmignani. Inicialmente, ainda não havia uma sistematização do conceito de tipo penal. Dividia-se a estrutura do delito nas suas partes objetiva (conduta ilícita) e subjetiva (culpabilidade). Foi apenas com Beling que surgiu o referido conceito.

Como já visto, Beling apresentou um conceito de tipo em obra publicada em 1906. Ele deu um sentido restrito ao termo *Tatbestand*¹⁷⁷, no sentido de significar a descrição legal de ação punível (traduzido, no Brasil, como tipo penal).

Na obra de Beling, foi desenvolvido o primeiro conceito analítico de crime concebido com a atual forma tripartida: tipo penal, ilicitude e culpabilidade. Todavia, mesmo com esta tripartição, o autor ainda separava de forma absoluta as partes objetiva e subjetiva do delito. O tipo e a ilicitude eram objetivos, enquanto a culpabilidade era a própria expressão de vontade do agente, sendo um elemento de ordem psicológica.¹⁷⁸

A culpabilidade constituía o vínculo subjetivo do agente com a sua conduta objetiva determinada pelo injusto, ali incluindo o resultado dela proveniente. Tal vínculo, conforme a doutrina causalista, era expresso pelo dolo e pela culpa. Estes dois conceitos eram as formas de manifestação da relação psicológica existente entre o agente e o fato praticado/resultado obtido.¹⁷⁹ Assim, dolo (normativo, com a

Ignora que toda ação é uma obra (mais ou menos acabada), mediante a qual a vontade humana configura, isto é, dirige o suceder causal. O conteúdo da vontade, que antecipa mentalmente as conseqüências possíveis de um ato voluntário e que dirige, conforme um plano e sobre a base do saber causal, o suceder externo, converte-se em um mero 'reflexo' do processo causal na alma do autor."

¹⁷⁷ Para a completa conceituação do termo *Tatbestand*, em momento histórico anterior à utilização feita por Beling (final do século XIX), ver nota de rodapé nº 105, constante do segundo capítulo deste trabalho. Naquela oportunidade, foi demonstrado que o instituto tinha uma conceituação mais ampla do que aquela proposta por Beling. Significava o conjunto de todos os pressupostos para a aplicação da pena. Mais que isto, na citada nota de rodapé, ficou demonstrado que a tradução desta palavra da língua alemã não teve uniformidade. No Brasil, convencionou-se traduzi-la através da palavra *tipo*.

¹⁷⁸ VON BELING, Ernst. *Esquema de derecho penal*; la doctrina del delito-tipo. Traducción de Sebastián Soler y análisis de Carlos M. de Elía. s/ed. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002, p. 76/77.

¹⁷⁹ Neste sentido, ver Beling (VON BELING, Ernst. *Esquema de derecho penal*; la doctrina del delito-tipo, p. 105). Acresça-se, a este conceito de culpabilidade, a imputabilidade, que lhe é um pressuposto (VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal*. Tomo I, p. 260 e ss.). Outra interessante (e

consciência atual da ilicitude), e culpa (em sentido estrito), compunham a totalidade do conceito de culpabilidade.¹⁸⁰

No âmbito do fato típico, em resumo, verificava-se apenas a conduta humana voluntária (ação ou omissão), o resultado, o nexó de causalidade e a tipicidade

um tanto diversa) definição desta estrutura teórica de culpabilidade pode ser dada por Sebastián Soler. Ao diferenciar os conceitos psicológicos e normativos de culpabilidade, ele demonstra um equívoco nas definições tradicionalmente utilizadas. Ele apresenta sua crítica assim:

“El tema de la culpabilidad es concebido con criterios diferentes y para exponerlos se suele distinguir como fundamentales dos teorías: la psicológica y la normativa. Estas denominaciones engañan con una falsa contraposición y, además, resultan inconvenientes, en cuanto inducen a imponer a cada posición ciertas deformaciones. Es característica en tal sentido la explicación que suele darse de la doctrina tradicional, a la que, en general, se califica como psicologista, diciendo que, según ella, para afirmar la existencia de culpabilidad basta de parte del sujeto el conocimiento de los alcances de la acción, pues aquélla consistiría exclusivamente en la referencia psíquica del sujeto a ciertos acontecimientos externos a su persona. Sería el nexó psíquico que media entre el mundo sensible del autor y el resultado típico.

Esa designación puede considerarse adecuada solamente en cuanto con ella se quiere señalar que la culpabilidad viene a ser la actitud psíquica del sujeto en el momento de la acción, con respecto al hecho que produjo; pero no por ello es correcto entender que el contenido de ese estado subjetivo sea explicable como mera referencia psíquica a un hecho externo considerado como un hecho natural cualquiera. En tal sentido debería más bien decirse que nunca há existido un psicologismo puro, ya que es típico del pensamiento clásico acordar importancia decisiva al conocimiento de la ilicitud del hecho por parte del autor de éste. Y ‘la ilicitud’ no es, por cierto, un hecho, sino una cualidad, resultante de una relación entre un hecho e una norma.” (SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Tomo II. 11ª reimpresión total. Actualizado por Guillermo J. Fierro. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1999/2000, p. 14/16)

O autor conclui que a característica marcante da teoria psicológica da culpabilidade é a verificação real da atitude psicológica do agente com o fato praticado. Assim, ele coloca na referida teoria a denominação de “realista, ou subjetivista”, “pues no consiste en considerar la culpabilidad como una mera referencia psíquica a un hecho externo despojado de toda valoración, sino en una referencia que apunta a la criminalidad del acto y esta calidad es siempre el resultado de una proyección valorativa que, como tal, presupone la existencia de normas, ante las cuales los hechos resultan ser lícitos o ilícitos. Psíquicamente, la referencia a un hecho externo es en si misma neutra al valor, y ciertamente la culpabilidad no está constituida por tal referencia.” (SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Tomo II, p. 16). Soler propõe substituir a dicotomia entre culpabilidade psicológica e normativa, por culpabilidade real e presumida. Neste sentido, ele escreveu um artigo esclarecedor (Culpabilidad real e culpabilidad presunta. *In: Anuario de Derecho penal*, 1962.), que foi transcrito, parcialmente, em outra obra sua (SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Tomo II, p. 20 e ss.)

¹⁸⁰ Conforme Vargas (VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal*; parte geral. Tomo I, p. 346/347), algumas críticas são sustentáveis quanto a esta teoria psicológica de culpabilidade. Uma delas se relaciona ao equívoco consistente na união de dois conceitos tão distintos em um conceito superior. Dolo e culpa não podem se unir para formar uma categoria mais ampla (culpabilidade), tendo conceitos e estruturas teóricas tão diferentes. Outras duas críticas são apontadas por Vargas (e que ele considera mais consistentes). Primeiramente, ele questiona a neutralidade valorativa do tipo, que não considera os elementos normativos e subjetivos deste conceito. Ao corrigir este equívoco, percebe-se que não se sustenta a dicotomia da culpabilidade subjetiva e do injusto objetivo. Por fim, ele questiona os crimes culposos, afirmando que somente na culpa consciente existirá relação psicológica entre o agente e a conduta punível. Realmente, não há uma explicação adequada para a culpa inconsciente. Como verificar tal liame subjetivo em situação na qual não há vínculo psicológico nenhum (culpa inconsciente)?

(adequação da conduta praticada ao esquema legal descrito em lei). A análise era, basicamente, da causalidade.

Assim, a principal característica do tipo era a sua neutralidade valorativa. A conduta humana voluntária descrita em lei era apresentada de forma absolutamente neutra, sem valorações de qualquer espécie. A simples adequação fática à lei resolvia a tipicidade¹⁸¹, apenas com elementos descritivo-objetivos. Como afirmado, os valores de proibição eram resolvidos na ilicitude e a análise subjetiva da conduta do agente se dava no momento da culpabilidade (com dolo ou culpa).

Faz-se necessário, então, analisar a justificativa desta separação e, mais, como se caracteriza a relação entre as duas categorias componentes do injusto.

Beling entendia que os elementos subjetivos não deviam fazer parte da estrutura típica. Por isto, não admitia aquelas parcelas típicas subjetivas. Para ele, o tipo apresentava somente a parte externa de uma conduta humana, deixando para a culpabilidade a análise interna da vontade do agente.¹⁸² Ele assim explicou o motivo da colocação (a seu ver, equivocada) dos elementos subjetivos no tipo:

La doctrina de los 'elementos subjetivos del delito-tipo' está principalmente determinada por el hecho de que en las leyes penales se encuentran, em forma puramente literal, palabras que anuncian algo externo unido a algo interno (así se podría entender, p. ej., la palabra 'impúdico' en C.P., 183, en el sentido de que obra 'impudicamente' sólo aquel que con su acción de carácter sexual quisiera satisfacer sus deseos lascivos). Pero no son las palabras de la ley sino su espíritu, lo que importa para la comprensión del delito-tipo y por ello es tarea de los juristas buscar una expresión verbal para sustituir a esa inadecuada palabra compuesta, expresión que

¹⁸¹ Veja-se o conceito de tipicidade, para Beling: "En estas condiciones, el derecho penal se reduce a un catalogo de tipos delictivos, y la antijuridicidad lo mismo que la culpabilidad subsisten pero como notas conceptuales, de la acción punible, como caracteres externos de la tipicidad entendida en el sentido de adecuación típica (Tatbestandsmässigkeit)." (ECHANDÍA, Alfonso Reyes, *La tipicidad*, p. 6). Para uma notícia completa do surgimento do termo tipicidade, na obra de Beling, ver Vargas (VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 30).

¹⁸² VON BELING, Ernst. *Esquema de derecho penal*; la doctrina del delito-tipo, p. 84.

Vargas apresenta a seguinte advertência (VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal*; parte geral - tomo I, p. 199): "É bom que fique esclarecido o seguinte, sobre a neutralidade do tipo em sua concepção original. Mesmo que V. Beling o tenha chamado de 'puramente descritivo', não queria ele dizer que a neutralidade dizia respeito às valorações judiciais." O autor completa, citando o próprio Beling: "Diz v. Beling: 'para caracterizar uma conduta, o legislador pode tomar toda classe de elementos: o comportamento corporal, a situação vital da qual provém [...]. Por isso, não se pode impedir (o legislador) de servir-se das relações jurídicas da conduta para a elaboração dos tipos (coisa alheia, coisa própria, exercício ilegítimo de um cargo, etc.)'".

designe correctamente al esquema regulador común para la faz objetiva y subjetiva.¹⁸³

Igualmente, os elementos normativos não faziam parte do conceito típico de Beling.¹⁸⁴ Dividindo-os em extrajurídicos e jurídicos, ele afirmava que os primeiros eram de fácil compreensão. Todavía, os elementos jurídicos poderiam trazer dificuldade neste sentido, exatamente por ser o tipo uma estrutura meramente descritiva.¹⁸⁵ Contudo, ele entendia que o tipo, mesmo sendo meramente descritivo, admitia receber, em sua estrutura, elementos que eram conceitos particulares jurídico-normativos. Tais conceitos não eram condicionadores da ilicitude.¹⁸⁶

Desta forma, o injusto, na concepção causalista (de Beling) era estritamente objetivo. Mais que isto, havia uma completa separação entre o tipo e a ilicitude, como partes deste conceito. Seu argumento é simples e elucidativo no tocante à forma como ele separava o tipo da ilicitude. De acordo com sua concepção, o tipo é somente uma estrutura objetiva, com elementos meramente descritivos. Não se admitia a antecipação da análise da ilicitude para o tipo (com os elementos normativos).¹⁸⁷ Certo é que o tipo determinava condutas que se adequavam a um esquema legal e a valoração da proibição destas condutas era conteúdo da ilicitude, verificando-se a partir do resultado típico causado pelo agente.

¹⁸³ VON BELING, Ernst. *Esquema de derecho penal; la doctrina del delito-tipo*, p. 84/85.

¹⁸⁴ Delitala concorda com isto: “La noción de hecho, se dice, en ningún caso está constituida, además, que por elementos materiales o de hecho, también por elementos normativos o subjetivos.” (DELITALA, Giacomo. *El “hecho” en la teoría general del delito*. Traducción y estudio preliminar de Pietro Sferrazza Taibi. Revisión y prólogo de José Luis Guzmán Dalbora. Montevideo/Buenos Aires: Euros Editores/B de F Ltda., 2009, p. 144). Adiante, o autor completa seu raciocínio: “Entonces, la categoría de los elementos normativos del Tatbestand no puede ser acogida y su misma denominación debe juzgarse contradictoria, ya que el mismo elemento no puede cumplir, contemporáneamente, dos funciones en contraste: o es un elemento normativo y no puede ser un elemento del hecho, o es un elemento del hecho e no puede ser un elemento normativo.” (DELITALA, Giacomo. *El “hecho” en la teoría general del delito*, p. 145)

¹⁸⁵ VON BELING, Ernst. *Esquema de derecho penal; la doctrina del delito-tipo*, p. 85.

¹⁸⁶ “En cuanto intervengan, en el esquema común para las faces objetiva y subjetiva, tales elementos, éstos tórnanse ‘elementos normativos del delito-tipo’. Por su intermedio no se resuelve la cuestión de la antijuridicidad de la acción (sólo tienen, como los demás elementos del delito-tipo una función meramente ‘descriptiva’): sólo estrechan el campo en el cual se plantea el problema mismo de la antijuridicidad.” (VON BELING, Ernst. *Esquema de derecho penal; la doctrina del delito-tipo*, p. 86)

¹⁸⁷ Beling assim se expressa: “(...) el delito-tipo es sólo el esquema rector para la antijuridicidad que se da en su realización y que precisamente por ésta se caracteriza, y así, con la admisión de elementos jurídico-normativos en el delito-tipo parece anticiparse la cuestión de la antijuridicidad.” (VON BELING, Ernst. *Esquema de derecho penal; la doctrina del delito-tipo*, p. 85)

Beling igualmente, afirmava que a ilicitude não pode ser um elemento do tipo. O autor nunca concebeu que existisse alguma relação entre as duas categorias em discussão. Assim:

(...) al legislador no le es posible construir los tipos de manera que los modos de conducta abarcados por los tipos caigan totalmente en el dominio de lo ilícito: todo tipo, creado a fin de ser empleado como tipo de ilicitud, presenta una imagen representativa que, considerada en su particular carácter de ‘tipo’, puede entrar en ambas mitades del derecho: lo antijurídico y lo no antijurídico. Esto es aplicable también a los delitos-tipos.¹⁸⁸

Em resumo, pode-se facilmente perceber que o centro de toda a concepção causalista é a separação, na ação penalmente relevante, da voluntariedade humana e de seu conteúdo. Tal separação determinou uma parte objetiva e outra subjetiva no conceito de delito. Tal divisão, absoluta, fez com que o tipo se tornasse uma estrutura totalmente sem valorações quanto ao objeto da proibição (ilicitude). Por isto, tipo penal e ilicitude, totalmente separados, eram estruturas objetivas.¹⁸⁹

Diante das críticas à sua concepção descritiva do tipo, Beling reformulou parte de seu conceito em 1930 (na monografia chamada *Die Lehre vom Tatbestand*).¹⁹⁰ Neste artigo, ele afirmou que o tipo de delito (Deliktstypus¹⁹¹) não se confunde com o

¹⁸⁸ VON BELING, Ernst. *Esquema de derecho penal*; la doctrina del delito-tipo, p. 85/86.

¹⁸⁹ “las causas de justificación se encuentran tan fuera del tipo penal como dentro de la norma. En este sentido Beling manifesto que solamente en caso de la existencia de un ‘verdadero’ momento negativo del hecho faltaria el tipo del delito, es decir el tipo penal, lo que llevaria al resultado de que la cuestión de la antijuridicidad no apareciera. Conforme a su opinión, las causas que excluyen la antijuridicidad ‘no tienen ninguna relación con el tipo penal; por el contrario, para aplicarlas no le debe faltar nada al tipo penal, y tales causas no tienen ninguna influencia sobre el tipo penal.” (HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal*; obras completas. Tomo IV: la doctrina de los elementos negativos del tipo penal; el error sobre las causas de justificación. Traducción por Dirk Styma. Supervisión por Edgardo Alberto Donna. Buenos Aires/Santa Fé: Rubinzal – Culzoni Editores, 2005, p. 79)

¹⁹⁰ Traduzida por Sebastián Soler com o título “la doctrina del delito-tipo”.

De acordo com Vargas, “Beling reconhece e agradece as objeções feitas à sua doutrina do tipo, de 1906, mas considera que apesar da abundante bibliografia crítica, esta não estabeleceu qual parte da teoria ‘tem que corrigir-se’” (VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 29).

Tavares afirma que a esta mudança na concepção de tipo, proposta por Beling, não teve muita aceitação na doutrina jurídico-penal. (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 136). No mesmo sentido: QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal*; introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 101.

¹⁹¹ “Cada Deliktstypus forma um todo compuesto de diversos elementos. Pero por muchos y distintos que estos elementos puedan ser, hacen referencia, sin embargo, conjuntamente em los Deliktstypen independientes que primer término son objeto de nuestro estudio – a una imagen de pensamimento que fundamenta la unidad de este ‘Deliktstypus’, y sin la cual dichos elementos perderían su sentido

delito-tipo (Tatbestand), que passou a ser chamado de Leitbild (figura reitora).¹⁹² Os primeiros (tipos de delito) “contienen los elementos de cada especie delictiva que pertenecen a lo injusto (tipo de lo injusto) y las referencias a la culpabilidad exigidas en cada caso por la ley penal (amenaza penal).¹⁹³” Já a figura reitora tem caráter objetivo e descritivo, servindo como referência para a verificação posterior da ilicitude e da culpabilidade.¹⁹⁴

Enquanto o conceito abstrato de tipo (agora denominado *Leitbild*) tinha função estrutural no delito (era o núcleo da estrutura do delito, elaborado de forma descritiva), o *tipo de delito* era conceituado a partir da valoração do crime (era a própria integralidade do crime). Tal mudança na análise do tipo, proposta por Beling, não foi bem aceite pela doutrina.¹⁹⁵ Todavia, no que aqui importa analisar (neutralidade do tipo), sua concepção inicial se manteve inalterada: “los delito-tipos son, en consecuencia de carácter puramente descriptivo; en ellos no se expresa aún la valoración jurídica calificante de lo ‘antijurídico’ (tipo de ilicitud).”¹⁹⁶

3.2 A estrutura do pensamento neokantiano na dogmática jurídico-penal

Diante das críticas ao tipo penal valorativamente neutro, de Beling, uma segunda fase na evolução do tipo penal surgiu, na tentativa de retificação das falhas

como características de este Typus. Dicha imagen es el ‘Tatbestand legal’ para este Deliktstypus.” (JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *La teoría jurídica del delito*. Estudio preliminar y epílogo a cargo de Henrike Bacigalupo. Madrid: Dykinson, 2005, p. 43)

¹⁹² VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 29/30. Leitbild, de acordo com Vargas, substitui o termo Tatbestand. Em sentido similar: “sólo el Leitbild hace posible que podamos reunir un Typus de lo injusto y um Typus de culpabilidade en el sentido de constituir ‘éste’ determinado Deliktstypus. (...). b) este Leitbild es el ‘Tatbestand legal’” (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La teoría jurídica del delito*, p. 44/45).

¹⁹³ CEREZO MIR, José. *Derecho penal*; parte general, p. 458.

¹⁹⁴ CEREZO MIR, José. *Derecho penal*; parte general, p. 458.

¹⁹⁵ Neste sentido, veja-se: MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*; parte general, p. 161.

¹⁹⁶ VON BELING, Ernst. *Esquema de derecho penal*; la doctrina del delito-tipo, p. 283.

Assim também entende Reale Jr.: “Mas, quanto ao que mais nos importa, ou seja, às relações entre tipicidade e antijuridicidade, Beling continua fiel à sua nova concepção, sustentando que o delito-tipo, a imagem reitora, tem somente caráter descritivo, desprovido de conteúdo valorativo, não constituindo um índice de antijuridicidade.” (REALE Jr., Miguel. *Teoria do delito*, p. 41)

apontadas. Começou-se a perceber que o sistema causalista não atendia satisfatoriamente todas as questões colocadas à discussão na teoria do delito.¹⁹⁷

Assim, sem romper com o conceito causal de ação penal, entendeu-se que deveria ser introduzida no conceito de delito a teoria dos valores de Kant. Esta corrente doutrinária do Direito Penal, denominada *neokantiana*, manteve algumas das principais linhas gerais do causalismo.¹⁹⁸ Assim, é também denominada um *neo-causalismo*. Todavia, alguns autores fazem análise diversa:

É preferível, no entanto, fazer uma distinção clara destes períodos, o clássico e o neoclássico, e respectivos sistemas analíticos de crime, sobretudo porque os panos de fundo de que se serviam, de fato, eram completamente divorciados um do outro – até mesmo foram opostos, em certa medida.¹⁹⁹

Não importando neste momento qual posição dogmática deve prevalecer (se houve ruptura total, ou não, entre o causalismo naturalista e o neokantismo), certo é que algumas premissas conceituais realmente foram alteradas. Uma dessas alterações interessa ser destacada.

Há, nesta fase neokantiana do Direito Penal, uma conceituação das categorias do crime com os acréscimos valorativos necessários. Daquela análise naturalista do delito (reduzida a uma relação de causalidade própria dos fenômenos físicos), passou-se a uma análise axiologicamente ligada às ciências culturais (também denominadas ciências do espírito). O Direito deveria também ser estudado de acordo com as regras do dever-ser.

¹⁹⁷ Para uma síntese do teor das críticas dirigidas à doutrina do tipo axiologicamente neutro de Beling, veja-se a obra de Correia (CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. V. 1, p. 282 e ss. Basicamente, questionou-se o caráter neutro do tipo. Mesmo com a permanência do dolo e da culpa no conceito de culpabilidade, era de se considerar que a figura típica deveria conter elementos subjetivos e normativos. De acordo, ainda, com Correia, o tipo deveria ser “eminente e normativo e teleológico”. (p. 282).

¹⁹⁸ “el neokantismo siguió manteniendo las imágenes y representaciones que mueven a la voluntad separadas de su contenido y, por ende, adoptó el concepto liztiano de acción que remite a una voluntad sin finalidad, (...)” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p. 332/333). Com posição parecida, veja-se Mir Puig (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*; parte general, p. 185). Este autor entende que, mesmo deixando de ser um conceito naturalista, ainda é guiado pela noção de causalidade.

¹⁹⁹ GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal*; um estudo da conduta humana no pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 93.

Para Kant, há separação entre o *ser* e o *dever-ser*, na compreensão dos fenômenos. Ele entendia ser impossível conhecer a *coisa-em-si* (noumenon).²⁰⁰ Ela pode até ser pensada, mas permanece incognoscível.²⁰¹ Somente se conhece do objeto aquilo que a sensibilidade fornece, como forma *a priori* (fenômeno).²⁰²

Somente para padronizar a nomenclatura aqui utilizada, a citação aqui referenciada utiliza os termos *clássico* e *neoclássico* com equivalência a outras duas expressões, respectivamente: *causalismo* e *neocausalismo*.

²⁰⁰ O sistema filosófico de Kant não se preocupa com os objetos, mas com o modo de conhecê-los (método transcendental / crítico). Ele se preocupa em delimitar os limites da metafísica e da ciência.

Para Kant, o conhecimento combina os dados da experiência, através das formas puras da intuição sensível (espaço e tempo), com as categorias do entendimento. Os dados da sensibilidade são resultantes das impressões do mundo exterior (dado empírico) e das formas puras de espaço e tempo (dado transcendental). Espaço e tempo não independem da experiência, mas são formas apriorísticas da intuição sensível, pressupostas a toda experiência. Não há experiência fora do espaço e tempo. Afirma, ainda, que não se pode conhecer a coisa em si. Só se conhece do objeto o que a sensibilidade nos fornece, ligado à forma. A coisa em si pode ser pensada, mas não conhecida. (COMPARATO, Fábio Konder. *Ética; direito, moral e religião no mundo moderno*, p. 287/288.)

Foi na razão pura que Kant considerou que todo o conhecimento provém dos sentidos, que são aliados às formas puras de intuição sensível (espaço e tempo) e são reunidos através das categorias (formais e apriorísticas) do entendimento. Por isso, ele entendeu que a razão pura (especulativa) permanece nas aparências dos fenômenos, ligada às categorias apriorísticas. Não há a ilustração da coisa em si, além de não se proporcionar conclusão alguma sobre as verdades substanciais: existência de Deus, liberdade humana, etc. (BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 271.)

²⁰¹ Conforme o próprio Kant explica: “Não é uma e a mesma coisa pensar um objeto e conhecer um objeto. São necessários dois elementos para o conhecimento: primeiro o conceito, por meio do qual geralmente é pensado o objeto (a categoria); em segundo lugar a intuição, pela qual é dado. Se ao conceito não pudesse ser dada uma intuição correspondente, seria um pensamento, quanto à forma, mas sem qualquer objeto e, por seu intermédio, não seria possível o conhecimento de qualquer coisa. Que eu saiba, nada haveria nem poderia haver em que pudesse aplicar meu pensamento. Toda intuição para nós é sensível – estética – e, nesse sentido, geralmente o pensamento de um objeto só pode converter-se em nós num conhecimento, por meio de um conceito puro do entendimento, na medida em que este conceito se refere a objetos dos sentidos. A intuição sensível é intuição pura – espaço e tempo – ou intuição empírica daquilo que, pela sensação, é imediatamente representado como real, no espaço e no tempo. Pela determinação da primeira, podemos adquirir conhecimentos a priori de objetos – na matemática –, no entanto apenas segundo a sua forma, como fenômenos. Podemos haver coisas que tenham de ser intuídas sob esta forma é o que aí ainda não fica decidido. Em consequência, todos os conhecimentos matemáticos não são por si mesmos ainda conhecimentos, senão na medida em que se pressupõe que há coisas que não podem ser apresentadas a nós a não ser segundo a forma dessa intuição sensível pura.” (KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005, p. 136/137.)

²⁰² Interpretando os conceitos da filosofia Kant, Vaz afirma que: “Um dos fios que guiam a construção da Crítica da Razão Pura é o modelo de uma ciência que reúna as condições necessárias e suficientes para apresentar-se como ciência objetiva, ou seja, aquela em que o uso lógico de nosso Entendimento finito (ou intellectus ectypus) possa aplicar-se legitimamente às ‘representações’ (Vorstellungen) que nos vêm pela sensibilidade, dando origem a juízos sintéticos (ou que fazem avançar o conhecimento) a priori (ou seja, necessários), capazes de assegurar-nos o conhecimento científico do mundo real. Com efeito, não sendo o nosso Entendimento produtor dos próprios objetos (intellectus archetypus), todo objeto real nos deverá vir pela sensibilidade sob a forma de fenômeno e deverá ser recebido mediante as intuições a priori da mesma sensibilidade: o espaço e o tempo.”

Esta é a sua crítica da razão pura.²⁰³ Tratou-se da criação de um método do conhecimento, denominado crítico. Kant entendeu que, “muito embora o conhecimento se inicie pela experiência, isto é, pelo uso de nossos sentidos, ele não pode limitar-se a isto, pois os sentidos nos transmitem uma imagem deformada ou incompleta das coisas por eles apreendidas.”²⁰⁴ O conhecimento verdadeiro, para o filósofo, deve se basear nas faculdades racionais, e não apenas na experiência empírica da sensibilidade. Trata-se do conhecimento *a priori*.²⁰⁵

Em virtude de a *coisa-em-si (noumenon)* não ser alcançada, Kant entendeu que a ontologia do conhecimento é impossível de ser obtida. Tal constatação influenciou a dogmática jurídico-penal alemã do início do século XX.

Todavia, é de se ressaltar que não houve apenas uma corrente de pensamento neokantista na Alemanha. Duas escolas de pensamento filosófico-jurídico são herdeiras da filosofia de Kant: a *Escola de Marburgo* e a *Escola de*

(VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Ética e direito*. Organização e introdução por Cláudia Toledo e Luiz Moreira. São Paulo: Landy Editora / Edições Loyola, 2002, p. 71)

²⁰³ O sistema filosófico de Kant conta, ainda, com a *Crítica da Razão Prática*, entre outros escritos de relevo (*Metafísica dos Costumes*, por exemplo). Além da razão teorética, especulativa e que produz ciência, Kant assinala a existência da razão prática, que produz moralidade. Ali, ele indaga acerca da lei moral, que é deduzida e funciona como norma fundamental do agir e da razão, despida de elementos concretos. Pretende fazer um conjunto das regras morais um sistema exclusivamente racional, unicamente fundado sobre princípios *a priori*, universais e necessários. (BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*, p. 271.)

Conforme Kant, a experiência mostra como agem os homens, não como devem agir. Por isso a necessidade da lei moral racional, como lei universal. A autoridade da lei moral independe de como agem os homens, mas de como racionalmente devem agir de acordo com um imperativo categórico, absoluto e universal. A lei moral implica uma vontade livre. A liberdade é o primeiro postulado que resulta do imperativo categórico. (KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução de Rodolfo Schaefer. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004, p. 41/42.)

Assim determina o imperativo categórico apresentado pelo filósofo alemão: “Age de tal modo que a máxima da tua vontade possa valer sempre como princípio de uma legislação universal.” (KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*, p. 40.)

Todavia, ao que interessa aqui demonstrar (método do conhecimento e de estudo das ciências culturais), a análise deve recair sobre a *Crítica da Razão Pura*. Segundo Reale, a “(...) distinção entre ser e dever ser é antiga na filosofia, mas começa a ter importância mais acentuada a partir da ‘Crítica da Razão Pura’ de Kant. É nesta obra capital que se estabelece, (...), a distinção entre ser e dever ser, entre Sein e Sollen.” (REALE, Miguel. *Introdução à filosofia*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 142).

²⁰⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética; direito, moral e religião no mundo moderno*, p. 287.

²⁰⁵ Neste sentido, ver Russell: RUSSEL, Bertrand. *História do pensamento ocidental; a aventura das idéias dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 6 ed. Tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 342 e ss.

Baden. Há evidentes linhas de pensamento em comum entre ambas. Existem, também, diferenças teóricas entre as duas correntes.

Conforme Cabral de Moncada, a Escola neokantista de Marburgo recebeu influência do pensamento naturalista do século XIX, mantendo um sistema filosófico racionalista, “continuando a fazer derivar o objecto do pensamento das formas gerais do próprio pensamento (como, entre os juristas, Stammler e Kelsen), (...)”²⁰⁶

De forma diversa, o neokantismo da Escola de Baden (“Escola Sudocidental Alemã”), tem perspectiva diversa quanto à formação do método de compreensão das ciências culturais. Os teóricos desta corrente de pensamento entendem que:

(...) não é este, o pensamento, quem cria só por si o seu objecto, mas que acima dele há necessariamente alguma coisa em harmonia com a qual o pensamento se move e se rege, em ordem a atingir o valor da verdade. Este “alguma coisa” não é, por certo, algo de transcendente; não é uma realidade. (...) Este alguma coisa é um dever-ser puro, um valor. Os valores é que regem o pensamento e lhe permitem alcançar objetividade.²⁰⁷

Pode-se afirmar que a Escola de Baden se direccionou à filosofia da cultura, enquanto a Escola de Marburgo foi influenciada pela filosofia do conhecimento. Na dogmática penal, adotou-se a concepção valorativa que conduziu o pensamento da primeira escola neokantiana (Baden).²⁰⁸

²⁰⁶ Moncada (MONCADA, Cabral de), prefaciando a obra de Radbruch (RADBRUCH, Gustav. *filosofia do direito*, p. 15/16). *Apud* Guaragni, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal*, p. 94.

De acordo com Adeodato, “os neokantianos de Marburg reduzem o ser à lógica e assim subordinam a existência a uma ordem ideal, na qual um objeto de conhecimento jamais se dá, mas sempre é proposto pelo pensamento, (...). Até a preocupação central de usa epistemologia, o próprio processo de conhecer não é tomado exatamente como um fato mas sim como, por assim dizer, um ‘fato de método’. O ser é o ser lógico, é o ser da ‘situação dentro de determinado juízo’, uma vez que não há conteúdos substanciais nas relações entre os conceitos puros com que trabalha o pensamento humano.” (ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito; uma crítica à verdade na ética e na ciência*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 42.)

Adeodato ainda afirma, em relação à escola neokantina de Marburgo, que no “campo do direito, os postulados gnoseológicos da Escola de Marburg dão ênfase a uma apreciação formalista e analítica do direito, privilegiando a noção de norma jurídica como pensamento puro ou conceito específico do objeto jurídico.” (ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito; uma crítica à verdade na ética e na ciência*, p. 45.)

²⁰⁷ Moncada (MONCADA, Cabral de), prefaciando a obra de Radbruch (RADBRUCH, Gustav. *filosofia do direito*, p. 15/16). *Apud* Guaragni, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal*, p. 94.

²⁰⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal; parte general*, p. 307.

A concepção filosófica neokantiana, ao oferecer conteúdo axiológico às ciências culturais (e uma inevitável divisão entre o *ser* e o *dever-ser*), afastou o estudo penal do mecanicismo causalista. Houve um distanciamento inevitável do estudo das condutas humanas como meras manifestações naturalísticas, nas quais se verificava apenas a relação objetiva entre causa-efeito.²⁰⁹

Certo é que a adoção da filosofia neokantiana no Direito Penal proporcionou uma ruptura com a neutralidade valorativa (e mecanicista) do causalismo. A marca principal desta corrente de pensamento foi a de sustentar que o Direito é uma ciência do *dever-ser*.²¹⁰ Deu-se atenção às valorações como método de estudo dos fenômenos que são objetos deste saber científico. Vários autores trouxeram contribuições importantes para este momento da dogmática jurídico-penal:

La vertiente sudoccidental permite construir conceptos jurídicos para recomponer el esquema de Liszt-Beling que no lograba explicar la culpa inconsciente ni las exigencias subjetivas en la tipicidad. Radbruch (1904) enuncia la idea de un concepto jurídico-penal de acción; Frank (1907) la teoría normativa de la culpabilidad (culpabilidad como reproche); Hegler em 1911 y M. E. Mayer em 1921 los elementos subjetivos del injusto.²¹¹

Em todas as categorias do delito, alguma valoração foi acrescida ao conceito causalista (sistema Liszt-Beling). Esta é, sem dúvida, a grande contribuição

²⁰⁹ Vargas parece ter esta mesma opinião, a se julgar pela seguinte transcrição: “Mezger, ao contrário de v. Lizt, mostra a influência neokantiana da chamada Escola sul-ocidental alemã na doutrina penal de seu país, ao considerar que o conceito causal de ação não é um conceito puramente natural; carrega, implícito, um elemento valorativo, quando exige a voluntariedade do comportamento.” (VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal*; parte geral. T. I, p. 164)

²¹⁰ Zaffaroni/Alagia/Slokar têm posição crítica em relação ao neokantismo, afirmando que a sua adoção no Direito Penal construiu “un discurso que sirvió a la burocracia judicial para pasar sin mayores problemas por sobre los terribles acontecimientos políticos de su época, (...)” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p. 263/264). Eles entendem que a seleção de dados da realidade permitiu ao neokantismo inventar um inexistente.

²¹¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p. 307.

Os autores continuam a apresentar os penalistas que sofreram influência neokantiana. Quanto a Edmund Mezger, eles sustentam que “es la teoría neokantiana del delito más difundida.” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p. 307.). Ainda, Mezger teria entendido que o injusto (predominantemente objetivo) se estabelece conforme uma norma de proibição e a culpabilidade (subjetiva) se fundamenta como uma norma de determinação.

A fundamentação e os argumentos jurídicos desta estrutura teórica de Mezger serão integralmente analisados em capítulo a parte, por ocasião da apresentação do conceito da *ratio essendi*.

neokantista ao Direito Penal. Pode-se afirmar, inclusive, que este momento dogmático foi o ponto de partida para uma concepção teleológica do Direito Penal. Teorias posteriores adotaram, de alguma maneira e com alguma intensidade, a noção neokantiana de compreensão e valoração da realidade, para a definição conceitual das categorias do delito conforme a finalidade a que se prestam.²¹²

No que se refere ao conceito de ação, esta categoria deixou de ser o ponto central do conceito de crime, passando a funcionar como um componente do tipo.²¹³ Por se tratar de uma categoria ontológica, perde parte da sua importância diante da necessidade axiológica de verificação do *dever-ser* na configuração analítica do delito. Em uma ciência cultural, como deve ser compreendido o Direito (e, por consequência, o Direito Penal), esta é uma necessidade metodológica. Por isto, foi concebida uma “concepção genérica de conduta, com o fito de abranger ação e

²¹² Schimdt, por exemplo, apresentou um “embrião” do conceito da teoria social da ação penalmente relevante, a partir do sistema causalista (ele atualizou o Tratado de Von Liszt.). Ontologicamente, o conceito de ação é aquele proposto pelos autores causalistas. Todavia, para o autor, o operador jurídico deveria fazer também uma análise da relevância social da ação (em uma concepção baseada no pensamento neokantiano). A conduta sem relevância social não poderia ser considerada ofensiva aos bens jurídicos protegidos e, assim, não poderia ser objeto de tutela jurídico-penal. Para Vargas, contudo, a teoria do social da ação não passa de uma variação do finalismo (VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal*; parte geral. T. I, p. 169).

Também em relação às concepções funcionalistas, é possível perceber a influência neokantiana. Veja-se o conceito de ação penal na obra de Roxin: “Por tanto, el concepto personal de acción aquí desarrollado – a diferencia del concepto natural y del final, pero concordando con el social y el negativo – es un concepto normativo. Es normativo porque el criterio de la manifestación de la personalidad designa de antemano el aspecto valorativo decisivo, que es el que cuenta jurídicamente para el examen de la acción. También es normativo en la medida en que en los terrenos fronterizos atiende a una decisión jurídica correspondiente a esa perspectiva valorativa. Pero no es normativista (...), ya que acoge en su campo visual la realidad de la vida lo más exactamente posible y es capaz de considerar en todo momento los últimos conocimientos de la investigación empírica.” (ROXIN, Claus. *Derecho penal*; parte general. Tomo I, p. 265). A concepção de delito apresentada por Roxin (desde o seu conceito de ação, até a definição da culpabilidade), tal qual o neokantismo, utiliza as valorações nas definições conceituais dos elementos do crime. A diferença fica na fonte destes valores utilizados (normas de cultura no neokantismo, e valores político-criminais para Roxin).

²¹³ Radbruch entendia que se deveria substituir a ação pelo tipo, como elemento básico do conceito de delito. Fundamentava sua posição com a idéia de que a teoria do delito deve ser elaborada com critérios teleológicos. (RADBRUCH, Gustav. *Zur Systematik, der Verbrechenslehre*, publicado como apêndice de *su Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, Wissenschaftliche Buchgesellschaft*, p. 155. Apud: CEREZO MIR, José. *Derecho penal*; parte general, p. 393).

Mezger não concorda com tal posição de Radbruch: “Desde el punto de vista jurídico-penal, la acción positiva y la omisión no se oponen entre si, y, por lo tanto, existe también para ellas el concepto superior común que Radbruch les niega (a saber, la acción en sentido amplio).” (MEZGER, Edmund. *Derecho penal*; libro de estudio. Tomo I, parte general, p. 103)

omissão sob um mesmo manto (quanto menos exigente o supraconceito, mais fácil de inserir ambas as formas do agir, comissão e omissão).”²¹⁴

Com esta alteração, passou-se a ter melhor fundamentação para explicar a punição dos crimes culposos, omissivos e tentados. Com um critério puramente mecanicista, baseado apenas na conduta humana voluntária causadora de resultado naturalístico, tais crimes não tinham adequada fundamentação para suas punições, posto que o referido conceito de ação não os alcançava.²¹⁵ Contudo, compreendendo-se que os valores têm maior atuação no conceito analítico de crime, entendeu-se superada tal deficiência metodológica do causalismo.

Uma ação, ou omissão, que não provocasse alteração no mundo físico não era considerada penalmente relevante. Todavia, se tal ação (ou omissão) fosse axiológicamente valorada (por ofender valores tutelados), ficaria suprida a falta de modificação externa do mundo físico e a conduta seria punível. Em resumo, os valores normativamente considerados tornaram-se relevantes no conceito de crime.

No âmbito da culpabilidade, existiram mudanças consideráveis apresentadas pelo neokantismo. Inicialmente (no conceito causalista), este elemento do crime foi considerado apenas um liame psicológico que ligava o agente ao fato praticado. Dolo e culpa (no seu sentido estrito) compunham a integralidade do conceito, que

²¹⁴ GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal*, p. 106.

Vargas é contrário a esta afirmação: “Não se pode falar em um conceito superior de ação (posição que estamos adotando só agora, depois e muita meditação), que abranja o fazer e o não fazer.” (VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal*; parte geral. T. I, p. 165)

²¹⁵ Faltam, nestes crimes, o resultado naturalístico (na tentativa), a voluntariedade (nos crimes culposos) ou nexos causal (na omissão).

Com relação aos crimes omissivos, está-se a afirmar a ausência de nexos causal apenas em relação àqueles que são próprios (não têm resultado naturalístico). Conforme Vargas (VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 101.), nos crimes comissivos por omissão (ou omissivos impróprios), existe uma relação de causalidade. Bruno tem posição parecida: “A omissão é causal em relação ao resultado quando, se o omitente tivesse praticado a ação omitida, o resultado não teria ocorrido, isto é, dentro do raciocínio fundamental da conditio sine qua non, quando não se possa conceber como realizada a ação omitida sem que desde logo desapareça o resultado.” (BRUNO, Aníbal. *Direito penal*; parte geral. T. I, p. 208.). Contudo, ressalte-se apenas que Bruno fez essa afirmativa para todos os crimes omissivos, não se restringindo àqueles impróprios. O autor entende que há um nexos causal também em relação a esses delitos: “O pensamento preponderante opunha-se a um conceito naturalista da omissão, não se apercebia de que a omissão também é um comportamento do indivíduo e que esse comportamento pode entrar como condição na série causal que conduz ao resultado. Hoje ainda não se pode dizer que a paz se tenha feito nesse debatido setor da causalidade, mas há um esforço evidente por construir uma explicação do enlace causal nos fatos omissivos que os equipare aos casos de ação em sentido estrito.” (BRUNO, Aníbal. *Direito penal*; parte geral. T. I, p. 209.)

ainda contava com a imputabilidade como seu pressuposto. Tratava-se da denominada teoria psicológica da culpabilidade.

Tal concepção foi alterada pelo neokantismo.²¹⁶ Frank construiu um conceito de culpabilidade que, além de funcionar como vínculo psicológico entre o agente e a sua conduta, era também compreendido como juízo de reprovação sobre este fato praticado.²¹⁷ Somente poderia ser censurado aquele agente que, podendo agir de modo diverso (conforme a norma), escolhe desobedecer tal mandamento/proibição.

Tal teoria foi denominada *psicológico-normativa*. Apresentava o dolo²¹⁸ e a culpa como elementos da culpabilidade, mantendo o seu caráter de liame subjetivo entre o autor e o fato praticado. Todavia, ao acrescer a exigibilidade de conduta diversa (conforme o Direito) no seu conceito, adquiriu também caráter normativo (valorativo). Passou a ser um juízo de reprovação do agente que, capaz de escolhas, optou por agir de forma contrária à norma.²¹⁹

Evidentemente, somente quem conhece o caráter ilícito de uma conduta pode escolher agir conforme/contra a norma. Assim, o dolo (normativo) é importante elemento da culpabilidade psicológico-normativa. Além de funcionar como liame subjetivo do agente com o fato praticado, fundamenta a censura àquele que escolheu agir contra a norma, após conhecer o caráter ilícito de sua conduta.

Ainda, a imputabilidade, que antes era um pressuposto do conceito de culpabilidade elaborado pelo sistema causalista, passou a compô-la. Somente uma

²¹⁶ “El error de la concepción tradicional se basa en la falta de consideración de los elementos individuales de la culpabilidad. Ella considera solamente el dolo y la imprudencia, pero no la imputabilidad ni tampoco las circunstancias bajo las cuales es llevado a cabo el hecho. Pero a ello se agrega otro error más importante: la doctrina dominante determina la relación de culpabilidad, dolo y imprudencia como la relación de género a especie, cuando en la realidad es distinto.” (FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Traducción por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires/Montevideo: Euros Editores/B de F Ltda., 2000, p. 37). A teoria dominante criticada por Frank corresponde à teoria psicológica da culpabilidade.

²¹⁷ FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de la culpabilidad*, p. 39.

²¹⁸ A doutrina elaborou um conceito de dolo normativo, acrescentando-lhe a consciência (atual) da ilicitude.

²¹⁹ Neste sentido: MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*; parte general, p. 290 e ss.

pessoa imputável é capaz de agir de outro modo.²²⁰ Consequentemente, somente este agente imputável pode ser censurado por suas escolhas contrárias ao Direito.

Por fim, no âmbito do injusto penal também existiram mudanças trazidas pela dogmática jurídico-penal de orientação neokantiana. Manteve-se a anterior dicotomia entre culpabilidade subjetiva e o injusto com conotação objetiva. Todavia, diante da utilização de valores na elaboração das categorias do delito, esta separação não tinha mais o rigor absoluto que lhe determinou o causalismo.

Como acima se sustentou, percebe-se que a culpabilidade não mais se resume a este liame subjetivo entre autor e conduta praticada. É mais: determina normativamente critérios de censurabilidade destes agentes. De outro lado, verificou-se a necessidade de valoração do injusto penal. Tal constatação trouxe inevitável subjetivação a esta parcela do delito, mesmo que de forma excepcional. A partir desta constatação, Mayer desenvolveu sua teoria da *ratio cognoscendi*, determinando qual a relação valorativa existente entre o tipo penal e a ilicitude.

3.3 A teoria da *ratio cognoscendi*, de Max Ernst Mayer

A teoria da *ratio cognoscendi* tem relação direta com o neokantismo no Direito Penal.²²¹ Ainda que de forma excepcional²²², a ilicitude e o tipo se tornaram

²²⁰ Conforme Mezger, imputabilidade não significa capacidade de ação (como pensava Binding, entre outros), capacidade jurídica de dever (de acordo com Merkel, entre outros), ou capacidade de pena (conforme Feuerbach, Liszt e Radbruch). Para Mezger, imputabilidade significa capacidade de culpa. (MEZGER, Edmund. *Derecho penal*; libro de estudio. Tomo I, parte general, p. 202)

²²¹ Todavia, parece um equívoco afirmar que a concepção neokantiana de injusto, por excelência e com exclusividade, é este de Mayer. Mezger, com a apresentação de sua teoria da *ratio essendi*, utiliza semelhantes premissas jusfilosóficas para fundamentar sua concepção de injusto penal. Os dois autores têm suas divergências teóricas, mas, na essência da estrutura de pensamento neokantiano, comungam de uma aceitação de premissas valorativas oriundas da Escola de Baden.

Assim, sustenta-se o erro dogmático de determinar que somente um (Max Ernst Mayer, com a sua teoria da *ratio cognoscendi*) ou outro (Edmund Mezger, com a sua teoria da *ratio essendi*) é representante do neokantismo penal. Ambos podem ser assim considerados, por terem bases axiológicas semelhantes. Têm, apenas, conclusões dogmáticas diversas em alguns setores do conceito analítico de crime. A bem da verdade, em ambas doutrinas há muita semelhança.

²²² O dolo e a culpa ainda permanecem no conceito da culpabilidade (psicológico-normativa). Todavia, com a admissão dos elementos normativos do tipo, e dos elementos subjetivos do injusto, o

elementos complexos e, em determinada proporção, subjetivados. Receberam conotações valorativas que os afastaram da concepção causalista anterior.

Na ilicitude, definitivamente se consolidou um conceito material.²²³ Agregou-se, ao seu conceito formal, a necessidade de ofensa a bem jurídico tutelado (posição aqui adotada, como fundamentadora da ilicitude material). Assim, esta formulação teórica desfez a confusão conceitual entre ilicitude (concebida em seu conceito formal) e antinormatividade. Mais que isto, a valoração contida na danosidade da conduta a ser considerada ilícita permitiu que se graduasse o injusto conforme a lesão (ou ameaça de lesão) causada ao bem jurídico-penal protegido.²²⁴

Quanto ao tipo, algumas mudanças foram perceptíveis, justificando a elaboração da teoria da *ratio cognoscendí*, por Mayer. O conceito puramente descritivo, de Beling, já não tinha aceitação pacífica. Determinava, junto com a ilicitude, um injusto totalmente objetivo e axiologicamente neutro.

Este conceito de tipo, todavia, foi reformulado. Valorações foram acrescentadas, apenas de forma excepcional.

Como já se afirmou no capítulo anterior, os elementos normativos foram sistematizados por Mayer. Mezger, por sua vez, sistematizou de forma definitiva os

tipo e a ilicitude deixaram de ser elementos meramente objetivos (ainda que se sustente que tal transformação se verifique de forma apenas excepcional). Neste sentido, ver TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 137 e ss.).

²²³ Conforme afirma Soler: “La antijuridicidad de una acción es siempre el resultado de un juicio sustancial. (...). Esa cualidad positiva se puede referir y de hecho se há referido: a los derechos subjetivos (Feuerbach); a los intereses (Ihering); a los bienes jurídicos (Liszt); a las normas jurídicas primarias (Binding); a las normas de cultura (Mayer). Según sea la teoría, resultará que el delito será respectivamente una violación de un derecho subjetivo, de un interés, de un bien jurídico, de una norma jurídica o cultural, etc. Y esa cualidad será la que otorgue al hecho típico el carácter de antijurídico.” (SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Tomo I. 11ª reimpresión total. Actualizado por Guillermo J. Fierro. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1999/2000, p. 395/396)

Mayer também se manifestou sobre a dicotomia entre ilicitude formal e material: “(...), hay dos posibles determinaciones conceptuales de la antijuridicidad, una das cuales explica el nombre, la otra el objeto; es imposible situar dos conceptos de la antijuridicidad, uno junto al otro, si no se quiere recaer en un pensamiento jusnaturalista, ya superado. Las dos definiciones procuran apoderarse del com concepto de dos maneras diferentes, pero están muy lejos de duplicarlo. Hay, al respecto, toda clase de manifestaciones de la falta de claridad y es, en efecto, tan inadecuado (a) oponer una antijuridicidad material de índole distinta a la antijuridicidad formal, como (b) dejar la primera enteramente indeterminada.” (MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*; parte general, p. 225)

²²⁴ Jescheck sustenta, inclusive, que este conceito material de ilicitude trouxe como consequência a possibilidade de verificação de causas supralegais de exclusão da ilicitude. (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general, p. 277)

elementos subjetivos do injusto penal (em 1923), após formulações anteriores de outros penalistas (Fischer Nagler, Graf Zu Dohna, Hegler e Mayer).

Com a elaboração teórica dos elementos normativos e, principalmente, dos elementos subjetivos do injusto penal, o tipo passou a conter valorações antes não existentes. Diante desta nova situação, passou-se a verificar que a separação entre este elemento do crime (tipo) e a ilicitude não era total. Estas parcelas do injusto penal se relacionavam entre si, em alguma medida.

Entendeu-se que há ligação entre as duas categorias, podendo-se afirmar que o tipo determina o indício da ilicitude. Mayer assim se expressou sobre o tema: “La separación de los tres presupuestos de la pena es la base para la construcción de la teoría del delito; pero sobre la división no debe descuidarse la conexión: los tipos legales son fundamentos del reconocimiento de la antijuridicidad.”²²⁵

Resta saber em que termos isto ocorreu, nesta fase da dogmática jurídico-penal. Interessa, pois, apresentar a concepção de Mayer. A sua teoria (*ratio cognoscendi*) é a mais relevante deste período.

Este autor, através de uma compreensão valorativa das categorias do delito, entendeu que o tipo legal não era simplesmente descritivo. Sua função estava além da mera apresentação fática, e abstrata, de uma conduta proibida (ação ou omissão). Continha, também, valorações desta proibição descrita.

Mesmo sustentando a sua independência, como categoria autônoma do delito, Mayer entendeu que o tipo legal determinava um indício de ilicitude.²²⁶ Tal indício, no entanto, desaparecia diante da existência de uma causa de justificação (exclusão de ilicitude). Para Mayer “el tipo no es ya valorativamente neutral, pues

²²⁵ MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*; parte general, p. 227.

²²⁶ “Según Mayer, el tipo es sólo *ratio cognoscendi*, o sea un indicio denotador, de la antijuridicidad, pero no es componente de la misma.” (ROXIN, Claus. *Derecho penal*; parte general. Tomo I, p. 281)

Ainda: “Mayer admite la separación de los elementos del delito, que caracteriza como presupuestos de la pena. Pero la separación no es negatoria de la relación. El tipo legal es fuente de conocimiento de la antijuridicidad y los demás elementos. La tipicidad es *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad. Tiene valor de indicio.” (TERÁN LOMAS, Roberto A. M. *Derecho penal*: parte general, T. 1, p. 311.)

constituye el principal indicio de antijuridicidad. Una conducta típica será antijurídica si no concorre una causa de justificación.”²²⁷

Portanto, existindo tipicidade, provavelmente haverá ilicitude. Em essência, essa é a teoria denominada *ratio cognoscendi*. Trata-se de uma constatação baseada na idéia de regra-exceção. Tavares afirma que exatamente neste ponto há méritos na concepção teórica de Mayer (embora, posteriormente, apresente outras críticas à teoria). Para ele:

O trunfo dessa concepção não está em atribuir ao tipo o caráter indiciário da antijuridicidade, mas sim, de com isso abrir a possibilidade de um enfoque sistêmico das causas de justificação, onde o tipo e causas de justificação se contrapunham através do binômio regra/exceção.²²⁸

Mayer usa o argumento das normas de cultura²²⁹ para fundamentar sua teoria. Para ele, as pessoas ofendem estas normas com suas condutas (e não as normas jurídicas). A cognição primeira se dá quanto àquelas normas (de cultura), que seriam pressupostos necessários para a aplicação da sanção constante do preceito secundário desta última (norma jurídica). A lei penal se dirige somente ao Estado (e nisto Binding e Mayer se aproximam). Mais que isto, as normas de cultura se transformam em normas jurídicas quando há o seu reconhecimento social pelo Estado.²³⁰ Neste momento, tornam-se imperativos abstratos para a orientação das condutas humanas.²³¹

²²⁷ CERESO MIR, José. *Derecho penal*; parte general, p. 459.

²²⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 150/151.

²²⁹ Ver o conceito de norma de cultura no capítulo anterior, especialmente na nota de rodapé nº 53.

²³⁰ “La justificación del Derecho y, en particular, de la obligatoriedad de la ley, radica en que las normas jurídicas están en correspondencia con normas de cultura, cuya obligatoriedad el individuo conoce y acepta.” (MAYER, Max Ernst. *Normas jurídicas y normas de cultura*, p. 55).

Mayer explicou, ainda, como se procede à incorporação das normas de cultura pelo Direito: “Ninguna norma de cultura se puede incorporar al Código Penal sin elaboración, por así decir, en su estado natural; porque la norma de cultura es solamente el material con el que el legislador confecciona la norma jurídica.” (MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*; parte general, p. 61)

²³¹ MAYER, Max Ernst. *Normas jurídicas y normas de cultura*, p. 55.

Contudo, Mayer adverte que: “cada uno es juzgado según leyes cuya obligatoriedad él reconoce; sólo que su reconocimiento no está referido a la norma modelada bajo forma jurídica, sino a aquella, de idéntico contenido, que él ha conocido desde la cultura en que vive.” (MAYER, Max Ernst. *Normas jurídicas y normas de cultura*, p. 56)

Conforme afirmou Soler (na nota de rodapé 223, anterior), a ilicitude de uma ação é verificada através de um juízo material que pode ser determinado de várias formas, conforme a concepção adotada (bens jurídicos, interesses, direitos subjetivos, etc). Seguindo os critérios de Soler, pode-se concluir que Mayer entende que uma conduta típica será ilícita (materialmente) sempre que ofender uma norma de cultura estabelecida e aceita pelo Estado.

Assim, para Mayer: “A antijuridicidade de uma conduta está na sua contrariedade a uma norma de cultura reconhecida pelo Estado, mormente no campo penal, em que o costume não é fonte formal, só o sendo a lei.”²³²

Desta forma, é correto compreender que Mayer considerou que os tipos legais são fundamentos de cognição pelos quais as normas de cultura conseguem se tornar jurídicas e, portanto, determinar o conteúdo de ilicitude das condutas. Os tipos são a própria manifestação de uma valoração estatal de proibição/ordenação, frente a uma norma cultural.

Ainda na elaboração deste tipo dotado de valores, Mayer utilizou-se dos elementos normativos. Conforme já explicado (no capítulo II), estes são parcelas típicas que necessitam de especial valoração para terem pleno sentido. Ainda como antes já analisado (no mesmo capítulo II), existem os elementos valorativos e aqueles outros condicionadores da ilicitude. Com efeito, são apenas estes últimos que aqui interessam, por serem momentos especiais da ilicitude.

Estes elementos normativos revelam a ilicitude da ação/omissão, pelo desvalor jurídico que representam. São as questões interpretativas no âmbito típico que se ligam à proibição da conduta, compondo igualmente a ilicitude. Seriam, pois, as necessárias ligações valorativas que demonstrariam o caráter proibitivo de uma conduta descrita em lei penal incriminadora.

Faz-se, contudo, uma ressalva já apresentada no capítulo anterior. Mayer entendia que os denominados elementos normativos do tipo eram propriamente a

²³² REALE Jr., Miguel. *Teoria do delito*, p. 93.

Ver também: MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*; parte general, p. 63.

ratio essendi da ilicitude.²³³ Exatamente em virtude disso, a idéia contida no parágrafo anterior é perfeitamente aplicável à teoria do tipo total do injusto. Assim, por ocasião do uso de tais elementos nas tipificações de condutas, não se pode sustentar a utilização da teoria da *ratio cognoscendi*. Tal posição de Mayer será objeto de crítica, a seguir.

Concluindo, com a teoria da *ratio cognoscendi*, superou-se a noção de tipo penal meramente descritivo (de Beling). Valores acrescidos à estrutura analítica do delito fizeram com que o injusto penal se tornasse um conceito axiologicamente mais complexo e subjetivado (ao menos de forma excepcional). Mais que isto, manteve-se a independência entre tipo e ilicitude, com a afirmação de que esta seria uma conquista que valorizaria cada elemento do delito de forma correta:

A afirmação da tipicidade supõe a constatação da diferença valorativa de uma ação para o Direito Penal; mais ainda: dado que o tipo é a descrição da matéria da proibição, sua realização é um 'indício' da antijuridicidade da ação. Mas – e nisso tem razão Beling – a tipicidade não implica ainda a antijuridicidade. (...).

Esta função do tipo, de descrever materialmente a relevância jurídico-penal de uma conduta (diferenciação valorativa) e convertê-la, com isso, na base para a constatação inequívoca da antijuridicidade, lhe assegura a posição de um elemento independente do delito, prévio ao juízo da antijuridicidade e à reprovabilidade da culpabilidade. Esse é o conteúdo permanente de verdade do tipo de Beling e da estrutura tripartida do delito de Beling e Liszt (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), apesar de todos os seus defeitos, condicionados historicamente.²³⁴

Percebe-se que o finalismo foi simpático à *ratio cognoscendi*. A idéia da regra-exceção, aliada à pretensa separação entre as funções do tipo e da ilicitude (em um injusto subjetivo), fez com que a teoria em questão fosse bem aceita entre os autores finalistas. Atualmente, vários penalistas adotam a teoria de Mayer, notadamente aqueles que se filiam ao pensamento sistematizado por Welzel.²³⁵

²³³ MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*; parte general, p. 231.

²³⁴ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*; uma introdução à doutrina da ação finalista, p. 54.

²³⁵ Neste sentido, veja-se Muñoz Conde (MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*, p. 32) e Zaffaroni/Alagia/Slokar (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p. 462). No Brasil, são adeptos da teoria da *ratio cognoscendi*, entre outros: Brandão (BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal*; parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 148.), Bitencourt (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*; parte geral. Volume 1, p. 201), entre outros tantos autores.

3.4 - As críticas dogmáticas à teoria da *ratio cognoscendi* e a necessidade de reformulação do conceito

É inegável a contribuição trazida pela teoria de Mayer. A estrutura típica, a partir da sua concepção valorativa, tornou-se um elemento de maior importância na concepção analítica do delito. A teoria do injusto, a partir da concepção teórica da *ratio cognoscendi*, começou a se desenvolver de forma axiologicamente mais adequada. Ficou definitivamente superada a estrutura meramente descritiva do tipo.

Todavia, a teoria sistematizada por Mayer tem sérios problemas em sua fundamentação dogmática, que precisam ser apontados e que inviabilizam sua adoção como fundamento adequado da relação entre tipo e ilicitude.

3.4.1 A deficiente função indiciadora de ilicitude nos tipos abertos e o problema dos elementos normativos

Uma primeira crítica deve ser abordada. A teoria da *ratio cognoscendi* não consegue exercer adequadamente sua função indiciadora da ilicitude em tipos abertos. Conforme Roxin, nestas estruturas típicas a matéria da proibição não está totalmente descrita, de forma exaustiva, através dos elementos objetivos.²³⁶ Welzel também conceitua estes tipos abertos:

Se puede llamar tipos "cerrados" a los que tienen las características señaladas, porque enumeran exhaustivamente los presupuestos materiales de la antijuricidad. Frente a ellos hay tipos "abiertos" o "que requieren ser completados", lo que no indican de por sí la antijuricidad, y en los que debe ser fundamentada ésta a través de un juicio ulterior independiente. En ellos, para averiguar la antijuricidad, no basta el establecimiento de la circunstancia negativa de que no intervienen fundamentos de justificación.²³⁷

Mais que isto, Welzel parece concordar com tal conceito. Certo é que ele, igualmente, verifica que os tipos elaborados com elementos abertos à interpretação

²³⁶ ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, p. 6.

²³⁷ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 86/87.

do operador não têm valorações suficientes em si mesmos para indiciar a ilicitude, nos moldes propostos por Mayer. Ainda, enxergou uma maior utilização desta técnica legislativa na elaboração típica dos crimes culposos e omissivos.²³⁸

Assim, nos tipos abertos, a ilicitude não é verificada apenas pela ausência de uma causa de justificação, tal como advertiu Welzel. A citação dele, anteriormente transcrita, deixa clara esta conclusão. As características materiais do tipo (ele dá como exemplo a lesão a bem jurídico) não indiciam a ilicitude. Apenas fundamentam uma relação do agente com um dever jurídico devido (posição de garantidor, dever objetivo de cuidado, etc).²³⁹ Nestes casos, a ilicitude é percebida através de uma análise positiva e independente do desvalor jurídico: “debe ser averiguada positivamente mediante la comprobación de las características especiales del deber jurídico (validez jurídica, adecuación jurídica, competencia, etc.).”²⁴⁰

Roxin, exatamente pelos motivos já citados, tem posição crítica em relação a estes tipos abertos: “la realización del tipo no podría indicar la antijuridicidad.”²⁴¹ É de se justificar que a fundamentação desta sua crítica é baseada, em parte, na adoção da teoria do tipo total de injusto (ao menos na época em que escreveu a obra sobre os tipos abertos). Para ele, somente este “tipo total seria realmente um tipo ‘fechado’, já que apenas ele compreende a totalidade do conteúdo do juízo de injusto, dispensando a complementação por parte do juiz.”²⁴²

Certo é que, nos tipos abertos, a descrição do objeto da proibição é insuficiente para se relacionar com a ilicitude. Este conteúdo proibitivo do tipo, por diversas vezes, somente é verificado com a interpretação da sua parte aberta, pelo operador jurídico. Nestas oportunidades, a teoria da *ratio cognoscendi* perde sua

²³⁸ WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*, p. 88.

²³⁹ WELZEL, Hans. *Derecho penal*; parte general, p. 87/88.

Nestes casos, conclui Welzel, “se puede hablar, portanto, de tipos, solamente en un sentido figurado y no propio.” (WELZEL, Hans. *Derecho penal*; parte general, p. 88.)

²⁴⁰ WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*, p. 88.

²⁴¹ ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, p. 6.

²⁴² TOLEDO, Francisco de Assis. *Principios básicos de direito penal*, p. 137.

A questão do tipo total do injusto, e dos elementos negativos do tipo, será discutida em capítulo à parte, à frente. Nesta oportunidade serão apresentados todos os elementos constituintes da teoria.

capacidade de determinar o tipo legal como indiciador da ilicitude. Constatase que, nestes tipos abertos, o conteúdo da proibição precisa ser verificado fora da estrutura típica (que para Mayer deveria ser fechada em sua forma). Por isto há o problema anunciado, na teoria por ele formulada.

Todavia, é necessário acrescentar uma situação na qual se verifica esta técnica de legiferação. Os tipos com elementos normativos também podem ser considerados abertos.²⁴³ Tal como já foi afirmado, analisam-se aqui as parcelas típicas que condicionam a ilicitude pelo desvalor jurídico em que se traduzem.²⁴⁴

Conforme já explicado, os elementos normativos são parcelas típicas que exigem uma especial valoração do intérprete para que seja obtido seu sentido pleno. A verificação de seu significado está fora do tipo objetivo e depende da valoração que é conferida a estas parcelas típicas. Por fim, as complementações que fornecem sentido aos elementos normativos encontram-se em normas culturais, sociais, morais ou mesmo jurídicas (de vários ramos do Direito).

Vale lembrar que Mayer foi o sistematizador dos elementos normativos e, exatamente a partir da concepção destes elementos típicos, começou a evidenciar-se a relação entre tipo e ilicitude.²⁴⁵ Ocorre que, para ele, os elementos normativos

²⁴³ A doutrina de Roxin sustenta tal afirmação, em contraposição à concepção de Welzel, que parece não concordar que os elementos normativos poderiam ser considerados tipos abertos. Veja-se: “Esta circunstancia merece ser ressaltada especialmente, pues la construcción de los tipos abiertos há sido entendida como si con ella se hiciera referencia a prescripciones penales, que como consecuencia de la utilización de conceptos requeridos de una complementación valorativa, no caracterizaran el comportamiento prohibido de forma descriptiva, sino que remiten a valoraciones extralegales, arraigadas en el orden moral o en la conciencia popular. Esta interpretación no coincide con la intención de Welzel; dado que prescripciones con las de los § 183 o 360, inc. 11, del Código Penal, que sancionan ciertas ‘acciones impúdicas’, o ‘desórdenes’, no resultan, según su concepción, tipos abiertos, aunque ellas contienen, indiscutiblemente, conceptos requeridos de una complementación valorativa.” (ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal*; tipos abiertos y elementos del deber jurídico, p. 96).

²⁴⁴ É de se lembrar que existe uma diferença entre os elementos meramente valorativos (que, por alguns autores, também recebem a denominação de normativos) e aqueles elementos efetivamente normativos que condicionam a ilicitude de uma conduta.

Veja-se, também, a interpretação deste tema feita por Asúa: “Para Mezger los elementos normativos, en su mayor parte, sólo son características del tipo. Por ejemplo: la cualidade de cosa ajena en el hurto no es, según este autor, un elemento normativo, atacando a Mayer, que así lo cree, con el ‘juicio cognoscitivo’. Em puridad, según Mezger, sólo son verdaderos elementos los que hemos llamado subjetivos, que para él han de ser estimados como ‘elementos subjetivos de la tipicidad (antijuridicidad).” (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La teoría jurídica del delito*, p. 55)

²⁴⁵ Mayer entendia que o tipo penal deveria ser uma estrutura valorativamente neutra, em regra. Somente em situações de excepcional (e anômala) necessidade é que o injusto se subjetivava e se

teriam uma dupla função na teoria do injusto. Ao mesmo tempo em que integrariam a figura típica, seriam igualmente componentes valorativos, integrantes da ilicitude.

Mayer afirma, inclusive, que estes elementos normativos são a própria *ratio essendi* da ilicitude. Conforme explica Reale Jr., “enquanto os elementos descritivos são indícios apenas reveladores da antijuridicidade, os elementos normativos são constitutivos dela (da antijuridicidade).”²⁴⁶

Verifica-se, realmente, que os elementos normativos seriam a própria ligação entre o tipo e a ilicitude. Dias, ao tratar do tema, chega a semelhante conclusão:

(...), já Welzel chamou no entanto a atenção para a existência de certos elementos – tradicionalmente considerados elementos normativos do tipo e não contendo só uma menção redundante da ilicitude – que não serviriam para descrever a conduta, mas sim para caracterizar o especial dever jurídico que incumbe a quem preenche o tipo, pelo que já não pertenceriam a este mas seriam momentos constitutivos da própria ilicitude: as características do dever jurídico (Rechtspflichtmerkmale) ou – como hoje prefere chamar-lhes, aproximando-se da designação corrente na Itália – “características especiais da ilicitude”.²⁴⁷

Também nestes tipos com elementos normativos, portadores de uma característica aberta, a valoração de proibição não resta totalmente verificada na descrição da conduta proibida. Assim, esta valoração (constituída pelos citados elementos normativos) encontra-se afastada da figura típica, constituindo uma “pura

valorava, com elementos subjetivos e normativos. Estes tipos, anômalos, foram chamados, por Asúa, de tipos anormais. (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La teoría jurídica del delito*, p. 59).

Dolo e culpa permaneciam no conceito de culpabilidade (que tem componentes psicológicos e normativos de censura). Pode-se afirmar que, mesmo com sua concepção neokantista, Mayer ainda tem resquícios de uma visão dicotômica do crime: parte objetiva e parte subjetiva, como regra.

Ressalte-se que Wolf sustentou que todos os elementos do tipo são normativos, mesmo que parecem ser meramente descritivos. Conforme explicou o autor alemão, a descrição de fatos e sua valoração não podem se separar (Apud VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal*; parte geral. T I, p. 200). Todos os elementos constantes do tipo são expressões valoradas de dever-ser, por terem ingressado na esfera jurídica. Para Wolf, “há elementos normativos do tipo prenes de valor e elementos normativos do tipo que se completam através de juízos de valor. Para a configuração dos primeiros pouco importa o poder discricionário do juiz; aos segundos, como elementos abertos, fundamental é a valoração judicial.” (REALE JR., Miguel. *Teoria do delito*, p. 49).

²⁴⁶ REALE Jr., Miguel. *Teoria do delito*, p. 43.

Mayer textualmente afirma isto (MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*; parte general, p. 231).

²⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, p. 472.

regra de ilicitude”.²⁴⁸ O argumento de Dias segue no mesmo sentido daquele apresentado por Welzel (também já mencionado anteriormente, no início deste item), ao analisar-se a questão das características especiais dos deveres jurídicos.

Todavia, tal constatação de Dias e Welzel inviabiliza a teoria da *ratio cognoscendi*, e até mesmo a própria concepção de tipo de Mayer. Para este último, esta parcela do injusto (tipo) deveria ser fechada em sua forma. Contudo, os elementos normativos, sendo a própria razão de ser da ilicitude (sua *ratio essendi*, como ele afirmou), ficaram definidos como componentes híbridos (do tipo legal e da ilicitude)²⁴⁹, exatamente em função da sua capacidade valorativa (anômala).

Para Mayer, os elementos normativos realmente eram integrantes da ilicitude, como autênticas valorações da proibição. Através desta duplicidade de função dogmática, a neutralidade típica pretendida pelo autor ficava pretensamente mantida e resguardada: valores no tipo seriam somente aqueles verificados pela anômala, e necessária, antecipação de uma característica da ilicitude, que fazia com que um tipo aberto passasse a ter pleno sentido.

Em resumo, não havia como Mayer sustentar que o tipo era fechado em sua forma. Quando composto por elementos normativos, ele carregava consigo estes componentes valorativos, igualmente integrantes da ilicitude. Há um erro nesta concepção. Os elementos normativos realmente devem fazer parte do tipo, como um componente valorativo. Todavia, não integram a ilicitude, tendo com esta parcela do injusto apenas relação valorativa (de *ratio essendi*, como à frente se sustentará).

Ressalte-se que a compreensão dos elementos normativos (ou do tipo penal na sua integralidade) como *ratio essendi* da ilicitude não implica necessariamente afirmar a união entre tipo e ilicitude, em um tipo total de injusto. É possível sustentar tal teoria (*ratio essendi*) sem o retorno à estrutura bi-partida do delito. À frente, se justificará este argumento.

²⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, p. 473.

²⁴⁹ Conforme Vargas, para Mayer “os elementos normativos apóiam um de seus extremos no tipo e outro na ilicitude.” (VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal: parte geral*, tomo I, p. 200.)

Roxin faz esta mesma constatação, quando apresenta a concepção dogmática formulada por Mayer: “por tanto, los elementos normativos son ‘auténticos elementos de la antijuridicidad’” (ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, p. 62.)

Conclui-se que os elementos normativos são unicamente partes integrantes do tipo penal. Esta parcela do injusto (o tipo) deve ser valorada e isto não significa excepcionalidade. Certo é que, nos tipos abertos (culposos, omissivos e, também, naqueles compostos por elementos normativos condicionantes da ilicitude), a teoria da *ratio cognoscendi* não consegue cumprir adequadamente sua função de ligação entre as duas parcelas do injusto (tipo e ilicitude).

3.4.2 Toledo e a crítica à dicotomia entre antinormatividade e ilicitude

Uma segunda importante crítica deve ser feita à teoria de Mayer. Conforme Toledo: “os autores que, numa filiação estritamente welziana, vêem no tipo apenas o indício da antijuridicidade, caem frequentemente no dilema de terem que aceitar a distinção, preconizada por Welzel, entre antinormatividade e antijuridicidade.”²⁵⁰

Ao distinguir os dois institutos (antinormatividade e ilicitude), Welzel afirma que o fato típico sempre será antinormativo, mas pode ser lícito (por conter causa de justificação).²⁵¹ Zaffaroni//Alagia/Slokar utilizam argumento parecido com o de Welzel, ao distinguirem antinormatividade e ilicitude:

Con la tipicidad de la acción se afirma su antinormatividad, o sea, la contradicción de esta con la norma deducida del tipo, considerada aisladamente (tipo sistemático) y conjugada con las otras normas prohibitivas deducidas de toda la legislación (tipicidad conglobante). Pero las leyes no sólo contienen normas prohibitivas, porque a veces se hace necesario reconocer que realización de la acción antinormativa es, precisamente, un derecho que no puede negarse al agente como parte de su ejercicio de libertad social que disuelve el conflicto o, al menos, la pretensión de injerencia punitiva.²⁵²

Para a compreensão desta afirmação anterior, deve-se apresentar o conceito de tipicidade conglobante:

²⁵⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 123.

²⁵¹ Esta concepção teórica de Welzel foi apresentada no capítulo II (item 2.2.2.3).

²⁵² ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p. 459.

a norma proibitiva que dá lugar ao tipo (e que permanece anteposta a ele: ‘não matarás’, ‘não furtarás’ etc) não está isolada, mas permanece junto com outras normas também proibitivas, formando uma ordem normativa, onde não se concebe que uma norma proíba o que outra ordena ou aquela que outra fomenta. Se isto fosse admitido, não se poderia falar de ‘ordem normativa’, e sim de um amontoado caprichoso de normas arbitrariamente reunidas.²⁵³

De acordo com o conceito de tipicidade conglobante, a conduta tipificada no Direito Penal deve ser proibida pela totalidade normativa do ordenamento jurídico. Há a adequação do tipo penal em sentido formal à sistematização da ordem jurídica como um todo normativo unitário:

Una vez afirmada la presencia del espacio problemático (mediante la función sistemática) será necesario determinar si lo abarcado por este constituye un conflicto (función conglobante). Pero, para este segundo paso no basta con la consideración aislada del tipo, sino que debemos valernos de la misma fórmula legal considerada ahora como parte de todo un conjunto orgánico normativo (el orden normativo), es decir, conglobada con todo el resto de normas vigentes.²⁵⁴

Para verificar se ocorre tal adequação conglobada, deve-se descobrir o alcance da norma proibitiva em relação às restantes proibições da ordem normativa positivada. Trata-se de limitar o espaço de conflituosidade do Direito, colocando um limite redutor à tipificação de condutas.²⁵⁵ Forma-se um corretivo à tipicidade legal, excluindo-se as condutas apenas aparentemente proibidas. Certo é que, para esta teoria, a conduta penalmente típica deve ser antinormativa.

Assim, no mesmo sentido sustentado por Welzel, verifica-se que, para Zaffaroni: “a tipicidade penal implica a contrariedade com a ordem normativa, mas

²⁵³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*; parte geral. Volume 1, p. 474.

²⁵⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p. 357.

²⁵⁵ “De este modo se averigua la tipicidad objetiva conglobante, mediante el tipo conglobante, que es el conjunto de elementos del tipo objetivo que tomamos en cuenta para afirmar la conflictividad.” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p. 357).

Zaffaroni/Alagia/Slokar afirmam mais, no sentido de que “la función del tipo conglobante opera como contrapulsión de contención de la pulsión ampliatoria del canal de paso de poder punitivo que importa la individualización de la acción através de la función meramente sistemática.” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p. 358).

não implica a antijuridicidade (a contrariedade com a ordem jurídica), porque pode haver uma causa de justificação (um preceito permissivo) que ampare a conduta.”²⁵⁶

Desta forma, a tipicidade de uma conduta se traduz em constatação de normatividade, mas não necessariamente acarreta a ilicitude. Tal conclusão é fundamentada pela existência de possíveis causas de justificação que excluam a ilicitude da conduta antinormativa através de um preceito permissivo (que Welzel denomina proposição permissiva). Haveria a formação de um tipo permissivo.

Em virtude de tais concepções apresentadas, acerca da diferença entre ilicitude e antinormatividade, os citados autores (Zaffaroni, Pierangeli e Welzel) adotaram a teoria da *ratio cognoscendi*.²⁵⁷

Com tais conclusões (adoção da teoria da *ratio cognoscendi*), volta-se à crítica de Toledo. Ele considerou artificial a distinção entre antinormatividade e ilicitude. Justifica sua posição, explicando que existe uma contradição lógica em “um fato antinormativo que, a um só tempo, esteja autorizado por alguma norma (Welzel, em vez de norma, fala em proposição, ou melhor, ‘proposições permissivas’ – ‘Erlaubinissätzen’ – o que nos parece a mesma coisa).”²⁵⁸

Segundo Toledo, tal contradição se manifestaria na verificação de a conduta ser permitida-proibida, por ser lícita e antinormativa ao mesmo tempo. Conforme já se afirmou no capítulo anterior (capítulo II, item 2.2.2.3), realmente o conceito de ilicitude não se confunde com o de antinormatividade. Todavia, uma lembrança precisa ser feita: não se realiza um antagonismo absoluto entre os dois institutos.

Tão somente se afirma que o conceito de antinormatividade se identifica apenas com uma parte da ilicitude: a sua concepção no sentido formal. Assim se sustenta, posto que a ilicitude é geral para todo o ordenamento jurídico. É, pois, a contrariedade de uma conduta em relação às normas positivadas. Contudo,

²⁵⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*; parte geral. Volume 1, p. 397.

²⁵⁷ “A tipicidade atua como um indício da antijuridicidade, como um desvalor provisório, que deve ser configurado ou desvirtuado mediante a comprovação das causas de justificação.” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*; parte geral. Volume 1, p. 397). Welzel também adotou a teoria da *ratio cognoscendi*, conforme já se apresentou, através de transcrição de sua obra (no item 3.3, deste capítulo).

²⁵⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 123.

conforme a doutrina dominante (aqui aceita), o conceito de ilicitude deve ir além, considerando também a materialidade da ofensa aos bens jurídico-penais protegidos pela ordem normativa. À ilicitude formal (antinormatividade) acresce-se a sua concepção material, formando um instituto dogmático mais complexo. Somente isto.

Não se questiona que o tipo contenha implicação de antinormatividade. Ao contrário, aceita-se esta idéia. Devem existir valorações de proibição. Não se concebe a estrutura típica neutra axiologicamente, aos moldes pensados por Beling. No tipo, verificam-se, conjuntamente, o objeto da valoração e a valoração do objeto.

Ocorre que esta valoração subjetiva do proibido, dentro da estrutura típica, não deve ser analisada apenas no sentido formal. Se assim o fosse, tranquilamente se admitiria utilizar apenas o conceito de antinormatividade (que equivale ao de ilicitude formal, como aqui se sustenta).

Tendo o tipo uma caracterização material, junto com a contrariedade formal à norma verifica-se nele também a valoração da ofensa (ou ameaça de ofensa) ao bem jurídico-penal protegido. Com isto, desde a elaboração legislativa do tipo forma-se claramente a valoração abstrata também da ilicitude material. Mir Puig sintetiza esta necessidade com clareza:

Los hechos típicos no son “valorativamente neutros”, sino penalmente relevantes. Esta relevância no procede de que el hecho típico sea “antinormativo” e infrinja la prohibición de la norma (como quiere Welzel), sino de que supone una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico valioso para el Derecho Penal.²⁵⁹

O legislador, ao tipificar uma conduta, examina com anterioridade os valores a serem protegidos. Mais que isto, verifica a ofensa (ou ameaça) a estes valores, e a necessidade de proibição desta conduta. Alice Bianchini corrobora esta idéia, afirmando que os pressupostos mínimos para a intervenção penal podem ser divididos em três momentos.²⁶⁰ Primeiro, verifica-se a dignidade penal do bem jurídico tutelado (se pode ou não ser tutelado por meio de intervenção penal), bem como há a análise da ofensividade da lesão/ameaça ao bem protegido. Em segundo lugar, determina-se a necessidade da tutela penal, em um direito penal de *ultima*

²⁵⁹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*; parte general, p. 164.

²⁶⁰ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos mínimos da tutela penal*, p. 18/19.

ratio (direito penal mínimo). Por fim, resolve-se a questão da eficácia e adequação da intervenção penal (questão de proporcionalidade na atuação da tutela punitiva).

Veja-se que o primeiro dos pressupostos punitivos é a análise da dignidade do bem jurídico, bem como sua ofensividade. Tal verificação primeiramente se dá no plano legislativo, durante a elaboração abstrata da figura típica.²⁶¹ Os demais pressupostos são verificados em face da conduta concretamente praticada.

Percebe-se que no momento da elaboração típica já há verificação da ofensa ao bem jurídico. Assim, a valoração típica da proibição deve ser feita a partir do conceito de ilicitude material, e não considerando apenas a antinormatividade.²⁶²

Contudo, relembra-se que a ilicitude é geral para todo o ordenamento. Assim, somente se pode tipificar a ofensa a um bem jurídico que traga ofensividade e que seja proibido perante o ordenamento jurídico como um todo. Este raciocínio faz com que o conceito de antinormatividade integre o de ilicitude material.

Por fim, deve-se compreender como a fundamentação das causas de justificação se envolve com esta diferenciação entre antinormatividade e ilicitude.

Diante de uma excludente de ilicitude, opera-se a desconstrução objetiva da proibição abstrata e anteriormente valorada no tipo legal. Não há nenhum problema nisso. As causas de justificação afastam, objetivamente, a ilicitude da conduta. Isto ocorre em virtude da não verificação concreta da valoração proibitiva, subjetiva e abstrata, que integra o tipo. As condutas passam a ser justificadas pelo Direito.

Afastada a ilicitude, evidentemente restará afastada a antinormatividade (que aqui é identificada com a parte formal da ilicitude). Todavia, como se mantém

²⁶¹ Ao escrever sobre as funções do bem jurídico-penal, a autora conceitua o princípio da ofensividade, afirmando que ele se relaciona “ao processo prévio de seleção de condutas, não permitindo que sejam criminalizadas aquelas que não representem uma ofensa significativa ao bem objetivado.” (BIANCHINI, Alice. *Pressupostos mínimos da tutela penal*, p. 55.). No mesmo sentido, ver Prado (PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 50).

²⁶² É de se ressaltar, todavia, que os autores que sustentam a existência apenas da antinormatividade na figura típica também costumam fundamentar a tutela punitiva com a ofensa efetiva de bens jurídicos. A diferença em relação à concepção que aqui se propõe é somente no sentido de que, para eles, a tipificação de condutas proibidas está vinculada à referida proteção de bens jurídico-penais com a constatação da mera antinormatividade. O raciocínio destes autores é fundamentado pela não vinculação da antinormatividade com o conceito de ilicitude formal (como sinônimos).

possível a punição desta conduta justificada, em outros ramos do Direito? Será que assim se procede por se manter a antinormatividade da conduta, mesmo diante de uma causa de justificação (como criticou Toledo)? A resposta à pergunta é negativa.

A solução deve ser outra. A causa de justificação afasta a ilicitude de uma conduta e, com isto, igualmente a antinormatividade (que é só a parte formal da ilicitude). Deve-se lembrar que são conceitos gerais a todo o ordenamento (ilicitude e antinormatividade). Contudo, ainda assim é possível a intervenção de outros ramos jurídicos. Há explicação plausível, conforme já explicado.²⁶³ Mesmo diante da unidade da ilicitude, pode-se responsabilizar uma pessoa que tenha praticado um ato típico e justificado. Isto se deve à possibilidade de responsabilização jurídica com critérios estranhos ao Direito Penal, verificados de forma objetiva.

O que existe é outra normatividade, surgida somente a partir do delito cometido (e independente dele), autorizadora de tal intervenção estatal. Esta nova normatividade surge em virtude da necessidade de reparação de danos àquela pessoa que não deu causa à lesão/ameaça de lesão a bem jurídico protegido. Mesmo afastando a antinormatividade e a ilicitude da conduta típica praticada, o dano deverá ser reparado em outra seara jurídica, quando for possível utilizar a responsabilidade objetiva.

Desta forma, é correta a crítica que Toledo fez à dicotomia entre os dois institutos: antinormatividade e ilicitude. Com argumentos diversos dos dele, o mais correto é realmente desconsiderar essa dicotomia. Em resumo, também aqui a teoria da *ratio cognoscendi* não consegue resolver este problema conceitual apresentado.

²⁶³ Ver notas de rodapé nº 80 e 81, no capítulo II.

IV A relação entre tipo penal e ilicitude²⁶⁴ na doutrina italiana

A doutrina jurídico-penal italiana, desde meados do século XIX, tem estudado mais atentamente o conceito analítico de crime.²⁶⁵ Não há, até a atualidade, consenso quanto a essa conceituação.

Afirma-se mais. Historicamente, não houve consenso nem quanto à necessidade de utilização da decomposição analítica dos elementos, para a conceituação do delito. Conforme se demonstrará neste capítulo, houve uma reação ao método analítico, por parte de alguns setores da doutrina italiana.²⁶⁶

Atualmente, todavia, tal questão resta praticamente superada, ou em vias de superação. Percebeu-se a utilidade da verificação analítica dos elementos constitutivos do crime (ou, como preferem alguns penalistas, dos aspectos essenciais, ou características, do delito). Há exigência lógico-cognitiva na elaboração de uma teoria geral do delito.

²⁶⁴ Na Itália, usa-se, predominantemente, a expressão *antijuridicidade*. Assim, embora se tenha convencionado o uso do termo *ilicitude* neste trabalho, especificamente neste capítulo será respeitada a nomenclatura dada pela doutrina italiana, todas as vezes em que se fizer menção a algum autor (ou teoria) deste ordenamento jurídico-penal. Ressalte-se que alguns autores italianos usam os termos como sinônimos (Manzini, por exemplo), enquanto outros diferenciam ilicitude da antijuridicidade (Petrocelli, Moro e Delitala). Ilicitude, para esses últimos, seria sinônimo de injusto (MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. Volume primo. Nuova edizione completamente aggiornata. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1950, p. 540). Nesse trabalho, conforme se justificou no capítulo II, são utilizados como sinônimos os termos *ilicitude* e *antijuridicidade* e, como outro conceito diverso, o termo *injusto* (ilicitude tipificada).

²⁶⁵ A legislação vigente na Itália realizou distinção dos crimes entre delitos e contravenções. Assim dispõe o artigo 39 do Código Penal italiano: "I reati si distinguono in delitti e contravvenzioni, secondo la diversa specie delle pene per essi rispettivamente stabilite da questo Codice." O critério utilizado para a tal diferenciação é formal, como se percebe: espécie de pena aplicada. Neste sentido, por todos: MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale*; parte generale. 2 ed. Milano: Giuffrè Editore, 2006, p. 120 e ss. Para organização da nomenclatura, neste capítulo utilizar-se-ão indistintamente os termos "crime" e "delito".

²⁶⁶ Conforme descrito por Pagliaro e Bettiol, referindo-se à doutrina do irracionalismo (destacado na nota de rodapé nº 283, à frente).

Segundo Fiandaca e Musco, há também a intenção de satisfazer uma necessidade de certeza jurídica através da decomposição analítica da estrutura do crime a ser estudada.²⁶⁷

Com isto, não se sustenta que o crime não é um fenômeno uno e que não precisa ser compreendido na sua inteireza. Apenas se constata que a doutrina italiana percebeu, também, a necessidade de decomposição analítica desta estrutura para o seu pleno estudo. Desde a escola clássica italiana, com Carrara e outros tantos penalistas, já se estudava o crime sob a perspectiva analítica.

A par de o crime ser verificável no mundo natural (ser), é igualmente analisado normativamente (dever-ser) na ordem jurídica. Assim, a necessidade de uma teoria geral do delito trouxe igual necessidade de sistematização de suas categorias jurídicas estruturantes, sob a ótica da dogmática penal. Por este motivo, conceituou-se o delito de forma analítica.²⁶⁸

O conceito analítico de delito é formulado através da decomposição teórica das suas categorias. Tal metodologia oferece adequada compreensão do fenômeno a ser estudado. Esta abordagem é oriunda exatamente da transformação do fenômeno ontológico do crime em um conceito normativo (axiológico, portanto). Tal transformação é necessária para que possa existir uma intervenção normativa estatal na prevenção/reação à criminalidade.²⁶⁹

Afirmar a necessidade de um conceito analítico de delito não significa desconsiderar outras abordagens científicas sobre o tema. Estudos sociológicos, criminológicos, entre outros, foram desenvolvidos pelas diversas searas das ciências

²⁶⁷ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*; parte generale. 5 ed. Bologna: Zanichelli Editore, 2007, p. 173.

²⁶⁸ Antolisei faz uma ressalva importante. Ele afirma que a orientação metodológica analítica, ao fragmentar e conceder autonomia aos elementos do delito, pode incorrer em abstrações desnecessárias e que pouco elucidam o objeto do estudo (ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*; parte generale. 14 ed. aggiornata e integrata a cura di Luigi Conti. Milano: Giuffrè Editore, 1997, p. 206.). O autor assim afirma sobre a forma analítica de se estudar o crime: “non deve essere fine a se stessa, ma va considerata soltanto come uno strumento per meglio perseguire l’indagine di questa unitaria entità.” (ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*; parte generale, p. 207)

²⁶⁹ Não se pretende, neste momento, discutir as variações sistemáticas dos diversos sistemas penais (causalismo, finalismo, funcionalismo, etc). A citada transformação na análise do delito, da ontologia do “ser” à normatividade do “dever-ser”, está presente em todas estas concepções dogmáticas, com maior ou menor intensidade. Na ciência do Direito, há sempre uma necessária compreensão axiológica do objeto de estudo.

humanas, para igualmente tentar explicar este fenômeno complexo que é a criminalidade. Cada ramo do conhecimento tem sua função e sua validade.²⁷⁰

Na própria ciência penal, além do conceito analítico de crime, foram desenvolvidos outros: formal²⁷¹ e material²⁷². Certo é que a dogmática penal italiana

²⁷⁰ Não se coaduna com um entendimento doutrinário que afastava qualquer discussão que não fosse dogmática dos estudos do Direito Penal. Há uma possível integração dos estudos dogmáticos do Direito Penal, com as perspectivas político-criminais e criminológicas. De acordo com Roxin, esta ligação é plausível e, o que é mais importante, necessária para a elaboração de um ordenamento jurídico apto a cumprir sua função teleológica de regulação social e de proteção aos bens jurídico-penais. Assim se expressa o autor: “Con todo esto se pone de manifiesto que el camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del Derecho penal, en que su fundamentación legal, su claridad y legitimación, su combinación libre de contradicciones y sus efectos no estén por debajo de las aportaciones del sistema positivista formal proveniente de Liszt.” (ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2 ed. 1 reimpressão. Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 49)

Não se trata de definir a sobreposição de um conhecimento em relação a outro. Ao contrário, e com respeito às singularidades dogmáticas do Direito Penal, é possível admitir que a vontade político-criminal oriente a atuação jurídica para uma adequada organização estatal de resposta ao crime. De uma política criminal submissa à dogmática (que era a sua barreira intransponível), passou-se à concepção de uma proposta teleológica capaz de oferecer valores necessários à construção de uma dogmática penal adequada à resolução dos problemas a que se propõe intervir.

²⁷¹ Formalmente crime é um fato humano (ação ou omissão) com o qual se viola um preceito jurídico que traz consigo uma sanção coercitiva indireta (pena) (MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale* italiano. Volume primo, p. 530.). Trata-se de um conceito constituído de elementos parciais e condicionado à punibilidade. (MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale* italiano. Volume primo, p. 531.)

Conforme afirma Gallo: “A differenza delle scienze criminalistiche, a dogmática penale si interessa della definizione del reato nei suoi elementi formali.” (GALLO, Marcello. *Il reato nel sistema degli illeciti*. In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè Editore, nuova serie – anno XLII, fasc. 3, p. 769/801, luglio/settembre 1999, p. 769.)

²⁷² Maggiore concebeu o delito igualmente de forma substancial (que ele denominou sentido real, ou ético-histórico). Assim, “delito es toda acción que ofende gravemente el orden ético-jurídico y, por esto merece aquella grave sanción que es la pena.” (MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*. V. I. Prefacio por el Dr. Sebastián Soler. Traducción de la 5 ed. por el padre José J. Ortega Torres. Bogotá: Editorial Temis, 1954, p. 251.). Para o autor, esta concepção “real” do delito visa determinar seu valor objetivo, sendo o dever ético de respeito às normas jurídicas o centro deste conceito substancial de delito.

Bettiol tem posição um tanto diversa, ligando a noção substancial de crime à questão do bem jurídico: “Na contenda que se trava, pois, em torno da noção de crime, isto é, se ela deve ser constituída pela lesão de um bem jurídico ou pela violação de um dever, deve-se dar prevalência à lesão do bem jurídico porque a noção do dever não pode possuir uma autonomia funcional própria.” (BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. V. I, p. 218/219.)

Gallo, por sua vez, entende que os interesses a serem tutelados definem o objeto jurídico do delito nesse conceito material. Ele explica a opção pela expressão *interesse tutelado*, ao invés de *bem jurídico*: “Si parla di interesse tutelato e non di bene. Spesso i due termini sono usati indifferentemente: (...). Parleremo di interesse tutelato e non di bene perché l'ordinamento giuridico tutela un bene soltanto in relazione ai bisogni, alle tensioni, alle aspettative di un soggetto umano: Il

passou por diversas tendências, desde a escola clássica de Carrara.²⁷³ No início do século XX, a ortodoxia do método técnico jurídico de Arturo Rocco repudiou toda e qualquer influência do jusnaturalismo e limitou o objeto dos estudos do Direito Penal: o direito positivado.²⁷⁴

Houve evidente crítica ao método de Rocco²⁷⁵, tendo surgido diversas concepções diferenciadas, que se sucederam na análise do delito: o realismo jurídico, o axiologismo normativo e concreto, a teleologia no estudo do Direito Penal, entre outras tendências teóricas.²⁷⁶

concetto di interesse implica quello di relazione tra un soggetto ed un oggetto di valutazione.” (GALLO, Marcello. *Il reato nel sistema degli illeciti*, p. 779.)

Certo é que, de alguma forma, substitui-se a centralidade do conceito substancial de delito, em resumo. Antolisei, todavia, entendia que a ofensa ao bem jurídico não traduz adequadamente o conceito substancial de delito. O autor afirma que a ofensa aos bens jurídicos, bem como a violação a uma obrigação, pertencem também a outros ramos do Direito (ligam-se, também, aos ilícitos civis e administrativos). (ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*; parte generale, p. 168/169)

²⁷³ “A doutrina de Francesco Carrara é a expressão definitiva da corrente clássica na Itália. Não tem Carrara a originalidade de alguns de seus predecessores. O que nele se distingue é a glória jurídica, o poder da dialética com que expõe e justifica seu programa e a admirável capacidade de sistematização, que fez dele o expositor máximo e consolidador da escola e um dos maiores penalistas de todos os tempos.” (BRUNO, Aníbal. *Direito penal*; parte geral. T. I, p. 54)

São características desta corrente de pensamento: adoção do jusnaturalismo (em especial com a corrente de Grócio: Direito Natural superior, imutável, eterno e racional); adoção do contratualismo (o crime passou a ser visto como rompimento do pacto social: liberdade de escolha e inimidade com sociedade); adoção do utilitarismo, para se definir o que é racional; verificação de duas fases distintas: teórico-filosófica (iluminista e utilitarista) e ético-jurídica (metafísica jusnaturalista e a ética de retribuição.); utilização do método lógico-abstrato-dedutivo; reconhecimento do livre arbítrio (crime é ato de vontade livre.); responsabilidade moral (se o crime é vontade livre, a responsabilidade é pessoal, como retribuição pela culpa moral do criminoso.); pena como retribuição (Kant e Hegel); utilização do princípio da legalidade; por fim, o crime passou a ser considerado um ente jurídico.

²⁷⁴ ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. Versión de Rodrigo Naranjo Vallejo. Bogotá: Temis, 1982, p. 6 e ss.

O método de Rocco forneceu objeto próprio ao estudo do Direito Penal: as normas juridico-penais. São as seguintes etapas do referido método técnico-jurídico: Exegese (estuda a norma isoladamente, sem preocupação com a sua inserção no sistema); Dogmática (une as normas analisadas individualmente e forma institutos jurídicos, distribuídos pela importância da compreensão do sistema. Nesta etapa tem-se a verdadeira ciência do Direito Penal e há a sistematização das normas agrupadas dogmaticamente: princípios constitucionais, teoria do delito, teoria da pena, etc.); por fim, a Crítica (Rocco é questionado por colocar esta fase no seu método. Se o objeto da ciência do Direito Penal é a norma positivada, como colocar sua crítica entre as fases do método? Deveria ser verificada fora do sistema, para ser livre em suas considerações.)

²⁷⁵ Para Reale Jr., esta postura teórica empobreceu a ciência jurídico-penal, por fazê-la extremamente apegada apenas à forma. Determinou-se um dedutivismo lógico-abstrato e houve distanciamento das fontes materiais da formação da teoria do delito. (REALE Jr, Miguel. *Teoria do delito*, p. 109).

²⁷⁶ REALE Jr, Miguel. *Teoria do delito*, p. 112 e ss.

Verifica-se que há uma recorrente preocupação pragmática no ordenamento jurídico-penal italiano, no sentido de se construir uma teoria que seja capaz de resolver os problemas judiciais relacionados ao delito. Importa construir uma teoria facilitadora da resposta estatal ao jurisdicionado.²⁷⁷

Assim, deseja-se apresentar as correntes adotadas pela doutrina italiana, no que se refere à divisão analítica dos elementos do delito. Sua acentuada diferença dogmática em relação à matriz germânica que inspirou parte da doutrina européia, e latino-americana, autoriza (mais que isso, recomenda) esta abordagem. Especificamente, quer-se demonstrar como se formou o conceito de injusto penal nestas diversas concepções teóricas e, o que é de maior importância, como os penalistas italianos relacionam o tipo e a ilicitude.²⁷⁸

4.1 O conceito unitário de delito e a relação entre tipo penal e ilicitude

Criticando o formalismo analítico da dogmática jurídico-penal, elaborou-se o conceito unitário de crime. Bettioli entende que tal teoria surgiu da seguinte forma:

como reação àquelas correntes que em nome de um logicismo refinado terminaram por seccionar o delito em um número mais ou menos relevante de elementos, equiparados todos num mesmo plano formal de indagação, o que permitiu que o crime fosse gradualmente perdendo sua noção de um todo unitário.²⁷⁹

²⁷⁷ Veja-se a constatação de Schünemann: “el pleno de la Corte Suprema italiana se ha referido, para rechazarlo, al sistema juridico-penal alemán construido sobre la distinción entre injusto y culpabilidad, como una construcción que necesariamente se há generado al nivel de la especulación dogmática, y que no há encontrado aquel desarrollo ulterior que hubiese permitido hacerla aceptable en él ambito de la práctica forense.” (SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. T. I. Buenos Aires/Santa Fé: Rubinzal – Culzoni Editores, 2009, p. 329.)

²⁷⁸ Conforme afirma Dias: “Na Itália, devido à preferência de uma construção bipartida a uma tripartida do crime, ligada depois ao requisitório do Rocco I 468 ss. contra a consideração da ilicitude como elemento autônomo do crime, o problema não ganhou grande acuidade: (...)” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, p. 70.)

²⁷⁹ BETTIOLI, Giuseppe. *Direito penal*. V. I, p. 220.

A fragmentação do delito, em vários elementos, retirava a unicidade deste conceito jurídico. O delito é um todo indivisível, existindo aspectos diferenciados pelas diversas abordagens possíveis, apenas para efeito de sua análise.²⁸⁰

Para Pagliaro, nesta unidade do delito: “L’analisi per concetti sezionerebbe la realtà in frammenti privi di significato; e questo equivarrebbe a uccidere la vita del reale.”²⁸¹ A conclusão do autor é de que, para esta teoria, o crime não poderia ser analisado através de seus elementos particulares e de forma fracionada. Ressalte-se, como à frente será demonstrado, que Pagliaro adota outra explicação, baseado na bipartição do conceito de crime.

Independente da denominação dada (elementos, aspectos essenciais, forças, características, requisitos, etc), parte da doutrina italiana não admitiu a divisão analítica do crime em partes ou fragmentos. Conforme se apresentará a seguir, nesse sentido sustentaram, entre outros, Carnelutti, Moro, entre outros. Esta corrente concebia a unidade do delito, de forma monolítica.

Antes de continuar esta explicação, é necessário apresentar uma importante advertência de Pagliaro. Não se pode confundir a concepção unitária de delito com uma tentativa (que ele denomina de ingênua) de unificar o conceito apenas com a substituição do termo “elementos do crime” por “aspectos do crime”.²⁸² Esta alteração semântica, por si só, não é capaz de identificar o conceito unitário, se ainda houver uma decomposição dos “aspectos” do delito.

Continuando, as bases epistemológicas desta doutrina se encontram no irracionalismo científico.²⁸³ Conforme afirma Bettiol, tal pensamento trouxe consigo

²⁸⁰ Maggiore assim se expressa quanto à denominação adequada ao conceito (elementos ou aspectos do delito): “No creemos que esta cuestión terminológica tenga mucha importancia. Más que la palabra vale el concepto, que es la substancia de aquélla. Bien podemos llamar “elementos”, “caracteres”, “aspectos”, etc., las notas esenciales del delito; lo único importante es que no las entendamos como partes y fragmentos en que se rompela unidad del delito. No, este permanece siempre único y monolítico, aunque se le considere desde uno o otro ángulo visual.” (MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*. V. I, p. 270). Adverte-se, apenas, que o autor adota uma concepção tripartida de delito. Ele ainda afirma que somente há um conceito unitário de crime, no seu verdadeiro sentido, em termos jusnaturalistas. (MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*. V. I, p. 255)

²⁸¹ PAGLIARO, Antonio. *Trattato di diritto penale*. V II: Il reato. Milano: Giuffrè, 2007, p. 61

²⁸² PAGLIARO, Antônio. *Trattato di diritto penale*. V II: Il reato, p. 61.

²⁸³ “Sob a denominação irracionalismo, enfeixam-se várias diretrizes do pensamento filosófico, que descrêem da razão como fundamental explicação dos fatos sociais, atribuindo preeminência ao

uma desconfiança em relação ao conceito analítico formalista, utilizando um procedimento intelectual de ordem apenas intuitiva.²⁸⁴

Por essa intuição, não se obtém uma justificação racional da validade e legitimidade do resultado obtido.²⁸⁵ Somente através da decomposição analítica dos elementos do delito é que se consegue uma resposta legítima e válida acerca da existência normativa de um fato punível com uma pena (delito).

A lógica concreta, analítica e que faz distinções necessárias, é a garantia de que não haverá incerteza na estruturação conceitual do delito.²⁸⁶ Bettioli argumenta que a pretensa unidade proposta ao crime somente existe no plano naturalístico.²⁸⁷ Quando se estuda o fenômeno do delito sob a ótica jurídica, faz-se necessária a abordagem normativa, tal como a perspectiva analítica recomenda.

sentimento, à crença, à intuição.” (BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha de. *Filosofia jurídica e história do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 239). Tratou-se de uma reação ao logicismo e o racionalismo.

Na origem do irracionalismo, há uma crítica ao racionalismo hegeliano. Advindo do romantismo, tem em Schopenhauer (1788-1860) um expoente. Tal filósofo afirmava que Absoluto não é a razão (como pensou Hegel), mas uma vontade cega e irracional. (BOCHENSKI, J. M. *Origens da filosofia contemporânea; a filosófica contemporânea ocidental*. Texto obtido no seguinte sítio eletrônico: <http://www.consciencia.org/origens-da-filosofia-contemporanea-a-filosofia-contemporanea-ocidental-j.m-bochenski>. Acesso em 26/02/2010.)

Interpretando Schopenhauer, percebe-se que: “tanto o conhecimento do entendimento, que é instintivo, quanto o conhecimento da razão, são uma ferramenta de sobrevivência. O conhecimento, portanto, é instrumental. A diferença aqui presente é que o conhecimento intuitivo é mais rico que o racional, que não passa de representação de representação.” (BARBOSA, Jair. Schopenhauer. In: PECORARO, Rossano [org.]. *Os filósofos; clássicos da filosofia*. V. II. Petrópolis/Rio de Janeiro: Vozes/Puc-Rio, 2008. P. 111/132, p. 113.)

O irracionalismo, juntamente com o pensamento metafísico da época, ligava-se às idéias de Kant. Pode-se afirmar que “o irracionalismo procede, em parte diretamente da doutrina kantiana, segundo a qual os problemas metafísicos não são acessíveis à razão e, por outra parte, sua oposição ao racionalismo kantiano é que lhe serve de guia.” (BOCHENSKI, J. M. *Origens da filosofia contemporânea; a filosófica contemporânea ocidental*. Retirado do site <http://www.consciencia.org/origens-da-filosofia-contemporanea-a-filosofia-contemporanea-ocidental-j.m-bochenski>. Acesso em 26/02/2010.). De qualquer forma, o pensamento do irracionalismo não resiste às idéias do idealismo e do empirismo, dentro da história da filosofia do século XIX.

²⁸⁴ BETTIOLI, Giuseppe. *Direito penal*. V. I, p. 222.

²⁸⁵ PAGLIARO, Antônio. *Trattato di diritto penale*. V II: Il reato, p. 61.

²⁸⁶ BETTIOLI, Giuseppe. *Direito penal*. V. I, p. 222/223.

²⁸⁷ BETTIOLI, Giuseppe. *Direito penal*. V. I, p. 223.

Todavia, Bettioli deixa claro (nesta mesma passagem de sua obra), que a crítica ao método unitário de concepção do crime não implica em rejeição da utilização de conceitos naturalísticos no Direito Penal, inclusive por ocasião da divisão analítica de seus elementos.

É de se concordar com as críticas feitas por Bettiol e Pagliaro. A abordagem a partir desta pretensa irracionalidade científica é incapaz de entender a complexidade normativa que é o delito. Assim, “non se vede como si possa parlare dettagliatamente del reato, se non attraverso categorie concettuali.”²⁸⁸

Segundo Bettiol²⁸⁹, são encontrados esboços deste conceito teórico unitário de delito nas obras de Carnelutti e Moro. A rigor, deve-se concordar com a advertência de Pagliaro: nenhum destes autores efetivamente adota o conceito unitário, posto que definem uma unidade, mas apresentam os aspectos do delito individualizados.

O primeiro deles (Carnelutti) explica que os elementos do delito não existem isolados na teoria. Somente fazem algum sentido quando unidos no conceito de crime, que é em si uma unidade.²⁹⁰ São aspectos que nunca se separam, apesar de logicamente serem distintos no pensamento humano que os estuda.

Carnelutti não concorda com a expressão “culpabilidade” para designar o que ele denomina “lado subjetivo da ilicitude”. Assim, ele abandona tal expressão e prefere usar o termo “desobediência”, que abrange os conceitos de dolo e culpa.²⁹¹ Afirma, por fim, que “torto” e “desobediência” são os dois momentos da ilicitude. São as duas faces de um fenômeno unitário: o delito.²⁹²

Moro, que teve sua doutrina igualmente associada ao conceito unitário de crime²⁹³, entende que a descrição típica de uma conduta já deve ser plena de

²⁸⁸ PAGLIARO, Antônio. *Trattato di diritto penale*. V II: Il reato, p. 61.

²⁸⁹ BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. V. I, p. 220 e ss.

²⁹⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del reato*. Secondo migliaio. Padova: CEDAM, 1933, p. 69.

O autor separa os elementos do crime daquilo que é requisito do crime (CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del reato*, p. 82). Elemento é a qualidade do agente e sua relação com o sujeito passivo (objetivos e subjetivos: forma, causa e vontade). Requisito é o modo de ser de cada elemento do crime, do qual a lei faz depender a existência ou a gravidade do crime (capacidade e legitimação).

²⁹¹ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del reato*, p. 29/30.

²⁹² CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del reato*, p. 30.

A expressão *Torto* seria, para o autor, a melhor tradução da palavra alemã *Unrecht*.

²⁹³ O próprio autor assume expressamente esta tendência: “De las premisas planteadas hasta aqui aparece como lógica consecuencia la consideración unitaria del delito según el método característico presentado hace poco, (...)” (MORO, Aldo. *La antijuridicidad penal*. Traducción directa del italiano por Diego A. Santillan. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1949, p. 190)

significado jurídico.²⁹⁴ Há um só tempo na norma, que, conjuntamente, descreve o fato típico e valora a proibição. Não existe conduta penalmente relevante que não seja expressão de contrariedade ao direito.

A separação do elemento descritivo e do elemento de valor, no tipo, é feita de forma arbitrária e fraciona uma realidade indissolúvel, que é o crime.²⁹⁵ Assim, Moro critica a possibilidade de distinção meramente ideal entre tipo e ilicitude²⁹⁶: esta (ilicitude) oferece significado essencial àquele (fato constituinte do delito). É um equívoco analisar descritivamente o tipo, sem referência aos valores inerentes. Por tais motivos, ele considera que a melhor concepção a ser adotada é a unitária. Toma-se o delito em sua essência irreduzível, de ato contrário ao Direito.

O crime não se separa em partes. Somente se recorre a essa decomposição analítica para se tentar captar a complexa realidade que, no entanto, é una. É um artifício mental do intérprete. Por isto é que Moro considera um progresso entender a antijuridicidade como predicado do crime, mantendo-se sua unidade.²⁹⁷

Desta forma, não há que se verificar a ligação, ou separação, de aspectos (ou elementos) parciais do delito (inclusive entre tipo e ilicitude). Na concepção verdadeiramente unitária de crime, a antijuridicidade é uma característica que envolve todo o conceito. Trata-se da própria essência do crime, conforme afirma Rocco.²⁹⁸ O crime é considerado uma infração à norma penal. Nesta relação de

²⁹⁴ MORO, Aldo. *La antijuridicidad penal*, p. 189.

²⁹⁵ MORO, Aldo. *La antijuridicidad penal*, p. 189.

²⁹⁶ MORO, Aldo. *La antijuridicidad penal*, p. 187 e ss.

²⁹⁷ MORO, Aldo. *La antijuridicidad penal*, p. 191.

²⁹⁸ Moro faz referência a esta afirmação de Rocco, que entendia a antijuridicidade como um predicado da relação, que surge da contradição entre a ação humana e o preceito moral. Era o “em si” do crime (ROCCO. *Oggetto del reato*, p. 468 y ss. *Apud*: MORO, Aldo. *La antijuridicidad penal*, p. 9).

Antolisei também conceitua assim a antijuridicidade, mesmo não adotando a teoria unitária: “non è, come ritiene una larga corrente dottrina, un componente, vale a dire, un elemento costitutivo dell'illecito. Essa è molto di piu: è come fu rilevato dal Rocco con felice espressione, ‘la essenza stessa, la natura intrínseca, l'in se del reato.’” (ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*; parte generale, p. 192). Certo é que este conceito de ilicitude, entendido como essência do crime, teve certa aceitação também entre autores filiados a outras concepções (bipartição, tripartição, etc.)

Delitala, igualmente não adotando o conceito unitário de crime, distingue os conceitos de antijuridicidade penal (que se liga à punibilidade do fato: ação culpável) e de antijuridicidade geral (também denominada objetiva: relação de contradição entre o fato e a norma, prescindindo da culpabilidade). O autor afirma que somente esta última (antijuridicidade geral) pode ser considerada

contradição, é que situa se a antijuridicidade. Trata-se de juízo sobre fato praticado, que é contrário ao direito.²⁹⁹ Do ponto de vista estritamente formal, está correto.

Contudo, a adoção da teoria unitária faz com que se tenha resultado parecido com a teoria dos elementos negativos do tipo.³⁰⁰ A exclusão da antijuridicidade (com o conceito de culpabilidade incluído) acarreta a desconsideração do fato, dada a unidade do delito.³⁰¹ O fato tem valoração da proibição, já que é a própria expressão (descritiva e valorativa) da unicidade do crime.

Esta concepção unitária do crime se afasta da perspectiva que aqui se propõe a abordar.³⁰² A elaboração do conceito de injusto penal, composto por uma ilicitude tipificada, necessariamente exige a utilização do método analítico. Somente assim há a verificação da relação valorativa entre a ilicitude e o tipo penal.

4.2 O conceito bipartido de delito e a relação entre tipo penal e ilicitude

Historicamente, a concepção bipartida de delito tem determinada relevância na dogmática jurídico-penal italiana.³⁰³ Com diversas fundamentações teóricas, a

elemento do crime. Aquela primeira (antijuridicidade penal) é mais: trata-se da própria qualidade de proibição do crime como um todo. (DELITALA, Giacomo. *El 'hecho' en la teoría del delito*, p. 69)

²⁹⁹ Conforme Antolisei, o delito consiste na violação de um preceito do ordenamento jurídico-penal. Sua nota fundamental é o contraste com o direito. E é exatamente neste contraste que se verifica a antijuridicidade. (ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*; parte generale, p. 192)

³⁰⁰ MORO, Aldo. *La antijuridicidad penal*, p. 191/192.

Moro, antes de emitir sua opinião, descreve as formas de ligação entre o tipo e a ilicitude, desde o conceito típico de Beling, até a da *ratio essendi* (MORO, Aldo. *La antijuridicidad penal*, p. 181 e ss.).

³⁰¹ MORO, Aldo. *La antijuridicidad penal*, p. 191/192.

³⁰² Todavia, faz-se necessária a apresentação do conceito unitário de delito, no sentido de se demonstrar adequadamente a evolução dos estudos da dogmática italiana sobre esse tema. É importante ter-se a compreensão global das diversas teorias que definiram o delito naquele ordenamento jurídico, para que se possa mensurar de forma mais completa as relações de proximidade, e de afastamentos, com o padrão conceitual adotado nesse trabalho, de matriz germânica. Trata-se, portanto, de uma necessidade de sistematização do conhecimento.

³⁰³ Havia na doutrina alemã, antes do causalismo, teoria igualmente bipartida do crime. Puffendorf, conforme já explicado, sistematizou uma teoria da imputação assim dividida: força física e força moral. Todavia, após a sistematização do causalismo, a doutrina bipartida foi abandonada por quase toda a dogmática jurídico-penal. Ainda hoje existe, todavia, outra bipartição do conceito do crime: a teoria dos elementos negativos do delito (tipo total do injusto). Tal concepção, surgida na Alemanha

teoria se utiliza do método analítico para decompor os elementos do crime, objetivando-se uma melhor compreensão deste conceito jurídico.³⁰⁴

Carrara foi um jurista que utilizou esta concepção para a sua definição de delito. Ele afirmava que não se pode imputar responsabilidade a alguém que tenha dado causa física ao delito, sem que também lhe tenha dado causa moral. Completou, afirmando que a ação atribuída à pessoa, como ato voluntário, deve ser ato reprovável.³⁰⁵ Aceitou-se o livre arbítrio e o respeito à imputabilidade.

A dicotomia entre a parte objetiva e subjetiva era muito clara no conceito de Carrara. As forças físicas e morais devem estar unidas para a imputação de censura a uma pessoa, em virtude de uma prática criminosa. Por força física, entende-se o movimento do corpo para a execução de um desígnio, devendo dali surgir uma ofensa ao direito atacado (dano material)³⁰⁶. Já a força moral é a vontade inteligente do ser humano que executou a conduta.³⁰⁷

do início do século XX, tem inúmeros adeptos atualmente, entre doutrinadores de diversos países (inclusive no Brasil). No próximo capítulo será realizado um estudo aprofundado de seu conceito.

³⁰⁴ Convém apresentar uma correta advertência de Bettiol: “Rejeitando porém o método do exame unitário do crime, não se pretende afirmar que os conceitos naturalísticos devam ser banidos do campo do direito penal: entre os exageros de Wolf de um lado, segundo o qual cada elemento do crime é de caráter normativo pela inevitável transformação que padece toda realidade em contato com a norma jurídica, e os exageros dos positivistas que consideram o delito somente sob o aspecto naturalístico e portanto extrajurídico, é necessário tomar o justo caminho do meio e concluir que, se os elementos de caráter normativo tendem nestes tempos a prevalecer no âmbito da noção do delito, isto não significa que os elementos naturalísticos possam desaparecer por completo, uma vez que o delito é também um fenômeno do mundo natural e o fato que o constitui é o produto de forças físicas dominadas e dirigidas pela vontade do homem.” (BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. V. I, p. 223/224).

³⁰⁵ CARRARA, Francesco. *Programa del curso de derecho penal*, p. 35/36.

³⁰⁶ CARRARA, Francesco. *Programa del curso de derecho penal*, p.67.

³⁰⁷ Carrara, ao conceituar a força moral, apresenta-a subjetiva e objetivamente. A forma subjetiva é a vontade. O resultado objetivo da força moral do crime, por sua vez, é a intimidação e o mau exemplo que o delito produz. (CARRARA, Francesco. *Programa del curso de derecho penal*, p. 67)

Ainda quanto ao conceito de força moral, há a soma da consciência (conhecimento da lei, que por vezes será potencial, e a previsão dos efeitos da conduta praticada) e da vontade (liberdade de escolha e vontade de agir). (CARRARA, Francesco. *Programa del curso de derecho penal*, p. 68). Dolo e culpa fazem parte desta parte do crime. Dolo é a intenção, mais ou menos perfeita, de executar ato que sabe ser contrário à lei. Percebe-se em Carrara a adoção do dolo normativo (p. 71). Já a culpa, foi conceituada como a voluntária omissão de diligência ao calcular as conseqüências possíveis, e previsíveis, do próprio fato praticado (p. 80).

Somando-se as forças internas (morais) e externas (físicas, ou materiais), surge o elemento político do delito.³⁰⁸

Com semelhante abordagem, Manzini igualmente conceitua o delito com seus elementos materiais³⁰⁹ e morais³¹⁰. Todavia, ele aborda mais claramente a função da antijuridicidade em seu conceito de crime. Ela é inerente à incriminação e resta implícita, salvo se existirem excepcionais condições para sua verificação (como, por exemplo, no caso de a expressão “indevidamente” constar do fato imputável).³¹¹ Trata-se de conceito objetivo e independente do dolo e da culpa (portanto, do elemento moral do crime). Mais que isto, Manzini a verifica (a antijuridicidade) em seu sentido formal.³¹² A verificação material do conceito é apenas uma consequência do crime. Trata-se de uma posição complicada de ser sustentada, com um determinado apego à norma e sem a necessária consideração da lesividade (ao menos potencial) da conduta em relação ao bem jurídico protegido.

Para o autor, a antijuridicidade do fato é propriamente uma característica dele (fato). Não é pressuposto do crime, ou um elemento de sua constituição (seja material ou moral).³¹³ Consiste em uma violação do preceito penal.

³⁰⁸ O elemento político do crime deve afastá-lo das obrigações morais e religiosas. A previsão legal do delito, necessária, deve determinar o dano a interesse social. O resultado do delito deve ser politicamente danoso (CARRARA, Francesco. *Programa del curso de derecho penal*, p. 36). Assim, a imputabilidade política de um crime a uma pessoa surge quando se declara que esta (pessoa imputável) será responsável por aquele (ato criminoso), perante a sociedade (p. 33).

³⁰⁹ O elemento material é composto pela conduta (comissiva ou omissiva) e pelos elementos, gerais e específicos, que determinam a conduta e os meios de produção do resultado (MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. Volume primo, p. 564).

³¹⁰ O elemento moral do delito é determinado pela voluntariedade da pessoa que praticou a conduta. Basicamente é composto pelo dolo e pela culpa, salvo quando existem elementos psíquicos específicos (fins específicos) (MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. Volume primo, p. 565). Ressalte-se que Manzini, também, considera incluído no dolo a vontade com a consciência da ilicitude (rodapé da p. 654, de sua obra citada). A vontade consciente deve ser o mínimo necessário para existir um crime (doloso ou culposo). De outra forma, a responsabilidade seria objetiva.

³¹¹ MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. Volume primo, p. 542.

³¹² MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. Volume primo, p. 541.

³¹³ MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. Volume primo, p. 540/541.

Gallo tem uma posição um tanto diversa, quando conceitua a função da ilicitude na concepção bipartida de delito: “Non si parla, in quest’ordine di idee, di antigiuridicità obiettiva penale, bensì di antigiuridicità penale che investirebbe tutti gli elementi del reato, tanto soggettivi che obiettivi, e che, in quanto tale, rappresenterebbe una qualifica dell’insieme (Il reato) e non una parte o momento che dirsi voglia dell’insieme stesso.” (GALLO, Marcello. *Il reato nel sistema degli illeciti*, p. 797.)

Antolisei é outro jurista que adota a teoria bipartida. Com conceituação semelhante às que aqui já foram apresentadas, ele define o crime com os seus elementos objetivos e subjetivos: é fato material e vontade culpável.³¹⁴ Igualmente, considera que a antijuridicidade é a própria essência do delito (permeia a totalidade do conceito), dele não sendo um mero elemento.³¹⁵ É a relação de contradição entre o fato, unitariamente considerado, e as normas jurídicas. Segundo o autor, fato e culpabilidade estão no mundo natural, enquanto a antijuridicidade é um juízo de

³¹⁴ ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*; parte generale. 14 ed. aggiornata e integrata a cura di Luigi Conti. Milano: Giuffrè Editore, 1997, p. 212.

O fato material é assim composto: comportamento humano (conduta que pode ser uma ação, ou uma omissão); resultado (evento que normalmente ocorre com a modificação do mundo exterior); relação de causalidade entre a conduta e o evento; ausência de causa de justificação, como elemento negativo do fato (é uma causa objetiva de exclusão do crime). (p. 215/216).

Na figura legal do crime, Antolisei se afasta da concepção neutra de Beling e Delitala. O tipo é constituído não apenas de elementos materiais (ação e resultado). Ao contrário, nele se incorpora um complexo de elementos objetivos e subjetivos, que devem concorrer para a existência do crime (ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*; parte generale, p. 197/198).

Para conceituar a culpabilidade, ele adota a teoria psicológico-normativa. Sua essência é a relação de contradição entre a vontade do sujeito e a norma (ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*; parte generale, p. 318). Determina, assim, o conteúdo do elemento subjetivo do delito. Trata-se de expressão de indisciplina social, praticada por pessoa dotada de imputabilidade. Todavia, ele conclui que o dolo e a culpa não implicam na imputabilidade da pessoa. Assim, este último instituto (imputabilidade) não pode ser considerado pressuposto, ou elemento, da culpabilidade. É, diversamente, um modo de ser analisada a teoria do réu, não se relacionando com a teoria do crime (p. 323). É de se considerar que dolo (com a consciência do caráter anti-social do fato) e a culpa fazem parte desta vontade culpável (que é como ele prefere denominar a culpabilidade).

Reale Jr. apresenta a teoria bipartida de Pannain, em um conceito parecido com o de Antolisei. Para Pannain, há uma divisão do crime em fato e elemento subjetivo. O fato compreende elementos materiais e subjetivos, que são “atributos psíquicos da ação e as atitudes psicológicas indicadas no tipo”. (PANNAIN. *La struttura del reato*. Apud REALE Jr., Miguel. *Teoria do delito*, p. 54). A consciência e a vontade são características da ação. Já no elemento subjetivo há uma percepção meramente psicológica, com dolo e culpa. A consciência e a vontade, embora pertençam ao fato, “constituem a raiz comum de todos os elementos psicológicos (PANNAIN. *La struttura del reato*, p. 60 e 64. Apud REALE Jr., Miguel. *Teoria do delito*, p. 54). Tal concepção somente se distancia da teoria de Antolisei no conteúdo da culpabilidade, conforme se pode perceber.

³¹⁵ ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*; parte generale, p. 198.

O autor não concorda com antijuridicidade meramente objetiva, que somente incida sobre o aspecto material do crime. Ao retirar o elemento subjetivo do conceito, restaria apenas um fragmento de conduta humana, que nada se diferenciaria das forças da natureza. (ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*; parte generale, p. 198). Neste ponto, sua doutrina se aproxima da concepção que considera a norma de maneira apenas imperativa, tal como fez Merkel.

Ainda quanto à antijuridicidade, ele critica o conceito material que extrapola o conteúdo jurídico. Recorrendo a Liszt, adverte que o conteúdo da ilicitude é a ofensa a interesse protegido pelo Direito. Adverte, todavia, que não se trata de uma teoria autônoma, sendo apenas um aspecto substancial (material) de seu conceito. (ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*; parte generale, p. 201).

valor (que determina a citada relação de contrariedade antes explicada).³¹⁶ Em virtude de opiniões como essa é que se entende o motivo da teoria dos elementos negativos do tipo (*elementi negativi del fatto di reato*) ter alguma aceitação na Itália.

Ao explicar como se verifica a antijuridicidade de um fato, Antolisei afirma que primeiro se determina a figura abstrata do crime (que ele denomina tipo-modelo).³¹⁷ Trata-se de uma condição positiva. Depois, deve inexistir causa de justificação, como condição negativa (são os elementos negativos do fato). Segundo o autor, tais elementos negativos integram a *fattispecie*. Sua presença produz os mesmos efeitos da ausência dos elementos positivos da figura abstrata.³¹⁸

Vinculando a antijuridicidade com a conduta típica desta forma, mesmo não considerando aquela primeira um elemento do crime, Antolisei se aproxima da doutrina do tipo total do injusto, de origem alemã. Com argumentos diversos, e sem uma concepção estruturada de injusto penal, a sua doutrina obtém algumas conclusões semelhantes à citada teoria germânica, especialmente no que se refere à definição da fundamentação das causas de justificação.³¹⁹

Esta estrutura proposta por Antolisei é diversa da definição bipartida do crime sistematizada por Pagliaro. Para este último, igualmente há decomposição analítica de dois elementos do delito. Todavia, sua divisão é diversa³²⁰: momento do “fato

³¹⁶ ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*; parte generale, p. 209.

³¹⁷ Conforme já se sustentou antes, não é essa a melhor forma de estudar o delito. A ilicitude deve ter precedência em relação ao tipo.

³¹⁸ ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*; parte generale, p. 195.

³¹⁹ Gallo também parece aderir à teoria bipartida do delito, com a adoção dos elementos negativos do tipo. Ele adota um conceito de tipo mais amplo que a expressão alemã ‘Tatbestand’, englobando os elementos objetivos e subjetivos que compõem os efeitos do delito. Ele não nega, contudo, algumas vantagens didáticas no uso do conceito mais restrito de tipo. Todavia, contrariamente a Beling e seus seguidores (ele elenca Mezger), ele assim afirma sobre essa construção típica mais restrita: “riteniamo che di un’utilità della nozione così elaborata possa parlarsi soltanto se in essa vengano incluse anche le cause di giustificazione, considerate naturalmente sotto l’aspetto negativo.” (GALLO, Marcello. Premesse alla teoria della colpevolezza.. In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè Editore, volume 2, p. 395/436, 1949, p. 395.). Completando esse argumento, já se afirmou antes que para o autor a ilicitude é a essência do crime (nota de rodapé nº 313).

³²⁰ PAGLIARO, Antônio. *Trattato di diritto penale*. V II: Il reato, p. 62.

O autor critica dois outros modos de se analisar a teoria bipartida. A primeira forma criticada é aquela que divide o crime em elemento objetivo (fato externo) e elemento subjetivo (acontecimento da vontade). Ali se separaria a antijuridicidade objetiva (como valoração) e reprovabilidade (como objeto valorado). Todavia, explica, a antijuridicidade penal (objetiva, juntamente com a

puro” e momento teleológico de imputação do fato ilícito a uma pessoa. Há, na sua doutrina, a teoria do fato criminoso e a teoria do réu (da imputação).

O fato é um acontecimento do qual advêm conseqüências jurídicas. Trata-se do mesmo conceito de fato jurídico da Teoria Geral do Direito, agora aplicado ao Direito Penal.³²¹ Para Pagliaro, conforme interpretação de Reale Jr.:

o fato criminoso constitui o cerne do ilícito, a união de todos os requisitos necessários à produção da conseqüência jurídica, restando, apenas, para se completar o crime, que este fato seja imputado a uma pessoa determinada, isto é, que seja imputado a alguém, problema que é objeto de análise na “teoria do réu”.³²²

Na teoria do fato, já se encontram presentes todos os elementos materiais (objetivos) e subjetivos da conduta. Como afirma Pagliaro, no Direito Penal a conduta (típica) é “quella volontà in quanto realizzazione, che abbia un contenuto oggettivo e soggettivo corrispondente alla descrizione operata in una fattispecie penale.”³²³ Na sua parte objetiva, a conduta é composta pela ação (ou omissão), pelo resultado e pelo nexu causal.³²⁴ A parte subjetiva é composta por dolo e culpa.

reprovabilidade) é o crime em si mesmo e não se revela na decomposição analítica. (PAGLIARO, Antônio. *Trattato di diritto penale*. V II: Il reato, p. 59/60.

A outra forma bipartida criticada por Pagliaro é aquela que divide o conceito de crime em “torto” e “colpevolezza”. “Torto” poderia ser traduzido como aquilo que é contrário ao correto (é o errado). De acordo com o autor, “il torto sarebbe il complesso degli elementi (per lo più, elementi materiali; viene ammessa però qualche eccezione, in rapporto a talune finalità non realizzate) che costituiscono l’oggetto della qualifica di antijuridicità obiettiva, più la qualifica stessa di antijuridicità obiettiva; (...)” (PAGLIARO, Antônio. *Trattato di diritto penale*. V II: Il reato, p. 60). “Colpevolezza”, por sua vez (p. 60), seria o complexo de elementos subjetivos (excluindo aqueles que excepcionalmente fazem parte do “torto”) e a determinação de reprovabilidade. O autor entende que o conceito de “torto”, assim colocado, abrangeria o fato (il fatto) e a antijuridicidade objetiva (la antijuridicità obiettiva). Já a culpabilidade (la colpevolezza) reuniria todos os elementos psicológicos e a reprovação. Tal divisão recebe dele a mesma crítica feita à teoria tripartida e os elementos que a compõem.

³²¹ PAGLIARO, Antônio. *Trattato di diritto penale*. V II: Il reato, p. 62/63.

Neste aspecto específico, a doutrina de Pagliaro parece se aproximar da concepção de Carnelutti: “Vi è solo fatto (giuridico) penale costitutivo: il reato. La conseguenza giuridica, che consiste nella attuazione della pena (punizione), non si deve avverare senza che questo fatto esista, (...)” (CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del reato*, p. 46)

³²² REALE Jr., Miguel. *Teoria do delito*, p. 55.

³²³ PAGLIARO, Antônio. *Trattato di diritto penale*. V II: Il reato, p. 73.

³²⁴ PAGLIARO, Antônio. *Trattato di diritto penale*. V II: Il reato, p. 155 e ss.

Segundo o autor, não pode haver separação na avaliação da conduta e na percepção da consciência e da vontade na realização daquela (conduta). Partes objetiva e subjetiva se relacionam e se complementam no conceito por ele proposto. Na conduta dolosa tal análise é muito simples. Já na conduta culposa, explica o autor, “bisogna ricordare che la realizzazione del volere non è costituita

Na teoria do réu (da imputação), Pagliaro determina os critérios doutrinários autorizadores da imputação do fato criminoso a uma pessoa. Somente com esta imputação é possível aplicar-lhe uma sanção (pena). Ele explica que tal teoria não está em contraposição à teoria do fato. Ao contrário, é parte essencial dela.³²⁵

A antijuridicidade, na perspectiva de Pagliaro, é igualmente considerada como a essência do crime em si. Trata-se de uma relação de contrariedade do fato com o Direito e é verificada de forma implícita na conduta, que recebe o adjetivo de ilícita. Ele adota uma perspectiva similar à dos elementos negativos do tipo (tipo total do injusto). Assim, conceitua os elementos negativos da conduta ilícita, que devem estar ausentes para que o fato receba este adjetivo (ilícito).

Dois são os grupos de situações que impedem a configuração do delito, para Pagliaro: "cause di incompletezza del fatto di reato" e "gli elementi negativi del fatto di reato"³²⁶ No primeiro grupo, estão as causas excludentes do elemento subjetivo do

dall'evento colposo, ma dall'evento interno alla condotta illecita, ossia è costituita dal fatto che, nel concreto rapporto con l'evento lesivo, risulta negligente, imprudente, imperito, ecc." (PAGLIARO, Antônio. *Trattato di diritto penale*. V II: Il reato, p. 157)

³²⁵ PAGLIARO, Antônio. *Trattato di diritto penale*. V II: Il reato, p. 62.

É de se indagar qual o papel da culpabilidade nesta teoria bipartida. Para Pagliaro, a culpabilidade "não constitui um conceito da dogmática penal, mas é apenas um princípio deontológico geral, que proíbe sejam atribuídos fatos ilícitos sujeitos a uma sanção penal, aos incapazes de entender e querer." (REALE Jr., Miguel. *Teoria do delito*, p. 56.).

Reportando-se ao conceito dogmático de culpabilidade, Pagliaro tem uma posição crítica. Ele entende que foram formulados doutrinariamente dois conceitos: teoria psicológica e teoria normativa. Sustenta, então, que o conceito de culpabilidade faz uma tentativa (equivocada) de determinar um conceito superior para o dolo e para a culpa: "(...) non è conveniente, nel nostro diritto, impeggiare il termine 'colpevolezza' per designare tale contenuto dogmatico, cioè quell'aspetto subiettivo della condotta illecita, che è comune al dolo e alla colpa. Poiché anche le persone non imputabili (...) possono porre una condotta illecita dolosa o colposa (...), ne deriverebbe l'inconveniente terminológico di urtare contro la secolare tradizione che attribuisce alla colpevolezza una colorazione ética e uno stretto legame con le nozione di colpa morale e di imputabilità." (PAGLIARO, Antônio. *Trattato di diritto penale*. V II: Il reato, p. 134) Não seria possível formular este conceito diante da heterogeneidade de seus elementos componentes.

Reale Jr. não concorda com tal concepção de culpabilidade de Pagliaro, explicando os motivos de sua divergência: "a não exigibilidade e a possibilidade de conhecimento de antijuridicidade são elementos a serem analisados e em função dos quais se reprova a ação." (REALE Jr., Miguel. *Teoria do delito*, p. 56.). Estes dois elementos conseguiriam reunir dolo e culpa em torno de um conceito único de culpabilidade. Na mesma passagem acima destacada, Reale Jr. informa, igualmente, que a imputabilidade não pode ser parte da teoria do réu, como sinônimo de imputação.

³²⁶ PAGLIARO, Antonio; TRANCHINA, Giovanni. *Istituzioni di diritto e procedura penale*. Terza edizione. Milano: Giuffrè, 1996, p. 110.

delito.³²⁷ Ligam-se às hipóteses de ausência de consciência ou de vontade, ou ainda de ausência do dolo o da culpa.³²⁸

O segundo grupo de causas que excluem o delito são "gli elementi negativi del fatto di reato". São propriamente os elementos negativos do tipo e eliminam a parte objetiva do crime. Para Pagliaro e Tranchina: "(...), si tratta specificamente di elementi negativi della condotta illecita (la loro presenza nega la esistenza della condotta illecita)."³²⁹

Na análise dos elementos objetivos do delito, verifica-se uma distinção entre os elementos constitutivos positivos - que devem estar presentes para a existência do delito -, e os elementos constitutivos negativos - cuja presença faz deixar de existir o delito. As causas de justificação pertencem ao elemento objetivo do delito, mais precisamente fazendo parte dos elementos negativos da conduta ilícita.³³⁰ A presença da causa de justificação na conduta do agente excluiria a ação típica.³³¹

A correspondência entre o fato, valorado em termos de lícito e ilícito, e os elementos constitutivos do tipo permissivo, exclui a incidência da norma proibitiva,

³²⁷ RAMACCI, Fabrizio. *Istituzioni di diritto penale*. Corredato di nota di aggiornamento. Torino: G. Giappichelli, 1988, p. 207.

As causas são as seguintes: Caso fortuito (art. 45 do Código Penal Italiano); Forza maggiore (força maior. Art. 45 do Código Penal Italiano); Constringimento físico (Art. 46 do Código Penal Italiano); Errore de fatto (Art. 47 do Código Penal Italiano); Reato putativo (crime putativo. Art. 49, comma 1, do Código Penal Italiano); Reato impossibile (Crime impossível. Art. 49, do Código Penal Italiano).

³²⁸ "L'esclusione del collegamento soggettivo che comporta la negazione dell'appartenenza della condotta all'agente apparente è la più radicale, perché elimina ogni possibilità penale anche se a titolo di responsabilità oggettiva (che richiede pur sempre la presenza del requisito della coscienza e volontà)." (RAMACCI, Fabrizio. *Istituzioni di diritto penale*, p. 207)

³²⁹ PAGLIARO, Antonio; TRANCHINA, Giovanni. *Istituzioni di diritto e procedura penale*, p. 113.

Pagliaro afirma que quando os elementos negativos do fato são colocados em contraposição à conduta ilícita, gera um novo conceito: elementos negativos da conduta ilícita (analisado em todos os seus aspectos objetivos e subjetivos). Esta última nomenclatura parece ser a mais adequada a ser aqui utilizada. (PAGLIARO, Antônio. *Trattato di diritto penale*. V II: Il reato, p. 255 e ss.)

³³⁰ RAMACCI, Fabrizio. *Istituzioni di diritto penale*, p. 183.

As causas que excluem o elemento objetivo do delito são as seguintes: Consenso dell'avente diritto (consentimento do possuidor do direito. Art. 50 do Código Penal Italiano); Exercício di un diritto (Art. 51 do Código Penal Italiano); Adempimento di un dovere (Cumprimento de um dever. Art. 51 do Código Penal Italiano); Difesa legítima (Art. 52 do Código Penal Italiano); Uso legítimo delle armi (Art. 50 do Código Penal Italiano).

³³¹ Tal como sustentou Merkel, na doutrina jurídico-penal alemã.

justificando a conduta. São exatamente esses tipos permissivos que a doutrina italiana denomina elementos constitutivos negativos da conduta ilícita.

A conclusão de Pagliaro e Tranchina³³², sobre o fundamento da exclusão do crime pela presença dos elementos negativos da conduta ilícita, é a preferência do Estado pela tutela de um dos interesses em conflito. Ramacci³³³, igualmente explicando a justificativa, afirma que a especial situação na qual se encontra o agente determina a ausência de dano social na sua conduta (justificando-a). A norma penal substitui a proteção estatal do bem jurídico, pela ação imediata e necessária de seu titular, desde que haja proporcionalidade na sua atuação.

Conclusivamente, percebe-se que as diversas concepções da teoria bipartida têm algumas congruências e, igualmente, diferem em diversos conceitos. Não há um conceito único. Ao contrário, existem várias teorias bipartidas do delito. Algumas (Carrara e Manzini) não determinam expressamente relação entre o tipo (ou algo que nelas se aproximaria disto) e a ilicitude. Outras (Antolisei e Pagliaro), relacionam os dois institutos, determinando uma proximidade considerável com a teoria alemã do tipo total do injusto (as causas de justificação excluem o fato típico, dele sendo elementos negativos). Ressalta-se, todavia, que, mesmo nestes casos, o conceito da ilicitude é diverso daquele apresentado pela doutrina penal alemã (não sendo considerada elemento do crime).

4.3 O conceito tripartido de delito e a relação entre tipicidade e ilicitude

Na concepção tripartida, verifica-se uma maior aproximação com a doutrina alemã. Desde o conceito bipartido, quando elaborado de forma similar à teoria dos elementos negativos do tipo, já se percebem maiores pontos de correspondência entre as teorias do delito desenvolvidas nos dois ordenamentos jurídicos. Todavia, é com o conceito tripartido que se definem as mais claras similitudes dogmáticas.

³³² PAGLIARO, Antonio; TRANCHINA, Giovanni. *Istituzioni di diritto e procedura penale*, p. 117.

³³³ RAMACCI, Fabrizio. *Istituzioni di diritto penale*, p. 184.

Depois de Rocco, Delitala foi fundamental para o desenvolvimento conceitual da doutrina italiana, no que se refere especificamente à teoria geral do delito.³³⁴ De acordo com este autor, “el delito es un hecho (humano), antijurídico y culpable.”³³⁵

Delitala determinou que o fato deve se subsumir aos limites da hipótese delituosa, para se tornar típico (como garantia). Há uma característica naturalística na definição do “hecho”, demonstrada na realização concreta do fato hipotético definido pela lei. Assim, “el estudio del ‘hecho’ debe limitarse, a mi juicio, a la investigación de los elementos objetivos necesarios para dar vida al delito; (...).”³³⁶

O autor tem orientação nitidamente causalista. Apresenta distinção entre “Tatbestand” objetivo e “Tatbestand” subjetivo, afirmando que se trata da divisão entre os elementos materiais e psíquicos do delito.³³⁷ Concordando com Beling, ele rechaça o conceito subjetivo, antes destacado.³³⁸

Para Delitala, a antijuridicidade era definida como sendo a negação do Direito, implicando uma contradição do fato com o Direito objetivo. Não se ligava, ao menos

³³⁴ Assim sustenta Bettiol (BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. V. I. p. 227).

Delitala “fue el primer autor que logró sistematizar una concepción tripartida del delito em Italia, concepción cuya aceptación general há sido muy resistida tanto por los juristas penales de la península como por la jurisprudência de sus tribunales.” (DALBORA, José Luis Guzman. Prólogo à obra de DELITALA, Giacomo. *El “hecho” en la teoría general del delito*, p. 17)

³³⁵ DELITALA, Giacomo. *El “hecho” en la teoría general del delito*, p. 55.

³³⁶ DELITALA, Giacomo. *El “hecho” en la teoría general del delito*, p. 55.

O autor completa a citação, afirmando que, embora necessário à configuração do delito, o fato não é suficiente para determinar o conceito, se estiverem ausentes a antijuridicidade e a culpabilidade.

³³⁷ DELITALA, Giacomo. *El “hecho” en la teoría general del delito*, p. 139.

³³⁸ “Así, rechazado el concepto de un Tatbestand subjetivo, hoy la doctrina penalística alemana comprende en el concepto de hecho sólo la suma de los elementos materiales atribuibles al agente, es decir, la acción delictuosa con todas las condiciones que la caracterizan y la constituyen como tal y que varían con la variación de los diversos delitos y la verificación del resultado, que está sendo conectado causalmente con la acción. (...) Nuestra posición coincide sustancialmente con ésta, elaborada, principalmente, por Beling y Mayer.” (DELITALA, Giacomo. *El “hecho” en la teoría general del delito*, p. 140). Assim, ele não concorda com a existência de elementos subjetivos no “hecho”

O autor afasta, ainda, a existência de elementos normativos do conceito de “hecho”: “la categoria de los elementos normativos del Tatbestand no puede ser acogida y su misma denominación debe juzgarse contradictória, ya que el mismo elemento no puede cumplir, contemporáneamente, dos funciones en contraste: o es un elemento normativo y no puede ser un elemento del hecho, o es un elemento del hecho y no puede ser un elemento normativo.” (DELITALA, Giacomo. *El “hecho” en la teoría general del delito*, p. 145). Nesse ponto ele deixa claro seu afastamento em relação a Mayer.

diretamente, à noção de Direito subjetivo.³³⁹ Ele também define se a antijuridicidade tem caráter objetivo, ou subjetivo, sob outro aspecto:

la existencia de la antijuridicidad está necesariamente condicionada por el momento de la culpabilidad o si, en cambio, puede hablarse de acciones y hechos antijurídicos aun prescindiendo de la culpabilidad, sobre la simple constatación de la conformidad objetiva entre el hecho concreto y el modelo de injusto hipotético de la ley.³⁴⁰

Delitala entende que a solução para esta questão conceitual envolve tomada de posição em relação à função da norma: tem natureza mista (valorativa e imperativa).³⁴¹ O momento valorativo precede o momento imperativo. Assim, é possível valorar como proibidas as condutas das pessoas inimputáveis, mesmo que a elas não possa ser imposta a determinação imperativa da norma.

Como já foi apresentado neste capítulo, ele diferencia a antijuridicidade penal (crime em si) da antijuridicidade objetiva (elemento do crime). Assim, o conceito de antijuridicidade, como elemento do crime, deve ser analisado objetivamente e de forma independente da imputabilidade ou da culpabilidade.³⁴²

Em sua estruturação do delito, Delitala também define qual a relação possível entre tipicidade e antijuridicidade. Primeiramente, ele afasta a possibilidade de uma união conceitual entre os dois institutos (similar à doutrina do tipo total do injusto).³⁴³

³³⁹ DELITALA, Giacomo. *El "hecho" en la teoría general del delito*, p. 58.

O autor sustenta que toda lesão ao Direito subjetivo é, ao mesmo tempo, ofensa ao Direito objetivo. Ele explica que é *"inconcebible una lesión del Derecho objetivo sin una lesión de un Derecho subjetivo."* (DELITALA, Giacomo. *El "hecho" en la teoría general del delito*, p. 58).

³⁴⁰ DELITALA, Giacomo. *El "hecho" en la teoría general del delito*, p. 59.

³⁴¹ DELITALA, Giacomo. *El "hecho" en la teoría general del delito*, p. 67/68.

Bettioli concorda com esta conclusão (BETTIOLI, Giuseppe. *Direito penal*. V. I., p. 95).

³⁴² DELITALA, Giacomo. *El "hecho" en la teoría general del delito*, p. 66 e 67.

Ele conclui que *"es antijurídico todo comportamiento que, objetivamente considerado, contrasta con los fines del ordenamiento jurídico o, em poucas palavras, con ele Derecho objetivo, en su función de valoración de los hechos."* (DELITALA, Giacomo. *El "hecho" en la teoría general del delito*, p. 67)

³⁴³ Assim: *"si bien la noción de antijuridicidad objetiva prescinde, como tal, del requisito de la culpabilidad, no puede considerársela como un elemento del hecho, y tampoco como una condición de éste. El término hecho no puede ser usado en el sentido de hecho antijurídico."* (DELITALA, Giacomo. *El "hecho" en la teoría general del delito*, p. 77)

No mesmo sentido, pensa Padovani: *"(...), che l'antijuridicità obiettiva può benissimo essere resa attraverso la mancanza di cause di giustificazione. L'essenziale è che tale mancanza mantenga la propria autonomia valutativa; non si inserisca cioè nella fattispecie, come suo elemento negativo, (...)."*

Após, ele determina as bases de seu conceito causalista, afastando os elementos normativos e subjetivos do tipo (“hecho”) e definindo a antijuridicidade (objetiva), em termos e valorações próprias. Pode-se concluir que Delitala adotou a mesma concepção de Beling, no sentido de uma separação total entre o tipo objetivo e a ilicitude: “La separación entre hecho y antijuridicidad, o es posible en todos los casos, o no es posible en ninguno.”³⁴⁴

Outros autores italianos adotaram tal conceito tripartido de delito (Bettiol, Fiandaca e Musco, Maggiore, entre outros). Cada um deles tem suas especificidades dogmáticas, fazendo que os conceitos nem sempre coincidam em algumas de suas características. No principal, todavia, parecem identificar os mesmos elementos de tripartição do delito: tipo, ilicitude e culpabilidade.³⁴⁵

Bettiol entende que a pretendida unidade do delito existe apenas no plano naturalístico. Assim, ele utiliza a estrutura tripartida para formular seu conceito,

(PADOVANI, Tullio. Alle radici di un dogma: appunti sulle origini dell'antigiuridicità obiettiva. In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè Editore, nuova serie – anno XXVI, p. 532/558, s/d, 1983, p. 551.)

³⁴⁴ DELITALA, Giacomo. *El “hecho” en la teoría general del delito*, p. 149.

O tipo penal de Delitala é objetivo e independente da ilicitude, adotando a idéia de regra-exceção. Elementos normativos e subjetivos devem ser valorados em outro setor da teoria do delito (na ilicitude ou na culpabilidade, respectivamente). Seu tipo é neutro e formal. Ele exclui a ilicitude do conceito de culpabilidade e, depois, a separa do tipo resumo, “Delitala no acepta expresamente que la tipicidad sea indicio de la antijuridicidad, lo que guarda consecuencia con su conceptualización de hecho típico. En efecto, el hecho es lícito o ilícito, dependiendo de las circunstancias relacionadas con su comisión. Para los partidários del efecto indiciário de la tipicidad, el hecho típico generalmente es antijurídico a menos que se configure una causa de justificación.” (DALBORA, José Luis Guzman. Prólogo à obra de DELITALA, Giacomo. *El “hecho” en la teoría general del delito*, p. 29/30). Certo é que, ao considerar o tipo penal neutro e objetivo, não se poderia obter outra solução que não fosse aquela (causalista) de separação ente esta categoria do delito e a ilicitude.

³⁴⁵ Ressalva seja feita para a concepção de Bataglini. O autor coloca a punibilidade em seu conceito tripartido. Crime seria composto pelo fato, pela culpabilidade e pela punibilidade (BATAGLINI, Giulio. *Diritto penale*; parte generale. Padova: Cedam, 1949, p. 109). Conforme acertadamente explica Bettiol, há equívocos neste conceito de Bataglini. Talvez por receio da comparação com o *Tatbestand* de Beling, o autor fez uma distinção errada entre fato e antijuridicidade. Ainda de acordo com Bettiol, foi um erro metodológico colocar a punibilidade como elemento do delito, ao contrário de deixá-la como elo do crime com sua consequência. (BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. V. I., p. 231).

Há, ainda, autores que utilizam uma concepção quadripartida de crime. Marinucci e Dolcini adotaram a seguinte divisão: delito é fato, antijurídico, culpável e punível. (MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale de diritto penale*; parte generale, p. 139). No que interessa aqui ressaltar, trata-se daquele conceito tripartido, acrescido da punibilidade. Assim, pela similitude parcial, a teoria quadripartida deixa de ser abordada neste momento. Os autores aqui citados compreendem o tipo penal de forma objetiva e a antijuridicidade com igual característica (objetiva). Fica para a culpabilidade a parte subjetiva do delito (com dolo e culpa), em uma teoria normativa.

considerando que os motivos para esta decomposição analítica do crime são de natureza lógica (e não teleológica).³⁴⁶ Delito é fato típico, ilícito e culpável.

Para ele, o fato é analisado de forma objetiva, tipicamente causalista. São seus elementos: conduta (ação/omissão), resultado (evento) e nexos causal. Há, ainda, elementos normativos no tipo que exigem valoração específica e são problemas de técnica legislativa e política.³⁴⁷

A antijuridicidade tem primazia no conceito de crime, traduzindo-se no choque entre fato e norma. Trata-se de valoração que se faz acerca da lesividade da conduta humana.³⁴⁸ Ele a define de maneira material e objetiva.³⁴⁹

Por fim, Bettiol compreende que a relação entre tipo penal e ilicitude existe e é definida por uma hipótese de regra e exceção. O tipo (fato) funcionaria como indício da existência da ilicitude, salvo se existir uma causa de justificação: “(...) o fato, (...), não constitui ratio essendi da sua antijuridicidade mas apenas indício da sua contrariedade às exigências de tutela da norma penal.”³⁵⁰

Maggiore é outro autor que adotou a teoria tripartida (ação, antijuridicidade e culpabilidade). Ele afirma a centralidade do conceito de ação, na teoria do delito. Tal conceito de tipo, formal e objetivo, é composto pela conduta, pela causalidade (nexo) e pelo resultado.³⁵¹ Fica para a culpabilidade o aspecto subjetivo do delito.³⁵²

³⁴⁶ BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. V. I., p. 236.

³⁴⁷ BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. V. I., p. 256 e ss.

³⁴⁸ BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. V. I., p. 318.

Bettiol faz uma crítica aos autores que não separam a antijuridicidade do fato. Explica que a valoração preliminar do fato não deve ser argumento para a não diferenciação das categorias. (BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. V. I. p. 256).

³⁴⁹ Como já foi discutido antes, Bettiol entende que a ilicitude é objetiva em virtude da dupla função da norma: valorativa e imperativa. Aquela primeira função é pré-jurídica e fica absorvida pela segunda, na concretização da conduta e na valoração pelo julgador. (BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. V. I., p. 325). Ele demonstra que a ilicitude não depende do elemento psicológico do delito, que fica na culpabilidade (normativa). A voluntariedade da conduta, necessária à ilicitude, não se confunde com o liame psicológico da culpabilidade. (BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. V. I., p. 326/327).

³⁵⁰ BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. V. I, p. 229.

³⁵¹ MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*. V. I, p. 309 e ss.

³⁵² MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*. V. I, p. 447.

Quanto à antijuridicidade, Maggiore entende que é um aspecto do crime (não sendo propriamente um elemento). Afirma que é um conceito objetivo (sendo subjetiva a sua consciência).³⁵³ Todavia, no que se refere à relação entre este conceito (antijuridicidade) e o tipo (ação, na expressão do autor), ele não faz menção expressa sobre o tema. Implicitamente, fica a impressão de que ele adotou a teoria da *ratio cognoscendi*.

Tal teoria (da *ratio cognoscendi*), contudo, vem expressa na doutrina de Fiandaca e de Musco.³⁵⁴ Partindo da decomposição analítica tradicional (tipo, ilicitude e culpabilidade), eles afirmam que o fato (tipo), presumidamente ilícito, poder restar justificado por valoração feita em comparação com a totalidade da ordem jurídica.³⁵⁵ A antijuridicidade seria o momento de confirmação do caráter ilícito do fato, determinando o âmbito de tutela da norma penal, colocando-a em relação às outras normas em um condicionamento recíproco.³⁵⁶ Eles afirmam que:

il giudizio de antijuridicità, dunque, si resolve strutturalmente nella verifica che el fatto típico non è coperto da alcuna causa di giustificazione o – secondo un sinônimo – da alcuna esimente. Per converso, la presenza di una causa di giustificazione o esimente annulla l'antigiuridicità di un comportamento 'indiziata' dalla semplice conformità al tipo.³⁵⁷

Para a compreensão da teoria de Fiandaca e Musco, algumas informações são importantes: o fato (tipo) é um complexo de elementos objetivos e subjetivos, com a função de definir a proteção dos bens jurídicos³⁵⁸; a antijuridicidade tem caráter objetivo (qualidade objetiva do fato típico, distinta da culpabilidade)³⁵⁹; o conceito material de antijuridicidade resolve melhor a função teleológica de proteção de bens

Culpável é aquele que, tendo as condições pessoais de conhecer e respeitar a norma, a transgride de forma consciente e voluntária. Deve haver a constatação subjetiva do conhecimento da conduta e da antijuridicidade (MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*. V. I, p. 451). Dolo e culpa fazem parte deste conceito. Certo é que o autor adota um conceito normativo de culpabilidade (p. 455).

³⁵³ MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*. V. I, p. 385.

³⁵⁴ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*; parte generale, p. 181.

³⁵⁵ Tal concepção se aproxima, em termos, da teoria da tipicidade conglobante de Zaffaroni.

³⁵⁶ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*; parte generale, p. 181.

³⁵⁷ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*; parte generale, p. 182.

³⁵⁸ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*; parte generale, p. 180.

³⁵⁹ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*; parte generale, p. 183.

jurídicos; todavia, esta proteção de valores já consta como função do fato³⁶⁰; a culpabilidade normativa resolve melhor os problemas de determinação do liame subjetivo e do juízo de reprovação à conduta praticada em contrariedade ao dever imposto pela norma³⁶¹; por fim, o dolo e a culpa têm dupla função: são elementos do tipo e da culpabilidade (reprovação mais grave e mais leve).³⁶²

Concluindo, conforme as diversas concepções tripartidas de crime localizadas, e aqui apresentadas, percebe-se que a teoria da *ratio cognoscendi* é majoritária. Assim se manifesta Schiaffo:

Nelle posizioni ormai prevalenti della dottrina italiana, l'antigiuridicità rappresenta una categoria autonoma nella struttura del reato, utile alla sistemazione delle cause di giustificazione: Il fatto tipico – ovvero conforme ad una fattispecie penale – non sarà antigiuridico se è stato realizzato in presenza di una situazione scriminante.³⁶³

Realmente, o conceito tripartido de delito alcançou relevante aceitação entre os doutrinadores italianos, desde Delitala.³⁶⁴ O próprio Schiaffo assim se manifesta: “La costruzione tripartita del reato – o, comunque, la configurazione autônoma dell'antigiuridicità – sembra ormai largamente affermata presso la manualística: (...).”³⁶⁵

Todavia, parece temerário sustentar, tal como fez Pagliaro, que esta tripartição é forma de conceituação mais difundida na atualidade do ordenamento jurídico-penal italiano.³⁶⁶ Lá, a doutrina ainda é muito fragmentada nesse sentido.

³⁶⁰ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*; parte generale, p. 185/186.

³⁶¹ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*; parte generale, p. 315.

³⁶² FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*; parte generale, p. 346.

³⁶³ SCHIAFFO, Francesco. Riflessioni critiche intorno ad un 'dogma': l'antigiuridicità genérica. *In: Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè Editore, nuova serie – anno XLII, fasc. 3, p. 1075/1097, luglio/settembre 1999, p. 1075.

³⁶⁴ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*; parte generale, p. 175.

³⁶⁵ SCHIAFFO, Francesco. Riflessioni critiche intorno ad un 'dogma': l'antigiuridicità genérica, p. 1075.

³⁶⁶ PAGLIARO, Antônio. *Trattato di diritto penale*. V II: Il reato, p. 43.

Fiandaca e Musco, por exemplo, afirmam que: “Ancorché a nostro avviso piu idônea ad essere utilizzata anche nella prassi applicativa, la concezione tripartita non è finora riuscita ad affermarsi nell'ambito della giurisprudenza italiana: la quale, pur rimanendo tendenzialmente legata al modello naturalístico della contrapposizione 'elemento oggettivo' – 'elemento soggettivo', continua a mantenere

De toda forma, independente de ser a doutrina mais difundida na Itália, pode-se claramente deduzir que a concepção tripartida sustenta a autonomia da ilicitude e, predominantemente, também adota a idéia da regra-exceção, aos moldes da *ratio cognoscendi*. Contudo, parece não haver preocupação destacada quanto ao estudo das relações entre o tipo e a ilicitude na Itália, ao menos entre os autores aqui mencionados, em suas obras pesquisadas.³⁶⁷

sul terreno della teoria generale del reato atteggiamenti ambigui.” (FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*; parte generale, p. 177)

³⁶⁷ Veja-se, nesse sentido, a opinião de Gallo: “I rapporti tra fatto e antigiuridicità sono stati, come è noto, oggetto di tormentose discussioni da parte della dottrina tedesca. Senonchè, ad un esame approfondito il contrasto non tarda a rilevarsi puramente terminologico. Nessuna reale importanza há infatti concepire le due nozione come del tutto distinte, o considerare la prima base di conoscenza o addirittura ratio essendi della seconda, se poi concordemente si affermi che, in ogni modo, un comportamento umano deve dirsi antigiuridico quando, conforme alla fattispecie nel ristretto significato che a tale nozione è attribuito dagli scrittori tedeschi, manchi di cause di giustificazione: se, in altre termini, non si revochi in dubbio la natura oggettiva dell’antigiuridicità.” (GALLO, Marcello. *Premesse alla teoria della colpevolezza*, p. 411.)

V A teoria da *ratio essendi*, suas vertentes e a definição da relação entre o tipo legal e a ilicitude

Diante das relevantes críticas dirigidas às concepções típicas elaboradas por Beling e por Mayer, sustentou-se a necessidade da adoção da teoria da *ratio essendi*. Apesar dos inegáveis avanços dogmáticos que cada doutrina antecedente representou, percebe-se que o conceito do injusto ainda estava carente de uma melhor definição valorativa da relação entre o tipo e a ilicitude.

É certo que a neutralidade do conceito de tipo elaborado por Beling não atendia às necessidades valorativas que a dogmática jurídico-penal determina ao injusto penal. Um tipo meramente descritivo, que não se relacionava com a ilicitude, não era capaz de estruturar adequadamente esta categoria teórica. Deixava os dois conceitos, do tipo e da ilicitude, absolutamente isolados um do outro.

Por sua vez, a relação meramente indiciária entre tipo e ilicitude, proposta por Mayer, igualmente não oferecia subsídios para a formulação de um conceito típico adequadamente valorado com o conteúdo proibitivo da norma penal. A noção de regra-exceção, utilizada pela teoria da *ratio cognoscendi*, não se adequava ao pretendido conteúdo valorado do tipo legal. As deficiências do conceito meramente indiciário são grandes, especialmente nos tipos abertos. Mais ainda, utilizou-se de um equivocado conceito de antinormatividade, para justificar alguma parcela axiologicamente existente no tipo, sem identificar este instituto com a proibição determinada pela ilicitude. Esse pretense antagonismo conceitual entre os dois institutos (antinormatividade e ilicitude) representa um erro dogmático.

Em face dessas críticas é que se tornou necessário rechaçar as teorias de Beling e de Mayer. Sem desconhecer os méritos dessas doutrinas, é preciso analisar a relação entre o tipo e a ilicitude de forma diversa. Com a teoria da *ratio essendi*, a definição do injusto penal fica mais adequadamente estruturada, atendendo melhor aos propósitos valorativos desta categoria do crime.

Duas são as variantes da doutrina da *ratio essendi*. Ambas serão aqui analisadas, optando-se pela adoção da segunda. A primeira vertente é a denominada teoria do tipo do injusto, sistematizada por Mezger e Sauer. Nela, admite-se o tipo como razão de ser da ilicitude sem o retorno ao conceito bi-partido de delito. A segunda corrente teórica a ser apresentada é a do tipo total do injusto, também denominada teoria dos elementos negativos do tipo. Trata-se de uma análise da *ratio essendi* que propõe a união entre tipo e ilicitude, inicialmente concebida por Merkel. Posteriormente, outros autores a sistematizaram (Frank, Radbruch, Baumgarten e Weber, entre outros).

As duas vertentes da teoria da *ratio essendi* têm elementos comuns, por evidente. Todavia, igualmente se afastam em algumas premissas importantes. Por exemplo, divergem na fundamentação da exclusão do delito pelas causas de justificação: exclusão de ilicitude ou da própria tipicidade. A grande diferença, então, é a adoção do conceito tripartido ou bipartido de crime.

Ao se apresentarem as duas correntes da *ratio essendi*, adotar-se-á a teoria dos elementos negativos do injusto (tipo total do injusto), por se entender que ela explica melhor o juízo típico da proibição da conduta descrita. Igualmente, serão apresentadas as críticas à vertente adotada da teoria da *ratio essendi*, rechaçando-as na medida de suas inconsistências. Por fim, serão estudadas as repercussões dessa teoria na polêmica questão do erro penalmente relevante.

5.1 A teoria da *ratio essendi* na doutrina de Mezger e de Sauer: conceito e imprecisões dogmáticas

A teoria da *ratio essendi* foi sistematizada, em sua primeira vertente, por Edmund Mezger e Wilhelm Sauer.³⁶⁸ Partindo da crítica à função típica meramente indiciária da ilicitude (*ratio cognoscendi*), tal doutrina compreende que a relação entre estas duas categorias é mais intensa. Quer-se demonstrar aquilo que

³⁶⁸ Dias informa que também Hegler, na doutrina alemã, adotou e desenvolveu a teoria da *ratio essendi* (DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, p. 87.).

efetivamente diferencia as duas teorias citadas. Assim, o tipo, “mesmo antes da predicação jurídica da ilicitude, constitui já uma unidade de sentido social desvaliosa e portanto um ‘ilícito material’, sendo aquela predicação uma pura consequência formal deste ilícito material, (...)”³⁶⁹

Não se concebe um esquema descritivo, neutro e meramente objetivo, conforme Beling sustentou. Igualmente, não é possível afirmar que o tipo é, apenas, indiciador de uma possível ilicitude existente na conduta concretamente analisada. É mais que isso, diferentemente do que pensava Mayer.

De acordo com a teoria da *ratio essendi*, “o tipo deixa de ser simples imagem orientadora, ou mero indiciador da antijuridicidade, para erigir-se em portador de um sentido de ilicitude, (...)”³⁷⁰ Este elemento do crime adquire importante conteúdo valorativo, de forma a selecionar adequadamente as condutas que necessitam ser punidas, por serem expressão do caráter proibitivo da norma.

Não convence a idéia de que o tipo legal contém apenas a antinormatividade de uma conduta, apenas indiciando sua ilicitude, que deverá ser verificada em outro momento. Esta antinormatividade, de acordo com tudo o que antes se sustentou, é apenas expressão formal da ilicitude. Assim, no tipo, há a própria valoração de ilicitude, não só formal (determinada pela antinormatividade), mas também material. Qualquer separação conceitual diversa desta tende à artificialidade e à determinação de falsos antagonismos.

A teoria da *ratio essendi* promoveu o afastamento do conceito típico meramente formal. A essência valorativa da tipicidade é determinada pela carga de ilicitude material que ali se encontra. Pode-se afirmar, inclusive, que o conceito de ilicitude material baseia-se nesta relação existente com o tipo penal. Somente faz sentido sustentar a sua existência, em face de uma lesão/ameaça de lesão a bem jurídico-penal, se o tipo for expressão (descritiva e valorativa) desta ofensa proibida

³⁶⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, p. 92.

³⁷⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 121.

pela ordem jurídica. É importante, portanto, que exista alguma relação valorativa entre as duas citadas categorias do injusto penal.³⁷¹

Em resumo, para a verificação do tipo legal não basta mais a subsunção de uma conduta à descrição fática modelar. É preciso definir se há valor de proibição constante da norma que orienta a figura típica, que passa a ser a própria razão de ser da ilicitude (sua *ratio essendi*). Ela contém valoração negativa (ou desvalorização) do conteúdo proibitivo da norma. Significa que, na estrutura típica, existe a descrição da conduta proibida e, igualmente, a valoração proibitiva desta conduta descrita.

Mezger, expressamente, afirma neste sentido: “El tipo jurídico-penal que describe dicho actuar típico posee, por tanto, la más alta significación en orden a la existencia de la antijuridicidade penalmente relevante de la acción: es fundamento real y de validez (‘ratio essendi’) de la antijuridicidade, (...)”³⁷²

O autor definiu, em sua estrutura da teoria geral do delito, o conceito de tipo de injusto.³⁷³ Explica-se melhor sua doutrina: trata-se de conceituar um injusto

³⁷¹ Dias tem a seguinte conclusão, acerca das características da *ratio essendi*: “afirmação cujo mérito, para nós, não está tanto (...), mas sobretudo no pleno reconhecimento de que a tipicidade não pode ser afirmada ou negada independente da valoração de ilicitude e de que, portanto, essa se não deixa, relativamente à concepção daquele, ‘pôr em parêntesis’; ou, por outras palavras, no pleno reconhecimento de que, em perspectiva normativo-material e metodológica, o tipo não ‘precede’ (como em Beling e Welzel) a ilicitude, mas constitui um posterius relativamente a ela, ‘mostra a ilicitude em regra existente (Hegler), é ‘tipicização da ilicitude (Sauer), é o ‘interposto da valoração jurídico-criminal’ (Eduardo Correia).” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, p. 87/88.).

³⁷² MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, tomo I, p. 376.

³⁷³ Lembrando-se de que, no tipo de injusto concebido por Mezger, existem também os seus elementos subjetivos. Como explica Mezger: “Lo que decide no es siempre la dirección externa hacia un resultado externo, sino ‘la dirección dada por el autor al resultado’. Aquí se agrega, por médio de la voluntad del autor, un ‘elemento subjetivo’. Em efecto, ‘para declarar la antijuridicidade de una conducta humana, el legislador dispone de dos posibilidades. Puede referir la norma exclusivamente al suceso externo y prohibir una conducta causal con respecto a un resultado o bien basarse en la voluntad del autor y sancionar con pena una conducta dirigida al resultado.” (MEZGER, Edmund. *Derecho penal*; libro de estudio. Tomo I: parte geral, p. 137.).

Conforme afirma Daniela Marques, baseada nas informações de Politoff, Mezger se dedicou aos estudos dos elementos subjetivos do injusto de forma sistemática. Foram várias as fases de elaboração de sua doutrina: “Dos primeiros escritos em 1923, quando considerava os elementos subjetivos totalmente desvinculados da culpabilidade, da reformulação de sua doutrina em 1926, quando passou a considerar os elementos subjetivos, ao mesmo tempo, elementos da ilicitude e da culpabilidade, até 1931 quando em seu Tratado de derecho penal retocou de forma sistemática a doutrina dos elementos subjetivos.” (MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*, p. 51.). No seu *Libro de estudio*, aqui citado em sua tradução da 6ª edição alemã, de 1954, Mezger já apresenta uma concepção amadurecida sobre o tema, após apresentá-la no seu Tratado.

tipificado, conforme expressão que Mezger utilizou.³⁷⁴ Houve, na formulação da teoria da *ratio essendi*, uma especial preocupação em se determinar de forma bem delimitada a relação existente entre o tipo e a ilicitude. Com sentido semelhante, Sauer, por sua vez, usava a seguinte expressão: “*antijuridicidad tipificada*”.³⁷⁵

Na descrição do tipo, há “fundamento real” da ilicitude. Assim, Mezger viu um erro em se analisar o tipo como *ratio cognoscendi* da ilicitude: “(...) la expresión indicio se acerca demasiado, por otra parte, al mero fundamento de reconocimiento, en tanto que lo tipo fundamenta y no deja simplemente reconocer el injusto cuando una causa de exclusión del injusto no lo anula.”³⁷⁶

Para ambos os autores (Mezger e Sauer), a ilicitude assume uma posição central no conceito de injusto.³⁷⁷ Deve ser o ponto de partida de qualquer construção

Após Mezger, a teoria dos elementos subjetivos do injusto passou a ter enorme relevância na fundamentação típica do injusto, bem como na verificação das causas de exclusão da ilicitude. (MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*, p. 52.)

³⁷⁴ MEZGER, Edmund. *Derecho penal*; libro de estudio. Tomo I: parte geral, p. 145.

De acordo com a tradução de Rodriguez Muñoz, Mezger utilizava as expressões *antijuridicidade* (ou, como aqui usado, ilicitude) e *injusto* como sinônimas (MEZGER, Edmund. *Derecho penal*; libro de estudio. Tomo I: parte geral, p. 131). Para ele, “esta antijuridicidad (injusto) significa (§ 16, I, 2; II, 2; y § 31, III de este libro) el juicio impersonal-objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico, en tanto que la culpabilidad destaca la imputación personal de un hecho al autor.” (MEZGER, Edmund. *Derecho penal*; libro de estudio. Tomo I: parte geral, p. 131). Não parece correta a utilização dessas terminologias como sinônimas. Todavia, respeita-se o uso da expressão *injusto tipificado*, tal como escreveu Mezger (conforme a tradução destacada).

Welzel, por sua vez, conceitua de forma diversa as duas categorias em questão (antijuridicidade ou, como aqui utilizado, ilicitude; e injusto). Tal como já foi tratado antes (capítulo II, nota de rodapé nº 34), ele entende a antijuridicidade como uma característica da ação. O injusto, por sua vez, seria a própria ação dotada de antijuridicidade.

Sauer, ao contrário de Mezger, também separa adequadamente os conceitos, de forma parecida com esta doutrina de Welzel: “el delito es un comportamiento antijurídico y culpable (...): El obrar antijurídico o el injusto.” (SAUER, Guillermo. *Derecho penal*; parte general, p. 95). O objeto do injusto é a conduta (*obrar*) e sua medida é a antijuridicidade.

³⁷⁵ SAUER, Guillermo. *Derecho penal*; parte general, p. 111.

Mir Puig assim se expressa, baseando-se em Sauer: “La tipicidad no es condición suficiente, pero si necesaria de la antijuridicidad penal. Por eso se vinculó a la antijuridicidad en la definición de delito, que pasó a ser una ‘acción típicamente antijurídica y culpable’ donde se aprecia con claridad que la tipicidad es el modo en que ha de manifestarse el juicio de desvalor de la antijuridicidad para que tenga relevancia jurídico-penal.” (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*; parte general, p. 162.)

³⁷⁶ MEZGER, Edmund. *Derecho penal*; libro de estudio. Tomo I: parte geral, p. 145.

³⁷⁷ “Se o ilícito é desvalor, ele é prioritário. O tipo – Tatbestand – fica sendo a descrição objetiva do desvalor, veículo de sua manifestação.” (DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*, p. 204.)

típica que se deseje elaborar no Direito Penal. Sauer entende a ilicitude como a essência do injusto penal. Os tipos legais devem buscar seus fundamentos valorativos nesta categoria definidora das proibições do ordenamento jurídico.³⁷⁸ Como bem afirma Dias, colocando o sentido de ilicitude nos tipos, faz-se com que eles ganhem expressão material e sejam corretamente considerados expressões individualizadoras, ou concretizadoras daquela (ilicitude).³⁷⁹

Adverte-se, por oportuno, que Mezger e Sauer não concebem uma ilicitude especial (penal) dissociada do seu conceito geral, válido para todo o ordenamento jurídico.³⁸⁰ Seus conceitos são apresentados de forma clara, sem deixar dúvidas quanto às posições adotadas. Nesse sentido, tem-se a doutrina de Mezger:

El injusto típico específico del Derecho Penal no tiene nada que ver con la tesis, que a veces aparece en la bibliografía, de una especial antijuridicidad penal. Tal concepción debe recharzarse en absoluto. Según ella, la 'amada unidad de la antijuridicidad' en el total ámbito de las distintas disciplinas jurídicas es una ficción, puesto que tal unidad no existe con arreglo a una consideración teleológica. Lo que es injusto en una disciplina jurídica no es necesariamente en otra, y viceversa. Pero este supuesto de una antijuridicidad sólo penal contradice la naturaleza misma del Derecho como ordenación unitaria de vida. El tipo jurídico-penal no es, por tanto, una especie del injusto circunscrito a la esfera especial del Derecho punitivo, sino un injusto especialmente delimitado y con especiales consecuencias jurídicas, que tanto fuera como dentro del ámbito del Derecho Penal representa una contradicción con el Derecho.³⁸¹

Existem, todavia, opiniões em sentido contrário, entendendo-se que a adoção da teoria da *ratio essendi* exige a determinação de uma ilicitude especial. Veja-se a conclusão de Bitencourt:

Referida teoria pressupõe a existência de uma antijuridicidade penal distinta da antijuridicidade geral, absolutamente inadmissível no atual estágio da dogmática penal. Com efeito, se a antijuridicidade depende da tipicidade, o legislador, ao tipificar uma conduta, cria para ela uma antijuridicidade penal, diferente da antijuridicidade geral. Caso contrário, não se saberá qual é a função constitutiva da

³⁷⁸ SAUER, Guillermo. *Derecho penal*; parte general, p. 96.

³⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, p. 88.

³⁸⁰ Nesse sentido, ver CEREZO MIR, José. *Derecho penal*; parte general, p. 460.

³⁸¹ MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, tomo I, p. 374/375.

Como antes já afirmado, Sauer também não concebe uma ilicitude especial penal. Neste sentido, veja-se a sua doutrina, apresentada e citada na nota de rodapé de nº 75, constante do capítulo II.

tipicidade em relação a determinadas condutas que já eram consideradas ilícitas antes de o legislador criminalizá-las.³⁸²

Há um equívoco interpretativo nesta análise feita por Bitencourt. Primeiramente, verificam-se as próprias manifestações em contrário de Mezger e de Sauer, rechaçando a existência de uma ilicitude específica. Além disso, exige-se que a interpretação do momento da elaboração legislativa do tipo legal, na concepção da *ratio essendi*, deve ser outra, diversa da apresentada na crítica acima.

O raciocínio é simples. O legislador, ao criminalizar condutas em tipos legais, inverte a ordem de pensamento e, mentalmente, analisa o bem jurídico a ser protegido antes de descrever as ações/omissões que irão lesar/ameaçar este valor tutelado. Assim, é certo que o legislador verifica a ilicitude material da conduta que deseja proibir/ordenar e somente depois a tipifica.

Ao se elaborar abstratamente o tipo legal, já se confirmou, provisória e anteriormente, o conteúdo proibitivo (ilícito) da conduta, em relação à totalidade da ordem jurídica. Conclui-se que os tipos contêm carga de valoração negativa (desvalor). É a própria manifestação da ilicitude, geral a todo o ordenamento jurídico. Esta é, em tese, a essência do pensamento de Mezger e Sauer.

Já se sustentou (no primeiro capítulo), que a ilicitude comporta um momento subjetivo (valorativo), na etapa legislativa, e outro objetivo, na fase judicial. Naquele primeiro momento, existe a valoração subjetiva das condutas a serem tipificadas. Já na análise concreta judicante, a norma assume sua função imperativa e, objetivamente, determina as condutas que devem ser consideradas ilícitas (a partir da valoração subjetiva pré-legislativa).³⁸³ Há uma análise adequada da necessária subjetividade do injusto penal, bem como se conclui que a valoração proibitiva (com conteúdo de ilicitude) pré-existe provisoriamente à tipificação das condutas.

³⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*; parte geral, p. 197.

³⁸³ Concorde-se, em parte, com esta teoria sustentada por Zaffaroni/Alagia/Slokar (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p. 468.), conforme adesão anteriormente manifestada. Somente se ressalta, novamente, que os autores citados entendem que o conteúdo proibitivo do tipo se resume à antinormatividade (com o que não se concorda). Eles adotam, portanto, a teoria da *ratio cognoscendi*. Por isso é que se afirma que a adesão manifestada à sua doutrina é parcial. Há aceitação da admissão de valoração proibitiva no tipo, mas há divergência sobre o conteúdo deste valor negativo ali encontrado: antinormatividade ou ilicitude.

Assim, ao contrário do que afirmou Bitencourt, a tipicidade é que depende da ilicitude (antijuridicidade, nos termos usados pelo autor). Somente serão tipificadas condutas que tenham suas cargas de proibição previamente verificadas, com a análise do conteúdo de ilicitude, que é geral em relação a toda ordem jurídica.

Por isso, afirma-se que a adoção da teoria *ratio essendi* é uma exigência de ordem axiológica. Somente com a utilização desta teoria é que se consegue compreender valorativamente a intervenção punitiva estatal, definida e organizada através da elaboração de tipos legais que sejam expressão da proibição definida pelo conteúdo de ilicitude inerente ao ordenamento jurídico.

Resta claro que Mezger e Sauer não adotam uma ilicitude especial/penal distinta daquela geral do Direito. Quanto a isto, parece não existirem dúvidas. A questão se coloca em outros termos. Veja-se.

O tipo, enquanto razão de ser da ilicitude, apenas faz com que esta última, determinada pela totalidade da ordem jurídica, seja utilizada na esfera penal. A elaboração do tipo legal, dotado de prévia valoração do caráter ilícito da conduta a ser tipificada, faz com que tal carga valorativa, que é geral a todo o ordenamento, seja também analisada para efeitos de punição penal. O ingresso da ilicitude (geral), na seara penal, faz-se diante da magnitude e da gravidade da lesão/ameaça aos bens jurídico-penais tutelados.

A ilicitude somente tem ingresso na seara penal diante da existência do tipo, que dá aplicabilidade à utilização desta carga de valoração na tutela punitiva. Se não existisse o tipo, a ilicitude, que é geral do Direito, não teria função na esfera penal.

Conclui-se que os tipos contêm carga de valoração negativa, que é determinada pela própria manifestação da ilicitude, geral a todo o ordenamento jurídico. Ressalte-se que o tipo não cria esse desvalor. Apenas descreve a proibição.

Por isso, o tipo é a razão de ser da ilicitude. Não de se criar uma ilicitude especial (penal), que passe a existir apenas pela criação abstrata de um tipo legal (como sugeriu Bitencourt). Diferentemente, tipo é a razão de a ilicitude (geral) ter função proibitiva no âmbito da punição penal. Para isto acontecer, é necessário que haja uma figura típica abstrata, posto que este ramo do Direito opera somente com respeito ao princípio constitucional da estrita legalidade.

Relembra-se, então, que o conceito de ilicitude é central no injusto penal. O tipo vem depois. Tanto que Sauer e Mezger utilizam a expressão antijuricidade tipificada (ou injusto tipificado, no caso de Mezger, posto que para ele são expressões sinônimas).³⁸⁴ Neste ponto da teoria da *ratio essendi*, de acordo com a vertente sustentada por Mezger e Sauer, faz-se uma importante advertência. Havendo a compreensão da carga valorativa do tipo legal, é de se compreender, agora, que esta corrente teórica mantém a tripartição do conceito de crime: tipo, ilícito e culpável. Não há, nessa vertente da doutrina, a anunciada fusão entre tipo e ilicitude, em um tipo total de injusto.

Contudo, tal conclusão não foi pacificamente aceita. Houve interpretação diferente da posição de Mezger e de Sauer, por parte da doutrina penal. Tal divergência contém um equívoco interpretativo. De acordo com Welzel, aqueles autores teriam fundido, em um só momento, a ilicitude e o tipo:

No es correcta, em cambio, la estructura bimembre del delito de Sauer y Mezger, que fusiona la tipicidad e la antijuricidad. El tipo es, según ella, la antijuricidad 'tipificada' (...). Tipo y antijuricidad, realización del tipo e (sic) injusto, elemento del tipo y elemento de la antijuricidad son, respectivamente, idénticos. El tipo no abarca más que la antijuricidad; solo hay una realización antijurídica del tipo y toda realización del tipo es antijurídica; las causas de justificación son circunstancias negativas del tipo.³⁸⁵

Gomes e Garcia-Pablos de Molina têm outra interpretação para esta pretensa fusão entre tipo e ilicitude. Ao mesmo tempo, distinguem as duas vertentes da *ratio essendi*: tipo de injusto e os elementos negativos do tipo. Para os dois, em ambas as concepções, não há uma distinção entre tipicidade e ilicitude. A diferença entre as

³⁸⁴ Ao adjetivar a ilicitude, os autores não estão admitindo-a como específica, ou diferente. Apenas usam as referidas expressões para especificar o ingresso da ilicitude geral no âmbito do Direito Penal. Sem a tipificação, o caráter ilícito de uma conduta não tem aplicabilidade nenhuma nessa seara jurídica. Apenas isso, conforme já foi argumentado anteriormente.

³⁸⁵ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*; una introducción a la doctrina de la acción finalista, p. 80.

Maurach e Zipf têm a mesma opinião, no sentido de que a ilicitude se tornou parte integrada do tipo, que passou a ser um tipo de ilícito (MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*; parte general. T. 1, p. 414). No Brasil, alguns autores entendem que Sauer e Mezger teriam unido o tipo e a ilicitude. Assim, por todos, ver Cláudio Brandão: “Uma terceira fase da evolução da tipicidade surge com a chamada teoria dos elementos negativos do tipo. Para esta teoria, defendida por Edmund Mezger, a relação entre tipicidade e antijuricidade é uma relação de essência. O tipo é a antijuricidade positivada e está impregnado de juízo de valor, podendo-se dizer que ele é o portador da valorização jurídico-penal que separa o Direito do injusto. Quando se exclui a antijuricidade, exclui-se a própria tipicidade, (...)” (BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal*; parte geral, p. 148/149.)

correntes é que, no tipo de injusto, a tipicidade perde sua autonomia para a ilicitude, posto que está inserida dentro de seu conceito.³⁸⁶ Ao contrário, na teoria dos elementos negativos do tipo, “é a antijuridicidade que se incorpora à tipicidade (as causas de exclusão da antijuridicidade seriam requisitos negativos do tipo; ...).”³⁸⁷

Como advertido, não deve prosperar nenhuma dessas interpretações acerca da vertente da teoria da *ratio essendi* (de Mezger e Sauer). Há sólidos argumentos, apresentados pelos próprios autores e por seus intérpretes, que claramente determinam a independência dos dois conceitos (tipo e ilicitude). Não houve a intenção da união do tipo e da ilicitude em uma categoria conceitual única.

Estas opiniões equivocadas talvez sejam oriundas da localização da apresentação dos referidos institutos dogmáticos (tipo e ilicitude), nas obras jurídicas de Mezger³⁸⁸ e de Sauer³⁸⁹. Eles discutem as questões do tipo no espaço destinado à apresentação da ilicitude. Não poderia ser de outra forma, posto que os autores posicionam a ilicitude no centro da teoria do crime, determinando a existência de uma antijuridicidade tipificada (ou injusto tipificado, como sinônimo, para Mezger).

Todavia, e isso é muito importante, a abordagem do tipo no capítulo da ilicitude não deve conduzir à falsa premissa de que há a união conceitual entre os dois elementos. A posição teórica desta vertente da *ratio essendi* é muito clara em outro sentido, mesmo com a centralização da ilicitude em seu conceito de crime.

Ao situar a ilicitude como primeiro requisito da construção dogmática do crime, é natural que este elemento ganhe especial destaque na teoria do delito. Todavia, é de se entender que a ilicitude, sem a figura típica conseqüente, não tem aplicabilidade alguma no Direito Penal. Assim determina o princípio da legalidade.

³⁸⁶ GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Direito penal*; V. 2 – parte geral, p. 239.

³⁸⁷ GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Direito penal*; V. 2 – parte geral, p. 239.

³⁸⁸ No seu *Tratado de Derecho Penal, tomo I*, a discussão do tipo vem situada na segunda parte da obra: (*teoria do delito*), seção segunda (*La antijuridicidad*), alínea “b” (*La antijuridicidad como injusto típico*). Em outra obra sua, denominada *Derecho Penal; Libro de Estudio, Tomo I, parte general*, igualmente a questão vem discutida na segunda parte do livro: no capítulo II (*La antijuridicidad – el injusto*), alínea “bb” (*La antijuridicidad típica especial*).

³⁸⁹ Em sua obra *Derecho Penal; parte general*, Sauer discute as questões referentes ao tipo penal no capítulo III (*El delito como injusto*), § 14 (*tipicidad*). No § 13 deste capítulo está analisada a ilicitude (*la esencia del injusto*). Após, o capítulo IV apresenta o *El delito como culpabilidad*. Verifica-se que o autor realiza um estudo unificado da teoria do injusto penal, e depois da culpabilidade.

Em resumo, não é adequada a conclusão de que Mezger e Sauer tenham aderido à teoria do tipo total do injusto.

Mezger, ainda, trata de se posicionar expressamente neste sentido:

la antijuridicidad no es, como hemos visto (9), una característica del tipo; por tanto, ni positiva ni negativa. Ahora bien: es en absoluto indiferente el que se designe la antijuridicidad como presupuesto positivo de la pena o que, en cambio, se considere su ausencia como presupuesto negativo, porque de hecho la cosa es igual.³⁹⁰

A citação acima é clara em definir que a ilicitude é característica do delito, nunca do tipo legal. Para desfazer qualquer dúvida quanto ao alcance hermenêutico da expressão *tipo*, usada por Mezger, ele assim afirma:

(...), la antijuridicidad de la acción es ciertamente una característica del delito, y por tanto, parte integrante del 'tipo' entendido éste, no en el sentido que aquí lo empleamos, sino en el corriente en la teoría general del Derecho (II, 1). También se há negado esto (18), diciendo para fundamentar la negación que la antijuridicidad no puede ser colocada, como característica de igual rango, en la misma línea que la tipicidad, del mismo modo que no es posible situar un sintoma de una enfermedad al lado de la enfermedad misma.³⁹¹

Ao sustentar que a ilicitude faz parte do tipo, Mezger estava a determinar que aquela faz parte do crime, como pressuposto para a pena. O *tipo*, ao qual o autor se referiu, é sinônimo do delito como um todo. Esta parece ter sido a confusão feita pelos intérpretes de Mezger, ao entenderem que ele aderiu à teoria do tipo total do injusto. Usaram uma interpretação inadequada para a expressão usada. Veja-se a correta conceituação feita pelo autor:

Ante todo aparece el tipo, en el sentido de la teoría general del Derecho, como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica. En el Derecho Penal dicha consecuencia jurídica es la pena y, por tanto, este concepto del tipo significaría que 'tipo' es el total delito.³⁹²

³⁹⁰ MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, tomo I, p. 378.

³⁹¹ MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, tomo I, p. 372/373.

³⁹² MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, tomo I, p. 365.

Beling, anteriormente, já havia advertido para este uso da expressão. Entre as diversas utilizações da palavra *Tatbestand*, o autor identificou uma que se enquadra exatamente no sentido usado por Mezger: "2. Se habla del 'Tatbestand general del delito', entendiéndose con ello la totalidad de las condiciones de la existencia de una acción punible. Peron para eso más sencillo es decir: concepto del delito." (VON BELING, Ernst. *Esquema de derecho penal*; la doctrina del delito-tipo, p. 82.). É de se lembrar que, antes de Beling, usava-se o termo *corpo de delito*, com abrangência conceitual maior

Ficou devidamente explicado que Mezger utilizou duas conceituações para a expressão tipo: primeiramente, ele usa o termo *tipo general* para definir o próprio delito; de outra forma, ele usa a expressão *tipo especial* para definir o conceito estrito de tipo legal: “el conjunto de las características de una determinada especie delictiva, esto es, de las características propias de dicha especie y que la distinguen, por tanto, de otros delitos; (...).”³⁹³

São dois conceitos distintos e complementares entre si. Mais que isto, fica evidente que, para Mezger, a ilicitude faz parte do *tipo geral* (delito), não havendo proposta de fusão entre ilicitude e tipo legal (*tipo especial*). O que ocorre, e isto já foi explicado anteriormente, é que a ilicitude precede ao tipo legal e valora-o provisoriamente com o conteúdo proibitivo do ordenamento jurídico. Todavia, não há a pretendida (por alguns) união dos dois elementos do delito.³⁹⁴ O tipo é a razão de ser da ilicitude, mas não é ela própria.

Sauer, por sua vez, compreende o delito como um injusto culpável, em uma separação nitidamente causalista entre a parte objetiva e subjetiva do crime.³⁹⁵ Todavia, adiante, ele analiticamente estuda cada uma das estruturas teóricas que formam o injusto penal. Trata-se da antijuridicidade tipificada, como ele denomina.

do que aquela dada por ele à expressão *Tatbestand* (em 1906). Veja-se, nesse sentido, a nota de rodapé nº 105, do capítulo II.

Beling adverte, todavia, da confusão que pode ocorrer com estas utilizações variadas da expressão *Tatbestand* (tal como efetivamente ocorreu na interpretação da doutrina de Mezger, entre alguns autores que estudaram sua teoria): “Es evidente que tal variedad de acepciones para una sola palabra, sólo confusiones puede causar. Es, pues, absolutamente necesario hablar del ‘Tatbestand’ exclusivamente en el sentido del *Tatbestand* legal estricto (delito-tipo), a cuya esencia nos hemos referido. Para los demás existen a disposición expresiones distintas y adecuadas.” (VON BELING, Ernst. *Esquema de derecho penal*; la doctrina del delito-tipo, p. 82.)

Neste mesmo sentido, de diferenciação terminológica para os usos da expressão *tipo*, veja-se também Sauer. O autor realiza separação semelhante à de Mezger, entre tipo no sentido amplo da palavra (na doutrina geral do Direito), e tipo em sentido restrito. (SAUER, Guillermo. *Derecho penal*; parte general, p. 112/113).

³⁹³ MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, tomo I, p. 365/366.

³⁹⁴ Mezger aponta crítica de Schmidt à sua vertente da teoria da *ratio essendi*, exatamente nestes termos. Imediatamente, ele a rechaça: “En consecuencia, Eb. Schmidt rechaza la significación del tipo como *ratio essendi* del injusto, y sólo lo admite como *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, porque hacer lo contrario supondría ‘recaer en la teoría de las características típicas negativas’. Pero ello no es cierto: la antijuridicidad no es, como hemos visto, una característica del tipo; por tanto, ni positiva ni negativa.” (MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, tomo I, p. 377/378).

³⁹⁵ SAUER, Guillermo. *Derecho penal*; parte general, p. 43.

Ao definir que o crime é um “querer y obrar antijurídico y culpable”³⁹⁶, Sauer reconhece a existência das três categorias do delito, autonomamente: “Antijuridicidad es la contradicción con el ordenamiento jurídico (antilegalidad); culpabilidad el conocer o deber conocer reprochable de esta antijuridicidad; acción es causación voluntaria del resultado a través de un hacer o un omitir.”³⁹⁷

Como já afirmado, Sauer também reconhece as variadas utilizações da expressão *tipo*, no Direito Penal (sentido *amplo* e *restrito*). Todavia, é o uso no sentido estrito da palavra que expressa exatamente a figura autônoma definidora das condutas provisoriamente valoradas com a proibição da ilicitude (que é a essência do delito). Uma causa de justificação retira essa essência valorativa, excluindo a ilicitude, mas mantendo a figura típica. Explica-se.

No capítulo II, já se demonstrou que Sauer aceita a existência do conceito material de ilicitude, ao lado da sua definição formal. Assim, ele conclui, somente se pode considerar que uma causa de justificação exclui a tipicidade (em semelhança à teoria dos elementos negativos do tipo), caso se adote apenas a ilicitude formal que, no fundo, se confunde com a própria tipicidade.³⁹⁸ Não é o seu caso.

Em resumo, para Sauer, uma causa de justificação exclui o injusto penal pela exclusão de sua ilicitude (e não da tipicidade): “Con la fijación del tipo y de la no presencia de causas de justificación está fijada la antijuridicidad del hecho, por conseqüente el injusto objetivo.”³⁹⁹ Por isso, ele não é adepto da teoria do tipo total.

Pode-se, então, afirmar que a vertente da doutrina da *ratio essendi* defendida por Mezger e Sauer não inclui as excludentes de ilicitude como elementos negativos do tipo. Causas de justificação não excluiriam o próprio tipo legal.

Partindo do pressuposto de que há uma estrutura tripartida de crime, na doutrina dos dois autores, a única conseqüência admissível é a de que as causas de justificação operam suas conseqüências estritamente no âmbito da ilicitude. Em

³⁹⁶ SAUER, Guillermo. *Derecho penal*; parte general, p. 82.

³⁹⁷ SAUER, Guillermo. *Derecho penal*; parte general, p. 47/48.

³⁹⁸ SAUER, Guillermo. *Derecho penal*; parte general, p. 103.

³⁹⁹ SAUER, Guillermo. *Derecho penal*; parte general, p. 106. A culpabilidade traz a parte subjetiva do delito, na doutrina causalista de Sauer.

resumo, um fato justificado continua a ser típico para esta vertente da *ratio essendi*, de Mezger e Sauer. Esta afirmativa pode, conclusivamente, ser lida na obra de Mezger: “La conducta típica (...) fundamenta, por lo general, la antijuridicidad del hecho. Pero, una acción típica no es siempre antijurídica. No lo es, si existe una causa de exclusión del injusto.”⁴⁰⁰

Ao elaborar-se legislativamente a conduta típica, já existe a antecedente valoração de sua proibição. Contudo, a ilicitude pode restar excluída em uma situação concreta, mesmo havendo tipicidade, se houver uma causa que a justifique. Com essa conclusão, há uma aproximação conceitual inevitável com o tipo indiciador e sua noção de regra-exceção.

Certo é que o tipo é a razão de ser da ilicitude. Não é ela mesma.

É de se ressaltar, todavia, que não são todos os intérpretes de Mezger e de Sauer que entendem que eles adotaram uma teoria bipartida do delito. Diferentemente da equivocada interpretação feita por Welzel, Vargas sustenta que aqueles autores mantêm a teoria tripartida:

Fala-se que o crime, no conceito de Mezger e de Sauer, é bi-partido, em vez de tripartido (tipicidade, ilicitude e culpabilidade, como vem concebido no pioneiro livro de Beling, criador, nesse passo, da moderna teoria do delito. (...) Não há dúvida de que ambos, Sauer e Mezger, adotam o conceito tripartido de crime. Não tem substância afirmar o que lhes é atribuído. A postura deles é a de regra-exceção.⁴⁰¹

Da mesma forma, Toledo corretamente entende que Mezger e Sauer não concordavam com o tipo total: “a tipicidade e a ilicitude implicam-se, numa relação indissolúvel no interior do injusto, mas conceitualmente não se confundem”.⁴⁰²

⁴⁰⁰ MEZGER, Edmund. *Derecho penal*; libro de estudio. Tomo I: parte geral, p. 159.

O autor reafirma sua posição na página 161, da mesma obra aqui citada: “En realidad, una conducta típica que se beneficia con una causa de exclusión del injusto (...), no es antijurídica, (...)”

⁴⁰¹ VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, edição inédita, p. 42.

O autor manifesta a mesma opinião em outras obras suas. Por todas, veja-se: *Do tipo penal*, p. 53.

⁴⁰² TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 124.

No mesmo sentido se posiciona Reale Jr.: “A tipicidade, para Mezger, constitui a razão de ser da antijuridicidade, que é, tão-somente elemento do crime, não da tipicidade, tendo em vista, tão-somente, a possibilidade da incidência de uma causa justificativa sobre um fato típico.” (REALE Jr., Miguel. *Instituições de direito penal*; parte geral. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 138.)”

Toledo, inclusive, adotou esta primeira vertente da teoria da *ratio essendi*.⁴⁰³ Para ele, o tipo legal tem um conteúdo valorativo, determinando o conteúdo proibitivo da norma. Não é um simples indiciador da ilicitude, antes encerrando o sentido de ilicitude, que não é definitivo, e que pode ceder diante de uma causa de justificação. Haverá, neste caso, a exclusão da ilicitude, nada afetando a tipicidade.

Na doutrina estrangeira, igualmente, são vários os autores que adequadamente compreenderam que Mezger e Sauer adotaram uma concepção tripartida de delito. Veja-se, por exemplo, Mir Puig:

Pero importa destacar que esta concepción coincide con Beling en un punto esencial: no toda acción típica es antijurídica, ni, por tanto, la exclusión del injusto lleva aparejada la negación del tipo. La conducta típica puede estar justificada. El juicio de desvalor provisional que expresa la tipicidad, desaparece cuando concurren causas de justificación.⁴⁰⁴

Em resumo, o que a teoria da *ratio essendi* sustenta, nesta vertente apresentada por Mezger e Sauer, é a existência de valoração provisória de proibição (ilicitude) no tipo legal. Contudo, esta composição valorativa típica não se sobrepõe às funções de igual ordem que exerce a ilicitude, posto que são estruturas independentes dentro do injusto penal. Uma excludente de ilicitude pode tornar lícita uma conduta provisoriamente proibida pela sua tipicidade demonstrada. Permaneceria típica a conduta, porém justificada. Isto ficou demonstrado.

Ocorre que, neste ponto específico, há uma séria crítica a tal teoria, que inviabiliza a sua adoção. Primeiramente, não se desconsidera que há inúmeros méritos na doutrina, especialmente porque melhor compreendeu valorativamente o tipo legal (determinando, ali, um sentido de proibição da conduta). Todavia, o conteúdo valorativo de ilicitude ali encerrado é de ordem apenas provisória

⁴⁰³ Após apresentar as duas vertentes da *ratio essendi*, Toledo opina da seguinte forma: “Preferimos a segunda alternativa, por parecer-nos que a primeira representaria um parcial retorno na direção do tipo sem sentido amplo, de antes de Beling. Além disso, a concepção do tipo como portador de um juízo de desvalor condicionado tem contado com o apoio de prestigiosos penalistas, dentre os quais Mezger (Von Sinn der Strafrechtlichen Tatbestand) e Sauer (Grundlagen).” (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 122 e ss.). Fica clara a sua opinião sobre o tema.

Queiroz, todavia, tem uma interpretação um tanto diversa da posição doutrinária adotada por Toledo, entendendo que este último teria adotado a teoria dos elementos negativos do tipo. (QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*; parte geral, p. 182.)

⁴⁰⁴ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*; parte general, p. 162.

(condicionada). Vê-se desconsiderado diante de uma causa de justificação, que exclui a ilicitude, mantendo a tipicidade intacta.

Fica clara a provisoriedade da valoração proibitiva no tipo legal nesta primeira vertente da *ratio essendi*, conforme a interpretação de Terán Lomas: “una acción típica es un injusto siempre que no exista ninguna causa de exclusión del injusto.”⁴⁰⁵

Conclui-se que, tal como na doutrina da *ratio cognoscendi* (Mayer), nesta vertente da teoria da *ratio essendi* permanece a idéia da regra-exceção na relação existente entre o tipo e a ilicitude. Quem age tipicamente também atua ilicitamente, desde que não exista causa que justifique a ação, e que exclua o injusto (pela exclusão da ilicitude, não do tipo).⁴⁰⁶ Mezger assim afirma sobre esta questão: “constituye, sin embargo, un medio de auxilio en absoluto indispensable en todo sistema jurídico que haya alcanzado cierto grado de evolución.”⁴⁰⁷

Pensa-se que este argumento de Mezger fez com que sua teoria se tornasse contraditória em seus próprios termos. Como ele mesmo sustentou, o processo legislativo de criação do tipo legal pressupõe a anterior verificação da ilicitude da conduta a ser tipificada, determinada pelo sentido de proibição inerente à integralidade do ordenamento jurídico como um todo. Após, no caso concreto, exclui-se a ilicitude desta conduta tipificada, quando for realizada com o amparo de uma causa de justificação. Permanece a tipicidade (aquela mesma, que tinha o sentido de proibição ao ser legislada), excluindo-se a ilicitude.

Veja-se a incoerência deste raciocínio dogmático, baseado na regra-exceção. Tipifica-se uma conduta, dando-lhe sentido (provisório) de proibição, em virtude do

⁴⁰⁵ TERÁN LOMAS, Roberto A. M. *Derecho penal: parte general*, tomo 1, p. 311.

Terán Lomas utiliza a doutrina de Mezger para chegar a esta conclusão, igualmente considerando como sinônimos as expressões *injusto* e *antijuridicidade*. Tal associação de conceitos não parece correta, conforme já se sustentou anteriormente, principalmente no capítulo II.

Mir Puig tem a mesma interpretação acerca da doutrina de Mezger e Sauer: eles trazem para o tipo um “juicio provisional de desvalor (de antijuridicidad)” (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal; parte general*, p. 161).

⁴⁰⁶ Conforma afirma Moro: “el principio regla-excepción, empleado para explicar los llamados casos de nlicitude excepcional, se resuelve en reconocer significado autónomo al hecho típico frente al hecho antijurídico, en situar el primero como término de enlace enre el hecho meramente típico y no antijurídico y el típico y verdaderamente antijurídico.” (MORO, Aldo. *La antijuridicidade penal*, p. 187.)

⁴⁰⁷ MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, tomo I, p. 378.

caráter de ilicitude que determina a necessidade de elaboração legislativa da figura delitiva. Após, com a concretização da conduta (ação ou omissão) que se amolda a este tipo legal, opera-se a sua tipicidade e exclui-se a sua ilicitude com o amparo de uma causa de justificação. E o que fazer com o sentido de ilicitude que integrava valorativamente o tipo legal, sendo que este último permanece aperfeiçoado, mesmo diante da excludente de ilicitude verificada?⁴⁰⁸

Esta provisoriedade do conteúdo de ilicitude existente no tipo legal fica sem sentido. Como afirma Vargas: “Fala-se, há muito tempo, que o fato é congenitamente lícito ou congenitamente ilícito, não sendo possível, em face de uma justificativa, considerar lícito o que nasceu ilícito.”⁴⁰⁹ Continua, o autor:

Preferimos não usar a expressão ‘juízo de desvalor provisório ou condicionado’ porque quando é praticada a ação incriminada, ocorrem simultaneamente a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade. De uma só vez e ao mesmo tempo. Como, então, ‘parar’ o acontecimento e verificar que a ilicitude é provisória? O adjetivo seguramente não é apropriado.⁴¹⁰

A definição de um *juízo provisório, ou condicionado*, na teoria de Mezger e de Sauer, parece conter mais que um problema terminológico. Apresenta, como afirmado, uma contradição em seus próprios termos. Explica-se.

Ao rechaçar, no tipo legal, uma função meramente indiciária da ilicitude, a teoria da *ratio essendi* acresceu à estrutura típica uma adequada valoração da proibição, inerente à própria elaboração legislativa. O tipo é a razão de ser da

⁴⁰⁸ A teoria da *ratio cognoscendi* ofereceu uma solução para este problema. Todavia, assim o fez, desconsiderando a premissa básica a ser trabalhada e solucionada: o adequado conteúdo valorativo/proibitivo constante no tipo. Assim, a figura típica não passaria de indício de existência de ilicitude, que deveria ser verificada posteriormente, através da constatação negativa nos casos de existência de causas de justificação. Seria possível excluir a ilicitude, mantendo-se a figura típica intacta, sem gerar a contradição aqui anunciada.

Percebe-se que se trata de argumento dogmático absolutamente deficitário, posto que desconsidera totalmente o real sentido valorativo de proibição, que necessariamente antecede a elaboração legislativa de um tipo legal. Welzel e Zaffaroni ainda tentam consertar esta deficiência, determinando um sentido de antinormatividade nos tipos legais. Contudo, como já argumentado anteriormente, tal argumento deve ser afastado por se tratar de uma artificialidade, e por confundir antinormatividade com o sentido formal de ilicitude. Em resumo, a teoria da *ratio cognoscendi* não conseguiu resolver a questão.

⁴⁰⁹ VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, edição inédita, p. 43.

⁴¹⁰ VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, edição inédita, p. 42/43.

ilicitude. Carrega consigo o conteúdo de ilicitude que merece a tutela penal. Está-se a afirmar, então, por um tipo de injusto.

Somente se tipifica uma conduta porque, antes, se verificou que o ordenamento jurídico a considera ilícita. Mais que isso, percebeu-se que o grau de ofensa ao bem jurídico tutelado exige a intervenção do Direito Penal. Assim, é um equívoco afirmar que o conteúdo proibitivo (de ilicitude) constante do tipo de injusto é de ordem provisória, ou condicionada. Não.

Zaffaroni está correto ao afirmar que há um erro na doutrina que tenha estas características: alegar que há o tipo de injusto, dotado de ilicitude e, depois, excluir esta mesma ilicitude em uma causa de justificação. Tal teoria formaria um conceito tripartido de crime apenas aparente, posto que a ilicitude se dividiria em duas partes (uma no tipo e outra isolada, verificada com as causas de justificação). A segunda parte seria apenas a ausência da primeira, não existindo de fato.⁴¹¹

O tipo de injusto somente pode existir exatamente porque tem carga proibitiva definitiva em seu conteúdo valorativo. Descreve a ilicitude de uma conduta que é ofensiva aos bens jurídicos tutelados.

Poder-se-ia argumentar, entretanto, que esta descrição se encontra no plano da abstração legislativa e que o caso concreto poderia se apresentar fora deste contexto normativo proposto (com uma causa de justificação). Nessa hipótese, excluir-se-ia o caráter ilícito, provisoriamente concebido tipicamente. Por isto é que se adjetivaria de provisória a carga de ilicitude do tipo de injusto.

Tal argumentação não está de todo errada, embora tenha premissas equivocadas. Realmente, o caso concreto pode se afastar do esquema típico legislado. É de se lembrar que qualquer modelo, geral e abstrato, é apenas uma redução da realidade e consegue resolver a generalidade das situações ali incluídas, não todas. Assim, evidentemente, é possível que uma conduta típica seja realizada com o amparo da legítima defesa, do estado de necessidade, etc. Não se nega isso.

⁴¹¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; *et. al. Direito penal brasileiro – II*, I. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 146.

Todavia, a solução dada por Zaffaroni é igualmente equivocada: adoção da antinormatividade típica e, conseqüentemente, da teoria da *ratio cognoscendi* e da idéia de regra-exceção.

Todavia, e aqui está o erro da justificativa em questão, a carga de ilicitude do tipo de injusto não deve ser tomada por provisória, ou condicionada à existência de uma causa de justificação. Ao contrário, analisando-se abstratamente, a valoração proibitiva do tipo é definitiva. Caso exista uma causa de justificação, no plano da concretude da realização da conduta típica, atinge-se à ilicitude típica, tornando a conduta atípica, por retirar-lhe exatamente esta valoração de proibição. Esta é, entre os vários acertos, a maior falha da teoria de Mezger e de Sauer.

Há uma situação paradoxal. A conduta justificada seria, ao mesmo tempo, lícita (com a causa de exclusão da ilicitude) e ilícita (o tipo se mantém intacto mesmo diante da causa de justificação). Assim, se o tipo permanece inteiro nessa situação, restaria igualmente intacta a sua carga de proibição (ilicitude, da qual o tipo é a *ratio essendi*). Repete-se: existiria uma conduta lícita e ilícita ao mesmo tempo.

Poder-se-ia pensar em uma solução para esse problema. Todavia, seria absolutamente equivocada. Uma causa de justificação excluiria a ilicitude e, igualmente, eliminaria a carga de proibição do tipo, sem tornar a conduta atípica.

É absurda tal hipótese, salvo se fosse admissível a existência residual de um tipo neutro de valores, aos moldes do que propôs Beling, no caso de existir uma excludente de ilicitude. Evidentemente, tal situação é inadmissível no atual estágio da dogmática penal. Nem Welzel, seguidor da *ratio cognoscendi*, admitiria tal idéia.

Em virtude desta crítica incontornável, tem-se que se superar esta primeira vertente da teoria da *ratio essendi*, adotando-se a sua segunda concepção: o tipo total do injusto, com a verificação dos elementos negativos do tipo.

5.2 A teoria da *ratio essendi* e a doutrina do tipo total de injusto (os elementos negativos do injusto penal): a necessidade de sua adoção

Surgida na Alemanha, na segunda metade do século XIX, esta teoria foi concebida inicialmente por Merkel.⁴¹² Ele assim sustentou:

⁴¹² Conforme informa Vargas: VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 61.

no puede decirse que haya delito doloso em los siguientes casos: (...). 2. cuando el agente presupone la existencia de relaciones cuya no existencia pertenece a los caracteres señalados por la ley al delito (caracteres negativos de este), como, por ejemplo, relaciones que si hubieran existido habrían servido para justificar la comisión del hecho por causa de legítima defensa (RStrG., § 53).⁴¹³

Hirsch, mesmo inicialmente afirmando que Merkel é considerado o fundador da teoria dos elementos negativos do tipo⁴¹⁴, assim indagou: “Entonces, surge la pregunta de si es correcto nombrar a Adolf Merkel como el fundador de la d.d.l.e.n.d.t.p.”⁴¹⁵ Há, de acordo com aquele autor, resposta negativa a tal pergunta:

La doctrina ya existia con la doctrina del tipo penal y la doctrina del error. Merkel introdujo a la teoría de los elementos negativos del tipo penal, la qual hasta este momento empleaba solamente los términos “fundamentación de la antijuridicidad” (Unrechtsbegründung) y “exclusión de la antijuridicidad” (Unrechtsausschluss), solamente el término “elemento negativo del tipo penal”. La puso solamente en una “fórmula más precisa”.⁴¹⁶

Todavía, independente da polêmica que possa ser causada por esta afirmativa de Hirsch, uma coisa parece certa. A partir de Merkel, houve uma inicial discussão acerca do conteúdo da teoria dos elementos negativos do tipo. E isto, basicamente, é o que importa. A perfeita verificação genealógica dessa, ou de qualquer outra, teoria dogmática pode ser bastante complicada. Vários autores, contemporâneos ou não, podem desenvolver estudos bastante semelhantes sobre

Outros autores, posteriormente, desenvolveram estes estudos e sistematizaram tal doutrina. São normalmente citados, de modo geral: Frank, Radbruch e Baumgarten.

⁴¹³ MERKEL, Adolf. *Derecho penal*; parte general, p. 83/84.

⁴¹⁴ HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal*; obras completas. Tomo IV: la doctrina de los elementos negativos del tipo penal; el error sobre las causas de justificación. V. 4, p. 18.

⁴¹⁵ HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal*; obras completas. Tomo IV: la doctrina de los elementos negativos del tipo penal; el error sobre las causas de justificación. V. 4, p. 27.

Na tradução aqui utilizada, a sigla *d.d.l.e.n.d.t.p.*, usada constantemente por Hirsch, significa: *doctrina de los elementos negativos del tipo penal*.

⁴¹⁶ HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal*; obras completas. Tomo IV: la doctrina de los elementos negativos del tipo penal; el error sobre las causas de justificación. V. 4, p. 28.

Hirsch afirma mais (p. 27/28). Somente poderia ser atribuída a Merkel a seguinte formulação teórica: a inversão do conteúdo do dolo em relação às causas de justificação é dogmaticamente fundamentada em uma contraposição material entre os elementos positivos e negativos do tipo penal. Mesmo assim, continua Hirsch, essa conclusão já podia ser deduzida, anteriormente, da diferenciação entre os fundamentos da antijuridicidade e a exclusão da antijuridicidade.

determinado tema. Por vezes motivados por matrizes teóricas comuns, chegam a resultados similares sem uma intercomunicação de suas descobertas.

Em resumo, ao que aqui interessa, considerar-se-á Merkel o sistematizador primeiro da doutrina em discussão, trazida como segunda vertente da *ratio essendi*. Após, Frank, Baumgarten, entre outros, desenvolveram estes estudos.

Frank, todavia, e de acordo com Hirsch, teria trazido um resultado “letal” para o desenvolvimento posterior da doutrina do tipo.⁴¹⁷ Uma frase sua (de Frank), teria causado esta impressão: “La antijuridicidad no es un elemento positivo del tipo penal, pero su falta es un negativo.”⁴¹⁸ Ele escreveu depois de Merkel, ressalte-se.

Desde a apresentação desta opinião de Frank, ainda conforme Hirsch, houve uma identificação da teoria dos elementos negativos do tipo com esta idéia e, conseqüentemente, a mesma foi taxada de ilógica.⁴¹⁹ Este último (Hirsch) explica que os doutrinadores da época entenderam que a teoria dos elementos negativos do tipo faria equivaler a ilicitude (antijuridicidade) apenas às suas causas de exclusão.

Hirsch conclui esta sua crítica a Frank, comparando conceitualmente a doutrina dos elementos negativos do tipo com a teoria do tipo penal modelo, em determinados aspectos.⁴²⁰ Ele explica que, para a teoria dos elementos negativos, a ilicitude seria composta somente pela realização da norma proibitiva, que é limitada pelas causas de justificação. Assim, a ilicitude não seria uma condição para a contrariedade à norma, pela tipicidade (não seria elemento do tipo). Tão somente dever-se-ia afirmar que a tipicidade seria idêntica à ilicitude. Já na teoria do tipo penal modelo, a ilicitude seria composta pela contrariedade à norma, acrescida das faltas de causas de justificação. A conclusão foi a de que a doutrina de Frank não

⁴¹⁷ HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal; obras completas*. Tomo IV: la doctrina de los elementos negativos del tipo penal; el error sobre las causas de justificación. V. 4, p. 56 e ss.

⁴¹⁸ FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, p. 49.

⁴¹⁹ HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal; obras completas*. Tomo IV: la doctrina de los elementos negativos del tipo penal; el error sobre las causas de justificación. V. 4, p. 57.

⁴²⁰ HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal; obras completas*. Tomo IV: la doctrina de los elementos negativos del tipo penal; el error sobre las causas de justificación. V. 4, p. 61.

estaria em consonância com a teoria dos elementos negativos do tipo, posto que a ilicitude seria apenas elemento negativo do tipo (não sendo elemento positivo).⁴²¹

Não parece assistir razão a Hirsch, opositor confesso da teoria em discussão, acerca desta análise da doutrina de Frank. Quando este último afirmou que a ilicitude seria elemento negativo do tipo, mas não seria um elemento positivo, havia um contexto para tal sustentação. Frank explica o uso da frase:

Cuando la ley añade una amenaza de pena a la acción , es decir, una suma de circunstancias de hecho que conjuntamente forman un tipo penal, entonces aquella pena se aplica cuando la citada acción prevista en la ley há ocurrido, puesto que ella es antijurídica, debido a su sola existencia sin que sea necesario que se agregue un plus que sólo sabe Dios de dónde provendría. Pero se viene algo distinto de outro lado, v. gr., un precepto legal que excluye la antijuridicidad bajo circunstancias especiales, entonces esta exclusión de antijuridicidad, según mi opinión, suspende la idea de delito.

Si de los hechos tenemos sólo los que son mencionados en los artículos especiales y en los preceptos jurídicos tenemos solamente los implícitamente dados en amenaza penal que afirman la antijuridicidad, el tipo del delito está dado. Pero si existe outro precepto legal que niega la antijuridicidad de la acción, entonces, no está dado el tipo penal (Tatbestand).⁴²²

O que Frank sustentou foi apenas que a ilicitude é uma característica geral do delito, não se fixando apenas como elemento formal do tipo. Antes, é a própria manifestação de proibição, geral do ordenamento jurídico. A ilicitude é a essência do delito. Assim, evidentemente se manifesta valorativamente na elaboração do tipo, que é a positivação da proibição na tutela penal. Está, pois, implícita na configuração típica que foi legislativamente elaborada.

Certo é que a ilicitude fundamenta o tipo legal, posto que somente assim pode haver alguma função proibitiva na tutela penal. Essa é, inclusive, a argumentação utilizada para a adoção da teoria da *ratio essendi*: a acertada análise valorativa do processo legislativo de tipificação de condutas (a ilicitude precede ao tipo). Não há notícia de que Frank tenha oposição a esta idéia.

⁴²¹ HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal*; obras completas. Tomo IV: la doctrina de los elementos negativos del tipo penal; el error sobre las causas de justificación. V. 4, p. 61.

⁴²² FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, p. 50.

O que deve ficar expresso, e, portanto integrar explicitamente a tipicidade, são as causas excepcionais que fazem uma conduta deixar de ser ilícita e se conformar com o Direito (causas de justificação). São situações especiais:

(...), no se niega la antijuridicidad en general sino solamente en casos puntuales. Tiene, por eso, un significado de *Lex specialis* que se antepone a la *Lex generalis*. La aplicabilidad de esta última se encuentra condicionada a la no existencia de uno de los casos en los cuales se aplica la *Lex specialis*. Solo bajo esta condición, es decir, que este ausente esta circunstancia, es punible la acción. La circunstancia en si puede ser denominada como elemento negativo del hecho (*Tatbestand*).⁴²³

Assim, pelo que se argumentou, Frank aderiu à teoria dos elementos negativos. Mais que isto, restou explicado o contexto da expressão por ele usada, e que foi contestada por Hirsch, entre outros.

Resolvida a controvérsia sobre a posição de Frank, e como antes se anunciou, pode-se considerar tal doutrina como uma segunda vertente da teoria da *ratio essendi*. Assim pensa Vargas, por exemplo.⁴²⁴

Tal como na doutrina de Mezger e de Sauer, no tipo total do injusto (teoria dos elementos negativos do tipo) há a valoração da ilicitude dentro da estrutura típica, em respeito e obediência à perfeita técnica legislativa. Valora-se negativamente a conduta antes de tipificá-la.⁴²⁵

A diferença fundamental entre as duas vertentes da *ratio essendi* se encontra na divergência sobre a provisoriedade da valoração de ilicitude contida no tipo. Se para Mezger e Sauer a figura típica traz consigo um juízo provisório (condicionado) de ilicitude, no tipo total do injusto esta valoração é definitiva.

Assim, as conseqüências são diversas. Como antes afirmado (e criticado), Mezger e Sauer trabalham com a idéia de regra-exceção, embora exista quem

⁴²³ FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, p. 50/51.

⁴²⁴ VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 52.

⁴²⁵ Roxin afirma neste sentido: “La idea según la cual el juicio de disvalor legislativo está expresado en el tipo penal, es un fundamento por el cual las circunstancias excluyentes de lo injusto corresponden sistemáticamente al tipo, dado que ellas aportan a la determinación de lo injusto tanto como los elementos de la descripción particular del hecho.” (ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal; tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, p. 274.)

divirja disto.⁴²⁶ Assim, para estes autores fica mantida a autonomia da ilicitude e existe apenas um seu juízo provisório na tipicidade, que cede diante da constatação de uma causa de justificação. Nesta hipótese, será excluída a ilicitude da conduta, mantendo-se intacta a figura típica.

Na teoria do tipo total do injusto, há efetiva reunião das duas categorias, como o nome da doutrina indica. Ao lado da descrição da conduta incriminada (tipo legal de crime), existem os seus elementos negativos, que são exatamente a ausência de causas de justificação.

Significa que o “tipo de injusto contém uma parte positiva e outra, negativa.”⁴²⁷ Forma-se, pois, um tipo total. Um tipo legal somente se tornará um tipo de ilícito quando contiver todos os elementos necessários para a determinação da ilicitude. Podem ser elementos expressos, implícitos, incriminadores ou limitadores.⁴²⁸ Somente deve ser tomado um cuidado, ao se usar esta expressão.

Já se afirmou que há vários usos para a expressão tipo⁴²⁹ no Direito Penal. Vários autores⁴³⁰ afirmavam por um tipo geral de delito, que seria a totalidade do conceito do crime, e um tipo penal especial, correspondente à definição estrita do tipo legal. Em que pese a confusão possivelmente causada por essa multiplicidade de usos do termo tipo (*Tatbestand*), tal como advertido por Beling, usava-se esta classificação com alguma frequência. Hirsch, por exemplo, entendia que a doutrina majoritária da época de Merkel usava a expressão tipo penal (constante do art. 59, do StGB) como tipo geral de delito:

la doctrina mayoritaria en esta época, a la cual también pertenecía Adolf Merkel, identificaba el tipo penal en el sentido del § 59 con el concepto del tipo penal usual en dicha época: el “tipo penal global”

⁴²⁶ Entendendo que a doutrina dos dois autores determina um conceito bipartido de crime. Tal afirmativa é equivocada e já foi devidamente rechaçada anteriormente (no item 5.1, anterior).

⁴²⁷ VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, edição inédita, p. 44.

⁴²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, p. 88.

⁴²⁹ Tradução da palavra alemã *Tatbestand*.

⁴³⁰ Mezger, Sauer, Beling, entre outros.

(Gesamttatbestand). Bajo dicho término se entendía el delito en la totalidad de sus condiciones.⁴³¹

Evidentemente, a sistematização da doutrina do tipo total do injusto utiliza a expressão tipo no seu sentido estrito, antes denominada tipo penal especial. É esta estrutura (tipo legal) que se funde à ilicitude. De acordo com esta concepção, pode-se afirmar que o fato típico será necessariamente ilícito, “embora nem todo fato ilícito seja típico”.⁴³²

A adoção da teoria dos elementos negativos do tipo, ao contrário do que possa parecer, não significa um retrocesso na dogmática jurídico-penal. Ao se conceber um conceito bipartido de crime, não se está voltando a uma etapa anterior à formulação típica de Beling. Analisar assim essa teoria é não perceber seus avanços nas discussões dogmáticas inerentes à teoria geral do delito.⁴³³

Em momento nenhum se propõe abdicar da estrutura típica, ou de suas funções.⁴³⁴ Ao contrário, o tipo é fundamental nesta concepção, exercendo função de garantia e de fundamentação da ilicitude.⁴³⁵ Trata-se de uma conquista

⁴³¹ HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal*; obras completas. Tomo IV: la doctrina de los elementos negativos del tipo penal; el error sobre las causas de justificación. V. 4, p. 21.

⁴³² QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*; parte geral, p. 183.

Como a ilicitude é um conceito geral do ordenamento jurídico, podem existir situações de proibições valoradas pelo Direito que não têm os pressupostos mínimos para a tutela penal e, assim, são protegidas apenas em outras áreas do Direito. Como antes já mencionado, são os seguintes pressupostos mínimos: dignidade penal do bem jurídico (juntamente com a verificação da ofensividade da conduta); necessidade da intervenção; e a sua adequação em relação à punição proposta. Neste sentido, ver: Bianchini, Alice. *Pressupostos mínimos da tutela penal*.

⁴³³ Stratenwerth afirma que não haveria contradição na adoção das teorias tripartidas e bipartidas. A questão se resolveria mais pela conveniência, posto que, em ambas, a parte incriminadora (elementos positivos do tipo) viriam com anterioridade. Há sempre a mesma sucessão na análise do delito. Ele prefere a teoria tripartida apenas por maior facilidade de verificação do que seria atípico e do que seria lícito. Não há um maior enfrentamento da questão, sob o ponto de vista axiológico. Assim, ele conclui: “Entonces, es recomendable seguir, ao menos terminológicamente, la estructura del delito de tres niveles e contar en el tipo solo las circunstancias de hecho (positivas) que fundamentan el ilícito.” (STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal*; parte general I, p. 130.)

⁴³⁴ Maurach e Zipf, com concepções nitidamente resistentes à teoria do tipo total, apresentam crítica a esta estrutura bipartida de crime: “El concepto delictivo bipartido no representa un mayor valor, sino um atrofia del tipo ideal de acción, que pierde su función básica de distinción a priori entre un acontecer penalmente relevante y uno irrelevante.” (MAURACH, Reinhard; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*; parte general. T. 1, p. 415.) Não procede a crítica dos autores, por tudo o que aqui se sustenta.

⁴³⁵ Sobre a importância da ilicitude e da tipicidade no contexto do injusto penal, assim afirma Pagliaro: “La condotta illecita è la condotta típica contro la quale si appunta la funzione preventiva própria del diritto penale. In altri termini, esse è quella condotta che è compresa nel fatto di reato e che

inafastável no Direito Penal. Apenas se propõe pensar um tipo legal que não seja valorativamente neutro, tal com o concebeu Beling, em 1906. Esta crítica, sob prisma teórico diverso, já foi feita por Mayer, Mezger, Sauer, entre outros.

Na teoria do tipo total do injusto, a figura típica alcança a mais completa (e, pensa-se, adequada) valoração de proibição. A ilicitude compõe valorativamente a figura típica desde a sua elaboração legislativa. Aproveita-se, aqui, toda a argumentação feita nesse sentido, por ocasião da definição da primeira vertente da teoria da *ratio essendi*. Todo tipo legal é concebido legislativamente a partir da valoração de ilicitude que contém a conduta que se visa proibir/ordenar, tutelando os bens jurídico-penais eleitos à proteção.

O legislador apura os valores inclusos nos bens eleitos à proteção, considerando-os negativos ou positivos, e tipifica as condutas conforme critérios político-criminais especificados. Repassa ao tipo legal, assim, o sentido de proibição (ilicitude) captado em momento anterior ao processo legislativo de tipificação.⁴³⁶

Ocorre que, ao contrário do que sustenta a teoria desenvolvida por Mezger e Sauer, esta valoração não é provisória. Não se pode ter uma conduta ilícita (por ser típica) e lícita (por ter uma causa de justificação) ao mesmo tempo. Assim, a fundamentação de ilicitude no tipo legal é definitiva. Por isso a figura típica tem uma parte positiva (elementos constituintes da conduta e do resultado, bem como a parte subjetiva do tipo legal) e outra negativa (ausência de excludente de ilicitude). Resumidamente, ao se configurar uma conduta típica, simultaneamente se verifica a sua ilicitude.⁴³⁷ Não se pode proibir, permitindo simultaneamente.

Sendo assim, qualquer causa que justifique a ação excluirá a parte negativa do tipo, retirando a sua valoração definitiva de proibição. Esta é basicamente a maior diferença em relação à outra vertente da teoria da *ratio essendi*, e que consiste em um considerável avanço dogmático. De acordo com Roxin, “solo el tipo total es

l'ordinamento giuridico voleva impedire. (...). Perciò, la nozione di condotta illecita sovrasta le altre nozione della teoria del reato.” (PAGLIARO, Antonio. *Trattato di diritto penale*. V II: Il reato, p. 65.)

⁴³⁶ Neste sentido afirma REALE Jr.: REALE Jr., Miguel. *Instituições de direito penal*; parte geral, p. 134 e ss.

⁴³⁷ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*; parte geral, p. 183/184.

capaz de realizar sin limitaciones la exigencia de la moderna teoría del tipo, según la cual éste debe ser ratio essendi de la antijuridicidad.”⁴³⁸

A perspectiva de fusão das duas categorias típicas faz com que a ilicitude tome especial relevo na teoria do crime. Qualquer adequação típica deve ser feita com atenção à valoração proibitiva determinada pelo caráter ilícito da conduta.⁴³⁹ A verificação da ilicitude deve ser o primeiro “degrau” na elaboração do injusto penal.⁴⁴⁰ É, mais que um elemento do crime, a própria essência dele.

Assim, é um equívoco avaliar que a teoria do tipo total do injusto reduz, ou mesmo eliminar, a importância da ilicitude na teoria do crime.⁴⁴¹ Ao contrário, faz-se com que o tipo seja fundamentador desta categoria.

A figura típica deixa de ser neutra valorativamente, indício ou valoração provisória do caráter proibitivo da conduta. É mais: é a própria manifestação no Direito Penal da ilicitude, cercada de garantias da legalidade na elaboração típica. Afirmando pela tipicidade de uma conduta, verifica-se que ali não há nenhuma exclusão de sua fundamentação de ilicitude (não há nenhuma causa de

⁴³⁸ ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal*; tipos abiertos y elementos del deber jurídico, p. 276.

⁴³⁹ Neste sentido afirma Roxin: “El tipo total se corresponde también mejor con el carácter de injusto del tipo penal, pues puede sortear definitivamente la crítica de que alguien que obra típicamente, pero justificadamente, obraría de todas as maneras, ‘en si, en forma antijurídica’. Para el tipo total una acción justificada no es típica, y una acción típica es siempre antijurídica.” (ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal*; tipos abiertos y elementos del deber jurídico, p. 276.)

⁴⁴⁰ “A precedência da ilicitude é hoje um ponto indiscutível. Não só Mezger e Sauer são partidários dessa posição, como, também, Maurach, com o peso de sua autoridade e o detalhe de ser finalista. Primeiro, a ilicitude, para, só depois, haver a tipificação.” (VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, edição inédita, p. 48.)

Realmente, mesmo se colocando contra a teoria do tipo total, Maurach e Zipf também afirmaram neste sentido (MAURACH, Reinhard; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*; parte general. T. 1, p. 345.). Os autores sustentam que primeiro se valora a ilicitude, para depois se promover a tipificação de uma conduta (que já foi considerada proibida pela avaliação precedente). Todavia, autores como Welzel ainda colocam a tipicidade como primeiro “degrau valorativo” da teoria do delito. (WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*, p. 50 e ss.)

⁴⁴¹ Não se pode concordar com a crítica de Zaffaroni (*et. al.*), no sentido de que a teoria dos elementos negativos do tipo esvazia a ilicitude. (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; *et. al. Direito penal brasileiro – II*, I, p. 145.). Quanto à importância e conceituação independente da ilicitude, Queiroz fundamenta bem a posição que aqui se adota: “(...), ao relativizar a autonomia dessas categorias, não se está a confundir os conceitos de tipicidade e antijuridicidade, pois, apesar de interdependentes, não se equivalem.” (Queiroz, Paulo. *Direito penal*, parte geral, p. 185.)

justificação).⁴⁴² Em resumo, “todos os elementos que, no seu conjunto (positivos ou negativos) são relevantes para a valoração do injusto configuram o Tatbestand.”⁴⁴³

Esta valoração encontra sua maior aplicabilidade, pensa-se, nos denominados tipos abertos. Conforme já se sustentou anteriormente (capítulo III), para Welzel, nestas formas típicas não existe uma delimitação adequada de valores proibitivos sem o auxílio de uma norma de complementação (jurídica, moral, cultural, etc). Assim, e concordando com Roxin⁴⁴⁴, somente o tipo total pode dar valoração de ilicitude adequada aos tipos que contêm esta característica de abertura (especialmente aqueles que têm os elementos normativos, os tipos omissivos e os tipos culposos). De outra forma, sem a valoração proibitiva no injusto, os tipos com tais características não conseguiriam ser expressão positivada da ilicitude.⁴⁴⁵

Certo é que a *ratio essendi* da ilicitude não pode conter apenas parte dos elementos da figura típica.⁴⁴⁶ Como já se afirmou antes, “quando a ação foi praticada já carregava consigo um juízo de antijuridicidade.”⁴⁴⁷ Significa, em outros termos, que a norma que orienta o tipo penal contém uma condicionante: não existir causa de justificativa na conduta praticada contra esta norma.

⁴⁴² VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, edição inédita, p. 44.

⁴⁴³ DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*, p. 186.

Deve-se somente fazer uma advertência, quanto à obra de Misabel Derzi. Para ela, há um uso inadequado da expressão *Tatbestand*, traduzida como *tipo*, entre os penalistas. Do ponto de vista técnico-jurídico, tipo é um conceito classificatório, aberto por natureza. No Direito Penal, ao contrário, deve-se utilizar figuras fechadas, abstratas e determinadas. Precisa-se de uma estrutura abstrata e generalizante, mas ao mesmo tempo específica. Tecnicamente, esta figura deveria ser um conceito, e não tipo classificatório. (DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*, p. 186.). Todavia, mesmo fazendo estas advertências, a autora realiza uma adequada síntese evolutiva do que os penalistas denominam *tipo* (*Tatbestand*).

⁴⁴⁴ “En la estructura del sistema del delito, la utilización de tipos abertos, es decir, valorativamente neutros desde o punto de vista de lo injusto, es imposible, pues ellos chocarían contra la esencia del tipo penal.” (ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal*; tipos abiertos y elementos del deber jurídico, p. 268.)

⁴⁴⁵ Maurach e Zipf, mesmo não concordando com a teoria do tipo total, acabam por corroborar esta conclusão: “En relación con el efecto indiciario de ilicitud se distingue con frecuencia entre tipos cerrados y abiertos; el efecto referido sólo sería propio de los primeros, no así de los segundos, los que siempre requerirían de una comprobación positiva de la antijuridicidad. No es posible reconocer semejantes tipos abiertos, ya que los casos que suelen considerarse como tales admiten otras soluciones adecuadas y permiten determinar en forma unitaria la relación entre tipo y la antijuridicidad, (...).” (MAURACH, Reinhard; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*; parte general, p. 417.)

⁴⁴⁶ DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*, p. 184.

⁴⁴⁷ VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, edição inédita, p. 54.

O exemplo sempre citado é o do homicídio (artigo 121 do Código Penal brasileiro). Assim deveria ser interpretada a norma que fundamenta o enunciado do referido crime: é proibido matar alguém, sob ameaça de pena privativa de liberdade, salvo se houver causa de justificação (legítima defesa, estado de necessidade, etc).

O homicídio tipificado no referido artigo de lei (ou qualquer outra conduta igualmente tipificada) é um tipo de ilícito. Se a conduta está justificada, não faz sentido figurar na norma incriminadora.

Apenas por uma comodidade estilística é que o legislador não anuncia expressamente, em cada tipo legal elaborado, a totalidade negativa do teor da norma (suas causas de exclusão da ilicitude). Como são causas de justificação para todas as normas que fundamentam os tipos incriminadores, fica muito mais cômodo colocar sua posituação nas partes gerais dos Códigos Penais, de forma a valerem para a totalidade dos tipos legais positivados. Assim descreve Roxin: “según esta concepción, (...), las causas de justificación se han sacado de los tipos de la Parte especial y se han antepuesto (em la Parte general) solo por razones de técnica legislativa – para no tener que repertirlas en cada precepto penal -; (...).”⁴⁴⁸

Para Misabel Derzi, uma das conseqüências mais nítidas da adoção desta concepção dogmática “é que uma fluidez vem a se tornar a característica do ‘tipo’ nessa concepção.”⁴⁴⁹ A autora deseja expressar que a maior (e definitiva) valoração proibitiva contida no tipo legal faz com que se perca um pouco da rigidez, da “fixidez” e da neutralidade típica. Em parte, não se concorda com isso.

É incontestável que o tipo legal deixou de ser uma figura neutra, desde a adoção da teoria da *ratio cognoscendi*. Isto é fato. O ápice desta valoração típica se

⁴⁴⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal*; parte general. Tomo I, p. 283.

Maurach e Zipf apresentam crítica que, pensa-se, é infundada. Eles assim sustentam, sobre o tipo total: “conduce a una inversión de las funciones; ya que la tipicidad sólo está presente en el caso de existir una conducta antijurídica, desaparece el efecto indiciario del tipo e la aplicación de una causal de justificación, la que de acuerdo a esta teoría se presenta como un ‘elemento negativo del tipo’, no sólo elimina la ilicitud del hecho, sino también su tipicidad; aquel que obra en legítima defensa no há matado!” (MAURACH, Reinhard; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*; parte general. T. 1, p. 415.). A análise não deve ser feita quanto à conduta (da morte), mas quanto aos elementos de proibição e cognição que fazem essa ação ser proibida e, portanto, típica. Sem razão a crítica, portanto.

⁴⁴⁹ DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*, p. 186.

verifica, realmente, na doutrina dos tipos totais do injusto. Todavia, não se pode afirmar pela tendente perda da rigidez do tipo nesta última teoria.

Sobre o tema, Roxin afirma: “entre la negación de la realización del tipo y la negación de la antijuridicidad existen diferencias, tanto de contenido, como desde el punto de vista de la legalidad, (...)”⁴⁵⁰ Para ele, o tipo de injusto seria objeto da estrita aplicação do princípio da legalidade. Já a ilicitude seria assim caracterizada: “lugar de desarrollo y concreción de criterios de superior rango, como juicio provisional de desvalor y como valoración del injusto en el caso concreto, (...)”⁴⁵¹ Assim, poder-se-ia concluir que o princípio da legalidade não alcançaria a parte negativa do tipo total. Seria este o sentido da anunciada perda de rigidez, anunciada por Misabel Derzi.⁴⁵²

Contudo, tal rigidez típica deve estar ligada ao princípio constitucional da legalidade que, frise-se, é fundamental ao ordenamento jurídico-penal. A função de garantia é uma importante conquista da dogmática jurídico-penal e, acredita-se, verifica-se aperfeiçoada também nos tipos totais do injusto.

Não parecem corretas as reflexões de Misabel Derzi, bem como os argumentos de Roxin. Este último, inclusive, promoveu mudança em seu entendimento, no que se refere ao tipo total. Por isso veio sua crítica. Explica-se.

Roxin, quando publicou a obra sobre os tipos abertos (*Teoría del tipo penal; tipos abiertos y elementos del deber jurídico*), nitidamente tinha posição favorável à teoria do tipo total do injusto.⁴⁵³ Todavia, em obras posteriores ele já não deixa tão

⁴⁵⁰ ROXIN, Claus. *Derecho penal; parte general*. Tomo I, p. 287.

⁴⁵¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal; parte general*. Tomo I, p. 287.

⁴⁵² Tavares tem num argumento igualmente parecido com o de Roxin. Ele afirma que, junto ao tipo garantia (com a função de reger o princípio da legalidade), deve vir conjugada a ilicitude. Todavia, esta (ilicitude) não deve ser uma exceção formal daquele (tipo), mas apenas uma limitação de seu conteúdo no caso concreto. O tipo, como abstração, teria sua validade retirada no caso concreto pela ilicitude. Mesmo nessa hipótese, a norma de permissão não altera a função de garantia típica. Todavia, interfere no seu conteúdo concreto e na sua validade em relação a determinado fato, que não mais poderá ser censurado, apesar de ser descrição de uma conduta típica. Tavares conclui, implicitamente, que o tipo total não é adequado para a manutenção dessa função de garantia do tipo. (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 166/167.)

⁴⁵³ Percebe-se isto ao ler suas conclusões, na citada obra: “Las objeciones traídas a consideración contra el tipo total como fundamento de la estructura del delito no son concluyentes. El tipo total resulta, desde puntos de vista sistemáticos, dogmáticos y prácticos, preferibles a un tipo penal que sólo contenga los elementos de las prescripciones penales de la Parte Especial. Solo el tipo total es

clara sua posição neste sentido. Ao contrário, mesmo sem criticar definitivamente a teoria, ele parece adotar uma teoria tripartida do delito.⁴⁵⁴

Ainda na fase em que adotava a teoria do tipo total, e baseando-se na doutrina de Engisch, Roxin definiu claramente a função das causas de justificação, no contexto da teoria do tipo total do injusto: “es totalmente acertado designar estas circunstancias como ‘elementos limitadores del tipo penal.’”⁴⁵⁵ Percebe-se que ele entendia ser possível conciliar, no âmbito da tipicidade, a função de garantia que exerce o princípio da legalidade, com a função de limitação típica exercida pelas excludentes de ilicitude. São funções típicas diferentes e complementares entre si.

Com sua mudança de posição doutrinária, Roxin afirmou que há diferenças entre o tipo e a ilicitude, no que se refere à legalidade. Transcreveu-se isto parágrafos atrás. Contudo, isto não significa que não possam conviver, no tipo, as circunstâncias fundamentadoras do injusto e as causas de justificação.

O princípio da legalidade mantém-se intacto na sua função de somente autorizar a incriminação de condutas através do devido processo legislativo.⁴⁵⁶ Mais que isso, os tipos totais são os únicos verdadeiramente fechados em seu conteúdo

realmente un tipo ‘cerrado’, pues comprende la totalidad del sustrato correspondiente al juicio de injusto.” (ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal*; tipos abiertos y elementos del deber jurídico, p. 294.)

⁴⁵⁴ Veja-se a posição adotada por Roxin em obra posterior: “La estructura bipartida del delito también ha encontrado numerosos partidarios en la postguerra y época posterior. Y es que efectivamente, tal estructura no sólo es lógicamente practicable, sino que también tiene en el aspecto teleológico muchas ventajas a su favor: pues desde la perspectiva del tipo como la ratio essendi del injusto no hay ninguna razón para sustraerle una parte de los elementos esenciales para el injusto; (...).

No obstante, hay razones de más peso a favor de mantener el tipo, en sentido del *typus delictivo* (o sea, de los respectivos elementos del injusto específicos del delito), como una categoría autónoma frente a la antijuridicidad; pues el tipo y la antijuridicidad no se agotan en su significado para la verificación y comprobación del injusto, sino que tienen especiales funciones político-criminales, que corren el riesgo de echarse a perder si no se las tiene en cuenta también a efectos sistemáticos.” (ROXIN, Claus. *Derecho penal*; parte general. Tomo I, p. 285/286.)

⁴⁵⁵ ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal*; tipos abiertos y elementos del deber jurídico, p. 275.

⁴⁵⁶ Batista explica que o princípio da legalidade tem uma função negativa e outra positiva, complementares entre si. A perspectiva negativa, ou de *garantia*, tem como referência a necessidade de eliminar as penas ilegais. Serve para oferecer garantias ao indivíduo contra o Estado punitivo, determinando o limite à sua atuação, no exercício de seu poder punitivo. Representa uma conquista da ordem jurídica democrática que obedeça às exigências de justiça e igualdade entre os cidadãos.

A outra função do princípio da legalidade é positiva (*constitutiva*). Em atenção ao princípio referido, cria-se o tipo penal, com regras e limitações necessárias. A pena também é constitutiva. É função exclusiva da lei, em um monopólio punitivo do Estado, a elaboração de normas incriminadoras de

proibitivo, atendendo integralmente ao referido princípio, formal e materialmente. Assim já se manifestou Roxin, conforme anteriormente citado.

Mais que isso, há a definição dos tipos de garantia, junto aos tipos de injusto, “que comprenderían todas aquellas circunstancias a las que hace referencia el principio de legalidad de los delitos y de las penas.”⁴⁵⁷ Essa é a posição, por exemplo, de Lang-Hinrichsen, de Engisch e de Schröder. Roxin também adota esta classificação, determinando três modalidades de tipo, respectivamente para cada função típica desempenhada: tipo de garantia (com função político-criminal de respeito à legalidade), tipo reitor (com totalidade dos elementos necessários para a punição, e que é denominado tipo geral, por Mezger), e tipo de erro (ou tipo para efeito de erro, que vai separar o erro de tipo do de proibição, definindo o alcance dogmático do dolo na teoria do delito).⁴⁵⁸

Evidentemente, as causas de justificação, mesmo inclusas no tipo total, não podem ser fechadas em uma legalidade que impeça o dinamismo da dogmática jurídico-penal. Por não serem normas que fundamentam ou agravem a punibilidade, tais excludentes de ilicitude (mesmo as de origem supralegais) não se opõem ao princípio da legalidade.⁴⁵⁹ Deve sempre haver a possibilidade de existirem causas supra-legais de exclusão da ilicitude, cultivando-se um Direito Penal democrático e atento às liberdades individuais em um Estado Democrático de Direito.⁴⁶⁰ Tal conclusão não ofende a rigidez típica, conforme se alegou. Isso é inegável.

A verificação principiológica da legalidade mantém-se intacta na parte positiva do tipo total do injusto. É isto que, definitivamente, importa verificar. A única diferença existente é o momento de verificação valorativa da causa de justificação. E

condutas proibidas/ordenadas (com a sanção penal correspondente e igualmente cominada de forma prévia). (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao estudo do direito penal brasileiro*, p. 68.).

⁴⁵⁷ CERZO MIR, José. *Derecho penal*; parte general, p. 461.

⁴⁵⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal*; parte general. Tomo I, p. 277/278.

⁴⁵⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*, p. 21.

⁴⁶⁰ Toledo tem opinião neste exato sentido: “As causas de justificação, ou normas permissivas, não se restringem, pois, numa estreita concepção legalista, às hipóteses expressas em lei. Mais correto será dizer-se que abrangem tais hipóteses, como não poderia deixar de ser, e se estendem igualmente àquelas que derivam necessariamente do direito vigente e de suas fontes. (...)” (TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*, p. 21.)

isto em nada influencia a atuação do princípio da legalidade. Concluindo, não procede a crítica de Misabel Derzi, e nem os semelhantes fundamentos de Roxin.

A adoção da teoria dos elementos negativos do tipo é necessidade axiológica no Direito Penal. Não se pode cindir o objeto valorado da sua própria valoração. Assim, não é certo dar apenas um sentido provisório de ilicitude ao tipo legal, que foi concebido exatamente como objeto desta proibição. Está correta Misabel Derzi, ao afirmar que: “O tipo como Tatbestand só pode ser jurídico-penalmente concebido se, implicitamente, comportar conseqüências ou levar à sanção (como dever-ser).”⁴⁶¹ Ele (o tipo) é, na verdade, o portador da valoração negativa.

O tipo legal, para ter pleno sentido valorativo, deve conseguir valorar o objeto que descreve. Tal valoração, definitiva, deve ser positiva e negativa. Esta unidade de sentido é essencial à estrutura do delito.

Pode-se afirmar que ambas as partes do tipo total do injusto, positiva e negativa, definem o injusto penal e constituem a essência do tipo. Conforme acertadamente afirma Roxin, a distinção entre as circunstâncias fundamentadoras do injusto, e as causas que o excluem, são de ordem predominantemente formal.⁴⁶² A separação entre o tipo e a ilicitude é mais uma questão estilística, posto que a valoração definitiva da proibição já se encontra presente na figura típica. Separam-se as duas categorias por questões didáticas de melhor explicitação da decomposição analítica do delito. Apenas isto.

Outras críticas existem em relação à teoria do tipo total.⁴⁶³ Todas superáveis. São questões ligadas mais à forma, do que propriamente censuras materiais. Veja-se, por exemplo, o rol de objeções apresentados por Roxin (e que ele mesmo trata de rechaçar): a confusão ao diferenciar valorativamente os elementos do crime na

⁴⁶¹ DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*, p. 206.

⁴⁶² ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal; tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, p. 275.

⁴⁶³ Bacigalupo, por exemplo, entende que se deve rechaçar o tipo total, entre outros motivos, por causar impunidade dos partícipes que agiram sem erro, no caso do erro quanto às causas de justificação de uma conduta. Isso ocorreria em virtude da teoria da acessoriedade no concurso de pessoas. (BACIGALUPO, Henrique. *Tipo y error*. 3 ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 175.). O autor adota a teoria extremada da culpabilidade (p. 174.).

teoria do direito; a subjetivação do injusto; e a incompatibilidade do tipo total com a teoria da culpabilidade.⁴⁶⁴ São as principais críticas à doutrina aqui defendida.

Primeiramente, deve-se analisar se realmente há confusão ao diferenciar valorativamente os elementos do crime na teoria do direito. Vê-se que é questão facilmente superável. A crítica é no sentido de que, ao colocar as causas de justificação na estrutura típica, retirar-se-ia a possibilidade de existirem diferenças valorativas de significação jurídico-penal: toda conduta típica seria necessariamente ilícita. Não haveria diferença entre estas duas categorias.

Welzel chega a afirmar, em expressão usualmente repetida pelos diversos autores que tratam do tema, que a teoria do tipo total faria equiparar a morte de um ser humano, ocorrida em legítima defesa, com a morte de um mosquito. Ambas as condutas não seriam típicas: “La cocurrencia de la legítima defensa tiene para ella la misma significación que la falta de un carácter del tipo: la acción de matar a un hombre en legítima defensa equivale jurídicamente a la de matar a una mosca!”⁴⁶⁵

O que Welzel afirma, em resumo, é que o tipo total confunde duas categorias jurídicas que deveriam ter funções e valorações diferentes na teoria do direito: tipo e ilicitude.⁴⁶⁶ Todavia, é uma crítica meramente de forma. Não há nenhuma agressão à sistematicidade do Direito a localização de a proibição constar definitivamente na figura típica. É somente questão de melhor adequação das categorias, respeitando-se o processo de construção legislativa da tutela penal.

Evidentemente que não têm a mesma valoração a morte de um ser humano, em legítima defesa, e a morte de um inseto. As duas condutas esbarram em

⁴⁶⁴ ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal*; tipos abiertos y elementos del deber jurídico, p. 281 e ss.

⁴⁶⁵ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema de derecho penal*; una introducción a la doctrina de la acción finalista, p. 92.

⁴⁶⁶ Curiosamente, Roxin passou a fazer crítica semelhante. Depois de expressamente rechaçar esta objeção na obra em que discute a teoria dos tipos abertos, ele assim se pronuncia em seu manual (redigido posteriormente): “(...), entra la negación de la realización del tipo y la negación de la antijuridicidad existen diferencias, tanto de contenido, como desde el punto de vista del principio de legalidad, en el aspecto estructural y en atención a las consecuencias jurídicas, diferencias que quedan niveladas si desde la perspectiva de un sistema del delito bipartido se considera atípica toda conducta justificada.” (ROXIN, Claus. *Derecho penal*; parte general. Tomo I, p. 287.).

Vê-se que Roxin agora questiona esta pretensa confusão valorativa entre tipo e ilicitude, criticando a teoria bipartida do delito (e, portanto, a teoria do tipo total). Todavia, é preferível o seu argumento anterior, por ser mais coerente em relação à ausência de praticidade e de validade desta objeção.

situações diferenciadas da ilicitude típica. Em um caso, vê-se retirada a proibição da ação (sua ilicitude), em virtude de ofensa injusta de terceiro, autorizadora da reação do agente. Resta presente um elemento negativo do tipo. Na outra situação (morte de um inseto), não há lesão a nenhum valor digno de tutela penal, pelo que resta ausente a ilicitude material que deve anteceder e fundamentar o tipo.⁴⁶⁷ Apesar de serem questões valorativas diferentes, ambas são resolvidas no tipo penal e, a bem da verdade, nelas não há mesmo ilicitude.⁴⁶⁸

A segunda crítica apresentada por Roxin liga-se à subjetivação do injusto. Muitas questões que deveriam ser discutidas na culpabilidade se deslocam para o plano da tipicidade. A questão da excludente de ilicitude putativa (legítima defesa putativa, por exemplo) passaria a ser analisada no tipo e não haveria mais distinção entre esta situação e as verdadeiras causas de justificação.⁴⁶⁹

Essa censura é oriunda do finalismo ortodoxo de Welzel, que adotou a teoria extremada da culpabilidade. Todos os erros quanto às discriminantes putativas deveriam ficar na esfera da culpabilidade (erros de proibição). Contudo, a crítica não procede. Afirma-se isso em função de o erro impedir a formação do dolo, que está no tipo positivo. Em resumo, se há o erro (discriminante putativa), não há tipo.

De toda forma, essa questão será definitivamente atacada no próximo item, quando o erro penalmente relevante será analisado dentro da teoria do tipo total. Especialmente, será abordado o erro de tipo permissivo.

Certo é que a teoria extremada da culpabilidade não resolve adequadamente as questões dos erros penalmente relevantes. Tal situação é sanada com a adoção da teoria limitada da culpabilidade e, principalmente, com o tipo total do injusto.

⁴⁶⁷ Não se aperfeiçoa o tipo material, por falta de ofensa (ou ameaça de ofensa) a bem jurídico relevante. Além disso, a morte de um inseto não se amolda a nenhuma conduta típica, não sendo aperfeiçoado nenhum tipo objetivo.

⁴⁶⁸ Pagliaro, igualmente, rechaça esta crítica de Welzel com o seguinte argumento: “È evidente che, dal punto de vista morale e sociale i due fatti sono bem diversi. Ma, la equiparazione, se avviene dal punto de vista del diritto penale, è giustificata in pieno: perché appunto in entrambi gli esempi citati vi è un fatto penalmente lecito.” (PAGLIARO, Antonio. *Trattato di diritto penale*. V II: Il reato, p. 259.)

⁴⁶⁹ Conforme sustenta Lang-Hinrichsen (*apud*: ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal*; tipos abiertos y elementos del deber jurídico, p. 286)

Por fim, tem-se a terceira crítica trazida (e rechaçada) por Roxin. Haveria incompatibilidade da teoria do tipo total com a teoria da culpabilidade. Lang-Hinrichsen sustenta que a união da valoração do objeto, com o objeto da valoração, agride a formação do conceito de culpabilidade que pretende exatamente esta separação. Quanto menor a diferença entre tipo e injusto, fica mais difícil separar o conhecimento de cada uma destas parcelas. Tal confusão resultaria na menor capacidade de a teoria da culpabilidade resolver o erro no Direito Penal.⁴⁷⁰

Repete-se, aqui, o que se afirmou antes. A questão do erro penalmente relevante será analisada no item seguinte. Todavia, já se adianta que a adoção da teoria extremada da culpabilidade, tal como faz Lang-Hinrichsen (e Welzel, entre outros), é que torna complicada a resolução do erro no Direito Penal. Há outra forma de resolver tal questão, de forma absolutamente compatível com uma dogmática comprometida com a sistematicidade da teoria do delito. Mais que isso, a questão a ser discutida está no setor do injusto e não afeta a culpabilidade, que é normativa.

Críticas outras existem, evidentemente. Todavia, as três questões apresentadas por Roxin sintetizam as principais objeções à teoria. Quanto à primeira, referente à confusão valorativa das categorias jurídicas, os argumentos de defesa da teoria do tipo total já foram adequadamente sustentados aqui. Falta, como se percebe, apresentar a questão do erro penalmente relevante e sua relação com o tipo total do injusto. Desta forma, serão rechaçadas as outras duas principais críticas à teoria, apresentadas por Roxin. É o que se apresentará a seguir.

Por fim, resta demonstrar quem adere ao tipo total. São adeptos da teoria, ou de alguma variante dela: Eduardo Correia⁴⁷¹; Engisch, Lang-Hinrichsen, Schröder e

⁴⁷⁰ Lang-Hinrichsen. *apud*: ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal*; tipos abiertos y elementos del deber jurídico, p. 290.

Vargas afirma em sentido parecido, sustentando que “a crítica mais freqüente que se faz a essa teoria parece ser a alegação de que a mesma leva a ‘importantes lacunas de punibilidade’” (VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, edição inédita, p. 47.). Isso, porque há a excepcionalidade da punição pela culpa na ordem jurídica (alemã e brasileira, entre outras) e, no caso de um erro vencível sobre uma excludente de ilicitude, poderia haver impunidade caso não houvesse previsão culposa para o delito em questão. Assim, tanto a teoria limitada da culpabilidade, como a teoria do tipo total, teriam essa falha insuperável. Como antes se afirmou, a questão do erro penalmente relevante, e sua influência na teoria do tipo total, serão discutidas em item à parte. A discussão, lá, será retomada.

⁴⁷¹ CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*, V. I, p. 315 e 418.

Arthur Kaufmann⁴⁷²; Gimbernadt, Silva Sánchez, Luzón Peña e Berdugo⁴⁷³, Mir Puig⁴⁷⁴, Schunemann⁴⁷⁵, Figueiredo Dias⁴⁷⁶, entre outros. No Brasil, adotam a teoria: Vargas⁴⁷⁷, Reale Jr.⁴⁷⁸, Queiroz⁴⁷⁹, Cunha Luna⁴⁸⁰, entre outros.

Pode-se destacar, também, a parte da doutrina italiana que adota a teoria bipartida de delito. Conforme se sustentou anteriormente, nesta concepção não há conceito único. Algumas correntes (Carrara e Manzini) não determinam expressamente relação entre tipo e ilicitude. Outras (Antolisei, Gallo e Pagliaro) já relacionam os dois institutos, determinando uma proximidade considerável com a teoria alemã do tipo total do injusto (as causas de justificação excluem o fato típico, dele sendo elementos negativos⁴⁸¹).

⁴⁷² Conforme informa Cerezo Mir (CEREZO MIR, José. *Derecho penal*; parte general, p. 460 e 461).

⁴⁷³ Conforme informa Mir Puig (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*; parte general, p. 163.)

⁴⁷⁴ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*; parte general, pp. 163 e 564.

⁴⁷⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. T. I, p. 317/318.

⁴⁷⁶ Dias deixa em aberto sua posição, após mencionar as duas vertentes da teoria da *ratio essendi*. Ele assim afirma: “qualquer das formas construtivas apontadas poderá, pois, ser aceite, desde que através dela se exprima suficientemente a ideia de que o tipo é só uma emanação concretizada de uma ilicitude que o precede e o fundamenta, (...)” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, p. 95.). Todavia, quando o autor escreve sobre o erro acerca das causas de justificação, opina pela exclusão do dolo (p. 435 e ss.). Conclui-se que ele adotou, ao menos implicitamente, a teoria do tipo total.

Outra passagem da obra de Dias é mais esclarecedora: “A conclusão a retirar do que fica dito é a de que, num sistema teleológico-funcional da doutrina do crime, não há lugar a uma construção que separe, em categorias autónomas, a tipicidade e a ilicitude. Categoria sistemática, com autonomia conferida por uma teleologia e uma função específicas, é só a categoria do ilícito-típico ou do tipo de ilícito: tipos incriminadores e tipos justificadores são apenas instrumentos conceituais que servem, hoc sensu, sem autonomia recíproca e de forma dependente, a realização da intencionalidade e da teleologia próprias daquela categoria constitutiva.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*; parte geral. T. I, p. 270.). Obviamente, o autor adota o sistema teleológico-funcional.

Nesse sentido, antes exposto, concorda Vargas (VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, edição inédita, p. 51.). Misabel Derzi tem posição diversa, entendendo que Dias separou tipo e ilicitude de forma autónoma, dentro da teoria da *ratio essendi* (DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*, p. 189).

⁴⁷⁷ VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 61.

⁴⁷⁸ REALE Jr., Miguel. *Instituições de direito penal*; parte geral, p. 145.

⁴⁷⁹ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*; parte geral, p. 183.

⁴⁸⁰ CUNHA LUNA, Everardo. *Estrutura jurídica do crime*, p. 54.

⁴⁸¹ Segundo Gomes: “na Itália, a teoria dos elementos negativos do tipo conta com ampla simpatia, (...); adotam-na Nuvolone, M. Gallo, M. Siniscalco, Maliverni, S. Piacenza, Boscarelli e Pagliaro,

5.3 A questão do erro penalmente relevante e a teoria da *ratio essendi*

A sistematização inicial da doutrina do tipo total (e dos elementos negativos do tipo) se deu em virtude da necessidade de se solucionar o problema do erro sobre os pressupostos fáticos das causas de justificação (excludentes de ilicitude). Entendia-se que o artigo 59, I, do Código Penal alemão de 1871 (StGB), não resolvia adequada, e diretamente, a questão.⁴⁸² Assim dispunha o texto legal do referido artigo: “se alguém, ao praticar um fato punível, desconhecia a existência de circunstâncias de fato que integram a tipicidade legal o aumentam a punibilidade, não se lhe imputam essas circunstâncias.”⁴⁸³

Percebe-se que o referido artigo não previa solução para o erro sobre os pressupostos de fato de uma causa de justificação. Versava apenas quanto ao erro acerca das circunstâncias fáticas que integravam a tipicidade. Ainda hoje é assim.

Com a legislação omissa, cabia ao judiciário resolver os problemas lacunosos relacionados ao erro penalmente relevante. Hirsch aponta como um dos primeiros equívocos⁴⁸⁴ do *Reichsgericht* (Supremo Tribunal Imperial) alemão o julgado que se reportou à defesa putativa, afirmando que ali não havia dolo (RG Jurisprudencia 1, 23).⁴⁸⁵ O Tribunal não se pronunciou sobre o artigo 59, StGB, posto que, nesta norma, nada se mencionava sobre o tema do erro sobre as excludentes de ilicitude.

Vannini, Grisogni, Venditti, Spazari, Azzali, Pisani, Dell’Andro e Siracusano.” (*Erro de tipo e erro de proibição*. 4. ed. rev., atualiz. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 78)

Pagliario afirma expressamente acerca dos elementos negativos del fatto di reato, que são causas de exclusão do delito: “Essi si hanno tutte le volte che le fattispecie penali richiedono l’assenza di elementi positivi, i quali se fossero presenti, escluderebbero la integrazione del fatto.” (PAGLIARO, Antonio. *Trattato di diritto penale*. V II: Il reato, p. 255.)

⁴⁸² VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 61.

⁴⁸³ Tradução para o português obtida na obra de Vargas: VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, edição inédita, p. 44.

⁴⁸⁴ Saliente-se que a expressão *equívoco (fallo)* foi usada por Hirsch, provavelmente diante de sua postura firmemente contrária à teoria dos elementos negativos. Não se coaduna, necessariamente, com esta análise do autor sobre o acerto (ou erro) da decisão, que foi dada por analogia.

⁴⁸⁵ HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal*; obras completas. Tomo IV: la doctrina de los elementos negativos del tipo penal; el error sobre las causas de justificación. V. 4, p. 19.

Somente em julgamento posterior (RG Jurisprudencia 4, 98), em 1881, a questão ganhou nova discussão. O *Reichsgericht* admitiu que o referido art. 59 era aplicável às situações de erro sobre as reais condições de uma legítima defesa. A argumentação utilizada no julgamento coincidiu com as premissas da teoria dos elementos negativos do tipo. Afirmou-se que a diferença entre o erro sobre a extensão de uma causa de justificativa, ou sobre a equivocada suposição da existência da causa, seria irrelevante. Isso, porque, nessas situações, há um erro sobre o conteúdo ou sobre a extensão da norma penal em si. O *Reichsgericht* sustentou, então, que o conteúdo da norma e do tipo são idênticos.⁴⁸⁶

Apesar da aproximação argumentativa entre o julgado citado e a teoria dos elementos negativos, deve-se ressaltar que o *Reichsgericht* não considerou que as causas de justificativa faziam parte do tipo legal.⁴⁸⁷

Em outro julgado (RG Jurisprudencia 6, 405), o *Reichsgericht* passou a argumentar suas decisões com o uso analógico do artigo 59, StGB:

tal como la falta de conocimiento de la existencia de 'condiciones sustanciales del delito' (wesentliche Tatumstände) excluye el dolo según el § 59, también al revés em los delitos dolosos (se trataba de un caso de injuria) la 'suposición errônea del actor sobre la existencia de circunstancias, las cuales transforman la acción en uma acción no sancionada', debe resultar en impunidad del actor.⁴⁸⁸

Em um julgamento posterior (RG Jurisprudencia 19, 301), de 1889, o *Reichsgericht* aceitou o argumento de que a situação se resolvia com a aceitação do erro de fato (*Tatbestandsirrtum*).⁴⁸⁹ Por muito tempo, tal critério foi referência para a resolução das questões ligadas ao erro, na Alemanha.

⁴⁸⁶ Dados deste julgamento foram retirados da obra de Hirsch: HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal*; obras completas. Tomo IV: la doctrina de los elementos negativos del tipo penal; el error sobre las causas de justificación. V. 4, p. 19.

⁴⁸⁷ Assim afirma Hirsch: “En realidad el Reichsgericht tampoco consideró las causas de justificación comom parte del tipo penal. El tipo penal legal en sentido del § 59 era solamente a norma, la cual no era complementada por causas de justificación, el tal llamado tipo penal especial (besonderer Tatbestand).” (HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal*; obras completas. Tomo IV: la doctrina de los elementos negativos del tipo penal; el error sobre las causas de justificación. V. 4, p. 20).

⁴⁸⁸ HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal*; obras completas. Tomo IV: la doctrina de los elementos negativos del tipo penal; el error sobre las causas de justificación. V. 4, p. 20.

⁴⁸⁹ Em: HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal*; obras completas. Tomo IV: la doctrina de los elementos negativos del tipo penal; el error sobre las causas de justificación. V. 4, p. 21.

Como se percebe, as lacunas deixadas pelo artigo 59, do StGB de 1871, foram gradualmente sendo supridas pelo *Reichsgericht*. Igualmente, a doutrina tinha que se posicionar sobre o tema. Assim, como se afirmou, surgiu a sistematização da teoria dos elementos negativos do tipo (tipo total do injusto).

Sustentou-se a colocação das causas de justificação de uma conduta (excludentes de ilicitude) no tipo legal. Inicialmente, pretendia-se justificar a necessária similitude de tratamento jurídico a ser dado a dois tipos de erros: quanto aos pressupostos fáticos das causas de justificação, bem como quanto ao erro que recaía sobre as circunstâncias fáticas típicas (e era descrito no art. 59, I, CP StGB).

A teoria do tipo total do injusto pretendia, portanto, fornecer argumentação dogmática para este uso judicial analógico do art. 59, I, StGB, aos erros quanto aos pressupostos fáticos de uma excludente de ilicitude (*error sobre las condiciones de una causa de justificación*). Esta foi a solução dada por Merkel à lacuna legal existente e, sem dúvida, deu origem à doutrina em questão.⁴⁹⁰

Certo é que a discussão sobre a teoria do tipo total do injusto é de extrema importância para a elaboração de uma adequada doutrina sobre o erro no ordenamento jurídico-penal. Conforme Roxin, tal teoria:

cumple su función cognitiva mejor que todos los otros tipos penales: no solamente es un tipo sistemático, sino que a la vez lo es también del error, de tal manera que los límites del error de tipo y del error de prohibición, de la tentativa y del delito putativo, pueden deducirse de él.⁴⁹¹

As teorias que reconhecem no tipo penal apenas um indício de ilicitude, e que usam um critério tripartido de crime, não resolvem adequadamente a questão do erro penalmente relevante. Usam de analogia inadequada para tratarem de certos erros. Necessita-se, pois, demonstrar como a teoria do tipo total resolve a questão.

⁴⁹⁰ Deve ser destacado que alguns autores prescindem do referido artigo na discussão da teoria do tipo total: “Algunos de sus representantes (Lang-Hinrichsen, Schröder y Arthur Kaufmann) se orientan en la formulación de esta doctrina em el antiguo art. 59 del Código Penal alemán, pero otros, como Engisch, prescinden por completo de dicho artículo y consideran, con un criterio teleológico, que al tipo de lo injusto pertenecen todas las circunstancias relevantes para determinar la licitud o ilicitud de la conducta, con independencia de cuál deba ser el contenido del dolo.” (CEREZO MIR, José. *Derecho penal*; parte general, p. 460/461). Vargas acrescenta o nome de Roxin, entre os autores que não utilizaram a referência do artigo 59 do StGB de 1871 (VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, edição inédita, p. 45.).

⁴⁹¹ ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal*; tipos abiertos y elementos del deber jurídico, p. 278.

Em determinado momento, restou superada a antiga jurisprudência do *Reichsgericht*, no sentido de tomar como erro de fato todas as questões envolvendo o equívoco de o agente considerar justificada sua ação, por entender estarem presentes os requisitos da excludente de ilicitude imaginada. Em uma sentença do Pleno do Tribunal Federal de Justiça da Alemanha (*Bundesgerichtshof – BGH*), proferida em 18-3-1952, assim se pronunciou:

No caso de o agente considerar legítima sua ação porque erroneamente acredita presentes fatos justificantes – como, por exemplo, uma situação de legítima defesa putativa – sempre foi tratado pelo Supremo Tribunal do Reich como erro de fato, com base no art. 59 do CP. Tal critério foi aprovado quase unanimemente pela Doutrina. Só recentemente está ganhando terreno a opinião de que, em mencionado caso, trata-se de um caso sobre a proibição legal, e corresponde, em consequência, punir o agente por comissão dolosa do delito. O presente caso nos obriga a tomar posição expressamente frente a esse problema. De qualquer modo, é evidente que aqui o agente, diferentemente do erro sobre a proibição, precedentemente tratado, imagina-se em primeiro lugar numa situação de fato determinada, e somente sobre a base desta representação dos fatos podem surgir questões a apreciar.⁴⁹²

Tratou-se do julgado que abriu caminho para a adoção da teoria da culpabilidade no Direito alemão. Confirmando essa informação, veja-se outro trecho:

No caso do § 240 do CP, o agente deve conhecer as circunstâncias fáticas do inciso 1º do § 240, às quais a anitjuridicidade não pertence; além disso (deve) estar consciente de atuar ilicitamente com relação à violência, ou haver podido conhecer no injusto, mediante o correspondente esforço de consciência.⁴⁹³

Um destaque merece atenção. Para apresentar a solução dada pela doutrina do tipo total ao erro sobre as discriminantes putativas⁴⁹⁴, faz-se importante

⁴⁹² VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, edição inédita, p. 60.

Demonstrando a importância do ordenamento alemão na formação da dogmática penal de outros países, Vargas ainda afirma (p. 60) que esta decisão judicial foi influenciadora da doutrina, legislação e jurisprudência de diversas ordens jurídicas estrangeiras: Áustria, Brasil, Espanha e Portugal. Todos esses países acompanharam a solução jurisprudencial germânica sobre o tratamento do erro.

⁴⁹³ VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal*; parte geral. T. I, p. 379.

O autor (ainda na p. 379) informa que o julgado tratou de elucidar dois pontos importantes: além do conhecimento dos fatos, a consciência da ilicitude também pertence à culpabilidade? Em caso afirmativo, a pessoa sem essa consciência da ilicitude (porque foi negligente) atua culpavelmente?

⁴⁹⁴ Sabe-se que existem vários erros penalmente relevantes: erro de tipo, essencial e accidental; erro de proibição, direto, mandamental e indireto; erro quanto à pessoa; erro na execução e o resultado diverso do pretendido, etc. Interessa, a este estudo, descobrir a natureza (e a solução) do erro quanto

apresentar as teorias do dolo e teorias da culpabilidade. Basicamente, com estas duas doutrinas, e suas variantes, intentou-se delimitar o alcance funcional da culpabilidade no conceito de crime e, no que mais interessa aqui, na verificação da natureza e solução dos erros penalmente relevantes.

As teorias do dolo remontam ao período causalista do Direito Penal. O dolo ainda fazia parte do conceito da culpabilidade, carregando consigo a consciência (atual) da ilicitude da conduta. Denominava-se dolo normativo, como antes já se explicou (capítulo II). Este grupo de doutrinas se dividia entre teoria extremada (ou estrita) do dolo e teoria limitada do dolo (de Mezger).

O erro penalmente relevante, para a teoria estrita do dolo, eliminava invariavelmente este elemento, na culpabilidade. Pouco importando se tratar do que, hoje, denominam-se erro de tipo e erro de proibição, era sempre o dolo a ser eliminado diante da constatação do erro.⁴⁹⁵ Poder-se-ia eliminar o seu elemento volitivo, o elemento normativo (consciência, atual, da ilicitude da conduta praticada), ou o elemento intelectual (consciência de estar realizando a conduta). Se o erro foi vencível, haveria a possibilidade de imputar-se a responsabilidade pelo crime culposos, caso houvesse previsão legal dessa modalidade delituosa. Em resumo, na culpabilidade, as variadas espécies de erros se igualavam em consequências.

A teoria limitada do dolo pouco difere da concepção estrita anterior. Tentou, apenas, resolver uma pretensa lacuna de punição à situação que Mezger denominou inimidade ao Direito (cegueira jurídica). Equiparou-se tal situação à consciência da ilicitude que integrava o dolo, de forma efetiva (e não potencial).⁴⁹⁶

às discriminantes putativas, de acordo com os postulados da teoria do tipo total. Quanto aos outros erros, não há maiores controvérsias que mereçam destaque especial.

⁴⁹⁵ Nesse sentido: “Para la teoría del dolo, éste es un elemento de la culpabilidad, que comprende – aqui se aparta de la doutrina del Reichsgericht – no solo la consciencia de los caracteres del tipo, sino también la de la antijuridicidad. La consciencia de la antijuridicidad pertenece, por conseguinte, al dolo; si el autor no la tiene, su dolo queda excluído, aunque actúe con pleno conocimiento del tipo. El error sobre la antijuridicidad excluye el dolo, lo mismo que el error sobre el tipo de acuerdo con el art. 59.” (WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*; una introducción a la doctrina de la acción finalista, p. 162.)

À época ainda se utilizava a dicotomia entre erro de fato e erro de direito, sempre recaído sobre algum elemento do dolo, na culpabilidade (elemento volitivo, cognitivo ou normativo - retratado pela consciência da ilicitude).

⁴⁹⁶ MEZGER, Edmund. *Derecho penal*; libro de estudio. Tomo I: parte geral, p. 251.

Ocorre que algumas pessoas, propositadamente, colocam-se às margens do ordenamento jurídico, desconsiderando o caráter imperativo das normas. Por constatar o desprezo, ou a indiferença destes agentes em relação ao ordenamento jurídico-penal, Mezger “substituiu, na teoria limitada do dolo, o conhecimento atual da ilicitude pelo conhecimento presumido, pelo menos nesses casos.”⁴⁹⁷

Welzel sustenta que a teoria limitada do dolo tentou, sem sucesso, corrigir erros da teoria estrita: mediante a criação de um tipo auxiliar de culpa jurídica, para os casos de desconhecimento culposo da proibição normativa (Schröder); ou adotando a já citada idéia da inimizade ao Direito (cegueira jurídica), para punir aquele que desconsidera propositadamente as normas jurídicas (Mezger).⁴⁹⁸ Pela evidente aproximação dessa teoria com uma culpabilidade (e um Direito Penal) do autor⁴⁹⁹, a teoria limitada do dolo não teve boa aceitação na dogmática penal.

O autor sustenta que, a partir de 1952, o “Gran Senado del Tribunal Federal” resolveu o problema do erro de proibição, passando a considerar a consciência da ilicitude apenas em sua potencialidade. Mais ainda, o Tribunal Federal fundamenta sua decisão (GSSt. 2, 51, de 18 de março de 1952), entendendo que a expressão antijurídico (do § 240, par. 1, do GStB), Não descreve situação fática contida no tipo legal. Antes, liga-se a uma característica geral do delito, versando sobre a proibição.” (MEZGER, Edmund. *Derecho penal*; libro de estudio. Tomo I: parte geral, p. 251/252.). Trata-se do momento de transição das teorias do dolo para as teorias da culpabilidade.

⁴⁹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição*; uma análise comparativa. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 86.

⁴⁹⁸ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*; una introducción a la doctrina de la acción finalista, p. 164.

⁴⁹⁹ Mezger, conforme a teoria da cegueira jurídica, sustentou a culpabilidade pela condução de vida (Edmund. *Derecho penal*; libro de estudio. Tomo I: parte geral, p. 193). Em determinadas situações, pune-se a pessoa pelo que ela é, e não pela conduta praticada. Ao entender ser impossível a verificação do livre arbítrio, migrou-se o objeto da culpabilidade: da conduta para o autor da conduta. O agente, e seu caráter, precedem ao fato por ele praticado. Assim, para algumas pessoas (cegueira jurídica), torna-se imperioso punir mesmo sem a verificação da atual consciência da ilicitude, posto que há uma falha em seu caráter, incompatível com a vida em sociedade, regulada pelas normas jurídicas. Curiosamente, em uma obra datada de 1933 (na tradução da segunda edição alemã do seu Tratado, anterior ao regime nazista), Mezger não sustentava tal conceito de forma tão expressa: “En Derecho vigente, el objeto del juicio de culpabilidad es el acto, pero el acto en su relación con el carácter del autor, el acto como expresión de la personalidad de que lo realiza. El concepto de la culpabilidad como ‘culpabilidad del carácter’ debe ser rechazado con arreglo al Derecho positivo, pero también en el existe, en el fondo, una ‘concepción caracteriológica de la culpabilidad.’” (MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. T. II. Traducción de la segunda edición alemana y notas de derecho español por Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Tercera edición, adicionada y puesta al día por Antonio Quintano Ripollés. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957, tomo II, p. 29)

Em que pese não existir pureza de sistemas, as trágicas experiências históricas dessa culpabilidade pela condução de vida (e do conseqüente Direito Penal do autor) demonstraram ser inviável sua utilização. É fundamental, em um ordenamento jurídico garantista, que a punição se efetive diante da exteriorização da personalidade, através de uma conduta objetiva e individualizada (DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, p. 198 e ss.).

As teorias do dolo restaram praticamente como referências históricas, desde que se transportou o dolo e a culpa para o tipo. Conforme já se demonstrou no capítulo II, neste momento, a consciência da ilicitude permaneceu na culpabilidade e passou a ser analisada de forma potencial (em vez de se verificar sua atualidade). Assim, esta culpabilidade, esvaziada pela sua concepção agora normativa pura, passa a ser basicamente um juízo de censura ao injusto subjetivo cometido.⁵⁰⁰ Ao dolo, agora típico, sobraram a consciência da realização da conduta e vontade ligada a esta consciência fática. Trata-se do dolo naturalístico.

Como o dolo e a consciência do caráter ilícito da conduta passam a ser considerados em momentos diferentes, os erros incidentes sobre estes dois elementos igualmente têm natureza e solução diferentes. Esta reformulação das categorias do crime deu origem às teorias da culpabilidade: estrita (ou extrema) e limitada. Poucas, mas significativas, são as diferenças entre elas.

Primeiro, devem ser apresentadas as características comuns entre ambas. Há uma modificação considerável na teoria do crime, com a mudança da estrutura da culpabilidade (agora normativa pura, com uma potencial consciência da ilicitude) e do tipo (com o ingresso do dolo e da culpa).⁵⁰¹ Tal alteração acarretou novas naturezas, e consequentes soluções jurídicas, aos erros penalmente relevantes: erro de tipo e erro de proibição.⁵⁰² Conforme explica Welzel:

⁵⁰⁰ “El objeto central del reproche de la culpabilidad es, como se vio, un modo especial de la decisión de valores de la voluntad a favor de lo injusto.” (WELZEL, Hans. Estudios sobre el sistema de derecho penal. In: *Estudios de derecho penal*, p. 70).

⁵⁰¹ GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*, p. 91/92.

⁵⁰² Existe corrente doutrinária que sustenta a eliminação da diferença entre as duas espécies de erro (de tipo e de proibição), unificando-os para efeito de mesmo tratamento jurídico-penal. Especialmente entre alguns autores que defendem a doutrina do tipo total do injusto, essa idéia tem algum realce.

O argumento utilizado para a pretendida unificação pode-se dividir da seguinte forma, conforme explica Queiroz (QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*; parte geral, p. 246 e ss.): é comum a ambas as espécies de erro o agente supor que atua conforme o direito; no caso do erro inevitável, a consequência do seu reconhecimento será a mesma em qualquer das duas espécies (a absolvição do agente); e, finalmente, todo erro de tipo encerra um outro, de proibição (e vice-versa), posto que o agente que não consegue ter a exata representação do fato, igualmente não obterá a exata dimensão jurídica desse fato e errará quanto à consciência do caráter ilícito de sua conduta.

Todavia, em que pese a argumentação anterior, não se vislumbra a possibilidade de tal unificação dos erros jurídico-penais se efetivar. Somente seria possível discutir tal questão se houvesse a adoção da teoria do dolo.

La diferencia decisiva de las dos clases de errores no se refiere al antagonismo hecho-concepto jurídico, sino a la diferencia: tipo-antijuricidad. (...). Por lo tanto, error de hecho y de derecho, por una parte, y error de tipo y de prohibición, por la otra, son dos pares de conceptos de índole completamente distinta. Hay errores de derecho que son errores de tipo: p. ej., el error sobre características normativas del tipo, como lo ajeno de la cosa; y hay errores de hecho que son errores de prohibición: el error sobre los presupuestos reales de un fundamento de justificación”⁵⁰³

Nas situações de erro de tipo, há uma falha no componente cognitivo (intelectual) do dolo. Existe uma falsa percepção da realidade, causando equívoco quanto a algum elemento estrutural essencial do tipo.⁵⁰⁴ Tal modalidade de erro pode recair sobre o fato, sobre a norma ou sobre algum conceito.⁵⁰⁵ O requisito

Apenas dessa forma, com a consciência da ilicitude integrando o dolo, seria viável afirmar que errar quanto a elemento constitutivo do tipo (e, portanto, abrangido pelo dolo) teria igual tratamento dado ao erro quanto ao conhecimento (potencial) da ilicitude da conduta. E, veja-se, a não ser que se adote a teoria limitada do dolo (com a doutrina da cegueira jurídica, de Mezger), a consciência da ilicitude, no dolo, tem que ser atual. Tal situação é absolutamente incompatível com o atual estágio da dogmática penal e da legislação pátria.

No que tange ao erro quanto às excludentes de ilicitude, igual rejeição deve ser feita à tese de unificação antes apresentada. Conforme informa Dias (DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em matéria penal*, p. 437), há a aceitação (que ele considera correta) de que os erros quanto aos limites e a existência de uma causa de justificação somente são relevantes para a culpabilidade, pela falta de consciência de ilicitude. Trata-se de solução diversa daquela dada ao erro quanto aos pressupostos fáticos das referidas excludentes de ilicitude, afetando o dolo e, portanto, o tipo total de injusto (trata-se, aí sim, de um próprio erro de tipo, posto que as causas de justificação estão incluídas como parte negativa do tipo).

⁵⁰³ WELZEL, Hans. *Derecho penal*; parte general, p. 177/178.

⁵⁰⁴ Além do erro de tipo essencial, existem as modalidades acidentais. Na legislação brasileira, estão positivados: erro sobre a pessoa (*error in persona*, artigo 20, § 2º do Código Penal); erro na execução (*aberratio ictus*, artigo 73 do Código Penal); resultado diverso do pretendido (*aberratio criminis*, artigo 74 do Código Penal); além do erro provocado por terceiro (artigo 20, § 3º do Código Penal).

⁵⁰⁵ Uma situação interessante é a que versa sobre o erro sobre elementos normativos especiais da ilicitude. São erros de tipo ou, ao contrário, são erros de proibição (por versarem sobre a ausência de consciência do caráter ilícito de uma conduta). Quanto aos elementos simplesmente valorativos, não há problema a ser resolvido, posto que são juízos típicos de valor, delimitadores da efetiva compreensão de uma parcela típica. Não condicionam nenhum sentido de proibição/ilicitude. O equívoco quanto a esses elementos, sem dúvida, configura erro de tipo.

Idêntica conclusão dever existir em relação aos elementos normativos que efetivamente condicionam a ilicitude. São parcelas integrantes do tipo, ali exercendo suas funções dogmáticas de fundamentação da proibição, assinalando expressamente, nos casos em que o legislador entendeu ser necessário, a valoração proibitiva que ensejou a construção típica. Afinal, o tipo legal é a *ratio essendi* da ilicitude. Assim, se o tipo é portador da proibição (da ilicitude), os elementos normativos funcionam como sinalização expressa dessa premissa. São os elementos mais significativos do sentido de ilicitude, dentro do tipo legal. Com a adesão à doutrina do tipo total, conclui-se que os erros sobre esses elementos são, claramente, de tipo. Todavia, a doutrina é dividida:

- Roxin afirma que ora se tem erro de tipo, ora erro de proibição, dependendo da localização do mesmo (quanto à qualificação jurídica ou erro de subsunção) (ROXIN, Claus. *Derecho penal*; parte general. Tomo I, p. 459 e ss.).

exigido é, apenas, de que o erro de compreensão seja quanto a algum elemento da estrutura típica.⁵⁰⁶ Havendo a exclusão do dolo, permite-se a punição pelo crime culposos, caso exista sua previsão legal, visto que a culpabilidade se mantém intacta (o erro incidente sobre o dolo afeta apenas o tipo legal).⁵⁰⁷

Já o erro de proibição incide sobre a culpabilidade. A consciência da ilicitude, na concepção finalista de culpabilidade (teoria normativa pura), agora está afastada do dolo e é necessária apenas em potência (não se exige mais a atualidade do conhecimento da proibição). Nesta situação, há um erro quanto ao conhecimento do ilícito. Não se refere à lei, nem ao fato. Há um juízo equivocado quanto ao que é permitido.⁵⁰⁸ Não havendo espaço para a culpa presumida, típica de um Direito

- Dias também tem uma posição dupla: “à afirmação do dolo é necessário o conhecimento dos elementos normativos do tipo (...) na precisa medida em que tal conhecimento seja indispensável à correcta orientação do agente para o problema da ilicitude do facto como um todo. Para além disto, o erro sobre elementos normativos será irrelevante para o dolo e só poderá releva para a culpa através de uma autêntica falta de consciência da ilicitude.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, p. 471.).

- Jescheck utiliza critério parecido, baseado na teoria limitada da culpabilidade: erros quanto aos pressupostos fáticos dos elementos normativos determinariam erro de tipo, enquanto os erros ligados aos limites e extensão destes elementos indicariam erro de proibição (JESCHECK, Hans H. *Tratado de derecho penal*. V I, p. 337.).

- Welzel, por sua vez, entende que os elementos normativos são parcelas de dever jurídico e, mesmo estando no tipo, devem ser considerados produtores de erros de proibição (WELZEL, Hans. *Derecho penal*; parte general, p. 87 e p. 178.). Assim afirma, por aderir à teoria extrema da culpabilidade.

- Em sentido oposto, Muñoz Conde (MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria general del delito*, p. 48.) e Maurach e Zipf (MAURACH, Reinhard; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*; parte general. T. 1, p. 662) entendem que a questão se resolve com o erro de tipo, pois o dolo abrange todos os seus elementos. Tavares, implicitamente, também parece adotar este posicionamento. Ele afirma que os elementos normativos pertencem à ilicitude, mas se encontram no tipo. Assim, sua ausência acarretaria atipicidade. (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 164.). Se a ausência dos citados elementos normativos teria este efeito, os erros ali incidentes devem ter o mesmo destino.

⁵⁰⁶ Por isso, pensa-se ser um equívoco fazer a seguinte comparação: enquanto o erro de tipo equivaleria ao antigo erro de fato, o erro de proibição seria o sucessor do anterior erro de direito. Existem situações que vão definir o erro de tipo, e que versam sobre aspectos que não se ligam aos fatos. São questões conceituais e normativas existentes no tipo legal. Um erro de tipo não necessariamente será erro de fato, podendo versar sobre questão de direito.

⁵⁰⁷ Na legislação brasileira, assim está definido o erro de tipo (artigo 20, caput, do Código Penal): “Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.”

⁵⁰⁸ Deve-se ressaltar que desconhecer a norma legal e desconhecer ilicitude do comportamento são coisas distintas. Deve existir uma potencial consciência da proibição, a partir de um empirismo leigo quanto ao injusto. Com a advertência da separação do dever jurídico e do dever moral, pode-se afirmar que o conhecimento profano do ilícito advém das normas sociais, éticas e de cultura. Há um dever cívico de se informar sobre o convívio em sociedade. Neste sentido, ver: DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, p. 53 e ss.

Penal de responsabilidade objetiva, a consequência deste erro é a exculpação, pelo desconhecimento anunciado. Todavia, caso o erro seja vencível (evitável), mantém-se intacta a culpabilidade (censura) do agente, reduzindo-lhe a pena em uma condenação por conduta típica dolosa.⁵⁰⁹ O erro de proibição pode ser direto (para os tipos legais de comissão), mandamental (para os tipos legais de omissão) e indireto (que versa sobre as discriminantes putativas).

A teoria extremada da culpabilidade, de origem finalista, define bem estas duas situações de erro apresentadas (de tipo e de proibição). Apresenta consequências diferentes para elas, em função basicamente da reestruturação do dolo (agora sem a consciência da ilicitude), que migrou para o tipo. Uma vantagem dessa teoria, conforme sustentam seus adeptos, é que ela impede lacunas na punição: nos erros evitáveis sobre ilicitude, em que não havia tipo culposo.⁵¹⁰

A teoria limitada da culpabilidade tem, em comum com a outra, a maioria dos postulados apresentados: o dolo vai para o tipo e a consciência da ilicitude permanece na culpabilidade; o erro de tipo exclui o dolo e o erro de proibição inevitável exclui a culpabilidade, entre outras similitudes. Todavia, diverge em um ponto fundamental, ao analisar as consequências dos erros incidentes sobre as discriminantes putativas.

Para a teoria extrema, qualquer situação de erro quanto às excludentes de ilicitude acarretariam o erro de proibição indireto: se inevitável, exclui a culpabilidade; se evitável, atenua a pena.⁵¹¹ Diferentemente, a teoria limitada realiza importante separação. O erro sobre pressupostos fáticos das causas de justificação

Toledo destaca algumas situações nas quais não se aproveita a falta de consciência da ilicitude: a quem teria sido fácil, na ocasião, obter tal consciência; a quem não se conscientizou propositadamente; e a quem não se informa, mesmo sem má intenção, em profissões que exigem especial regulamentação. (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 270.)

⁵⁰⁹ Assim está o erro de proibição no Código Penal brasileiro: “Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.”

⁵¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição; uma análise comparativa*, p. 88.

⁵¹¹ O erro de proibição indireto, não previsto no Código Penal brasileiro, é uma forma de discriminante putativa. Conclui-se que a adoção da teoria extrema da culpabilidade inviabilizaria a punição dessas discriminantes a título de culpa.

é resolvido como erro de tipo permissivo, produzindo os mesmos resultados do erro de tipo e ensejando a punição culposa excepcionalmente.⁵¹² Já o equívoco sobre a existência, e os limites, das discriminantes continua gerando o erro de proibição indireto, atuando na culpabilidade e mantendo intacto o dolo e o tipo legal.⁵¹³

Sheila Sales afirma que, na teoria limitada da culpabilidade, existem duas variantes quanto ao tratamento do erro de tipo permissivo. Na primeira vertente, as discriminantes não são exatamente erro de tipo, sendo tidas como análogas. Exclui-se o injusto do fato doloso, e não propriamente o dolo. Segundo a autora, baseada na doutrina de Jescheck, usa-se a analogia estrutural entre o erro de tipo (constante do § 16, do Código Penal alemão) e as discriminantes putativas.⁵¹⁴ O resultado seria, portanto, parecido com aquele obtido pela teoria dos elementos negativos do tipo, mas sem a adoção da premissa de união entre tipo e ilicitude (em um tipo total).

A segunda vertente, trazida por Sheila Sales, afirma a subsistência do dolo e, “ao mesmo tempo, a não punibilidade por crime doloso, devido à diminuição do desvalor da ação e à insubsistência da culpabilidade dolosa, (...)”⁵¹⁵

Permite-se, todavia, a punição por crime culposos, no erro evitável e se houver previsão legal de tipicidade culposa.⁵¹⁶ A justificativa é a de que restaria uma

⁵¹² TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 286.

⁵¹³ GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*, p. 99.

⁵¹⁴ SALES, Sheila Jorge Selim de. *Dos tipos plurissubjetivos*, p. 191 e ss.

⁵¹⁵ SALES, Sheila Jorge Selim de. *Dos tipos plurissubjetivos*, p. 193.

⁵¹⁶ Wessels, trazido por Sheila Sales, sustenta que, também nesta vertente, o resultado da teoria limitada se aproxima da teoria dos elementos negativos do tipo (tipo total), agora com outro argumento. Afirma, o autor alemão, que: “o erro sobre os pressupostos típicos de uma causa de justificação reconhecida não suprime o dolo, mas sim, em aplicação analógica do § 16, I, 1 (só), a culpabilidade dolosa e a pena de dolo, equiparando-se, assim, só em suas conseqüências jurídicas ao genuíno erro de tipo.” (WESSELS, Johannes. *Direito penal*; parte geral, p. 104. *Apud*: SALES, Sheila Jorge Selim de. *Dos tipos plurissubjetivos*, p. 191.).

Não parece assistir razão a Wessels, ao equiparar as conseqüências de sua interpretação da teoria limitada da culpabilidade àquelas obtidas pela teoria do tipo total. Ao se suprimir a culpabilidade dolosa, e a pena do dolo, o autor assume sua posição em favor da dupla função do dolo. Mais que isso, mantém o dolo típico intacto e somente o suprime na culpabilidade (SALES, Sheila Jorge Selim de. *Dos tipos plurissubjetivos*, p. 193.). Afasta a discussão do injusto e, portanto, afasta-se das premissas do tipo total.

residual culpabilidade culposa.⁵¹⁷ Para tal conclusão, deve-se aderir à dupla função do dolo e da culpa.

Finalmente, as consequências da adoção da teoria limitada são as seguintes: não se admite legítima defesa da vítima do erro (exclui o dolo, exclui o injusto e não há ilícito); não se pune participação de quem age consciente do erro do autor (teoria limitada da acessoriedade); a tentativa não seria punida (necessita do dolo).⁵¹⁸

Exatamente no mencionado ponto de conflito entre as teorias da culpabilidade é que se deve apresentar a solução dada pela doutrina do tipo total do injusto. Desde as antigas jurisprudências do *Reichsgericht* alemão, no final do século XIX, até hoje, há controvérsia acerca da questão envolvendo a natureza e a consequência do erro quanto às causas de justificação (descriminantes putativas). Dessa polêmica, pensa-se, foi que surgiu a teoria do tipo total, como já se sustentou.

Além das soluções dadas pelas tradicionais teorias da culpabilidade, foram sistematizadas outras duas possíveis formas de resolver o erro sobre os pressupostos fáticos das causas de justificação. Somente para lembrar, para a teoria extremada da culpabilidade, todos os erros acerca de uma excludente de ilicitude são resolvidos na sistemática do erro de proibição indireto. Já para a teoria limitada, há uma divisão: os erros acerca dos limites e da existência das excludentes são tratados como erros de proibição indiretos; já os erros atinentes aos pressupostos fáticos das causas de justificação têm as mesmas consequências do erro de tipo, pela similitude do tipo incriminador com o tipo permissivo.

⁵¹⁷ Essa segunda corrente da teoria limitada da culpabilidade, como se verá à frente, parece ser apenas denominação diversa para a doutrina que se convencionou chamar de *teoria da culpabilidade que remete às consequências jurídicas*.

⁵¹⁸ Todavia, mesmo com estas restrições, é, hoje, a teoria dominante e foi adotada, inclusive, pelo Código Penal brasileiro (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 286). Veja-se o artigo 20, § 1º: “É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos.”

Contudo, vários autores, seguindo a ortodoxia finalista de Welzel, mantiveram-se adeptos à teoria extremada. Nesse sentido, estão: o próprio Welzel (WELZEL, Hans. *Derecho penal*; parte general, p. 178 e ss.), Muñoz Conde (MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*, p. 126), Zaffaroni/Alagia/Slokar (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p. 573.), Fragoso (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*, p. 191), Munhoz Netto (MUNHOZ NETTO, Alcides. *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 116), entre outros.

A terceira forma de resolver o erro quanto às excludentes de ilicitude se verifica com a *teoria da culpabilidade que remete às consequências jurídicas*. A conduta típica se mantém dolosa, oriunda de momento anterior culposo (quando há a formação do erro). O agente responde por crime doloso com a culpabilidade culposa, se evitável o erro, ou exclui-se toda a culpabilidade, pelo erro inevitável.⁵¹⁹

O dolo existente na conduta é viciado pelo erro anterior à conduta e não sustenta culpabilidade dolosa. Assim, existem dois momentos distintos: do erro (culposo ou inevitável) e do crime (sempre doloso). Há a culpabilidade culposa para crime doloso (dolo viciado). O agente foi fiel ao direito erroneamente, o que não ocorre com quem erra quanto à existência/limites das causas. O tipo permanece intacto. O erro é quanto à crença de que a norma proibitiva foi afastada pelo tipo permissivo. Assim, percebe-se que o problema se resolve no âmbito da culpabilidade. Seria um erro *sui generis*. Para Bitencourt, adepto dessa corrente, ter-se-ia a estrutura de erro de tipo e a consequência de erro de proibição indireto.⁵²⁰

Para aceitar o resultado da teoria da *culpabilidade que remete às consequências jurídicas*, deve-se admitir uma dupla função do dolo e da culpa: no tipo (indicando a forma do injusto) e na culpabilidade (graduando a censura). Mais que isso, deve-se considerar que punir a título culposo não significa existir crime culposo. Somente significa que o erro que resultou no crime doloso foi de natureza culposa/evitável e deve ter censura culposa, posto que houve errônea formação da vontade. Assim, a censura deve ser diminuída em virtude desse dolo viciado. Tem-se, então uma culpabilidade culposa ao crime doloso.⁵²¹

Contudo, esta terceira forma de resolução do erro quanto aos pressupostos fáticos das causas de justificação não convence. A culpabilidade não mais comporta dolo e culpa como seus elementos. Há outros mecanismos de mensuração e

⁵¹⁹ Ver a teoria descrita nas obras de Maurach e Zipf (MAURACH, Reinhard; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*; parte general. T. 1, p. 652 e ss.) e Wessels (WESSELS, Johannes. *Direito penal*; parte geral, p. 104. *Apud*: SALES, Sheila Jorge Selim de. *Dos tipos plurissubjetivos*, p. 191.).

⁵²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição*; uma análise comparativa, p. 102.

Gomes é outro autor adepto dessa teoria: GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*, p. 209/210.

⁵²¹ SALES, Sheila Jorge Selim de. *Dos tipos plurissubjetivos*, p. 192.

graduação da censura, nesta categoria do delito.⁵²² Assim, um delito doloso, com culpabilidade culposa, foge a qualquer argumentação sistemática na dogmática penal. Um crime doloso-culposo parece uma teratologia inaceitável.

A teoria dos elementos negativos do tipo (tipo total do injusto), como quarta forma de resolver este erro sobre os pressupostos das causas de justificação, convence mais, por seus próprios argumentos. Nesta doutrina, a questão se resolve mais facilmente. Os erros quanto aos limites e existência de uma excludente de ilicitude mantêm-se no âmbito da culpabilidade, atingindo a potencial consciência da ilicitude. Trata-se de erro de proibição indireto. Até aqui, não há diferença com as teorias anteriores.

Quanto ao erro envolvendo os pressupostos fáticos dessas excludentes de ilicitude, trata-se de um próprio erro de tipo. As causas de justificação estão incluídas no tipo total, como sua parte negativa. Assim, um equívoco quanto a uma destas elementares (relacionado aos seus pressupostos fáticos) afeta o dolo e, portanto, o tipo total. Fica excluído o injusto penal.

Maurach e Zipf afirmam que existem três formas de se excluir o dolo, nestes casos de erro quanto aos pressupostos fáticos de uma excludente de ilicitude.⁵²³ Todas estas formas levam em consideração, direta ou indiretamente, o § 16 do StGB (antigo § 59): poder-se-ia aplicar diretamente o referido § 16, adotando-se a teoria dos elementos negativos do tipo⁵²⁴; há a hipótese de aplicação analógica do §

⁵²² É um equívoco afirmar que a dupla função do dolo e da culpa determina a única forma possível de graduar a censura (culpabilidade). Definitivamente, é um erro. Pode-se perfeitamente modular o grau de censura imposto pela culpabilidade, apenas reduzindo a pena, sem alterar a natureza típica do delito: doloso ou culposo. Veja-se, nesse sentido, a doutrina de Gomez Benítez: “A culpabilidade, pois, não tem formas ou classes e sim graus: a culpabilidade é graduável à medida em que se tenha podido conhecer a ilicitude do fato ou não: se se conheceu, há culpabilidade plena; se não se conheceu, há erro de proibição; se esse erro pode fazer ou que inexista a culpabilidade (invencível) ou que a culpabilidade seja menor.” (GOMEZ BENÍTEZ. *Teoría jurídica del delito*, p. 486. *Apud*: SALES, Sheila Jorge Selim de. *Dos tipos plurissubjetivos*, p. 190.)

⁵²³ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*; parte general. Tomo 1, p. 652.

Adverte-se que os autores são contrários à tese da dupla função do dolo. Um exemplo dessa posição doutrinária é perceptível na explicação sobre a fixação da pena. Trata-se de situação que é incompatível com a referida dupla função do dolo, conforme eles sustentam. (MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*; parte general. Tomo 1, p. 376/377.)

⁵²⁴ “Si La aplicación de una causal de justificación es vista como un elemento negativo del tipo, ello conduce forzosamente a la utilización de la regulación del error vigente para los elementos del tipo (§ 16, anterior § 59) respecto de los presupuestos de hecho de tales causales de justificación.” (MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*; parte general. Tomo 1, p. 653.)

16, em adesão à teoria limitada da culpabilidade⁵²⁵; e, por fim, é possível a aplicação do § 16 em concordância com a *teoria da culpabilidade que remete às consequências jurídicas*.⁵²⁶ Conclui-se que somente a teoria dos elementos negativos do tipo aplica o § 16 do Código Penal alemão de forma direta. É a única doutrina que trata a questão genuinamente como erro de tipo.⁵²⁷

Certo é que o dolo abrange a ausência de excludentes de ilicitude. Em outras palavras, não há dolo quando há causa justificante. Exclui-se, pois, a própria tipicidade. Toledo afirma, inclusive, que a solução dada pela teoria do tipo total consegue justificar doutrinariamente a fórmula legal adotada pelo ordenamento brasileiro (artigo 20, §1º, do Código Penal), que se baseou na teoria limitada da culpabilidade.⁵²⁸ Mesmo com argumentos diversos, as teorias do tipo total do injusto, e limitada da culpabilidade, obteriam resultado semelhante.

Todavia, como explicar, na legislação brasileira, a expressão “*isento de pena*”, constante do artigo 20, § 1º (erro de tipo permissivo)? Tal menção (*isenção de pena*) leva à conclusão equivocada de que o problema se resolve com o erro de proibição indireto (*teoria extremada da culpabilidade*) ou, ainda, na *teoria da culpabilidade que remete às consequências jurídicas* (punir crime doloso como se culposos fosse).

⁵²⁵ “Como la mayoría de los partidarios de la teoría restringida de la culpabilidad no estuvieron dispuestos a hacer realidad estas consecuencias de la doctrina de los elementos negativos del tipo, la fundamentación se fue desplazando en forma creciente a una aplicación solo analógica del § 16. Para ello, es posible afirmar que, como en el caso del auténtico error de tipo, también en el caso de error sobre las circunstancias de hecho de una causal de justificación, se eliminaría el ilícito de la acción dolosa.” MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*; parte general. Tomo 1, p. 653.)

Tal solução já foi apresentada nesse trabalho, com a doutrina de Jescheck, quando se informou sobre as duas correntes da teoria limitada da culpabilidade (por Sheila Sales). Esta estrutura dogmática apresentada por Maurach e por Zipf seria a primeira corrente daquelas citadas. Excluir-se-ia o injusto (chamado, por Maurach e Zipf, de ilícito), e não propriamente o dolo.

⁵²⁶ Esta seria a segunda corrente da teoria limitada da culpabilidade, conforme afirmou Sheila Sales. Todavia, essa teoria (da culpabilidade que remete às consequências jurídicas) tem conexão tênue com o § 16 do StGB. Trata-se de uma forma independente de se resolver a questão do erro sobre os pressupostos fáticos da excludente de ilicitude (MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*; parte general. Tomo 1, p. 653). Isto, porque mantém intacto o dolo no tipo, atuando apenas sobre a culpabilidade dolosa. Pune-se, como já mencionado, um crime doloso com a censura culposa.

⁵²⁷ Bockelmann e Volk entendem que “essa teoria dos elementos negativos do tipo segue a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça Alemão, contanto, naturalmente, que se trate de casos de erro como o do exemplo da legítima defesa putativa.” (BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. *Direito penal*; parte geral. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 50.)

⁵²⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 286.

Realmente, seria um total equívoco não tratar o erro de tipo permissivo dentro da problemática da tipicidade. Isto porque o erro de proibição, diverso deste (que é de tipo, segundo a teoria do tipo total), deixa íntegro o dolo. Assim, como punir a conduta a título culposos? Alcides Munhoz tentou explicar:

(...), no Direito brasileiro cabe afirmar que o erro nas descriminantes putativas é erro de proibição. Como o conhecimento da antijuridicidade não integra o dolo, mas pertence à culpabilidade (supra, n. 34), segue-se que quem age na errônea crença de ser legítimo o seu comportamento procede dolosamente. Porém, sendo o erro de fato e invencível, não é culpado por ausência de censura pessoal e terá a isenção da pena, legalmente estabelecida. A circunstância de ser o erro vencível punido como crime culposos não colide com a afirmação acima. Esta forma de punição não significa, com efeito, que em tal hipótese a falta de consciência de antijuridicidade exclua o dolo, deixando, se evitável, subsistente a culpa em sentido estrito. Reflete apenas o critério de tratar um comportamento doloso como se culposos fora, em decorrência da diminuição da censurabilidade pessoal.⁵²⁹

Percebe-se que a solução por Munhoz Netto também se assemelha à sistemática adotada pela denominada teoria da culpabilidade, que remete às consequências jurídicas. Ao deixar intacto o dolo, e não levar para o tipo a questão do erro quanto aos pressupostos fáticos das causas de justificação, precisa-se criar o paradoxo de punir um crime doloso com a censura culposa, quando o erro de compreensão é evitável. Tudo isso porque se desejou, equivocadamente, manter íntegro o dolo, resolvendo-se a situação como se fosse erro de proibição indireto.

A situação não pode ser resolvida dessa forma, posto que o dolo abrange as causas de justificação, que são parcelas negativas da tipicidade no tipo total. Queiroz tem outra explicação para a redação do Código Penal brasileiro, bem mais convincente. O artigo 20, § 1º, trata, na verdade, de exclusão de dolo e, portanto, de questão ligada ao tipo legal (e não à culpabilidade). O autor argumenta que o legislador usou a expressão (*isento de pena*) de forma equivocada:

É bem verdade que as expressões “isentar de pena” e “excluir o dolo” não se equivalem. No entanto, se isso é certo, não é menos verdadeiro que, ocorrendo erro evitável (vencível), não haverá “isenção de pena”, exatamente porque o erro “deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos” (art. 20, § 1º). Se assim é, força é convir que, apesar do uso (impróprio) da expressão “isenção de pena”, o erro vencível, ao ensejar a punição só a título de culpa,

⁵²⁹ NETTO, Alcides Munhoz. *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*, p. 116.

exclui o dolo obviamente, pois do contrário o legislador teria de dizer o mesmo que disse quanto ao erro de proibição, isto é, “se evitável (o erro), poderá diminuí-la (a pena) de um sexto a um terço”. Vale dizer, se, com o erro evitável, só se admite a punição a título de culpa, é porque o erro exclui o dolo. O Código o diz tacitamente, portanto.⁵³⁰

Percebe-se que a teoria do tipo total do injusto resolve a questão de forma muito mais harmônica e coerente com uma dogmática penal que se estrutura de forma sistemática. As categorias do crime têm melhores interpretações. De igual forma, são fornecidas melhores soluções para os erros sobre os elementos típicos e de censura (da culpabilidade, no erro de proibição). Mais que isso, ficando esclarecido o equívoco de redação do Código Penal brasileiro, pode-se perfeitamente adotar a doutrina dos elementos negativos do tipo na legislação pátria.

Em resumo, o erro quanto aos pressupostos fáticos das excludentes de ilicitude é um autêntico erro de tipo permissivo, posto que atinge a parte negativa da tipicidade (causas de justificação) e exclui o dolo. Autoriza, ainda, a punição por culpa, se o erro for vencível e houver previsão legal para o delito culposos.

⁵³⁰ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*; parte geral, p. 246.

VI A aplicação prática da teoria da *ratio essendi* e do tipo total de injusto

Após a análise teórica da teoria da *ratio essendi*, com a motivada adesão à sua segunda vertente (o tipo total do injusto), é importante demonstrar a aplicabilidade prática destes conceitos. O Direito Penal, como ciência social aplicada, deve ser capaz de intervir na coletividade em que se insere, regulando condutas sociais. Assim, as teorias que fundamentam a dogmática jurídico-penal devem ter operacionalidade prática na intervenção punitiva que se pretende realizar.

Tomando a doutrina dos elementos negativos do tipo (do tipo total) como referencial teórico adotado, quer-se demonstrar como é possível realizar tal intervenção penal de forma mais sensível às necessidades garantistas de um Estado Democrático de Direito. Neste capítulo, serão apresentadas as conseqüências práticas da escolha dogmática feita anteriormente, no que se refere à definição da relação entre o tipo legal e ilicitude.

O tipo total do injusto, mesmo com todas as críticas recebidas (e aqui rechaçadas), representa um avanço axiológico no Direito Penal. Recolocou-se a ilicitude no centro do conceito do injusto, com a primazia necessária em relação ao tipo legal de um crime. Esse avanço dogmático é inegável e tem conseqüências práticas valiosíssimas.

Quer-se demonstrar a aplicabilidade da teoria escolhida nos processos legislativos de elaboração das condutas incriminadoras (com a criação dos tipos legais), bem como nos processos judiciais destinados à punição dos autores das condutas tipificadas. Antes, contudo, uma questão precisa ser considerada. Quer-se demonstrar a viabilidade da utilização da teoria do tipo total do injusto em qualquer sistema conceitual a ser adotado pelos diversos ordenamentos jurídicos. Independentemente da teoria da ação escolhida, a referida doutrina contribui de forma relevante para a adequada fundamentação do conceito analítico de crime.

Por fim, uma ressalva precisa ser feita. A primeira vertente da teoria da *ratio essendi*, com o seu tipo de injusto, iniciou este caminho rumo à melhor estruturação

valorativa do injusto penal. Não se pode desconsiderar, portanto, as grandes contribuições de Mezger e Sauer. Todavia, tal teoria parou no meio do caminho necessário, ao deixar na provisoriedade a valoração de ilicitude no tipo legal. Isso explica a adesão feita à doutrina do tipo total do injusto. Em resumo, quer-se explicar que parte considerável das questões a serem tratadas neste capítulo poderá ser aplicada à citada primeira vertente da *ratio essendi*. Outras situações a serem apresentadas não terão esta possibilidade, em virtude das debilidades existentes nas concepções elaboradas por Mezger e Sauer.

6.1 A viabilidade da utilização da teoria da *ratio essendi* fora do sistema dogmático neokantista

Uma primeira questão deve ser analisada. A teoria da *ratio essendi* pode ser utilizada em uma dogmática penal afastada da inspiração neokantista? Mais especificamente, é possível adotar a doutrina do tipo total do injusto em outros sistemas penais, diversos daquele antes citado (neokantismo)?

A preocupação valorativa, na elaboração da teoria do delito, consolidou-se de forma sistemática no Direito Penal. A principal contribuição da filosofia neokantiana foi o afastamento, na teoria do delito, do mecanicismo causalista de Liszt-Beling. As categorias do crime passaram a ser compreendidas com conteúdo axiológico inerente aos seus conceitos. O Direito Penal separou-se do argumento naturalista do *ser*, ligando-se ao *dever-ser*. Conforme entende Dias, situou-se em uma “zona intermediária entre aquele mundo e o do puro dever ser, mais rigorosamente, num campo referencial, no mundo das referências da realidade aos valores, do ser ao dever-ser e, logo por aí, no mundo da axiologia e dos sentidos.”⁵³¹

Esta ruptura com a neutralidade valorativa significou uma conquista inegável e irrenunciável no Direito Penal. Como antes já se assinalou (capítulo III), passou-se a tratar este saber, cultural que é, como uma ciência do *dever-ser*.

⁵³¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*; parte geral. T. I, p. 242.

O objeto dos estudos dogmáticos passou a ser axiologicamente comprometido com valores condicionantes das categorias teóricas do delito (tipicidade, ilicitude, culpabilidade) e da pena. Cada um desses elementos do crime passou a ser conceituado em conformidade com as valorações necessárias.⁵³² Somente dessa maneira foi possível sistematizar-se a teoria da *ratio essendi* e, de forma mais específica, a sua vertente do tipo total do injusto (elementos negativos do tipo).

A preocupação valorativa com as categorias do delito é, basicamente, a premissa para a aceitação da teoria do tipo total do injusto. A elaboração legislativa dos tipos legais, como já se demonstrou, revela a necessidade de se valorar negativamente a conduta anteriormente à sua tipificação.⁵³³ Repete-se: a ilicitude deve preceder à tipicidade, sendo a sua *ratio essendi*.

Veja-se que a ilicitude somente obteve centralidade na teoria do delito após a verificação de sua primazia em relação ao tipo. Mais que isso, somente se pôde afirmar pela união entre tipo legal e a licitude em função de uma consideração de ordem axiológica: o tipo representa a descrição positivada da proibição (ilicitude) de uma conduta ofensiva a algum bem jurídico-penal protegido. Tudo isso se iniciou no sistema neokantista.

Não se deseja voltar à discussão sobre a fundamentação neokantiana do Direito Penal. Isso já foi feito. É certo que tal teoria, apesar das críticas que lhe foram dirigidas, ofereceu importante contribuição para o desenvolvimento da dogmática penal, a partir da perspectiva axiológica que introduziu. Mais que isso, tornou-se importante ponto de partida para uma série de outros sistemas construídos posteriormente: finalismo, a teoria social da ação e o funcionalismo.

Assim, é possível a adoção da teoria da *ratio essendi*, e da doutrina do tipo total, em substituição ao tipo meramente indiciário da ilicitude. Para se utilizar tal doutrina, necessita-se que o delito seja compreendido axiologicamente em suas

⁵³² No capítulo III foram apresentadas, com detalhes, as alterações valorativas que o neokantismo trouxe à teoria do delito, em cada uma das categorias do crime: tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Não se tratou das contribuições feitas à teoria da pena, em virtude da limitação do objeto desse trabalho. Discute-se, aqui, tema exclusivo da teoria do delito: a relação entre tipo e ilicitude.

⁵³³ CUNHA LUNA, Everardo. *Estrutura jurídica do crime*, p. 54.

categorias analíticas. Esse legado do sistema neokantista não se pode mais retirar da dogmática penal.

Primeiramente, verifica-se que o finalismo hipoteticamente aceitaria a utilização do tipo total do injusto, sem se desfigurar enquanto sistema dogmático-penal.⁵³⁴ É possível esta adoção, posto que a subjetivação do injusto finalista se adequa sem maiores problemas à idéia de fusão entre o tipo e a ilicitude.

Mesmo partindo de um conceito ôntico-ontológico de ação penalmente relevante, e incorporando componentes fenomenológicos no conceito de delito⁵³⁵, é inegável a existência de uma determinada carga valorativa no sistema elaborado por Welzel. É de se ressaltar que a prioridade do sistema finalista ligava-se a uma função ético-social do Direito Penal. Ao proteger os bens jurídico-penais, protegia-se necessariamente a fidelidade devida a estes valores eleitos.

Por encima del amparo de los bienes jurídicos individuales concretos, está la misión de asegurar la validez real (la observancia) de los

⁵³⁴ Todavía, há séria resistência a essa conclusão. Hirsch, invocando a doutrina de Welzel, afirma que seria paradoxal a adoção dos elementos negativos na teoria finalista. Apresenta o argumento da dificuldade de diferenciação valorativa das situações trazidas à análise da dogmática penal. Especialmente, usa o exemplo da não diferenciação entre a morte de uma pessoa em virtude de uma legítima defesa e a morte de um mosquito (HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal*; obras completas. Tomo IV: la doctrina de los elementos negativos del tipo penal; el error sobre las causas de justificación. V. 4, p. 344 e ss.). Tal questão, todavia, já foi devidamente rebatida nesse trabalho e, definitivamente, não é impeditivo para a utilização do tipo total (item 5.2, anterior).

Hirsch ainda usa outro argumento para refutar essa utilização pretendida no finalismo. Agora invocando a doutrina de Lange (que, a bem da verdade, é originariamente de Welzel), ele afirma que as questões da adequação social e dos tipos abertos impediriam a adoção do tipo total (HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal*; obras completas. Tomo IV: la doctrina de los elementos negativos del tipo penal; el error sobre las causas de justificación. V. 4, p. 350 e ss.). Quanto à questão dos tipos abertos, já se argumentou que a única forma de fazer com que essas estruturas sejam adequadamente valoradas é, exatamente, com a adoção do tipo total (especialmente conforme item 5.2). Portanto, tal argumento de Hirsch já foi rechaçado nesse trabalho.

No que se relaciona à adequação social, existiu confusão sobre o seu real significado dentro da teoria do delito. O próprio Welzel, antes de entendê-la como causa de exclusão da tipicidade, sustentava que ali havia uma causa de justificação (veja-se a explicação dada por Cerezo Mir, em nota de rodapé de nº 11, constante da tradução que fez da obra de Welzel: WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*, p. 84.). Todavia, enquanto nas causas de justificação a liberdade para agir advém de uma especial autorização normativa para realizar ações socialmente inadequadas, nas condutas adequadas socialmente essa mesma autorização está em consonância com o âmbito normal de liberdade para a atuação social (WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*, p. 88/89.). Implicitamente, pode-se concluir que, para o autor, se há adequação social não haverá tipicidade em virtude da ausência de antinormatividade. Dessa forma, rechaça-se também esse outro argumento contrário à adoção do tipo total no finalismo, voltando-se à crítica que se já fez ao conceito de antinormatividade (item 3.4.2 desse trabalho).

⁵³⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; *et. al. Direito penal brasileiro* - II, I, p. 33.

valores del actuar según el pensamiento jurídico. Ellos constituyen el más sólido fundamento sobre el que se basan el Estado y la sociedad. El mero amparo de bienes jurídicos solo tiene una finalidad negativo-preventiva, policial-preventiva. En cambio, el papel más profundo que juega el derecho penal es de naturaleza positivo-ético-social. Proscribiendo y sancionando el apartamiento realmente manifestado de los valores fundamentales del pensamiento jurídico, el Estado exterioriza del modo más ostensible de que dispone, la validez inviolable de estos valores positivos de acto, forma el juicio ético-social de los ciudadanos y fortalece su sentimiento de permanente fidelidad al derecho (compárese WELZEL, *Probleme - 1 01 Y SS -*).⁵³⁶

Percebe-se que a legitimação finalista para o Direito Penal, de ordem ético-social, baseava-se na proteção de valores necessários para o convívio coletivo. Há, de forma peculiar, uma perspectiva axiológica importante à formação do seu sistema conceitual.⁵³⁷ Essa situação fica clara na obra de Welzel:

Es misión del derecho penal amparar los valores elementales de la vida de la comunidad. Toda acción humana, en lo bueno como en lo malo, está sujeta a dos aspectos distintos de valor. Por una parte, puede ser valorada según el resultado que alcanza (valor del resultado o valor material); por otra parte, independientemente del resultado que con la acción se obtenga, según el sentido de la actividad en sí misma (valor del acto).⁵³⁸

A característica mais marcante do sistema finalista é a crítica à separação entre a normatividade do Direito (dever-ser) e as categorias ônticas (ser).⁵³⁹ Realmente, o conceito finalístico de ação tem uma estrutura ontológica, que antecede à sua regulação normativa. Conforme afirma Reale Jr., esta “estrutura é objetiva, pois não depende da aceitação, uma vez que se impõe por si mesma quando reconhecida, e é lógica por dar unidade ao sistema jurídico, unidade que, sem ela, se desfaz.”⁵⁴⁰

⁵³⁶ WELZEL, Hans. *Derecho penal*; parte general, p. 3/4.

⁵³⁷ Para Zaffaroni, a sistemática do finalismo “aprimorava sua antecessora valorativa, que se alavancara pelo neokantismo, cumprindo melhor a tarefa de facilitação decisória e favorecendo a seleção valorativa.” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; *et. al. Direito penal brasileiro - II*, I, p. 33/34)

⁵³⁸ WELZEL, Hans. *Derecho penal*; parte general, p. 1/2.

⁵³⁹ “La formulación del concepto finalista de acción tuvo lugar dentro del marco de la crítica de la influencia del naturalismo en la Ciencia de Derecho penal, perceptible en el concepto causal de la acción, así como la crítica de la filosofía jurídica neokantiana, con su tajante separación entre el ser y el deber ser, la realidad y el valor.” (CEREZO MIR, José. *Derecho penal*; parte general, p. 393/394.)

⁵⁴⁰ REALE Jr., Miguel. *Instituições de direito penal*; parte geral, p. 127.

Sem almejar discutir, aqui, os preceitos da ação finalista, percebe-se que esta categoria tem um sentido próprio que é passado ao legislador, conforme sustentam os autores que adotam este sistema. Segundo Reale Jr.:

superando o jusnaturalismo e o positivismo, a teoria da “natureza das coisas” elimina tanto as categorias absolutas deduzidas da razão, como os valores eternos e imutáveis, quanto o absolutismo do Direito Positivo, para instaurar limites imanescentes, decorrentes da estrutura lógico-objetiva da realidade, que condiciona a elaboração legislativa.⁵⁴¹

A normatividade deve ser limitada pelas estruturas lógico-objetivas, sem com elas se confundir (ou se separar radicalmente). A partir da realidade do *ser*, conhecida pelo legislador, há a valoração normativa do objeto da tutela (o *dever-ser*). Em resumo, Welzel sustentou a existência de uma conformidade entre o real e o abstrato. Surge, daí, a normatividade do Direito e, portanto, a valoração necessária para a elaboração legislativa dos tipos legais.

Certo é que, com argumentos diversos, o finalismo também respeita a necessidade valorativa por ocasião da elaboração típica. Assim, pensa-se, é possível que o finalismo utilize a teoria do tipo total do injusto. Exemplificando essa viabilidade, indica-se a doutrina defendida por Reale Jr., que é tendente à aceitação do sistema finalista⁵⁴² e, igualmente, é defensor antigo dos elementos negativos do tipo (teoria do tipo total do injusto).

A realocação da ilicitude no interior do tipo legal, com a conseqüente constatação de que aquela precede este último, é questão que não traz nenhum problema ao finalismo. Mesmo formando um tipo total, tem-se muito claramente um conceito de ilicitude com características próprias e funções muito bem definidas. O importante é realizar separação entre o injusto e a culpabilidade. Tal questão é fundamental na doutrina sistematizada por Welzel, conforme se pode perceber com o ingresso do dolo e da culpa no tipo e com a formação de uma culpabilidade normativa (juízo de censura ao injusto praticado).

⁵⁴¹ REALE Jr., Miguel. *Instituições de direito penal*; parte geral, p. 128.

⁵⁴² Desde a publicação da obra denominada *A antijuridicidade concreta*, é perceptível a opção dogmática de Reale Jr. Tal escolha fica clara nas obras da atualidade. Contudo, percebe-se que o autor se afasta da ortodoxia inicial do finalismo de Welzel, na explicação de alguns conceitos da teoria do crime (REALE Jr., Miguel, *Instituições de Direito Penal*; parte geral, p. 126 e ss.).

A separação entre o injusto e a culpabilidade é sustentada pela teoria do tipo total. Isto é pacífico. Todavia, para que esta conclusão seja perfeita em suas premissas, é necessário que o finalismo se afaste da ortodoxia de Welzel e aceite a teoria limitada da culpabilidade.⁵⁴³ Os resultados, na questão do erro penalmente relevante, serão similares àqueles obtidos com a verificação dos elementos negativos do tipo: exclusão do dolo na situação de erro quanto aos pressupostos fáticos das excludentes de ilicitude.

Outra situação deve ser repensada, dentro do finalismo, para que ali se possa adotar a teoria do tipo total. A valoração da proibição deve ser verificada anteriormente à elaboração do tipo legal, com a conseqüente determinação da (definitiva) ilicitude típica. O tipo não pode ser apenas um indício de que existe a ilicitude, em função de uma mera antinormatividade típica.⁵⁴⁴ Mais do que isso, deve-se afastar a concepção de que a tipicidade é o “primeiro degrau” valorativo da teoria do delito, tal como sustentou Welzel.

Se superadas essas dificuldades teóricas, é possível que exista a fusão entre o tipo legal e a ilicitude no injusto finalista, que tem caráter pessoal e subjetivado. A adoção do tipo total não descaracterizaria essa concepção teórica, inclusive em sua perspectiva ôntico-ontológica.

Seguindo adiante, também se pode destacar que o *conceito social de ação* admite o tipo total do injusto. Essa teoria, elaborada inicialmente por Schimdt, tinha o intuito de superar o conceito mecanicista do causalismo, bem como o conceito

⁵⁴³ O que, na prática, será complicado de ocorrer, posto que grande parte dos autores finalistas adota a teoria extremada da culpabilidade: Welzel (WELZEL, Hans. *Derecho penal*; parte general, p. 177); Hirsch (*Derecho penal*; obras completas. Tomo IV: la doctrina de los elementos negativos del tipo penal; el error sobre las causas de justificación. V. 4, p. 430); Kaufmann (conforme informa GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e de proibição*, p. 93); Muñoz Conde (MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*, p. 123); Cerezo Mir (CEREZO MIR, José. *Derecho penal*; parte general, p. 975 e ss.); Zaffaroni/Alagia/Slokar (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p. 573.); Frago (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*, p. 191); entre outros.

⁵⁴⁴ Toledo parece ser outro autor que adotou a teoria finalista e, ainda assim, reconheceu a importância de se afastar da inadequada explicação da valoração típica dada pela teoria da *ratio cognoscendi*, e pelo conceito de antinormatividade. A diferença básica, em relação a Reale Jr., é que Toledo segue a doutrina de Mezger, sem a união definitiva entre tipo e ilicitude. Utiliza, então, a primeira vertente da *ratio essendi*, concebendo o tipo de injusto em uma relação de regra-exceção (tipo como razão provisória da ilicitude) (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, pp. 95/102 e 126 e ss.). De qualquer forma, vale o exemplo de sua doutrina.

finalista em sua extremada tendência ontológica.⁵⁴⁵ Todavia, ela não comporta uma estrutura de pensamento teórico única. Ao contrário, abrange variadas perspectivas dogmáticas.⁵⁴⁶ Tavares identifica estas tendências, quanto ao próprio conceito de ação penalmente relevante⁵⁴⁷: existe fundamento na causalidade objetiva, no argumento da finalidade da conduta ou, ainda, na estrutura pessoal do agir.

De qualquer forma, adota-se aqui o conceito de Wessels: “a ação no sentido do Direito Penal é, de acordo com esta construção aqui representada, a conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana.”⁵⁴⁸

Os valores eleitos por determinada coletividade são normativamente tutelados e as condutas que os ofendem devem ser proibidas pelo Estado. Este é o fundamento da teoria social: a ação penalmente relevante deve ser conceito pré-típico que englobe ação e omissão e tenha relevância social. Quer-se o equilíbrio entre um conceito totalmente ontológico e as considerações meramente normativas. Realizam-se juízos de valor sobre as condutas com sentido social.⁵⁴⁹ Percebe-se claramente alguma influência neokantiana nesta doutrina.

⁵⁴⁵ Na estrutura dogmática da teoria social da ação, existem elementos que se identificam tanto com o causalismo, quanto com o finalismo. Daí a razão de se afirmar que tal teoria não desejou a superação das teorias antecessoras pela simples negação. Vargas, com razão, entende que esse sistema penal não passa de uma variante do finalismo, pela similitude de seus conceitos propostos (VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal*; parte geral. T I, p. 169.).

⁵⁴⁶ “Las expresiones dejan reconocer una gran cercanía con el concepto causal de la acción (p. ej. Engisch), o un considerable acercamiento al finalismo (lo que es especialmente claro en los casos de Jescheck y Wessels).” (MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*; parte general. V. I, p. 262).

⁵⁴⁷ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito*, p. 92.

⁵⁴⁸ WESSELS, Johannes. *Direito penal*: parte geral. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: SAFe, 1976, p. 178.

Jescheck tem um conceito semelhante: “Acción es comportamiento humano socialmente relevante. Se entiende aquí por ‘comportamiento’ toda respuesta del hombre a una exigencia situacional reconocida o, por lo menos, reconocible, mediante la realización de una posibilidad de reacción de que aquél dispone por razón de su libertad. El comportamiento puede consistir en el ejercicio de actividad final (finalidad), pero puede también limitarse a la acusación de consecuencias, con tal de que el proceso resultase conducible empleando la finalidad (imprudencia).” (JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte geral, p. 296.).

⁵⁴⁹ JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte geral, p. 296.

Ocorre que existem críticas ao conceito de relevância social. Argumenta-se que não há precisão conceitual, sobre o que seja socialmente relevante para ingressar no âmbito protetivo da norma penal. Entre outras oposições, vejamos as de Zaffaroni/Alagia/Slokar: “la ética social no es unívoca en una sociedad compleja y, por ende, correría el riesgo de quedar librado a la arbitrariedad del

O conceito de injusto penal definido pela teoria social da ação é subjetivado, mantendo-se a perspectiva finalista de verificação dos elementos subjetivos.⁵⁵⁰ Percebe-se alguma valoração no tipo legal concebido por esta teoria, embora seja com o fundamento da teoria da *ratio cognoscendi*.⁵⁵¹

Havendo tal valoração proibitiva, é possível (e desejável) a migração para a teoria da *ratio essendi*, como forma de se relacionar o tipo legal e a ilicitude. Mais que isso, não há nenhum óbice ao tipo total do injusto na teoria social da ação. Para tanto, deve-se superar a noção de tipo meramente indiciário, posto que é claramente inconciliável com o tipo total do injusto.

Finalmente, há um último sistema de pensamento na dogmática penal que aqui merece destaque, também por ter herdado do neokantismo a preocupação com a valoração na teoria do delito. Trata-se do funcionalismo no Direito Penal e, igualmente, admite a adoção do tipo total do injusto.

Existem várias concepções funcionalistas, sendo que algumas delas têm maior relevo dogmático: o sistema funcional-teleológico de Roxin e o sistema funcional-sistêmico de Jakobs. Uma abordagem final será feita ao sistema adotado por Zaffaroni, adiantando-se a existência de controvérsia quanto à classificação do mesmo: trata-se de uma concepção finalista (ortodoxa ou mitigada por outras variáveis teóricas), ou foi elaborado um verdadeiro esquema conceitual funcionalista?

Apesar das expressivas diferenças dogmáticas em todas as construções conceituais citadas no parágrafo anterior, uma característica comum reúne estas

intérprete.” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p.334).

⁵⁵⁰ Algumas variantes da teoria social da ação entendem existirem tipos de culpabilidade. Dolo e culpa, então, teriam duas funções na teoria do crime: são elementos do tipo penal e, igualmente, mensuram os graus de culpabilidade. Veja-se com Jescheck: “El dolo no debe, sine embargo, incluirse sólo en el tipo de injusto, sino que ostenta una doble posición. En cuanto determinante de la dirección del comportamiento constituye el elemento central de lo injusto típico de la acción, en cuanto resultado del proceso de motivación del autor pertenece a la culpabilidad (...). En el injusto de dolo es portador del sentido de contraposición de la acción respecto de la norma jurídica, en la culpabilidad, portador del desvalor de la actitud interna que el hecho expresa.” (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte geral, p. 326.). Essa também é a posição de Wessels (WESSELS, Johannes. *Direito penal*, p. 36).

⁵⁵¹ Veja-se, neste sentido, a posição de Jescheck, já apresentada anteriormente, no capítulo II (especialmente na nota de rodapé de nº 122).

concepções: a preocupação com a extrema abstração ontologizada do finalismo. Isto faz com que estas teorias busquem outros critérios valorativos para a conceituação das categorias do delito, orientados por políticas criminais de diversas ideologias. Novamente, percebe-se a preocupação axiológica nos conceitos elaborados.

Roxin sistematizou o primeiro conceito funcional a ser analisado. Ele entende que as opções político-criminais devem orientar valorativamente o Direito Penal. O autor propõe organizar as categorias dogmático-penais a partir de uma concepção teleológico-funcional, de forma a não tornar este ramo jurídico afastado da realidade que pretende regular.⁵⁵²

Para ele, o conceito de ação tem menor relevo em relação às outras categorias analíticas do delito. Ele sistematizou um conceito denominado *pessoal*: ação é manifestação da personalidade.⁵⁵³ Todas as manifestações apenas corporais, sem o controle anímico-espiritual, não são expressões da personalidade. Igualmente, os pensamentos não externados através de condutas não são manifestações desta personalidade.

O funcionalismo de Roxin relativiza os conceitos naturalísticos, aliando-os às necessidades normativas, para que o ordenamento jurídico atinja suas finalidades valorativas. Ele concluiu que a excessiva ontologização finalista não conseguiu racionalizar o sistema penal. Ele propõe:

⁵⁵² Roxin propõe a reestruturação da relação entre política criminal e dogmática penal, em uma concepção diversa daquela proposta por Von Liszt. Este último assim afirmou: “Ao passo que à política social toca cumprir ou limitar as condições sociais do crime, a Política Criminal só tem que ver com o delincente individualmente considerado. A Política Criminal exige, em geral, que a pena, como meio, seja adequada ao fim (§ 12), isto é, (...). Nesta exigência se encontra, de um lado, o seguro critério para a crítica do direito vigente e, do outro, o ponto de partida para o desenvolvimento do programa da legislação futura.” (VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal*. Tomo I, p. 153). Von Liszt, em resumo, anunciava que “el derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal.” (VON LISZT, Franz. *Strafrechtliche aufsätze und vorträge*, t. 2, 1905. *Apud* ROXIN, Claus. *Derecho penal*; parte general. Tomo I, p. 252 e ss.)

Para Roxin, a relação entre política criminal e dogmática tem outro nível de implicação, sem confundir suas funções (sob pena de se transformar o magistrado em legislador): “De todo o exposto, fica claro que o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de proveniência lisztiana.” (ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 20.)

⁵⁵³ ROXIN, Claus. *Derecho penal*; parte general. Tomo I, p. 265 e ss.

rechazar el punto de partida del sistema finalista y parten de la hipótesis de que la formación del sistema jurídicopenal no puede vincularse a realidades ontológicas prévias (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc.), sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del derecho penal.⁵⁵⁴

Roxin não pretende afastar totalmente os conceitos finalistas. Ele apenas deseja unir valores (finalidade teleológica do Direito) às categorias ônticas:

A teoria finalista da ação, com sua volta para as estruturas ônticas e para a realidade social, conseguiu, com sucesso, aproximar a dogmática penal da realidade, e devolver à teoria da ação e do tipo a plasticidade de verdadeiras descrições de acontecimentos. O finalismo, porém, através de seu método lógico-axiomático de deduzir soluções jurídicas de dados do ser – especialmente de um conceito de ação tido como pré-jurídico –, criou um sistema que, por um lado, diferencia-se fundamentalmente da clássica tripartição positivista-causal, mas que, por outro, não confere espaço autônomo a diretrizes político-criminais na dogmática.⁵⁵⁵

Há o retorno à concepção valorativa neokantiana, todavia com uma modificação conceitual. Roxin altera “a vaga orientação a valores culturais do neokantismo por um parâmetro sistematizador especificamente jurídico-penal: os fundamentos político-criminais das modernas teorias da pena.”⁵⁵⁶

As normas de cultura são substituídas por critérios político-criminais, adequados ao fim protetivo do Direito Penal: a tutela de bens jurídicos.⁵⁵⁷ Há, como conseqüência, a revisão das categorias dogmáticas do delito e da pena⁵⁵⁸, para serem funcionais nesta missão teleológica destinada ao Direito Penal.

⁵⁵⁴ ROXIN, Claus. *Derecho penal*; parte general. Tomo I, p. 203.

⁵⁵⁵ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*, p. 26.

⁵⁵⁶ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, p. 206.

Quanto à teoria da pena, Roxin sistematiza uma teoria denominada unificadora dialética. Ele afasta a retribuição das finalidades da pena, que permanece com os fins de prevenção geral e especial. Assim, a culpabilidade torna-se apenas o limite da punição: “A culpa não justifica a pena por si só, podendo unicamente permitir sanções no domínio do imprescindível por motivos de prevenção geral e enquanto não impeça que a execução da pena se conforme ao aspecto da prevenção especial.” (ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993, p. 44.).

⁵⁵⁷ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 11 e ss.

⁵⁵⁸ Ele começa estruturando o conceito de imputação objetiva, sendo que a segunda questão abordada se refere à ampliação do conceito de culpabilidade (determinando-se outra categoria do delito: responsabilidade). Assim: ROXIN, Claus. *Derecho penal*; parte general. Tomo I, p. 204 e ss.

Com uma segunda definição conceitual, Jakobs sistematiza um funcionalismo denominado sistêmico. Para ele, não podem existir conceitos concebidos de forma pré-jurídica no Direito Penal. O sistema jurídico os constrói.

Nesta concepção, o rompimento com o finalismo é mais intenso. Jakobs rejeita a validade das estruturas lógico-reais do Direito Penal. Ao repudiar o ontologismo finalista, ele normatiza a dogmática de forma absoluta. A norma se legitima em si mesma, fundamentando o ordenamento jurídico.⁵⁵⁹

Jakobs baseia seu conceito funcional nas idéias sistêmicas de Luhmann, que compreende o sistema jurídico como subsistema incluso no sistema social.⁵⁶⁰ Sustenta-se uma idéia de sistema que tende ao fechamento e que é auto-reprodutor de suas premissas (autopoiético). O subsistema jurídico (dentro do sistema social) teria, então, as mesmas características.

As categorias do Direito Penal são orientadas pelas necessidades funcionais de manutenção, e confirmação, da confiança do sistema social na norma penal que foi violada, mas que permanece intacta.⁵⁶¹ O Direito Penal tem como objetivo, portanto, manter intacto o sistema social.

⁵⁵⁹ “Correlativamente a la ubicación de la infracción de la norma y de la pena en la esfera del significado, y no en la de las consecuencias externas de la conducta, no puede considerarse misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma, debiendo equipararse, a tal efecto, vigencia y reconocimiento. (...). Resumiendo: Misión de la pena es la mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma.” (JAKOBS, Günther. *Derecho penal*; parte general - Fundamentos y teoría de la imputación, p. 13/14).

⁵⁶⁰ Luhmann analisa três níveis de formação dos sistemas. No primeiro, há a discussão sobre o conceito mesmo de sistema. No segundo nível, há a separação entre “macchine” (estruturas), “organismi”, “sistemi sociali” e “sistemi psichici”. Por fim, em um terceiro nível, os sistemas sociais do segundo nível são analiticamente decompostos em suas “interazioni”, “organizzazioni” e “società” (LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali*; fondamenti de una teoria generale. Traduzione di Alberto Febbrajo. e di Reinhard Schmidt. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1990, p. 62).

A sociedade, como tipo particular de sistema social, utiliza a estrutura dos sistemas autopoiéticos (autoreferenziali, na tradução italiana). Trata-se de sistema que se mantém e se reproduz através de suas estruturas: “La teoria dei sistemi autoreferenziali afferma che uno sviluppo di sistemi mediante differenziazione viene posto in essere solo mediante autoriferimento, cioè per il fatto che i sistemi, nella costituzione dei loro elementi e nelle loro operazioni elementari, fanno riferimento a loro stessi (vale dire ad elementi del loro sistema, a operazioni dello stesso sistema, alla sua unità).” (LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali*; fondamenti de una teoria generale, p. 73).

⁵⁶¹ Assim, para Jakobs: “La contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida

Por fim, Zaffaroni propõe uma concepção reducionista do Direito Penal.⁵⁶² De acordo com suas premissas teóricas, evidentemente que a concepção do autor não guarda similitude com os sistemas funcionais anteriormente explicados. Há, todavia, um ponto de ligação com os conceitos apresentados: a existência de uma teleologia no Direito Penal surgida a partir da elaboração político-criminal, e que alcança a dogmática penal.

Zaffaroni não propõe a negação da teoria finalista.⁵⁶³ Há importantes e definitivas contribuições do sistema criado por Welzel, que não foram desconsideradas. O que ele pretende é sustentar uma teoria do delito que supere a incapacidade finalista de produzir uma dogmática penal baseada em valorações político-criminais redutoras da intervenção penal. Todavia, para alcançar seus objetivos, Zaffaroni ainda utiliza o conceito de ação com base na idéia de finalidade e respeito ao ontologismo.⁵⁶⁴

legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas.” (JAKOBS, Günther. *Derecho penal*; parte general - Fundamentos y teoría de la imputación, p. 45).

⁵⁶² É controversa a classificação do sistema doutrinário sustentado por Zaffaroni. Isso, porque o referido autor elabora um sistema denominado funcional-reducionista. Gomes e Molina (GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLO DE MOLINA, Antônio. *Derecho penal*; parte general. V 2, p., 189 e ss.), além de Brodt (BRODT, Luiz Augusto Sanzo. Funcionalismo redutor: perspectiva funcional para a superação do finalismo. In: *Boletim do Instituto de Ciências Penais*, ano VII, nº 95, p. 5, 2009.), entendem que a concepção de delito sustentada por Zaffaroni liga-se ao funcionalismo redutor. O próprio autor, juntamente com Alagia e Slokar, assume expressamente a adoção desta corrente doutrinária (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p. 305.).

Todavia, Zaffaroni ainda utiliza a idéia de finalidade e de ontologismo: “Toda voluntad tiene una finalidad, porque siempre que se tiene voluntad es de algo. Este es un dato de la realidad (óntico).” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p. 315.). Por isso, no que tange ao conceito de ação penalmente relevante sustentado pelo autor, não há afastamento em relação ao finalismo. Assim, segundo Tavares, na doutrina de Zaffaroni existe uma concepção finalista de ação, com características redutoras, no sentido de combater a irracionalidade do *jus puniendi*. (TAVARES, Juarez. *Derecho penal da negligência*; uma contribuição à teoria do crime culposo, p. 64). Portanto, para Tavares, Zaffaroni adota o finalismo.

Com análise diversa, sem as argumentações redutoras antes citadas, Vargas entende que a doutrina de Zaffaroni é finalista de forma ortodoxa (VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal*; parte general. T. I, p. 168.).

⁵⁶³ “Para avançar nessa proposta, convém creditar: ao neokantismo, o adestramento para a fina construção sistemática; ao finalismo, a advertência sobre respeitar o mundo e seus dados; ao funcionalismo, ter assumido sem reboços que os conceitos jurídico-penais são politicamente funcionais. Portanto, a construção redutora não significa uma radical ruptura metodológica com a teoria do delito, mas sim uma via de seu desenvolvimento.” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; *et. al. Derecho penal brasileiro* – II, I, p. 61.).

⁵⁶⁴ Na ação penalmente relevante de Zaffaroni/Alagia/Slokar há a existência de limites ontológicos na elaboração normativa do referido conceito: “No hay, pues, un concepto óntico (real, único) de acción,

Zaffaroni, juntamente com Alagia e Slokar, entende que a dogmática penal deve conseguir minimizar os efeitos da irracionalidade do sistema penal, reduzindo a intervenção punitiva ao mínimo necessário.⁵⁶⁵ As categorias do delito devem ser teleologicamente organizadas para assumirem essas funções político-criminais.

Essa concepção redutora⁵⁶⁶ não adotou as premissas sistêmicas de Luhmann (utilizadas por Jakobs). Ao contrário, vinculou-se à sociologia conflitual, em um Direito Penal antropologicamente direcionado.⁵⁶⁷

pero hay límites ónticos a la construcción jurídico-penal del concepto de acción.” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p. 314). Para eles, o conceito jurídico-penal de ação deve ser concebido de forma a reduzir o âmbito de atuação do Direito Penal, limitando o poder punitivo estatal para eliminar os abusos.

Outra consequência clara desta teoria de Zaffaroni/Alagia/Slokar é a concepção agnóstica/negativa da pena, elaborada diante da deficiência das teorias positivas de sua legitimação. Ele assim afirma sobre o conceito: “obtenido por exclusión y, al mismo tiempo, confesando la imposibilidad de agotar el conocimiento de sus funciones, de modo que tendremos um concepto negativo y también agnóstico.” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p. 55).

⁵⁶⁵ “La teoría del delito, como sistema de filtros que permiten abrir sucesivos interrogantes acerca de una respuesta habilitante de poder punitivo por parte de las agencias jurídicas, constituye la más importante concreción de la función reductora del derecho penal en cuanto a las leyes penales manifiestas.” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p. 288).

⁵⁶⁶ Ou teoria funcional-conflitual, conforme denominação dada por Zaffaroni/Alagia/Slokar (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p. 305.).

⁵⁶⁷ “(...) trocamos o conformismo da sociologia sistêmica pela dinâmica de teorias sociais do conflito, associadas à concepção agnóstica ou negativa da pena, introduzindo assim na construção um dado de validade inquestionável.” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; *et. al. Direito penal brasileiro* – II, I, p. 61.)

Nos anos 50 do século XX, a teoria do conflito foi relançada por pensadores marxistas e não-marxistas. A sociologia rompeu com a idéia de uma sociedade monolítica, verificando os vários grupos que disputam espaço social e poder político. (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 3 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 290.) O conflito pensado pelos teóricos não marxistas – Dahrendorf, Vold e Coser - ainda era sinônimo de funcionalidade, além de assegurar a possibilidade de mudança social (o núcleo de poder central não era inatingível pelas parcelas sociais marginalizadas) (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*; introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999, p. 122 e ss.). Todavia, com a base na doutrina do *labelling approach*, tem-se a passagem para a criminologia crítica. Tratou-se o conflito como luta de classes, provocando a ruptura do pensamento crítico com aquele liberal, que não contesta os processos discriminatórios de seleção de condutas desviadas. No conflito social, está a afirmação pelo poder político-econômico, inatingível por parcelas marginalizadas da sociedade. O crime é o produto histórico e patológico desta confrontação de classes antagônicas, na qual uma se sobrepõe às outras, determinando a seleção dos fatos socialmente desviados. Ressalva seja feita, no sentido de que este estudo, por vezes, se afastou do marxismo ortodoxo, sem perder suas perspectivas críticas. (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 159 e ss.). É o caso de Zaffaroni.

Apesar de inúmeros conceitos adotados por Zaffaroni serem baseados na teoria finalista⁵⁶⁸, verifica-se que ele tem posturas críticas em relação a algumas premissas teóricas da referida doutrina. Isto o leva, sem rompimento radical, a uma concepção teleológica da teoria do delito (como redutor da violência da tutela punitiva), trazendo funcionalidade à dogmática.⁵⁶⁹

Quanto ao neokantismo, Zaffaroni/Alagia/Slokar têm uma posição crítica⁵⁷⁰ que, todavia, não os impede de reconhecerem a necessidade da compreensão valorativa das categorias dogmáticas. Com argumentos axiológicos diferenciados, e afastados do positivismo inspirador do neokantismo, eles assim se manifestam:

La sistemática conceptual del delito asi concebida no puede menos que ser valorativa, en el sentido de que los caracteres deben surgir de la determinación de los criterios para descartar los impulsos punitivos intolerables conforme pautas claras y dadas en cierta orden de prelación que facilite el camino analítico para solución de los casos particulares. (...) ⁵⁷¹

Certo é que, nestes conceitos funcionalistas apresentados (totalmente diversos em suas premissas teóricas)⁵⁷², há claras aproximações com pelo menos um legado neokantista: a necessidade de alguma valoração do injusto penal. Tal influência é a que importa destacar, relevando-se os afastamentos teóricos de outras ordens. Essa constatação, hipoteticamente, autorizaria a utilização do tipo total do

⁵⁶⁸ Veja-se, por exemplo, a adoção do conceito de ação. Há, ainda a aceitação da ortodoxia de Welzel no tratamento do erro jurídico-penal: ambos adotam a teoria extrema da culpabilidade e tratam qualquer erro nas causas de exclusão da ilicitude como erro de proibição indireto. Ainda, pode-se destacar a adoção dos conceitos da antinormatividade e da *ratio cognoscendi*, entre outras aproximações com a doutrina welzeniana.

⁵⁶⁹ BRODT, Luiz Augusto Sanzo. Funcionalismo redutor: perspectiva funcional para a superação do finalismo. In: *Boletim do Instituto de Ciências Penais*, p. 5.

⁵⁷⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p. 262 e ss.

⁵⁷¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p. 306.

⁵⁷² E, inclusive, respeitando-se a divergência doutrinária acerca da classificação mais adequada do sistema adotado por Zaffaroni: finalista, ortodoxo ou redutor (como entende Tavares), ou funcionalista redutor. Certo é que essa definição importa pouco (ou quase nada) ao argumento que se pretende aqui apresentar.

injusto em qualquer dos sistemas penais apresentados, caso assim desejassem seus seguidores.⁵⁷³

Concluindo, em todas as doutrinas penais que foram sistematizadas após o neokantismo, pode-se perceber que há uma preocupação constante e inegável: a necessidade de alguma orientação valorativa na teoria do crime. O injusto penal passou a ser analisado de forma subjetiva e valorado negativamente. Qualquer que seja a relação existente entre tipo e ilicitude, há ao menos uma certeza: ela (a relação anunciada) existe. Seja pela teoria da *ratio cognoscendi*, ou pela teoria da *ratio essendi*, não há doutrina que não realize tal interpretação axiológica. Não mais se sustentou um tipo legal neutro.

O que se argumenta, então, é simples. Havendo tal preocupação valorativa nos diversos sistemas conceituais, não há nenhum empecilho dogmático em se adotar a teoria do tipo total do injusto, colocando a ilicitude em primeiro plano e fazendo sua fusão com o tipo legal. Para tanto, deve-se compreender a centralidade do conceito da ilicitude e admitir-se a teoria limitada da culpabilidade.

Stratenwerth, por exemplo, afirmou que a aceitação da teoria dos elementos negativos do tipo (e, portanto, do tipo total) é muito mais uma questão de conveniência do que de contestação da teoria tripartida do crime.⁵⁷⁴ Todavia, ele opta pela concepção tripartida do delito, por entender que assim se separa mais facilmente o que é irrelevante para o Direito Penal, daquilo que é típico e lícito. Há, na sua doutrina, identidade com o pensamento de Welzel.

A subjetivação do injusto em todos os sistemas penais aqui apresentados, cada qual com suas peculiaridades, autoriza o uso da teoria da *ratio essendi*, inclusive em sua vertente do tipo total (com os elementos negativos do tipo). Fica viabilizada a adoção desta doutrina, como forma de delimitar o sentido proibitivo do

⁵⁷³ Ressalta-se que Zaffaroni (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; *Et. al. Direito penal brasileiro – II, I*, p. 145 e ss.) e Jakobs (JAKOBS, Günther. *Derecho penal*; parte general, p. 192 e ss.) são expressamente contra a doutrina do tipo total do injusto. Já Roxin, conforme se apresentou anteriormente (item 5.2), atualmente adota a teoria da *ratio essendi*, em sua primeira vertente (tipo de injusto).

⁵⁷⁴ Quanto à divergência entre as teorias tripartidas e bipartidas do delito, Stratenwerth afirma: “Ambas concepciones se pueden sostener sin contradicciones lógicas internas, aun cuando esto haya sido discutido una y otra vez. Para la estructura del delito en si misma, la discusión no tiene significación práctica: también la segunda doctrina, como se dijo, los elementos positivos tienen que

tipo legal, com a anterior valoração da ilicitude. Mais do que viabilizar, pensa-se, pode-se afirmar que há a necessidade de assim regular a relação entre o tipo e a ilicitude. Mezger já afirmava que somente a teoria da *ratio essendi* compreende adequadamente a real valoração proibitiva (de ilicitude) no processo legislativo de criminalização de condutas (através da criação de tipos legais).

Resumidamente, em qualquer esquema conceitual adotado, é possível (e recomendável) a utilização da doutrina da *ratio essendi*, especialmente na sua vertente do tipo total do injusto. Conforme se citou no capítulo anterior, autores com diversas posições dogmáticas adotam a teoria da *ratio essendi*, em sua segunda vertente (tipo total do injusto). Vejam-se, por exemplo, os funcionalistas (da vertente teleológico-funcional) Schunemann, Dias e Queiroz. Há, também, os neokantistas Correia, Vargas e Cunha Luna. Lembrem-se, igualmente, os finalistas (não ortodoxos) Reale Jr. e Mir Puig. Há outros tantos autores, frise-se.

Outros penalistas adotam a teoria da *ratio essendi*, mas em sua primeira vertente (com a tripartição do conceito de crime e com o juízo provisório de ilicitude típica). Neste sentido, vejam-se os neokantistas Mezger e Sauer, bem como o finalista Toledo e o funcionalista (da vertente teleológico-funcional) Roxin.

6.2 A aplicação da teoria da *ratio essendi* no momento legislativo: a valoração dos bens jurídicos dignos da tutela penal

A adesão à teoria da *ratio essendi*, com especial aceitação do tipo total do injusto, acarreta uma série de conseqüências na dogmática jurídico-penal. A par de melhor definir a relação entre o tipo legal e a ilicitude, tal doutrina influi em uma série de outras questões teóricas do Direito Penal, tendo aplicabilidades que transcendem a simples definição valorativa do injusto penal.⁵⁷⁵ Vai além, influenciando axiologicamente outros setores da dogmática jurídico-penal. Pode-se afirmar, nesse

ser antepuestos a los negativos. La sucesión de ellos, por tanto, sigue siendo siempre la misma.” (STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal*; parte general I, p. 130.)

⁵⁷⁵ Veja-se, por exemplo, a questão do erro penalmente relevante (conforme apresentado no capítulo V, anterior.).

sentido, que nela há uma argumentação mais adequada à realização dos objetivos da tutela punitiva de um ordenamento jurídico de cunho garantista.⁵⁷⁶ Quer-se demonstrar, nesse sentido, que a teoria ora adotada é bem ajustada a uma fundamentação constitucionalizada do Direito Penal.

Não é temerário afirmar, inclusive, que a doutrina da *ratio essendi* influencia também no âmbito político-criminal.⁵⁷⁷ Por isso, uma atenção especial deve ser dada ao momento de elaboração dos tipos legais.

A construção legislativa das normas é vista por Ripollés como um processo de decisão, que deve se aproximar, na medida do possível, de um modelo racional.⁵⁷⁸ O autor entende que há, entre outros tantos, um objetivo imediato ao se pleitear tal racionalidade. Tal intenção seria definida da seguinte forma:

estar em condições de exercer um controle de legitimidade das decisões legislativas penais. Controle que não deveria se limitar à verificação do cumprimento das formalidades competenciais e seqüenciais previstas na Constituição para a elaboração legislativa das leis pertencentes ao bloco de constitucionalidade ou das práticas sociais consolidadas, mas que deveria sim comprovar se foram

⁵⁷⁶ “‘Garantismo’, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia de sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. É precisamente a garantia destes direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal e o próprio princípio majoritário.” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 271.)

⁵⁷⁷ Por Política Criminal devem-se entender os princípios que orientam a ação política de prevenção e reação ao crime. Tal técnica oferece valores ao legislador/intérprete do Direito, para melhor justificar as escolhas estatais punitivas. Trata-se do poder político de eleger o que é crime e como puni-lo. Nos dizeres de Reale: “O jurídico é, antes de tudo, político, porque fruto de uma tomada de posição diante de um fato social.” (REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 557/560.)

A relação da Política Criminal com o Direito Penal (e também com a Criminologia) deve ser de interdependência. Essas searas do conhecimento têm autonomia de métodos, objetos e fins. Todavia, é importante a constituição de “uma ciência penal global”, conforme sustentam Gomes e Cervini. Eles invocam os ensinamentos de Liszt, para afirmarem que há uma relação de complementaridade entre as ciências criminais, não se justificando o estudo delas em separado (GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado*. 2 ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 26.). Roxin também demonstra como deve ser esta relação: “de todo o exposto fica claro que o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de proveniência lisztiana.” (ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico penal*, p. 20.)

⁵⁷⁸ RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais*; teoria e prática. Tradução de Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 14.

respeitados de forma aceitável ao longo de todo o processo os parâmetros de racionalidade exigidos.⁵⁷⁹

A forma de racionalização do procedimento legislativo adotado por Ripollés é proposta por Atienza. Nela, há dois momentos superpostos. Um primeiro é denominado *plano dinâmico (operacional)*, que deve ser “capaz de descrever e analisar criticamente o concreto funcionamento do processo legislativo.”⁵⁸⁰ O segundo momento é chamado de *prescritivo*, devendo “estabelecer os conteúdos de racionalidade que devem ser necessariamente levados em consideração em qualquer procedimento legislativo.”⁵⁸¹

Através desse controle de racionalidade da produção legislativa, deve ser possível verificar a ilegitimidade de qualquer formulação normativa que não respeite os requisitos, formais e materiais, necessários para a criação racional de uma lei. O que não se deve mais aceitar é que essa verificação fique limitada apenas à interpretação do Direito positivado, no momento de sua aplicação.

Agir assim é desconsiderar a complexidade da formação da vontade legislativa, separando de forma irremediável os momentos de criação e de aplicação das normas jurídicas. Em resumo, o processo de elaboração legislativa das normas jurídicas deve ter um controle valorativo inerente à sua atividade.

No caso específico desse trabalho, quer-se demonstrar como a teoria do tipo total do injusto pode auxiliar na racionalização da atuação legislativa, tipificadora das condutas proibidas/ordenadas. Fica, assim, justificada essa análise a ser agora realizada, em meio a um estudo eminentemente dogmático da teoria do delito (versando sobre o injusto penal).

Conforme sugeriu Ripollés, uma primeira questão deve ser enfrentada: como racionalizar o discurso jurídico-penal? Zaffaroni⁵⁸² entende que deve existir uma coerência na elaboração legislativa da criminalização, com a fundamentação antropológica do argumento político-criminal. Posteriormente, deve ser verificado se

⁵⁷⁹ RIPOLLÉS, José Luis Díes. *A racionalidade das leis penais*; teoria e prática, p. 15/16.

⁵⁸⁰ RIPOLLÉS, José Luis Díes. *A racionalidade das leis penais*; teoria e prática, p. 15.

⁵⁸¹ RIPOLLÉS, José Luis Díes. *A racionalidade das leis penais*; teoria e prática, p. 15.

⁵⁸² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 3 ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1998, p. 16 e ss.

a norma legislada tem efetiva aplicação, por parte dos operadores do Direito. É de se verificar que a perspectiva da racionalidade deve ser enfrentada nessas duas etapas do sistema penal: criação e aplicação do Direito Penal.

Ressalte-se que, quando as construções normativas não preenchem tais requisitos de racionalidade, verifica-se a utilização da legalidade meramente formal para suprir essa ilegitimidade. Entretanto, de acordo com Jescheck⁵⁸³, a norma que respeita o princípio da legalidade apenas no seu aspecto formal⁵⁸⁴ não atende totalmente as necessidades de um Estado Democrático de Direito e não fundamenta axiologicamente as razões legitimadoras da intervenção penal.

Para Ferrajoli⁵⁸⁵, a concepção positivista baseada apenas na legalidade formal fundamenta o Direito confundindo validade com vigência. É necessário, então, também considerar a legalidade no seu plano material.⁵⁸⁶ Como ressalva, pensa-se que respeitar a legalidade material não implica em desconsiderar o seu plano formal. Ao contrário, significa acrescer legitimidade à norma vigente.⁵⁸⁷

Assim, quer-se demonstrar que a construção legislativa dos tipos legais deve levar em consideração determinados critérios político-criminais, para a formulação de uma tutela punitiva garantista e respeitadora da legalidade material. Tais critérios se ligam axiologicamente à verificação de bens jurídicos. Pretende-se demonstrar que a proteção desses valores (expressados pelos bens jurídicos) é a finalidade do Direito Penal, e que a doutrina do tipo total do injusto influencia nessa questão.

Confirmar o acerto das afirmativas feitas no parágrafo anterior é fundamental para a argumentação que ora se pretende construir. Para o pleno acerto da hipótese que se sustenta, deve-se realmente atestar a validade da idéia de que a tutela de

⁵⁸³ JESCHECK, H. H. Tratado de derecho penal; parte general, p. 171.

⁵⁸⁴ Com seus quatro postulados: irretroatividade da lei penal incriminadora; proibição da analogia *in malam partem*; reserva legal; e, ainda, o mandato de certeza, ou de taxatividade.

⁵⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão, p. 76.

⁵⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. *La ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trolha, 1999, p. 67.

⁵⁸⁷ A estrutura da legalidade material (*estricta*, para Ferrajoli), vai além da verificação da boa forma da lei. Vincula-se, formal e materialmente, a valores eleitos, como condição de validade/legitimidade das leis vigentes (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 76.).

bens jurídicos⁵⁸⁸ é a finalidade primeira do Direito Penal. Nesse sentido pensam, entre outros, Vargas⁵⁸⁹, Bruno⁵⁹⁰, Prado⁵⁹¹, Hassemer⁵⁹², Roxin⁵⁹³, Fiandaca e Musco⁵⁹⁴, entre outros. Parece acertada esta idéia, no sentido de tratar a tutela de bens jurídicos como objetivo principal da intervenção punitiva do Estado.⁵⁹⁵

⁵⁸⁸ Para o conceito de bem jurídico-penal, sua evolução e funções, ver Gomes (GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 45 e ss), Navarrete (NAVARRETE, Miguel Polaino. *El bien jurídico en el derecho pena*. Sevilha: Public. de la Universidad, 1974, p. 107), Vargas (VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, 12 e ss.), Tavares (TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en derecho penal*. Traducción de Mônica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 13 e ss.) e Prado (PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 27 e ss.).

Tavares alerta que é praticamente impossível conceituar exaustivamente o bem jurídico (TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función em derecho penal*, p. 15.). Todavia, e resumidamente, tal conceito pode ser dado da seguinte forma: bem jurídico é o conjunto de valores individuais e sociais eleitos pela coletividade, que deverão merecer do Estado uma proteção oficial. São expressões das necessidades de regulação jurídica de condutas, para que o convívio coletivo seja adequado e para que as liberdades individuais sejam garantidas. A doutrina apresenta as concepções sociológicas e constitucionais do bem jurídico, conforme assinala Prado (PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 39 e ss.).

Para a concepção sociológica, em apertada síntese, interessa verificar a dimensão social das necessidades coletivas. Algumas variações conceituais traduzem essa perspectiva sob um contexto sistêmico (a preservação do sistema social fundamenta a legitimidade da punição penal). Por outro lado, a concepção constitucionalista do bem jurídico preocupa-se em sustentar que a Constituição deve determinar os bens jurídicos, como forma de ordenar a tutela protetiva destes valores eleitos, quando necessário. Não se trata, como se poderia pressupor, de questionar a influência social na escolha dos bens jurídicos (preocupação primeira das teorias sociológicas). As teorias constitucionalistas tão somente pretendem trabalhar com estes dados sociais no plano das normatizações (que, obrigatoriamente, devem traduzir estes anseios sociais).

⁵⁸⁹ VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 1 e ss.

⁵⁹⁰ BRUNO, Anibal. *Direito penal: parte geral*. T. I, p. 4.

Considera-se que o autor define a proteção de bens jurídicos como a finalidade do Direito penal. Todavia, como consequência da época em que escreveu suas obras, ele condiciona tal finalidade à idéia de defesa da sociedade (conforme os ditames da escola de defesa social).

⁵⁹¹ PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 25/26.

⁵⁹² HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2005, p. 56.

⁵⁹³ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*, p. 61.

⁵⁹⁴ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale; parte generale*, p. 4

⁵⁹⁵ Embora Welzel, conforme transcrição feita no item 6.1, anterior, entenda que a proteção de bens jurídicos somente tem validade, como finalidade da tutela penal, se representar algo maior: assegurar a validade real de atuação segundo a ordem ético-social sustentada pelo Direito. A proteção de bens jurídicos teria finalidade negativo-preventiva. A função primordial do Direito Penal, para Welzel, é a de manutenção da ordem jurídica, com seus princípios ético-sociais.

Não se pode concordar com esta doutrina eticizante do Direito Penal. Há, contudo, uma justificativa para essa posição de Welzel, conforme afirma Zaffaroni, em prefácio à obra de Tavares (*teoria do injusto penal*): “Welzel elaborou sua tese nos momentos em que ainda não estavam positivados os direitos humanos no plano internacional ou, pelo menos, estes não tinham a força e o

Tavares⁵⁹⁶ tem posição diversa. Para ele, a proteção dos bens jurídicos não funciona diretamente como fundamento da tutela penal. É, antes, limitação da intervenção punitiva, para que sejam respeitados os direitos fundamentais. Para o autor, o conceito de bem jurídico não se confunde com os valores protegidos, com a representação ideal da sociedade, ou com mera relação sistêmica.⁵⁹⁷ É mais. Funciona como delimitação da intervenção punitiva, protegendo a pessoa humana, “que é o objeto final de proteção da ordem jurídica.”⁵⁹⁸

Segundo Tavares, aceitar a função protetiva dos bens jurídicos nos tipos retira dessa categoria dogmática a condição de ser instrumento de garantias, passando a ser mero instrumento de manutenção e reprodução do sistema.⁵⁹⁹ Percebe-se que ele tem um pensamento crítico em relação ao tema, conforme se pode concluir também pela transcrição a seguir:

En realidad, no se puede instituir como presupuesto del tipo la protección del bien jurídico, porque esa protección no posee contenido real. Em primer lugar, no se há demostrado que, efectivamente, la formulación típica de una conducta prohibida proteja un bien jurídico; em segundo lugar, esa protección del bien jurídico funciona apenas como mera referencia formal, sin fundamento material.⁶⁰⁰

Essa posição de Tavares será retomada logo à frente, em virtude da argumentação que aqui se sustenta. Apesar da não concordância com seus argumentos e conclusões, sua doutrina não é de todo contrária à teleologia do Direito Penal que aqui se propõe.

reconhecimento geral que têm na atualidade, (...). As invocações de Welzel à ética mínima, se bem que fossem perigosas, não tinham a intenção de consagrar uma ditadura ética ou moral, mas de encontrar limites ao poder punitivo frente ao legislador.”

⁵⁹⁶ TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función em derecho penal*, p. 83.

⁵⁹⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 179.

⁵⁹⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 180.

⁵⁹⁹ TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función em derecho penal*, p. 12.

⁶⁰⁰ TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función em derecho penal*, p. 12

Zaffaroni/Alagia/Slokar seguem essa mesma linha crítica: “Una cosa es exigir como limite al poder punitivo, que no se considere típica una acción que no lesiona un bien jurídico ajeno, y otra, por entero diferente, deducir de ello que esse bien jurídico está tutelado o protegido por el poder punitivo.” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*; parte general, p. 372)

Outros autores são mais incisivamente contrários à definição do conceito de bem jurídico-penal, ou quanto à sua posição no Direito Penal, que teria como finalidade a proteção desses valores eleitos. Especialmente, pode-se afirmar que Hirsch, Stratenwerth e Jakobs, entre outros, têm esse posicionamento. Cada qual com seu motivo, todos eles apresentam alguma crítica ao tema.

Hirsch, por exemplo, não nega a existência do conceito de bem jurídico, somente não aceitando que a legislação fique vinculada de maneira irrestrita ao referido conceito.⁶⁰¹ Já Stratenwerth entende como “irresolúvel” a tarefa de aportar uma definição aceitável de bem jurídico.⁶⁰² Por fim, com Jakobs se concretiza uma política criminal na qual a questão dos bens jurídicos fica relegada ao segundo plano. A importância do bem jurídico é diminuta, em comparação à necessidade de verificação sistêmica da validade da norma.⁶⁰³

⁶⁰¹ Hirsch, Hans Joachim. *Die aktuelle discussion über den rechtsgutsbegriff*, p. 430 e ss. *Apud* ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*, p. 29.

Roxin cita Hirsch, para esclarecer sua opinião: “não se pode anota que exista interesse geral, que de acordo com seu gênero, deva reivindicar ou não proteção individual.” (p. 29). O conceito de bem jurídico, para Hirsch, serviria apenas para retirar da tutela penal aquilo que é irrelevante para o Direito. Ele usa o princípio da proporcionalidade nessa sua tentativa de limitação da intervenção punitiva. Associa-o ao princípio da subsidiariedade. Assim, concorda-se com Roxin, no sentido de que a posição crítica de Hirsch não é de todo incompatível com a doutrina que sustenta que a proteção de bens jurídicos é a finalidade do Direito Penal (ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*, p. 31).

⁶⁰² ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*, p. 31.

Roxin entende que Stratenwerth defende a punição de condutas que sejam violações meramente morais. Cita, como exemplo, a sugestão, desse autor, de punir a prática de incesto entre adultos (ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*, p. 31.).

⁶⁰³ Jakobs relega a proteção de bens jurídicos a um espaço diminuto nas finalidades do Direito Penal. Ao autor, parece haver um único bem jurídico que deva ser colocado no centro das atenções protetivas: a defesa da ordem normativa do Estado (JAKOBS, Günther. *Derecho penal*; parte general, p. 45. Mais que isso, para ele o Direito Penal “garante a vigência da norma, não a proteção de bens jurídicos” (JAKOBS, Gunther; *et al. Derecho penal e funcionalismo*. Tradução de André Callegari *et al.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 34)

O autor sistematizou um denominado Direito Penal do inimigo, no qual o delinqüente habitual (e perigoso) tem que ser eliminado por ser nocivo à sociedade. A este indivíduo se impõe a eliminação do corpo social: “Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas”. (JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*; noções e críticas. Tradução de André Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 42). Conforme Zaffaroni afirma, com evidente e acertada crítica, “la negación jurídica de la condición de persona al enemigo es una característica del trato penal diferenciado de este, (...)” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, p 21).

No funcionalismo de Jakobs, os problemas ligados ao desvio de condutas são resolvidos com um Direito Penal simbólico. Cidadãos e inimigos: trata-se da fantasiosa e irracional luta do “bem” contra o

Segue-se adiante.⁶⁰⁴ Se é certo que o estudo sobre o bem jurídico deva ser um dos centros das atenções da teoria do delito, é igualmente correto afirmar que o tipo legal de um crime traduz, para o ordenamento jurídico, os valores inerentes a esses bens protegidos (legalidade material). Para Roxin, a proteção de bens jurídicos “não só governa a tarefa político-criminal do Direito penal, mas também a sistemática da teoria do injusto. O Direito penal protege, no marco do alcance de seus tipos penais, os bens jurídicos frente aos riscos não permitidos.”⁶⁰⁵

Os bens jurídicos são tutelados, no Direito Penal, através de uma figura típica. Portanto, a correta compreensão valorativa do tipo legal é de fundamental importância para a definição de uma adequada política criminal, por ocasião da intervenção punitiva estatal.

Constata-se mais. Para o exercício da função de proteção aos bens jurídicos, exige-se que as figuras típicas sejam valoradas com o conteúdo ilícito do Direito. É fundamental, então, que o tipo seja previamente dotado de valoração do caráter proibido da conduta, desde o momento legislativo. Na expressão de Vargas, pode-se afirmar que o Direito Penal, como sistema de tutela de bens jurídicos é, essencialmente, valorativo.⁶⁰⁶

Nota-se que há uma clara implicação da doutrina do tipo total no estudo dos bens jurídico-penais, ficando evidenciada a sua contribuição também no momento de produção legislativa. Certo é que a criação de tipos legais deve considerar as determinações axiológicas da referida teoria.

“mal”. E, pior, tal manipulação social faz com que o simbolismo penal apareça como ilusão populista de resolução certa de conflitos sociais, afastado de qualquer logicidade constitucional. Contudo, segundo Sánchez, “não parece que a sociedade atual esteja disposta a admitir um Direito Penal orientado ao paradigma do ‘Direito Penal mínimo’”. (SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução da 2 ed. espanhola de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 145.)

⁶⁰⁴ A análise definitiva do conceito, e das funções, dos bens jurídico-penais não é objeto de estudo desse trabalho acadêmico. Tais conceitos apenas foram apresentados, de forma descritiva, como referenciais teóricos prévios à argumentação já anunciada, e que se sustenta a seguir: o tipo deve conter prévia valoração proibitiva para conseguir ser instrumento normativo adequado para os bens jurídicos exercerem suas funções no Direito Penal.

⁶⁰⁵ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*, p. 61.

⁶⁰⁶ VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 5.

Para conter uma carga valorativa de tal ordem, o tipo legal não pode ser visto apenas como indício de ilicitude.⁶⁰⁷ Deve ser mais. A proteção aos bens jurídicos, expressada nas diversas figuras típicas legisladas, pode ser considerada a própria razão de ser da ilicitude. A necessidade da intervenção penal, para a proteção desses bens, é determinada e limitada pelo conteúdo valorativo do tipo. Nesse sentido, veja-se a contribuição de Tavares.

a questão da relação entre tipo e antijuridicidade, portanto, deve levar em conta, em primeiro plano, este sentido delimitativo da norma penal, não o sentido de proibição ou de imposição de condutas, mas o sentido de limitação do exercício do poder estatal.⁶⁰⁸

Mesmo com sérios pontos de discordância acerca das funções dos bens jurídicos, admite-se a parcial utilidade dessa citação de Tavares. É que, ao contrário do que pensa o autor (e, também, Zaffaroni), ao se definir a proteção de bens jurídicos como a finalidade do Direito Penal, implicitamente determina-se o alcance da intervenção punitiva, limitando a atuação estatal e respeitando-se os direitos fundamentais protegidos constitucionalmente.⁶⁰⁹ Como antes se afirmou, e com

⁶⁰⁷ Com uma interessante conclusão sobre a questão dos bens jurídicos a serem tutelados pela ordem jurídica, Dias oferece excelente argumento à aceitação da teoria da *ratio essendi*: “Mas assim, contra a idéia de que o tipo descreve só a lesão de um bem jurídico, e a causa justificativa a circunstância de não ser em certos casos proibida essa lesão, haverá a notar que muitas vezes – diríamos mesmo: na generalidade dos casos – o tipo destina-se justamente também a circunscrever positivamente as condições sob as quais a lesão de um substrato de valor é lícita e, desse modo, cumprir a mesma e exacta função que, negativamente, cabe às causas justificativas.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em matéria penal*, p. 84.)

Dias afirma que não ficaria prejudicada a separação entre tipo e ilicitude, no esquema regra-exceção. Todavia, entende que entre os dois conceitos “há uma relação de complementariedade funcional na individualização de um sentido de ilicitude e que, assim, eles se polarizam na unidade dialéctica do problema da ilicitude e só a partir dessa ordem podem ser compreendidos.” (p. 84/85). Resumidamente, ele afasta a possibilidade de adoção da teoria da *ratio cognoscendi* e, pensa-se, implicitamente abre caminho para a possibilidade da adoção da teoria dos elementos negativos do tipo (e o seu tipo total do injusto), não só em alguns casos (como ele argumentou), mas como regra necessária à perfeita construção típica valorada com conteúdo proibitivo.

Corroborando essa conclusão, assim afirma Queiroz: “(...), se o fim do direito penal é a prevenção subsidiária de comportamentos lesivos de bens jurídicos, segue-se a definição legal de crimes, por meio do processo legislativo penal, pressupõe que tais condutas sejam contrárias à ordem jurídica, e não por ela autorizadas, pela lógica razão de que não se pode prevenir, proibindo, aquilo que se permite.” (QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*; parte geral, p. 183/184.)

⁶⁰⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 159.

⁶⁰⁹ Conforme acertadamente afirma: “Definir, ou redefinir, os fins e os limites do direito de punir supõe, portanto, conhecer, antes, os fins e os limites do próprio Estado. E o faz a Constituição Federal, explícita ou implicitamente, fixando as bases e os limites do direito penal, (...)” (QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal*; legitimação versus deslegitimação do sistema penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 122.)

premissas diferentes, pretende-se uma teleologia para o Direito Penal em consonância com as idéias de Tavares e Zaffaroni: limitação do poder punitivo e proteção de direitos fundamentais. Essa é, em síntese, uma das justificativas da teoria do garantismo para a tutela penal.

Conclui-se que a relação entre o tipo e a ilicitude, ao ser definida, tem que se adequar às funções do tipo legal. Somente dessa forma se obterá uma limitação eficiente do poder punitivo estatal. Um tipo neutro de valores, ou meramente indiciário da ilicitude (*ratio cognoscendi*), não consegue exercer a função de regular normativamente a proteção devida pelo Estado aos bens jurídicos eleitos. O conteúdo proibitivo típico, expressão mais perfeita da tutela aos bens jurídicos, fica deficiente (ou inexistente) com a utilização dessas teorias.

Veja-se, por exemplo, a situação dos denominados tipos abertos pensados por Welzel. Neles, não se verifica uma indiciária presunção de ilicitude, por não haver a descrição completa do objeto de proibição, devendo-se complementar a compreensão proibitiva da figura típica com os elementos de dever.⁶¹⁰ Nesses casos, não há como justificar a função típica de proteção de um bem jurídico-penal, posto que não há a verificação adequada e prévia do caráter proibitivo (ilícito) na descrição do objeto da tutela.

Ainda nesse sentido, adotando-se as teorias da neutralidade típica, ou da *ratio cognoscendi*, fica deficiente a análise dos pressupostos mínimos da tutela penal.⁶¹¹ A tipificação de condutas passa a ser legislada com uma concepção de bens jurídicos dissociada da perspectiva garantista desejada. Torna-se um exercício de força, em um Estado policialesco que intervém na esfera de liberdade individual

⁶¹⁰ ROXIN, Claus. *Derecho penal*; parte general. T I, p. 298.

⁶¹¹ Podem-se delimitar as situações de necessária intervenção punitiva com a análise dos pressupostos mínimos para a intervenção penal. Conforme já se apresentou no capítulo II, esses requisitos podem ser divididos em três momentos: análise da dignidade do bem jurídico (se é suficientemente relevante para ser tutelado por meio de intervenção penal) e da ofensividade/lesividade do valor protegido; verificação da necessidade da tutela penal; por fim, discute-se a eficácia e a adequação da intervenção penal (análise da proporcionalidade da intervenção). (BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*, p. 18 e 19.)

Veja-se que a autora separa, mesmo que não determine expressamente, os fundamentos (dignidade do bem jurídico, com a igual análise da ofensividade/lesividade) e os limites (necessidade e eficácia/adequação da atuação punitiva) da intervenção penal. São questões distintas, ambas constitucionais.

sem a preocupação com a necessidade e conveniência das ações punitivas. Falta a esses tipos a legalidade material/estrita. Explica-se.

Ao criar um tipo legal, em um ordenamento jurídico garantista, o legislador deve verificar anteriormente o conteúdo ilícito que a conduta traz dentro da ordem jurídica como um todo. O tipo deve ser legislado com sua definitiva carga de ilicitude. Somente assim se consegue verificar se estão presentes os pressupostos mínimos da tutela penal: dignidade do bem jurídico e a ofensividade/lesividade; necessidade de tutela; e adequação/eficácia da intervenção punitiva.

Isso ocorre exatamente pelo fato de o tipo ser a expressão legal da proteção aos bens jurídicos. A norma penal somente vem afirmar que a conduta previamente proibida (por ser ilícita), merece a intervenção penal em determinadas situações específicas (nas quais existam todos os pressupostos mínimos da tutela penal).⁶¹² Legisla-se o tipo legal a partir da valoração da ilicitude inerente às ofensas aos referidos bens eleitos.

Certo é que a ilicitude somente tem razão de ser na esfera penal porque existe um tipo legal a positivar a proibição da conduta que ofende um bem jurídico. O que ocorre é que a figura típica faz com que a ilicitude, geral a todo o ordenamento jurídico, seja apreciada na esfera penal.⁶¹³ A gravidade da ofensa (ou ameaça de ofensa) a bem jurídico relevante é que vai exigir a proteção penal e, portanto, fazer com que a proibição (ilicitude) seja considerada e tipificada. Dessa forma, o Direito Penal realiza a escolha do objeto de sua tutela.

Diante de toda essa argumentação, pode-se afirmar que tipo e ilicitude se relacionam exatamente por ser, aquele primeiro, expressão da proteção penal aos valores (bens jurídicos). Afirma-se mais: a teoria da *ratio essendi*, especialmente na vertente do tipo total do injusto, determinou o parâmetro correto desta relação. Pode-se, então, aceitar que essa concepção dogmática consegue se adequar à

⁶¹² Todavia, essa afirmação não significa adesão à idéia de que o Direito Penal é meramente sancionador. Não se pode promover um retorno à teoria das normas de Binding. O Direito Penal é sancionador somente em certo sentido. O fato de a ilicitude ser geral a todo o ordenamento jurídico não impede que se crie o objeto da tutela punitiva, a partir dos critérios definidos nos pressupostos mínimos antes citados. Já se sustentou essa posição no capítulo II, com argumentos próprios.

⁶¹³ Neste sentido, também: BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. *Direito penal – parte geral*, p. 49.

fundamentação constitucional do Direito Penal, orientada à proteção de bens jurídicos, tal qual antes se afirmou.

A atual discussão doutrinária acerca da constitucionalização da tutela de bens jurídico-penais guarda contornos interessantes. A par da opção por uma melhor compreensão e respeito aos direitos fundamentais⁶¹⁴, e propriamente pela constitucionalização do Direito Penal⁶¹⁵, verifica-se um movimento expansionista⁶¹⁶ da intervenção punitiva, nem sempre respeitosa à fundamentação constitucional.

Ocorre que, em oposição a este discurso expansionista, ainda há espaço no Direito Penal para uma argumentação de ordem constitucional, sob pena de se transformar a intervenção estatal em um instrumento punitivo autoritário. É o que se convencionou denominar *Teoria do Garantismo Penal*.⁶¹⁷

⁶¹⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 20 e ss.

Não importa, aqui, diferenciar as diversas doutrinas dos direitos fundamentais. Certo é que há uma preocupação, com variadas vertentes teóricas, quanto à questão da sua efetivação. Apenas como ilustração, apresenta-se a seguinte divisão: entre as doutrinas subjetivistas, estão os jusnaturalistas deontológicos (Locke, Kant e Hobbes) e os neo-contratualistas (Rawls e Dworkin); com idéias transsubjetivistas, tem-se o objetivismo axiológico e o não-axiológico (positivismo, funcionalismo sistêmico); por fim, entre os intersubjetivistas, estão os procedimentalistas (Habermas, por exemplo). (SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*, p. 20 e ss.).

⁶¹⁵ SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2004, p. 96/97.

⁶¹⁶ Houve uma mudança considerável nas premissas sociais que requisitam a intervenção punitiva estatal. As proteções a bens jurídicos adquirem novos contornos à medida que se constata a existência de uma sociedade de maiores riscos. (GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do direito penal tradicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 27 e ss.). Como antes já anunciado (no capítulo IV), há uma gradual substituição dos conflitos individuais por outros, de ordem supra-individual. Tem-se a verificação de maiores riscos ao convívio coletivo (endógenos e exógenos em relação à atuação humana). É evidente que a constatação de riscos maiores influi diretamente na tutela penal, fazendo surgir uma intervenção punitiva prevençãoista e que tende a se afastar do marco da ofensividade. O bem jurídico, igualmente, desloca suas atenções à coletividade (direitos difusos e supra-individuais). Neste contexto social é que surgem as proteções penais especiais: economia, meio ambiente, consumidor, bioética, etc.

Além disso, percebe-se certa seletividade na intervenção social, que se mascara em um simbolismo normativo. (GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *O direito na era da globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 85 e ss.). O sistema punitivo tradicional perdeu espaço para uma intervenção agressiva e, não raras vezes, afastada da legitimação constitucional. O Direito Penal do Inimigo, de Jakobs, se encaixa nessas características. Mais que isso, anuncia-se a existência de “*Direitos Penais*” de várias velocidades (SÁNCHEZ, Jesus Maria Silva. *A expansão do direito penal*, p. 25.): para os cidadãos há garantias constitucionais e, para os inimigos da sociedade, há uma intervenção cerceadora de direitos e garantias fundamentais.

⁶¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 23 e ss.

Sob esta perspectiva, o estudo dos bens jurídicos oferece sólida base teórica para qualquer pesquisa que se desenvolva acerca da teoria geral do delito. Consequentemente, torna-se igualmente importante a análise das funções típicas (e das suas relações com a ilicitude). Novamente, pode-se perceber a importância da adoção da teoria do tipo total do injusto.

A tutela penal de bens jurídicos deve restar limitada e, o que é mais importante, fundamentada pela Constituição.⁶¹⁸ Somente assim eles cumprem suas funções de fundamentar (e limitar) a intervenção punitiva, protegendo direitos fundamentais através da valoração prévia de ilicitude constante nos tipos legais. Tavares é explícito nesse sentido:

se seguirmos nossa proposta de elaboração de uma teoria do injusto, de modo que, numa primeira fase, devam ser questionados o tipo de injusto e os preceitos autorizadores da conduta, em face dos direitos fundamentais, o tipo não pode mais desempenhar o papel de indício de antijuridicidade.⁶¹⁹

Não é momento de se delimitar qual a natureza da relação entre Constituição e Direito Penal (controle negativo ou positivo)⁶²⁰, ou ainda de se definir qual teoria do

⁶¹⁸ ROXIN, Claus, *Culpabilidad Y prevención en derecho penal*, p. 16.

Insiste-se que tal conclusão não retira o caráter constitutivo do Direito Penal (conforme já explicado anteriormente). Não se concorda com a idéia meramente sancionatória do ordenamento penal.

⁶¹⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 161.

⁶²⁰ Para a primeira corrente doutrinária, a Constituição apenas limita negativamente o Direito Penal. O Estado é livre para incriminar condutas, mesmo que os valores a serem protegidos não tenham sido reconhecidos pela Constituição, que serve como parâmetro limitador da norma. Porém, não exaure as possibilidades de proteção penal unicamente aos bens jurídicos nelas elencados. A norma incriminadora só não pode confrontar a Constituição, que não consegue enumerar todos os bens jurídicos passíveis de proteção pelo ordenamento jurídico-penal (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, p. 95.). Para Gomes é a corrente teórica dominante: “a atual e majoritária tendência doutrinária (trend) não se centra, como vimos, na exigência de que o bem jurídico em Direito penal deva ter necessariamente relevância ou plasmação constitucional expressa.” (GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*, p. 96).

A segunda corrente entende que a Constituição exerce limite positivo no Direito Penal (PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 59.). O legislador somente pode criminalizar a ofensa aos bens jurídicos que estiverem valorados na Constituição, que deve elencar programaticamente valores a serem respeitados, inscrevendo-os entre as proteções que ordena à norma infraconstitucional. O que ocorre, apenas, é que as formas de agressão aos valores constitucionais protegidos normalmente não são previstas neste mesmo instrumento normativo. Isto é tarefa tipificadora do Direito Penal.

Alguns autores, nesta perspectiva constitucional, entendem que a tutela penal pode recair igualmente sobre bens jurídicos que implicitamente estejam na órbita protetiva constitucional (CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Editora da Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 208). Todavia, há

bem jurídico deve ser adotada (sociológica, constitucional, etc.). É momento, todavia, de se concluir que a discussão constitucional da tutela penal deve ser direcionada à proteção de bens jurídicos.

Igualmente, é tempo de se definir que somente com a valoração do tipo legal, nos parâmetros definidos pela *ratio essendi* (e pelo tipo total do injusto), é possível determinar a racionalidade legislativa deste Direito Penal constitucionalizado e garantista, baseado na proteção aos bens jurídicos.

Pode-se afirmar mais: a intervenção punitiva que não seja legislada com respeito a tais premissas não adquire legitimidade (legalidade material). Sem a valoração da ilicitude na construção dos tipos legais, fica prejudicada a racionalidade do processo legislativo. Volta-se à advertência inicial de Ripollés.

Há uma última lembrança a ser feita, ainda referente aos pressupostos mínimos da tutela penal. Mesmo verificando a ilicitude existente, o legislador não deve tipificar automaticamente todas as condutas que sejam ofensivas aos valores tutelados. A ordem constitucional determina que haja intervenção penal quando existir necessidade de proteção de bens jurídicos relevantes (fundamento para a intervenção), desde que haja proporcionalidade e ofensa considerável aos bens protegidos (limite a esta intervenção). Confere-se ao Direito Penal um caráter subsidiário e garantidor das liberdades individuais.

6.3 A aplicação da teoria da *ratio essendi* no momento judicante

Uma última abordagem deve ser feita, ainda em defesa da teoria da *ratio essendi*, com especial adesão à sua segunda vertente (tipo total do injusto). Novamente com a intenção de demonstrar a influência da teoria escolhida nos diversos setores das ciências penais, quer-se apresentar as possibilidades de sua utilização no momento de aplicação judicial do Direito.

uma dificuldade de definir a existência implícita de um determinado valor constitucional em cada tutela punitiva. Em uma reflexão mais apurada, verifica-se que toda discussão jurídica pode ser fundamentada implicitamente com valores constitucionais. Não é tal conclusão que deve ser retirada da proposta do controle positivo do Direito Penal pela Constituição, salvo melhor juízo.

É necessário oferecer ao Poder Judiciário as possibilidades da dogmática, de forma a tornar o processo penal um instrumento capaz de interferir mais eficazmente na realidade criminógena. Certo é que o Direito Penal tem que deixar de ser uma "ciência de sala de aula", para se tornar efetivamente finalístico, possibilitando que o conhecimento teórico obtido possa, e deva, ser aplicado à realidade "extra-muros", fora do meio acadêmico.

Entender os movimentos político-criminais que se formaram em torno das idéias de prevenção e repressão à criminalidade é de fundamental importância para a compreensão da questão criminal. Da mesma forma, conhecer (e aplicar) os conceitos dogmáticos do Direito Penal é igualmente fundamental para esta operacionalização da tutela penal. Busca-se, em resumo, uma eficaz intervenção do profissional do Direito na questão criminal.

Sustenta-se a necessidade de uma ciência penal global, na qual os conceitos da criminologia passem pela valoração da política criminal, para atingirem os momentos legislativos e judicantes (do Direito Penal e do Direito Processual Penal), finalizando com a execução da punição penal. O jurista que compreender todas estas etapas estará mais apto a interferir na realidade social de forma adequada. Fica, assim, novamente justificada a abordagem que se segue, em meio a um trabalho eminentemente dogmático (versando sobre a teoria do injusto penal). Quer-se, aqui, demonstrar que o conhecimento teórico do Direito Penal é, com certeza, um diferencial qualificador ao operador jurídico.

O devido processo legal⁶²¹ é uma garantia individual inafastável. Especialmente no processo penal, é inadmissível uma condenação que seja obtida de outra forma. Todavia, tal princípio constitucional não esgota as possibilidades, e

⁶²¹ A tensão dialética que surge do conflito entre o poder punitivo estatal, e a necessidade de garantias individuais do indivíduo é resolvida com a adoção de um modelo constitucional de Processo Penal (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 11 e ss.). A defesa da liberdade do cidadão, contra o abuso do Estado, deve entrar em equilíbrio com a necessidade de tutela dos interesses coletivos no exercício do *jus puniendi*. Assim, entre os princípios constitucionais, um se destaca: "ninguém, será privado de sua liberdade sem o devido processo legal" (Art. 5º. XXXV, da Constituição Federal de 1988). Deste princípio se deduzem outros tantos: *a legalidade, o juiz natural da causa, o contraditório e a ampla defesa, o estado de inocência*, etc. Quando este princípio atua na seara criminal, Tucci o denomina *devido processo penal*, especificado nas seguintes garantias: *acesso à Justiça Penal; existência do Juiz Natural da causa; e tratamento paritário das partes* (TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal; jurisdição, ação e processo penal* (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 207/208.).

muito menos as necessidades, de adequação da aplicação do Direito ao momento legislativo anterior, e mesmo às orientações teóricas da Ciência do Direito Penal.

De nada adianta o respeito ao devido processo legal, se não há a correta aplicação judicial do Direito Penal material.⁶²² Há uma necessária preocupação com a correição da condução dos processos, em respeito às garantias individuais advindas da Constituição. Todavia, deve haver igual preocupação quanto ao acerto material das decisões judiciais, levando-se em consideração as teorias desenvolvidas no âmbito da dogmática penal.

Percebe-se, na prática judiciária, uma precariedade argumentativa quanto à análise da teoria do delito, notadamente na conceituação do injusto penal. Há uma especial dificuldade de compreensão da relação valorativa existente entre a ilicitude de uma conduta e a figura típica correspondente. Em geral, os aplicadores do Direito Penal não têm maiores preocupações com a abordagem dogmática desses institutos. Há um déficit operacional nesse sentido, ao não se correlacionar adequadamente a prática jurídica com a teoria correspondente.

É nesse sentido que se pretende demonstrar a viabilidade da utilização da teoria da *ratio essendi* no momento judicante, tal como se fez em relação ao momento legislativo tipificador.

Quer-se demonstrar as possibilidades da dogmática penal na atuação judicial. Especialmente, pretende-se mostrar a aplicabilidade do conceito do tipo total do injusto (e dos elementos negativos do tipo), realizando uma aproximação entre a teoria jurídica e a prática judicante.

⁶²² Há uma evidente relação de autonomia entre o Direito Processual e o Direito material. Todavia, é igualmente clara a noção de instrumentalidade processual, com respeito incondicional às garantias fundamentais da Constituição. Processo está a serviço do Direito Penal, ressalvadas as conquistas científicas e a independência dogmática de ambos os ramos do saber jurídico. São essas as palavras de Lopes Jr.: “a autonomia extrema do processo com relação ao direito material foi importante no seu momento, e, sem ela, os processualistas não haveriam podido chegar tão longe na construção do sistema processual. Mas isso já cumpriu com sua função. A acentuada visão autônoma está em vias de extinção e a instrumentalidade está servindo para relativizar o binômio direito-processo, para a liberação de velhos conceitos e superar os limites que impedem o processo de alcançar outros objetivos, além do limitado campo processual.” (LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Volume I. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 26/27.)

6.3.1 A questão do ônus da prova e a teoria do tipo total do injusto

Uma primeira (e fundamental) demonstração da importância prática do conceito do tipo total do injusto se revela na definição do ônus probatório no processo penal. Aqui, uma primeira ressalva deve ser feita: cabe ao órgão acusador⁶²³ provar autoria e materialidade de um delito.⁶²⁴ Somente assim é possível existir condenação criminal, depois de uma devida instrução de culpa.

Pode-se afirmar que a teoria da *ratio cognoscendi*, indiretamente, traz como consequência um empobrecimento da análise concreta do caráter ilícito de uma conduta. Com ela, produz-se uma prática acusatória que se afasta dos parâmetros de um devido processo legal, respeitador das garantias constitucionais. Ao contrário, a teoria da *ratio essendi* (especialmente na vertente do tipo total do injusto) é capaz de regular de forma adequada essa situação.

Normalmente a discussão central de uma acusação judicial gira em torno da verificação formal dos elementos constituintes da figura típica que descreve a conduta hipoteticamente cometida pelo acusado. Autoria e materialidade do crime, de forma geral, ficam condicionadas à comprovação do tipo⁶²⁵, com seus elementos

⁶²³ Ministério Público, nas ações penais públicas (incondicionadas e condicionadas), e Querelante, nas ações penais privadas. Tudo conforme o artigo 100, do Código Penal brasileiro, e os artigos 24 e ss., do Código de Processo Penal brasileiro.

⁶²⁴ Conforme afirma Badaró: “(...), caberia ao Ministério Público ou ao querelante provar os fatos constitutivos do ius puniendi que, no caso, seriam: a conduta típica, incluindo os elementos subjetivos do tipo penal, bem como a autoria. Em outras palavras, à parte acusadora caberia provar a existência do crime, incluindo o dolo ou a culpa, e a sua autoria.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 259.)

⁶²⁵ Pacelli discorda dessa idéia: “(...) os exames da tipicidade e da ilicitude do fato não dizem respeito à matéria de prova. Cuida-se, ao contrário, de mero juízo de abstração, de valoração do fato (existente ou não) em relação à norma penal.” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13 ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p. 348.)

Não se concorda com essa advertência de Pacelli. É evidente a diferença entre o fato concreto processualmente imputado ao acusado e a sua abstração típica, oriunda do Direito Penal. Não se questiona isso. Todavia, quando se produz prova quanto ao fato ocorrido, há a conseqüente incidência da norma penal que tipificou essa conduta determinada, de forma abstrata. Assim, ao se reconstituir um fato concreto praticado, demonstra-se a existência concretizada de uma figura típica. Portanto, conclui Badaró, é necessário “analisar também o fato sob (sic) no enfoque do direito penal.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*, p. 302.). A ilicitude, por mais óbvio ainda, é objeto de prova. Para se obter tal conclusão, basta verificar a distribuição do ônus probatório quanto às excludentes de ilicitude.

objetivos, subjetivos⁶²⁶ e normativos. Descreve-se um tipo meramente indiciário da ilicitude, com suas características formais. Presume-se a existência da ilicitude, indiciariamente: se há tipo legal, provavelmente haverá ilicitude, salvo se houver causa de exclusão de ilicitude. Trata-se da, já considerada deficiente, idéia da regra-exceção na valoração da ilicitude no injusto. Gomes e Molina ilustram essa preocupação, partindo da concepção meramente formal de ilicitude:

Coerente com essa construção é o entendimento de que o tipo penal é mero indício da antijuridicidade. No dia-a-dia forense, em consequência, o órgão acusador não se preocupa com nada mais que demonstrar os requisitos típicos formais do fato. Demonstrada a tipicidade nestes termos literais ou formais, automaticamente já se admite que o fato é antijurídico, salvo se o acusado comprovar uma causa de exclusão da ilicitude. Essa é uma visão acentuadamente formalista do injusto penal e do Direito penal. Significa ver a norma penal como se fosse qualquer outra norma administrativa ou militar.⁶²⁷

Ressalte-se que, tradicionalmente, entende-se que o ônus probatório de uma causa de justificação compete ao acusado, por se tratar de fato modificativo.⁶²⁸ Repete-se que, para o órgão acusador, bastaria afirmar a existência de um tipo penal e, indiciariamente, a ilicitude restaria provada. Caberia ao acusado demonstrar que a ilicitude, meramente presumida a partir da existência de uma figura típica, estaria afastada por alguma excludente (legítima defesa, estado de necessidade,

⁶²⁶ É obrigação da acusação comprovar o dolo e a culpa também. Contudo, vê-se claramente que a dificuldade probatória do dolo faz com que este elemento subjetivo do tipo seja presumido. Contra tal prática se manifesta Badaró: "(...), se é verdade que na investigação da subjetividade do agente, o fato externo é que indica o elemento interno, isto não quer dizer que o dolo possa ser presumido. O juiz deverá se convencer do dolo, ainda que, para tanto, deva se basear em elementos subjetivos." (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*, p. 307.). Sobre o tema, assim também afirma Pacelli: "(...) a prova do dolo (...) e dos elementos subjetivos do tipo (...) são aferidas pela via do conhecimento dedutivo, a partir do exame de todas as circunstâncias já devidamente provadas e utilizando-se como critério de referência as regras da experiência comum do que ordinariamente acontece. É a via da racionalidade." (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, p. 348.).

⁶²⁷ GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Direito penal*; parte geral. V 2, p. 200.

⁶²⁸ "Aproveitando a estratificação do conceito de crime, em elementos analíticos, os autores brasileiros classificam a tipicidade da conduta, como fato constitutivo do delito; a exclusão da ilicitude, como fato modificativo; a exclusão de culpabilidade como fato impeditivo; a inexistência da infração, a prescrição, a decadência, o casamento com a ofendida, o pagamento do tributo (...), como fatos extintivos do crime." (MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *Do julgamento do fato incerto na ação condenatória*; imposição do ônus da prova para o órgão de acusação. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2006, p. 149.)

etc.). Tudo em conformidade com a teoria da *ratio cognoscendi*, que define inadequadamente a relação entre tipo e ilicitude.

Nesse cenário processual aqui descrito, compete ao acusado o ônus de provar, se quiser (e conseguir), uma causa de justificação para a sua conduta, diante de uma situação típica que somente indiciariamente teve a ilicitude presumida. Deve-se provar contrariamente algo que fica somente no plano dos indícios (a ilicitude, na teoria da *ratio cognoscendi*).

Mais que isso, a citação de Gomes e Molina, antes apresentada, descreve a existência habitual de outra prática ainda mais perigosa. Eles sustentam que existe uma equivocada idéia de que, à acusação, bastaria a descrição formal de um tipo legal para a comprovação da autoria e da materialidade do delito. Pior é se esta prática corroborar, posteriormente, uma condenação criminal. Pode-se afirmar que, a par de ofender a constitucionalidade do devido processo legal (ofendendo ao contraditório e à ampla defesa), tal postura acusatória ofende a própria dogmática penal (desconsiderando a teoria da *ratio essendi*).

Realmente, essa forma de se imputar um crime ao acusado traz uma completa agressão ao seu exercício defensivo amplo.⁶²⁹ Pensa-se que a adoção da teoria do tipo total do injusto poderia auxiliar a construção de um argumento mais respeitador ao devido processo legal. Nesses termos, como deveria ser o procedimento de imputação de culpa a alguém, por um fato delituoso? Em outras palavras, como deveria ser o ônus probatório no processo penal?

Ao oferecer acusação contra uma pessoa, insiste-se, deve-se descrever a figura típica para a futura comprovação da materialidade e a autoria dessa conduta descrita.⁶³⁰ Mais que isso, deve-se demonstrar a inexistência de excludentes de ilicitude na conduta praticada pelo agente. Elas deixariam de ser fatos impeditivos e passariam a ser fatos constitutivos, tratadas como elementos negativos do tipo

⁶²⁹ Garantia inscrita no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

⁶³⁰ Veja-se, nesse sentido, a literalidade do artigo 41 do Código de Processo Penal: “A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.”

penal. Não se pode conceber que o caráter proibido de uma conduta típica esteja meramente presumido em virtude de uma pretensa natureza indiciária da ilicitude, dada pelo tipo. É insuficiente. Fazer contra-prova de algo que foi meramente indiciado é absolutamente inadequado.⁶³¹

A comprovação expressa da ilicitude deve ser atribuição inerente à atividade acusatória, juntamente com os demais requisitos do tipo.⁶³² Resumidamente, a análise do tipo de um crime, por parte do órgão acusador, não deve se limitar à verificação dos seus elementos positivos formais.

Deve-se verificar, ainda, se a sua proibição, que é pré-existente à própria tipificação, está presente na conduta concretizada.⁶³³

Dessa forma, entrega-se o ônus probatório da ilicitude à acusação. Não se pode aceitar a prova apenas dos indícios da proibição, através da mera verificação formal da figura típica. Ao contrário, faz-se necessário analisar concretamente se a imputação de determinada conduta já traz em si a definitiva carga de ilicitude exigível para ser considerada típica e, portanto, ser atribuída a alguém. Os elementos positivos e negativos (que devem estar ausentes) do tipo devem ser provados pela acusação.⁶³⁴ Somente assim se pode comprovar corretamente a materialidade típica da conduta, formando o injusto penal.

⁶³¹ “Isso significa que incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação.” (LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V I, p. 504.)

⁶³² Não pode ser aceita a tradicional idéia de que esse é um ônus da defesa. Mais ainda, não se deve usar, nesse sentido, o argumento do artigo 397, do Código de Processo Penal: “Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz absolverá sumariamente o acusado quando verificar: I – a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; (...)”

Certo é que esse artigo, antes citado, não relativiza a obrigação de o acusador provar a ilicitude do fato. Tal dispositivo legal apenas faculta à defesa do acusado pedir a antecipação da sua absolvição (nesse caso específico, em virtude da manifesta constatação de excludente de ilicitude), evitando-se a instrução criminal. Todavia, essa situação em nada altera o que aqui se sustenta. Para o oferecimento da denúncia/queixa-crime, basta a justa causa, com seus indícios suficientes para a inicialização da ação penal. Contudo, uma sentença condenatória deve se basear na prova definitiva da existência do delito (comprovando-se, entre outros, a tipicidade, com seus elementos positivos e negativos). E esse ônus probatório deve ser cumprido por quem fez as alegações acusatórias.

⁶³³ Evidentemente, esse deve ser o mesmo caminho a ser seguido pelo magistrado, por ocasião de sua avaliação da prova, a fim de sentenciar o acusado.

⁶³⁴ Assim afirma Badaró, escrevendo sobre o tipo total e o ônus da prova: “Para esta teoria, as excludentes de ilicitude integrariam o tipo penal, razão pela qual deveriam ser concebidas como integrantes do fato constitutivo do direito de punir invocado pelo autor e não como fato impeditivo de

A imputação de uma conduta a um acusado deve levar em consideração, então, a teoria da *ratio essendi*. Sustenta-se mais, no sentido de que deve ser utilizada a sua segunda vertente, com o uso do tipo total. Dessa forma, as atividades acusatórias e judicantes (com o provimento final) tornam-se compatíveis com o devido processo legal, no sentido de somente se imputar um delito a alguém se houver efetiva materialidade (e autoria) da prática criminosa.

Devem ser afastadas todas as presunções de ilicitude, determinadas pela adoção da teoria da *ratio cognoscendi*. Certo é que não se pode repassar ao acusado um ônus probatório que deve ser do acusador. Não se pode permitir que alguém (acusado) tenha a obrigação de provar, por exclusão, algo que foi meramente indiciado pela acusação (com a descrição formal de um tipo legal). A idéia é, portanto, inverter o ônus da prova da ilicitude e de sua exclusão: ao invés de se presumir a ilicitude, por estar indiciada em virtude da comprovação da conduta típica, passa-se ao acusador o ônus de provar a ilicitude típica.

Mas, há perigo de se inviabilizar a prática judicial, com tal argumentação? É plausível tal preocupação, sob o ponto de vista da operacionalização da produção probatória? E, ainda, como o órgão acusador poderia provar a ilicitude, nos termos aqui sugeridos (com a teoria do tipo total)?

Como já se afirmou, é necessário que exista a determinação de autoria e materialidade para a imputação de um injusto penal a um acusado. Para uma condenação, necessita-se, ainda, verificar a culpabilidade dessa pessoa, realizando-se um juízo adequado de censura.

Essa determinação de autoria e materialidade não pode ficar restrita à descrição típica formal e deve se ligar à igual determinação do conteúdo de ilicitude incluso nesse fato típico (aos moldes do tipo total do injusto). É ônus do acusador, factível de ser cumprido, como se demonstrará. Ao acusado, caso queira contestar esta tipificação que lhe foi imputada (já com a carga definitiva de ilicitude), deverá desconstituir a concreta prova produzida contra si. Poderá atacar, no âmbito do

tal direito. Consequentemente, no campo da distribuição do ônus da prova, por se tratar de elementos negativos do tipo penal, as excludentes de antijuridicidade deveriam ser provadas pelo Ministério Público e a dúvida sobre a sua existência seria resolvida em favor do acusado.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*, p. 313.)

injusto penal, qualquer elemento do tipo legal, inclusive alegando uma causa de justificação (como um elemento negativo do tipo).

Voltando à indagação anterior, como o órgão acusador conseguirá provar a ilicitude inclusa na figura típica? Volta-se, aqui, aos argumentos do item anterior deste capítulo, no qual se apresentou a correta técnica de legiferação de tipos legais de crimes. Ali está a solução para esta dúvida.

Faz-se necessário explicar, antes, que se utiliza o conceito material de ilicitude, para se obter os resultados pretendidos nessa argumentação. Para se demonstrar o caráter ilícito de uma conduta, deve-se atentar para a sua contrariedade em relação à norma e, também, à ofensa ao bem jurídico tutelado.

O acusador, então, deve realizar três análises nesta produção probatória que seja respeitosa à doutrina do tipo total do injusto. Primeiramente, verifica-se a parte positiva da figura típica, com seus elementos objetivos, subjetivos e normativos. Após, investiga-se a ausência dos elementos negativos do tipo (as causas de justificação). Como argumentado no capítulo anterior, apenas por uma questão estilística é que o legislador não colocou, individualmente, em cada tipo legal a advertência de que a conduta descrita é típica, salvo se houver alguma causa de justificação. Todavia, o operador do Direito deve realizar essa análise de afastamento dos elementos negativos do tipo em cada imputação que realizar concretamente. Deve fazer isso em cada acusação realizada.

Por fim, como terceira análise, o acusador deve fazer prova da ofensa (ou ameaça) ao bem jurídico tutelado naquela conduta típica supostamente praticada pelo acusado. Como se afirmou, adota-se a concepção material de ilicitude, que leva em consideração a violação dos bens jurídicos tutelados pelo Estado. Volta-se ao argumento do item anterior deste capítulo, no sentido de sustentar que o cerne da proteção típica liga-se à discussão sobre os bens jurídicos. Repete-se que a tutela de um valor proibido tipicamente é a razão de ser da ilicitude.

Dessa forma, é plenamente factível produzir-se prova da existência real da ilicitude típica, pelo órgão acusador. Há meios operacionais para tanto. Assim, sustenta-se que a teoria da *ratio essendi*, com seu tipo total do injusto (e seus elementos negativos do tipo), deve ser aplicada no momento judicante para regular

adequadamente o ônus probatório da autoria/materialidade de uma conduta, bem como de seu caráter ilícito.

6.3.2 Outras aplicações da teoria do tipo total do injusto no momento judicante

A questão da distribuição do ônus probatório entre as partes processuais é somente uma aplicabilidade da teoria do tipo total do injusto no processo penal. Talvez seja a mais importante, frise-se. Contudo, outras questões podem ser correlacionadas a esta teoria da dogmática penal.

Pensa-se, por exemplo, que a teoria do tipo total impede o oferecimento da denúncia/queixa-crime, caso não se comprove efetivamente a ilicitude típica (afastando-se do mero indiciamento proposto pela teoria da *ratio cognoscendi*): se não se consegue demonstrar a proibição da conduta (sua ilicitude), há a sua atipicidade em virtude de uma causa de justificação e ação penal subsequente careceria de uma condição: justa causa para a ação penal.

Outros exemplos da aplicabilidade processual da teoria do tipo total do injusto se relacionam com a questão do bem jurídico-penal. Conforme se sustentou no item anterior, tais questões são ligadas à valoração da proibição e, portanto, ao conteúdo de ilicitude do tipo legal. Assim, a adoção daquela teoria resolveria melhor os problemas concretos envolvendo os princípios da insignificância e da lesividade/ofensividade. Tais princípios ainda são analisados casuisticamente, conforme o grau de conservadorismo dos Tribunais.

Exemplificativamente, veja-se como o Supremo Tribunal Federal (STF) tem analisado o princípio da insignificância no furto (artigo 155 do Código Penal). Em um primeiro julgado, concede-se aplicação ao referido princípio, relevando-se critérios objetivos, conforme os próprios termos do voto assinalam:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE FURTO. CRIME IMPOSSÍVEL, FACE AO SISTEMA DE VIGILÂNCIA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL. INOCORRÊNCIA. MERCADORIAS DE VALOR INEXPRESSIVO.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. 1. O pleito de absolvição fundado em que o sistema de vigilância do estabelecimento comercial tornou impossível a subtração da coisa não pode vingar. As pacientes poderiam, em tese, lograr êxito no intento delituoso. Daí que o meio para a consecução do crime não era absolutamente ineficaz. 2. A aplicação do princípio da insignificância há de ser criteriosa e casuística, tendo-se em conta critérios objetivos. 3. A tentativa de subtração de mercadorias cujos valores são inexpressivos não justifica a persecução penal. O Direito Penal, considerada a intervenção mínima do Estado, não deve ser acionado para reprimir condutas que não causem lesões significativas aos bens juridicamente tutelados. 4. Aplicação do princípio da insignificância justificada no caso. Ordem deferida a fim de declarar a atipicidade da conduta imputada às pacientes, por aplicação do princípio da insignificância. (STF, HC 97129, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 11/05/2010, DJe-100 DIVULG 02-06-2010 PUBLIC 04-06-2010 EMENT VOL-02404-02 PP-00300)

Em outro voto, no mesmo STF, utiliza-se um critério subjetivo (reincidência), equivocadamente vinculado a um argumento objetivo, para não se reconhecer a insignificância da conduta do acusado. Nesse acórdão, a discussão equivocadamente se afasta do injusto penal (e dos pressupostos mínimos da tutela penal), deslocando-se para a culpabilidade do agente, posto que a avaliação de uma maior necessidade de censura (pela reincidência) impede o reconhecimento do princípio em questão:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. TENTATIVA DE FURTO. ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INVIABILIDADE. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. REINCIDÊNCIA. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. 2. O princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal. 3. Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato - tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada. 4. No caso dos autos, em que o delito foi praticado com a invasão do domicílio da vítima, não é de se desconhecer o alto grau de reprovabilidade do comportamento do Paciente. 5. A reincidência, apesar de tratar-se de critério subjetivo, remete a critério objetivo e deve ser excepcionada da regra para análise do princípio da insignificância, já que não está sujeita a interpretações

doutrinárias e jurisprudenciais ou a análises discricionárias. O criminoso reincidente apresenta comportamento reprovável, e sua conduta deve ser considerada materialmente típica. 6. Ordem denegada. (STF, HC 97772, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 03/11/2009, DJe-218 DIVULG 19-11-2009 PUBLIC 20-11-2009 EMENT VOL-02383-02 PP-00320)

Outros tantos exemplos poderiam ser citados. Um deles versa sobre a discussão quanto à ofensividade inexistente na conduta de portar, ou possuir arma desmuniada. Tal assunto tem destacada relevância na jurisprudência do STF. A posição majoritária, atualmente, afasta-se do argumento dos pressupostos mínimos da tutela penal, utilizando o fundamento dos crimes de perigo abstrato para manter a ilicitude típica nos crimes especificados na Lei nº 10.826/03.

EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 da Lei 10.826/2003. TIPICIDADE RECONHECIDA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. ORDEM DENEGADA. I. A objetividade jurídica da norma penal transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da liberdade individual e do corpo social como um todo, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança coletiva que a lei propicia. II. Mostra-se irrelevante, no caso, cogitar-se da eficácia da arma para a configuração do tipo penal em comento, isto é, se ela está ou não muniada ou se a munição está ou não ao alcance das mãos, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para cuja caracterização não importa o resultado concreto da ação. III - Habeas corpus denegado. (STF, HC 96072, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 16/03/2010, DJe-062 DIVULG 08-04-2010 PUBLIC 09-04-2010 EMENT VOL-02396-01 PP-00157)

Certo é que, nesses casos concretos relatados, não há um padrão axiológico de fundamentação da decisão. O julgamento torna-se casuístico, no sentido de não se analisar de forma uniforme o conteúdo valorativo dos tipos penais em análise. Discutir ofensividade, ou insignificância, pressupõe aceitar a valoração proibitiva existente nos tipos legais, que se manifesta através dos pressupostos mínimos da tutela penal. A proteção aos bens jurídicos tutelados, na maioria das jurisprudências analisadas, está feita de forma equivocada.

De forma geral, falta ao judiciário uma adequada análise da valoração de proibição da conduta, para que o tipo legal seja portador definitivo da ilicitude. Discutir tais questões de forma afastada da teoria da *ratio essendi* (e, principalmente, do tipo total), leva à adoção do conceito de antinormatividade, já rechaçado nesse trabalho. Em outras palavras, a questão se resolve com a análise

indiciária de uma ilicitude formal, que não consegue valorar corretamente a proibição necessária para que uma conduta deixe de ser insignificante para o Direito e passe a ser ofensiva/lesiva aos valores que se pretende proteger.

Concluindo, pensa-se que é possível a utilização de um conceito dogmático do Direito Penal na prática judiciária criminal. Evidentemente, esse estudo é exemplificativo. As possibilidades de utilização de um conceito doutrinário são inúmeras em um processo judicial. Este trabalho não comportaria exaurir o tema, em toda a sua amplitude quantitativa. O que se pretendeu, através de exemplos especialmente significativos, foi demonstrar como o conceito do tipo total do injusto auxilia na resolução de problemas valorativos judicialmente analisados. A adequada compreensão do injusto penal, com seus elementos e funções, é imprescindível também no momento de aplicação do Direito Penal.

VII CONCLUSÕES

1. O estudo do injusto penal deve ser iniciado pela ilicitude.
2. O conceito de ilicitude surgiu com a característica de contrariedade objetiva do fato às normas positivadas.
3. É ilícita a conduta que contraria a norma (ilicitude formal), desde que ofenda o bem jurídico protegido (ilicitude material).
4. Não há ilicitude penal, específica. Trata-se de conceito que é geral a todo o ordenamento jurídico.
5. A norma penal tem caráter valorativo e imperativo.
6. O tipo é descrição legal de conduta proibida pelo ordenamento jurídico-penal. Ele exerce, entre outras, as funções de garantia e de descrição (fundamentação) da ilicitude.
7. Na teoria da *ratio cognoscendi* (Mayer), o tipo funciona apenas como indício da ilicitude, que cede diante de uma causa de justificação (regra-exceção). Todavia, é um erro admitir a existência de uma conduta permitida (justificada), ao mesmo tempo em que é proibida (por ser antinormativa).
8. Os elementos normativos revelam a ilicitude e são a sua *ratio essendi*.
9. Diante das fundadas críticas à *ratio cognoscendi*, adota-se a teoria da *ratio essendi*, para melhor definir a relação entre o tipo e a ilicitude.
10. Duas são as variantes da teoria da *ratio essendi*: a teoria do tipo de injusto e a teoria do tipo total do injusto. Em ambas, o tipo é portador do sentido de ilicitude, que assume posição central no conceito de injusto e o precede.
11. Mezger usa a expressão *injusto tipificado*. Todavia, melhor seria utilizar a expressão *ilicitude tipificada*, tal como fez Sauer (*antijuridicidade tipificada*).
12. Mezger e Sauer não concebem uma ilicitude específica penal.

13. Com a tripartição do crime, e a manutenção do tipo mesmo diante de uma causa de justificação, a doutrina de Mezger e Sauer (tipo de injusto) adota a provisoriedade na ilicitude típica e ainda trabalha com a idéia de regra-exceção.

14. Diante dessa crítica insuperável, descrita na conclusão anterior, é que se adota a segunda vertente da teoria da *ratio essendi* (tipo total do injusto).

15. O tipo total é composto pelo tipo estrito, que define a conduta incriminada, e pela parte negativa, isto é, a ausência de causa de justificação.

16. No tipo total do injusto, não há perda da função de garantia, pela inclusão de elementos negativos em seu conceito.

17. A teoria dos elementos negativos do tipo foi concebida para resolver a questão do erro quanto aos pressupostos fáticos de uma excludente de ilicitude, não prevista no artigo 59 do Código Penal alemão, de 1871.

18. Na doutrina italiana, foram elaborados diversos conceitos analíticos de delito. Algumas dessas concepções se aproximam da teoria dos elementos negativos do tipo (especialmente alguns conceitos bipartidos).

19. Com argumentos diversos, a teoria dos elementos negativos do tipo resolve a questão do erro quanto aos pressupostos fáticos das excludentes de ilicitude da mesma forma que a teoria limitada da culpabilidade: trata-se de erro de tipo permissivo.

20. A teoria da *ratio essendi*, com especial atenção à vertente do tipo total do injusto, pode ser adotada em qualquer sistema conceitual do delito, desde que se utilize a teoria limitada da culpabilidade. Ressalte-se que, apesar de viável, existem autores que são contra o tipo total: Welzel, Zaffaroni, Jakobs, entre outros.

21. A teoria do tipo total do injusto é adequada à realização dos objetivos de um ordenamento jurídico-penal garantista, subsidiando uma tutela punitiva respeitadora da legalidade material.

22. O tipo é a expressão legal da proteção aos bens jurídicos. Ele é legislado a partir da valoração prévia da ilicitude inerente às ofensas aos valores eleitos, quando estiverem presentes os pressupostos mínimos da tutela penal.

23. No momento judicante, há aplicabilidade para a teoria do tipo total do injusto, especialmente na questão do ônus da prova. Como as causas de justificação são a parte negativa do tipo, compete ao acusador provar a sua inexistência. Isso ocorre porque há fusão entre tipo e ilicitude.

24. Para a perfeita aplicação dos princípios da insignificância e da lesividade/ofensividade, é necessário compreender que o tipo total é dotado de valores definitivos de proibição, e que a ilicitude material o precede.

VIII REFERÊNCIAS

- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*; parte generale. 14 ed. aggiornata e integrata a cura di Luigi Conti. Milano: Giuffrè Editore, 1997.
- ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito*; uma crítica à verdade na ética e na ciência. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BACIGALUPO, Henrique. *Tipo y error*. 3 ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*; introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.
- BARBOSA, Jair. Schopenhauer. In: PECORARO, Rossano (org.). *Os filósofos; clássicos da filosofia*. V. II. Petrópolis/Rio de Janeiro: Vozes/Puc-Rio, 2008. P. 111/132.
- BATAGLINI, Giulio. *Diritto penale*; parte generale. Padova: Cedam, 1949.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETO, Sílvia Marina L. Batalha de. *Filosofia jurídica e história do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. V. I. Tradução de Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.
- _____. *Direito penal*. V. II. Tradução de Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. Notas de Everardo da Cunha Luna. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

- BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição; uma análise comparativa*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *Tratado de direito penal; parte geral*. T. I. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BOCHENSKI, J. M. *Origens da filosofia contemporânea; a filosófica contemporânea ocidental*. Consulta realizada no dia 26/02/2010 no seguinte sítio eletrônico: <http://www.consciencia.org/origens-da-filosofia-contemporanea-a-filosofia-contemporanea-ocidental-j.m-bochenski>.
- BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. *Direito penal; parte geral*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal; parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BRODT, Luiz Augusto Sanzo. Funcionalismo redutor: perspectiva funcional para a superação do finalismo. In: *Boletim do Instituto de Ciências Penais*, ano VII, nº 95, p. 5, 2009.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal; parte geral*. T. I. 5 ed. Revista e atualizada por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del reato*. Secondo migliaio. Padova: CEDAM, 1933.
- CARRARA, Francesco. Programa del curso de derecho criminal – parte general. V I. Traducción de la 11 edición italiana por Sebastián Soler, con la colaboración de Ernesto R. Gavier y Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944.

- CEREZO MIR, José. *Derecho penal*; parte general. 1ª ed. brasileira. São Paulo/Lima: Revista dos Tribunais/Ara Editores, 2007.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética*; direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. V. I. Reimpressão. Colaboração de Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Almedina, 2008.
- COSTA Jr. Paulo José. *Direito penal*: curso completo. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Editora da Universidade Católica Portuguesa, 1995.
- CUNHA LUNA, Everardo da. *Capítulos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- _____. *Estrutura jurídica do crime*. 2. ed. Recife: Imprensa Universitária - Universidade Federal de Pernambuco, 1968.
- DELITALA, Giacomo. *El "hecho" en la teoría general del delito*. Traducción y estudio preliminar de Pietro Sferrazza Taibi. Revisión y prólogo de José Luis Guzmán Dalbora. Montevideu/Buenos Aires: Euros Editores/B de F Ltda., 2009.
- DERZI, Mizabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. 2 ed, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- _____. *Direito penal*; parte geral. T. I. 2 ed portuguesa, 1 ed. Brasileira. Coimbra/São Paulo: Coimbra Editora/Revista dos Tribunais, 2007.
- ECHANDÍA, Alfonso Reyes. *Tipicidad*. 6. ed. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999.
- FERNÁNDEZ, Fernando Molina. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer. et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *La ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trolha, 1999.
- FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale; parte generale*. 5 ed. Bologna: Zanichelli Editore, 2007.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Antijuridicidade. In: *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, s/p. Consulta realizada em 10/10/2009 no seguinte sítio eletrônico: http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo42.pdf
- _____. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 10. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Traducción por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires/Montevidéu: Euros Editores/B de F Ltda., 2000.
- GALLO, Marcello. Premesse alla teoria della colpevolezza.. In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè Editore, volume 2, p. 395/436, 1949.
- _____. Il reato nel sistema degli illeciti. In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè Editore, nuova serie – anno XLII, fasc. 3, p. 769/801, luglio/settembre 1999.
- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 3 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado*. 2 ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. *Erro de tipo e erro de proibição*. 4. ed. rev., atualiz. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; BIANCHINI, Alice. *O direito na era da globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do direito penal tradicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____; GARCÍA-PABLO DE MOLINA, Antônio. *Direito penal; parte geral*. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal; um estudo da conduta humana no pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFe, 2005.

HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal; obras completas*. Tomo IV: la doctrina de los elementos negativos del tipo penal; el error sobre las causas de justificación. Traducción por Dirk Styma. Supervisión por Edgardo Alberto Donna. Buenos Aires/Santa Fé: Rubinzal – Culzoni Editores, 2005.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal; parte general - Fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed, corregida. Traducción por Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano G. de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____; et al. *Direito penal e funcionalismo*. Tradução de André Callegari et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Direito penal do inimigo; noções e críticas*. Tradução de André Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal*. V. I. Tradução de Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.

JIMENEZ DE ASÚA, Luiz. *Tratado de derecho penal*. T. III. 3 ed, actualizada. Buenos Aires: Losada, 1965.

_____. *El criminalista*. T. 8. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1948.

_____. *La teoría jurídica del delito*. Estudio preliminar y epílogo a cargo de Henrique Bacigalupo. Madrid: Dykinson, 2005.

JIMENEZ HUERTA, Mariano. *La tipicidad*. México: Porrúa, 1955.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução de Rodolfo Schaefer. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.

_____. *Crítica da razão pura*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005.

KÖSTER, Mariana Sacher de. *Evolución del tipo subjetivo*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali; fondamenti de una teoria generale*. Traduzione di Alberto Febbrajo. e di Reinhard Schmidt. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1990.

LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Volume I. 3 ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.

LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal; parte geral*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LUIZI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista da ação e a nova legislação penal*. Porto Alegre: SAFe, 1987.

MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*. V. I. Prefacio por el Dr. Sebastián Soler. Traducción de la 5 ed. por el padre José J. Ortega Torres. Bogotá: Editorial Temis, 1954.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. Volume primo. Nuova edizione completamente aggiornata. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1950.

- MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale*; parte generale. 2 ed. Milano: Giuffrè Editore, 2006.
- MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *Do julgamento do fato incerto na ação condenatória*; imposição do ônus da prova para o órgão de acusação. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2006.
- MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*; parte general. T. 1. Traducción de la 7 ed. Alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994.
- MAYER, Max Ernst. *Normas jurídicas y normas de cultura*. Traducción por José Luis Guzmán Dálbora. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.
- _____. *Derecho penal*; parte general. Traducción por Sergio Politoff Lifschitz. Buenos Aires/Montevideú: Euros Editores/B de F Ltda., 2007.
- MERKEL, Adolf. *Derecho penal*; parte general. Traducción por Pedro Dorado Montero. Buenos Aires/Montevideú: Euros Editores/B de F Ltda., 2006.
- MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. T. I. Nueva edición, revisada y puesta al día por José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.
- _____. *Tratado de derecho penal*. T. II. Traducción de la segunda edición alemana y notas de derecho español por Jose Arturo Rodríguez Muñoz. Tercera edición, adicionada y puesta al día por Antonio Quintano Ripollés. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957.
- _____. *Derecho penal*; libro de estudio. Tomo I: parte general. Traducción de la 6 ed alemana por Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Librería El Foro, 1957.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*; parte general. 7 ed. 2 reimpresión. Buenos Aires/Montevideú: Euros Editores/B de F Ltda., 2005.

- MORO, Aldo. *La antijuridicidad penal*. Traducción directa del italiano por Diego A. Santillan. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1949.
- MUNHOZ NETTO, Alcides. *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria general del delito*. 2 ed. Bogotá: Temis, 2008.
- NAVARRETE, Miguel Polaino. *El bien jurídico en el derecho pena*. Sevilla: Public. de la Universidad, 1974.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- _____. *Curso de processo penal*. 13 ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PADOVANI, Tullio. Alle radici di un dogma: appunti sulle origini dell'antigiuridicità obiettiva. In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè Editore, nuova serie – anno XXVI, p. 532/558, s/d, 1983.
- PAGLIARO, Antonio. *Trattato di diritto penale*. V II: Il reato. Milano: Giuffrè, 2007.
- _____; TRANCHINA, Giovanni. *Istituzioni di diritto e procedura penale*. Terza edizione. Milano: Giuffrè, 1996.
- PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PUPPE, Ingerborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução de Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal; introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *Funções do direito penal; legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

- _____. *Direito penal; parte geral*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010.
- RAMACCI, Fabrizio. *Istituzioni di diritto penale*. Corredato di nota di aggiornamento. Torino: G. Giappichelli, 1988.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. *Introdução à filosofia*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- REALE Jr., Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Instituições de direito penal; parte geral*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais; teoria e prática*. Tradução de Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. Versión de Rodrigo Naranjo Vallejo. Bogotá: Temis, 1982.
- ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal; tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Versión castellana del Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979.
- _____. *Culpabilidad, prevención em derecho penal*. Traducción por Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial REUS, 1981.
- _____. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993.
- _____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2 ed. 1 reimpressão. Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.
- _____. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução e introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

- _____. *Derecho penal*; parte general. T. I. 5 reimpressão. Traducción de la 2 ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Días, García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008.
- RUSSEL, Bertrand. *História do pensamento ocidental*; a aventura das idéias dos pré-socráticos a Wittgenstein. 6 ed. Tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.
- SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do sujeito ativo*: na parte especial do código penal. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- _____. *Dos tipos plurissubjetivos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- _____. *Escritos de direito penal*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2004.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução da 2 ed. espanhola de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SAUER, Guillermo. *Derecho penal*; parte general. Traducción directa del alemán por Juan del Rosal y José Cerezo. Barcelona: Bosch, 1956.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. T. I. Buenos Aires/Santa Fé: Rubinzal – Culzoni Editores, 2009.
- SCHIAFFO, Francesco. Riflessioni critiche intorno ad un ‘dogma’: l’antigiuridicità genérica. In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè Editore, nuova serie – anno XLII, fasc. 3, p. 1075/1097, luglio/settembre 1999.
- SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Tomo I. 11ª reimpressão total. Actualizado por Guillermo J. Fierro. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1999/2000.

- _____. SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Tomo II. 11ª reimpresión total. Actualizado por Guillermo J. Fierro. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1999/2000.
- STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal*; parte general I – el hecho punible. 4 ed. alemã/ 1ª ed e 1ª reimpresión argentina. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.
- TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- _____. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- _____. *Direito penal da negligência; um contribuição à teoria do crime culposos*. 2 ed, revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- _____. *Bien jurídico y función en derecho penal*. Traducción de Mônica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.
- TERÁN LOMAS, Roberto A. M. *Derecho penal: parte general*. T. I. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilícitude penal e suas causas de exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal; jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- _____. *Instituições de direito penal: parte geral*. Tomo I. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- _____. *Direitos e garantias individuais no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. *Do tipo penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*. Edição inédita.

- VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Ética e direito*. Organização e introdução por Cláudia Toledo e Luiz Moreira. São Paulo: Landy Editora / Edições Loyola, 2002.
- VON BELING, Ernst. *Esquema de derecho penal; la doctrina del delito-tipo*. Traducción de Sebastián Soler y análisis de Carlos M. de Elía. s/ed. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002.
- VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal*. T I. Tradução e comentários de José Higino Duarte Pereira. Atualização e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal; parte general*. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.
- _____. *Derecho penal aleman*. Traducción por Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1970.
- _____. *O novo sistema jurídico-penal; uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *El nuevo sistema del derecho penal; una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Tercera reimpresión. Buenos Aires/Montevidéu: Euros Editores/B de F Ltda., 2006.
- _____. *Estudios sobre el sistema de derecho penal*. In: *Estudios de derecho penal*. Traducción por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Reimpresión. Buenos Aires/Montevidéu: Euros Editores/B de F Ltda., 2007.
- WESSELS, Johannes. *Derecho penal: parte geral*. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: SAFe, 1976.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 3 ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1998.
- _____; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal; parte general*. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 2006.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*.
V 1. 7 ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____; *et. al. Direito penal brasileiro – II, I*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.