

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**TIPO TOTAL DE INJUSTO E PROCESSO
CONSTITUCIONAL:**

**A TEORIA DOS ELEMENTOS NEGATIVOS DO TIPO E SUA
REPERCUSSÃO NO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL**

Rodrigo Suzana Guimarães

Belo Horizonte
2008

Rodrigo Suzana Guimarães

**TIPO TOTAL DE INJUSTO E PROCESSO
CONSTITUCIONAL:**

**A TEORIA DOS ELEMENTOS NEGATIVOS DO TIPO E SUA
REPERCUSSÃO NO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Professor Doutor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias

Belo Horizonte
2008

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

G963t Guimarães, Rodrigo Suzana
Tipo total de injusto e processo constitucional: a teoria dos elementos negativos do tipo e sua repercussão no ônus da prova no processo penal / Rodrigo Suzana Guimarães . - Belo Horizonte, 2008. 107f.

Orientador: Prof. Dr. Ronaldo Brêtas de Carvalho dias
Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.
Bibliografia.

1. Devido processo legal. 2. Ônus da prova. 3. Contraditório no processo judicial. 4. Processo penal. I. Dias, Ronaldo Brêtas de Carvalho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.9

Rodrigo Suzana Guimarães

Tipo total de injusto e processo constitucional: A teoria dos elementos negativos do tipo e sua repercussão no ônus da prova no processo penal.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Belo Horizonte, março de 2008.

Professor Doutor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (Orientador) – PUC Minas

Professor Doutor José Marcos Rodrigues Vieira – PUC Minas

Professora Doutora Daniela de Freitas Marques – UFMG

Aos meus pais, Cezar e Darcy, à minha querida
Maria Guilhermina e aos nossos filhos, Luísa e Rodrigo.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais Cezar e Darcy, pelo amor, pelo exemplo de vida, pela luta incansável na educação e formação de cada um de seus filhos;

À minha querida Maria Guilhermina, amor de minha vida e fonte primeira de toda a minha inspiração, pelo apoio incondicional a cada passo dado na construção deste trabalho;

Aos nossos doces filhos, Luísa e Rodrigo, nossa mais perfeita criação;

Aos meus irmãos Fernando e Gustavo, inseparáveis amigos;

Ao Senhor João, à Dona Magui e aos meus cunhados Maria Cristina, Ana Maria, João Augusto, Ricardo e Rossini, que me acolheram em seus lares e me concederam o privilégio de integrar sua maravilhosa família;

Ao Professor Doutor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, pelas dedicada orientação, paciência e amizade demonstradas ao longo do árduo caminho desta construção científica;

À jurista Silvana Lourenço Lobo, minha irmã de coração, cuja amizade foi a base sobre a qual se estruturou todo o caminho que até hoje pude trilhar na advocacia e no magistério do Direito Penal;

Aos amigos Guilherme Orlando Anchieta Melo, Raquel Linhares Sad e Alexandre Marques de Miranda, sem os quais certamente não teria conseguido concluir mais esta jornada;

Aos amigos Sérgio Henriques Zandona Freitas e Carla Clark, que estiveram presentes nas horas mais difíceis desta caminhada, pelo amor, pelo carinho e pela dedicação despendidos na construção de nossa sólida amizade.

RESUMO

No presente estudo, pretende-se promover uma releitura do injusto penal a partir da teoria dos elementos negativos do tipo, analisando o seu acerto e a necessidade de sua aplicação para o desenvolvimento do Direito Penal brasileiro. Busca-se, ainda, demonstrar a influência da teoria do delito na efetivação da garantia constitucional do devido processo legal, em especial, dos seus princípios informativos do contraditório e da ampla defesa.

A teoria dos elementos negativos do tipo surgiu na Alemanha do século XIX, por obra de Adolf Merkel, como uma forma de encontrar a solução para uma lacuna deixada pelo antigo Código Penal alemão no tratamento do erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação.

Merkel e seus seguidores entendiam que o tipo penal deve possuir duas faces: uma positiva, constituída pela conduta incriminada e outra, negativa, consistente na ausência de causas de justificação. Desta forma, tipicidade e ilicitude constituem um único elemento na estrutura do delito, formando o tipo total de injusto.

Nesta ordem de idéias, é possível afirmar a existência de uma ilicitude, ou antijuridicidade, exclusivamente penal, que somente terá relevância para o Direito Penal a partir do momento em que for tipificada.

Por outro lado, o erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação nada mais seria do que uma espécie de erro de tipo, hipótese perfeitamente adequada à norma descrita no artigo 20, §1.º, do Código Penal brasileiro.

Com a inserção das causas de justificação no tipo, figurando como sua face negativa, haveria uma inversão do ônus da prova no processo penal contemporâneo, cabendo ao acusador a comprovação da ocorrência de uma conduta não justificada, de forma a afirmar a tipicidade da ação ou omissão praticada pelo sujeito ativo.

Esta inversão do encargo probatório seria importante instrumento para assegurar de forma mais efetiva ao acusado, no processo penal, a garantia de participação em simétrica paridade de armas com a acusação, Ministério Público ou Querelante, bem como traria uma nova roupagem aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Palavras-Chave: Tipo total de injusto. Elementos negativos do tipo. Devido processo legal. Contraditório e ampla defesa. Ônus da prova.

ABSTRACT

In the present study, it is intended to make a delict new reading of from the theory of the negative elements of the criminal type, being analyzed its rightness and the necessity of its application for the development of the Brazilian Criminal Law. The study intend, still, to demonstrate the influence of the theory of the delict in the effectuation of the constitutional guarantee of due process of law, in special, of its informative principles of the contradictory and legal defense.

The theory of the negative elements of the criminal type appeared in Germany of 19th century, for workmanship of Adolf Merkel, as a form of finding the solution for a gap left for the old German Criminal Code in the treatment of the error on the facts presupposes of a justification cause.

Merkel and its followers understood that the criminal type must possess two faces: a positive, consisting of the incriminated behavior and other, negative, consistent in the absence of justification causes. Of this form, type of crime and illegality constitute an only element in the structure of the delict, forming the total type of unjust.

In this order of ideas, it is possible to affirm the existence of an illegality exclusively criminal that will only have relevance for the Criminal Law from the moment where it will be as described.

On the other hand, the error on the facts presupposes of a justification cause the nothing more would be of that a species of error of criminal type, perfectly adjusted hypothesis to the described norm in article 20, §1.º, of the Brazilian Criminal Code.

With the insertion of the causes of justification in the criminal type, appearing as its negative face, contemporary would have an inversion in the responsibility of the test in the criminal proceeding, fitting to the plaintiff the evidence of the occurrence of a behavior not justified, of form to affirm the type of crime of the action or omission practiced for the active citizen.

This inversion of the probatory incumbency would be important instrument to assure of form more effective to the defendant, in the criminal proceeding, the guarantee of participation in symmetrical parity of weapons with the accusation, Public Prosecution Service or Accusing, as well as it would bring a new appearance to the principles constitutional of the contradictory and legal defense.

Key-words: Total type of unjust. Negative elements of the type. Due process of law. Contradictory and legal defense. Responsibility of the test.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I	
OS CONCEITOS DE DELITO	14
1.1 Notas introdutórias	14
1.2 Conceitos formais	14
1.3 Conceitos materiais	16
1.4 Conceito analítico.....	18
1.4.1 <i>Conceito clássico de delito</i>	21
1.4.2 <i>Conceito neoclássico de delito (O neokantismo)</i>	23
1.4.3 <i>Conceito finalista de delito</i>	25
CAPÍTULO II	
TIPO LEGAL DE CRIME	28
2.1 Notas introdutórias	28
2.2 Conceito e evolução.....	29
2.3 Elementos constitutivos	36
2.4 Tipo total de injusto	38
2.4.1 <i>Conceito e evolução</i>	38
2.4.1.1 <u>O tipo avalorado</u>	38
2.4.1.2 <u>O tipo indiciário</u>	40
2.4.1.3 <u>A teoria da identidade</u>	42
2.4.2 <i>Teoria dos elementos negativos do tipo</i>	43
2.4.3 <i>Tipo total de injusto</i>	54
2.4.4 <i>O conteúdo da ilicitude penal no Estado Democrático de Direito</i>	58
2.4.5 <i>A teoria dos elementos negativos do tipo no Código Penal brasileiro</i>	59

CAPÍTULO III

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	63
3.1 O Estado Democrático de Direito.....	63
3.2 Direitos fundamentais e processo constitucional.....	65

CAPÍTULO IV

O CONTÉUDO DO PROCESSO PENAL	68
4.1 O conceito de processo penal.....	68
4.2 Contraditório e ampla defesa	70
4.2.1 A moderna concepção de processo	78
4.3 A inexistência de pretensão do réu	79
4.4 A questão controvertida	81
4.5 O ônus da prova	84

CONCLUSÕES	94
-------------------------	-----------

REFERÊNCIAS.....	99
-------------------------	-----------

INTRODUÇÃO

Desde 1906, quando Ernest von Beling inseriu em seu *A Doutrina do Crime* o conceito de tipicidade, aglutinando-o às concepções de ilicitude (antijuridicidade) e de culpabilidade desenvolvidas, três décadas mais cedo, por Karl Binding,¹ a teoria do delito percorreu mais de um século de intensa construção doutrinária.

No entanto, após cem anos de evolução científica, tipicidade, ilicitude e culpabilidade ainda são as categorias fundamentais por meio das quais são analisados, de forma lógica, os mais importantes problemas na conceituação jurídica de um fato delituoso.²

Os calorosos embates doutrinários travados acerca do conteúdo de cada um dos elementos que compõem o conceito de delito e as suas relações recíprocas têm contribuído para o aperfeiçoamento das idéias originárias, oferecendo-lhes novos contornos e matizes, de modo a tornar a teoria do delito uma das mais importantes construções jurídicas deste último século.

Na moderna teoria do fato punível, a determinação do conteúdo do injusto penal deve se estruturar, fundamentalmente, na relação existente entre tipo e ilicitude. Na evolução doutrinária do tipo, três fases bem distintas podem ser destacadas: a do tipo avalorado, a do tipo indiciário e a do tipo como a *ratio essendi* da ilicitude penal.

De um tipo penal compreendido como o fundamento real e de validade da ilicitude penal, foi desenvolvida, na Alemanha do último quartel do século XIX, a

¹ A noção de culpabilidade foi a primeira a aparecer como requisito do delito, com origem em Merkel e posterior desenvolvimento pelos estudos de Binding, em sua *Teoria das Normas*, de 1877.

² Cf. MUNÖZ CONDE. **Teoria geral do delito**, 1988, p. IX.

teoria dos elementos negativos do tipo, a partir da obra fundamental de Adolf Joseph Matthäus Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, de 1889.

A teoria dos elementos negativos do tipo parte da premissa de que o tipo possui duas faces: a primeira, positiva, formulada pela descrição da conduta incriminada; a segunda, negativa, indicada pela ausência de causas de justificação. Dessa forma, a presença de uma excludente de ilicitude, funcionando como elemento negativo, impediria a realização típica. O fato, portanto, não seria típico.

Tipo e antijuridicidade fundem-se, assim, numa só figura, a do tipo total de injusto. O crime seria, por conseguinte, uma conduta típica e culpável.

Com esta nova leitura do injusto penal a partir da teoria dos elementos negativos do tipo e a fixação, no conceito estratificado de delito, do tipo total de injusto, importante modificação poderá ocorrer na aplicação do artigo 156, do Código de Processo Penal brasileiro.

Com a inserção das causas de justificação no tipo, figurando como sua face negativa, haveria, sob a ótica da doutrina dominante, uma inversão no ônus da prova no processo penal, cabendo ao acusador a comprovação da ocorrência de uma conduta não justificada, de forma a afirmar a tipicidade da ação ou da omissão realizada pelo sujeito ativo do delito.

Esta inversão do encargo probatório seria importante instrumento para assegurar de forma mais efetiva ao acusado, no processo penal, a garantia de participação em simétrica paridade de armas com a acusação, bem como traria uma nova roupagem aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

No presente trabalho, portanto, pretende-se fazer uma releitura do injusto penal a partir da teoria dos elementos negativos do tipo, analisando o seu acerto e a necessidade de sua aplicação para o desenvolvimento do Direito Penal brasileiro.

Procurar-se-á estudar, outrossim, a solução doutrinária para as hipóteses de erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação como uma espécie de erro de tipo.

Dissertar-se-á, também, sobre as importantes implicações desta concepção de injusto na moderna teoria do delito e na efetivação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, informativos da garantia constitucional do devido processo legal, afirmando, em um processo penal estudado como espécie de procedimento em contraditório entre as partes e sob a égide do princípio da democracia, uma nova face do ônus probatório.

O estudo do tipo penal e das suas relações com o juízo de ilicitude da conduta por ele descrita, sob a ótica da doutrina proposta por Adolf Merkel, com suas importantes implicações no Direito Processual Penal, poderia trazer, em modesta e particular visão, importante contribuição para a efetivação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, instrumentos fundamentais para a justiça interna do processo penal e, por decorrência, indispensáveis à ordem jurídica de um Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO I

OS CONCEITOS DE DELITO

1.1 Notas introdutórias

A primeira tarefa de uma teoria que pretenda estruturar o delito deve ser a definição de seu objeto de estudo, de forma a atribuir ao crime um conceito que contenha todas as suas características comuns.³

As definições do conceito de delito podem ter uma natureza formal (nominal), material (substancial) ou analítica (dogmática, operacional, estratificada), conforme mostrem a exteriorização, o conteúdo ou as categorias lógicas do fenômeno que será colocado sob estudo. As definições formais revelariam a essência do delito; as materiais, a gravidade do dano social por ele produzido e, as analíticas, os seus elementos constitutivos.⁴

1.2 Conceitos formais

Sob o seu aspecto formal, “crime é o ilícito penal. Mais precisamente: é o fato (humano) típico (isto é, objetivamente correspondente ao descrito *in abstracto* pela

³ Cf. MUNÕZ CONDE. **Teoria geral do delito**, p. 1.

⁴ Cf. CIRINO DOS SANTOS. **A moderna teoria do fato punível**, p. 2.

lei), contrário ao direito, imputável a título de dolo ou culpa e a que lei contrapõe a pena (em sentido estrito) como sanção específica.”⁵

Para Aníbal Bruno, “crime é todo fato que a lei proíbe sob a ameaça de uma pena.”⁶ Heleno Cláudio Fragoso, por sua vez, afirma que “crime é toda a ação ou omissão proibida pela lei, sob a ameaça de pena.”⁷

Everardo da Cunha Luna leciona que, sob o aspecto formal, “crime é o fato do homem proibido por lei sob a ameaça de uma pena.” No entanto, o Professor pernambucano ressalta que somente as definições reais jurídicas são aceitáveis e, dessa forma, crime seria “o fato do homem que reproduz a hipótese criminosa formulada na lei.”⁸

Um traço comum nesta concepção formal de delito é, indiscutivelmente, a sua definição como um fato punível. Edmund Mezger afirma que “delito em sentido amplo é a ação punível entendida como o conjunto dos pressupostos da pena.”⁹ (tradução nossa). Franz von Liszt descreve o crime como “o injusto contra o qual o Estado comina pena”, ao passo que, para o professor da Universidade de Halle, o injusto criminal seria “a ação culposa e contrária ao Direito.”¹⁰

⁵ HUNGRIA; FRAGOSO. **Comentários ao Código Penal**, v. I, t. II, p. 9. Observa Hungria: “Na definição formulada acima, encontram-se fixados todos os sinais que, a nosso ver, devem ser distintamente considerados (segundo a teoria realística) na análise técnico-jurídica do crime: *fato típico*, *injuricidade* (ilicitude jurídica), *culpabilidade*, *punibilidade*. O fato típico e a culpabilidade constituem, respectivamente, o *elemento material* (exterior, objetivo) e o *elemento moral* (psíquico, subjetivo) do crime: a injuricidade é a própria *essência*, e a punibilidade a sua *nota particular*.” (HUNGRIA; FRAGOSO. *Op. cit.*, v. I, t. II, p. 9).

⁶ BRUNO. **Direito penal**: parte geral, t. I, p. 173. Aníbal Bruno ressalta que, “por meio de fórmulas desse gênero, estritamente jurídicas, sintéticas e formais é que se define geralmente o fato punível; por meio dessas ou de outras aproximadas, como aquela de Carmignani, que ainda hoje se repete, dizendo-se que o crime é o fato humano contrário à lei.” (BRUNO. *Op. cit.*, t. I, p. 173).

⁷ FRAGOSO. **Lições de direito penal**: parte geral, p. 144.

⁸ CUNHA LUNA. **Estrutura jurídica do crime**, p. 17.

⁹ MEZGER. **Tratado de derecho penal**, t. I, p. 159: “delito en sentido amplio es la acción punible entendida como el conjunto de los presupuestos de la pena.”

¹⁰ LISZT. **Tratado de direito penal alemão**, t. I, p. 209. O Tratado de Direito Penal Alemão, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, de Liszt, foi publicado pela primeira vez em 1881, passando por seis novas edições até 1895. Em 1898, foi vertido para a língua portuguesa por José Higino Duarte Pereira.

Para Filippo Grispigni o crime é “todo fato ao qual o ordenamento jurídico atribui, como consequência jurídica, uma pena.”¹¹ (tradução nossa).

Vicenzo Manzini afirma que “o crime, considerado na sua noção formal (conceito), é o fato individual por meio do qual se viola um preceito jurídico munido daquela sanção específica, que é a ‘pena’ em sentido próprio.” (tradução nossa).¹²

Giuseppe Maggiore, por sua vez, afirma que crime, sob o aspecto formal, ou jurídico dogmático, é “toda ação legalmente punível.” (tradução nossa).¹³

Por fim, Biagio Petrocelli que, ao estabelecer uma relação entre a ação e a norma jurídico-penal, define delito como “a ação proibida pelo direito com a ameaça da pena.”¹⁴ (tradução nossa).

1.3 Conceitos materiais

Na análise do conteúdo do ilícito penal, verifica-se que crime é a conduta

¹¹ GRISPIGNI. **Diritto penale italiano**, t. I, p. 143: “ogni fatto al quale l’ordinamento giuridico ricongiunge, come conseguenza giuridica, una pena.”

¹² MANZINI. **Trattato di diritto penale italiano**, v. I, p. 408: “Il reato, considerato nella sua nozione formale (concetto), è il fatto individuale con cui si viola un precetto giuridico munito di quella sanzione specifica, che è la ‘pena’ in senso proprio.”

¹³ MAGGIORE. **Derecho penal**, v. I, p. 251: “El delito puede definirse em sentido formal (jurídico-dogmático) y em sentido real (ético-histórico). En la primera acepción se llama delito *toda acción legalmente punible*.”

Maggiore explica, em nota: “Reato (que en italiano comprende así los delitos propiamente dichos como las contravenciones) viene del latín *reatus*, es término de origen procesal, e indica la condición de acusado o *reus*.” (MAGGIORE. *Op. cit.*, p. 251).

¹⁴ PETROCELLI. **Principii di diritto penale**, t. I, p. 199: “l’azione vietata dal diritto con la minaccia della pena.”

Francesco Carrara trabalhava o delito como a relação de contradição entre o fato do homem e a lei: “Por consiguiente, la idea de delito no es sino una idea de relación, es a saber, la relación de contradicción entre el hecho del hombre y la ley. Sólo en esto consiste el ente jurídico al cual se da el nombre de delito, u otro sinónimo. Es un ente jurídico que para existir tiene necesidad de ciertos elementos materiales y de ciertos elementos morales, cuyo conjunto constituye su unidad. Pero lo que completa su ser es la contradicción de esos antecedentes con la ley jurídica.” (CARRARA. **Programa de derecho criminal**: parte general, v. I, p. 50-51).

danosa a uma sociedade. São socialmente danosos todos os comportamentos humanos que afetam de forma intolerável a estabilidade e o desenvolvimento de determinada comunidade.¹⁵

Sob este prisma, o crime é “um desvalor da vida social, ou seja, uma ação ou omissão que se proíbe e se procura evitar, ameaçando-a com pena, porque constitui ofensa (dano ou perigo) a um bem, ou a um valor da vida social”¹⁶ ou “um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penalmente) protegidos.”¹⁷

Giuseppe Bettiol leciona que crime é “todo fato humano lesivo de um interesse capaz de comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade”:¹⁸

O crime importa, então, sempre *a lesão de um bem jurídico*. Este não é somente o critério fundamental para a formulação dos conceitos penais individuais (crimes individuais ou conceitos relativos a um momento do crime individualmente considerado), mas também para os conceitos penais gerais, os quais são conceitos puramente teleológicos. Na disputa, então, acerca da noção de crime, se essa deve ser constituída da lesão de um bem jurídico ou da violação de um dever, *deve-se dar preferência à lesão do bem jurídico, porque a noção de dever não pode ter autonomia funcional*

¹⁵ Cf. PRADO. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, v. 1, p. 241.

¹⁶ FRAGOSO. **Lições de direito penal**: parte geral, p. 144.

Aníbal Bruno adverte que “a idéia de que a ofensa ou ameaça a um bem jurídico é o caráter substancial do fato punível tornou-se geral na doutrina. O pensamento fundamental do sistema de von Liszt, como diz M. E. Mayer, é que o Direito Penal é proteção de interesses ou bens jurídicos, pensamento que refletia a idéia de fim, originária de von Ihering, seu mestre, e que levaria von Liszt a opor à pena retributiva a pena de proteção ou de defesa.” (BRUNO. **Direito penal**: parte geral, t. I, p. 176, nota 4).

Franz von Liszt afirma a importante função da norma penal de tutela de bens jurídico-penais: “Convertendo os interesses da vida humana em bens jurídicos, isto é, em interesses juridicamente protegidos, o Direito proíbe, sem que se faça mister uma declaração expressa, toda lesão ou ofensa de tais interesses. É claro que as expressões *ofender* e *pôr em perigo*, que rigorosamente tomadas se referem a fatos externos, são aqui empregadas em sentido figurado. *Ofensa do direito* é apenas uma imagem. Ofendidos e postos em perigo são somente os homens ou coisas, como sujeitos ou objetos em que o interesse se concretiza. Por declaração especial, o Direito proíbe, também, dados certos requisitos e dentro de certos limites, que se ponham em perigo os interesses juridicamente protegidos.” (LISZT. **Tratado de direito penal alemão**, t. I, p. 237).

¹⁷ TOLEDO. **Princípios básicos do direito penal**, p. 80.

A concepção de fato do homem, ou fato humano, encontra-se superada pela preferível expressão “comportamento humano”.

¹⁸ BETTIOL. **Direito penal**, v. I, p. 241.

própria. O dever somente se especifica com um contato com os interesses protegidos e dos quais adquire tonalidade e relevo. Isso é uma categoria formal, também na sua forma concreta, que não pode, como tal, servir para localizar os crimes nas suas reais condições. A subjetivação do crime, se tende a excluir a relevância do bem jurídico, não pode constituir um progresso e deve, portanto, ser enfaticamente refutada, assim como se algumas das exigências decorrentes de tal tendência puderem ser levadas em consideração.¹⁹ (tradução nossa).

E Francesco Carrara, por fim, concebe o delito como “a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso.”²⁰ (tradução nossa).

1.4 Conceito analítico

Os conceitos formal e material de delito mostraram-se insuficientes para permitir à dogmática jurídico-penal uma perfeita adequação das condutas praticadas aos modelos descritos na norma penal.²¹ Por esta razão, ao longo de quase dois séculos, a doutrina penal busca uma decomposição do conceito de delito em suas

¹⁹ BETTIOL. **Diritto penale**, p. 195: “Il reato importa, quindi, sempre *la lesione di un bene giuridico*. Questo non è solo criterio fondamentale per la formulazione dei concetti penali individuali (singoli reati o concetti relativi a un momento del reato singolarmente considerato), ma anche per i concetti penali generali i quali sono pure concetti teleologici. Nella disputa, quindi, intorno alla nozione del reato, se essa cioè debba essere costituita della lesione di un bene giuridico o dalla vilazione di un dovere, *si deve dare la prevalenza alla lesione del bene giuridico, perchè la nozione del dovere non può avere una autonomia funzionale propria*. Il dovere si specifica solo a contatto con gli interessi protetti e da questi acquista tono e rilievo. Esso è di per sé una categoria formale, anche nella sua forma concreta, che non può, come tale, servire per inquadrare il reato nelle sue realistiche condizioni. La soggettivazione del reato, se tende ad escludere la rilevanza del bene giuridico, non può costituire un progresso e deve perciò essere decisamente rifiutata, anche se alcune delle esigenze espresse da tale tendenza possono essere tenute in considerazione.”

²⁰ CARRARA. **Programa de derecho criminal**, v. I, p. 43: “la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.”

²¹ Cf. BITENCOURT. **Tratado de direito penal**: parte geral, v. 1, p. 144.

diversas categorias, ou elementos, de forma a permitir um estudo mais preciso e sistemático daquele fenómeno jurídico.

Ressalta Heleno Cláudio Fragoso que a análise do delito, para a aferição dos seus elementos constitutivos, pode ser vista pela primeira vez em Carmignani, em sua *Elementa Juris Criminalis*, de 1833, mas está implícita em diversos autores que o precederam, como Deciano (*Tractatus Criminalis*, de 1551) e Bohemero (*Elementa jurisprudentiae criminalis*, de 1732).²²

Até meados do século XIX, no entanto, a teoria do delito era estruturada nas noções de imputação fática (“imputatio facti”) e de imputação subjetiva (“imputatio iuris”).

A noção de culpabilidade foi a primeira a aparecer como requisito do delito, com origem em Merkel e posterior desenvolvimento pelos estudos de Binding, em sua *Teoria das Normas*, de 1877. Depois, a idéia de ilicitude, já presente no direito civil por obra de Ihering (1867), foi inserida no direito penal por Beling e Liszt, em 1881, como um componente objetivo (externo) da ação.²³ Por fim, já no primeiro quartel do século XX, Beling (1906) concebeu a idéia de tipicidade.²⁴

Na moderna dogmática do direito penal é dominante, portanto, o entendimento de que todo fato punível pressupõe uma conduta (ação ou omissão) típica, ilícita (antijurídica) e culpável. Ressaltam José Cerezo Mir que “o delito é a ação ou omissão típica, antijurídica e culpável”²⁵ e Edmund Mezger que “delito é a ação tipicamente antijurídica e culpável.” (traduções nossas).²⁶

²² Cf. FRAGOSO. **Lições de direito penal**: parte geral, p. 145-146.

²³ Cf. MIR PUIG. **Direito penal**: fundamentos e teoria do delito, p. 129.

²⁴ Cf. PRADO. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, v. 1, p. 243.

²⁵ CEREZO MIR. **Derecho penal**: parte general, p. 377: “el delito es la acción u omisión típica, antijurídica y culpable.”

²⁶ MEZGER. **Tratado de derecho penal**, t. I, p. 161: “Delito es la acción típicamente antijurídica y culpable.” Ao analisar as características do delito, Mezger consolida pensamento coincidente com o de Max Ernst Mayer: “Las características ‘acción’, ‘antijuricidad’ y ‘culpabilidad’ se conciben aquí,

A decomposição sucessiva do delito em suas partes constitutivas, por um método analítico, não elimina a consideração do fato punível como um todo unitário, mas permite uma aplicação da norma penal mais segura e racional.²⁷

Esta concepção contemporânea do delito sofreu, no entanto, fortes mutações ao longo do último século, ganhando diferentes matizes conforme a diretriz científica adotada pelos modelos clássico, neoclássico ou finalista do delito.²⁸

ante todo, como determinadas situaciones de hecho *sobre las* que recae el juicio del Juez y que, por tanto, constituyen presupuestos indispensables de dicho juicio para la imposición de la pena. Pero no debemos olvidar que todas estas características sólo hallan, en último extremo, en el mismo juicio del que juzga su valoración definitiva. Su constatación no puede tener lugar mediante un simple *juicio sobre lo que es*; dicha constatación siempre lleva en sí una determinada valoración normativa del estado de hecho, por tanto, un *juicio sobre el valor*, al lado del juicio sobre lo que es.” (MEZGER. **Tratado de derecho penal**, t. I, p. 161-162).

Para Mezger, a definição de delito é simplificada em decorrência da íntima conexão existente entre os elementos tipicidade e antijuridicidade. Neste aspecto, o sistema proposto por Mezger em muito se aproxima daquele construído por Mayer, para quem a separação entre tipicidade e antijuridicidade, uma das bases da construção jurídica de Beling, é atenuada em face dos elementos normativos do tipo, expoentes de uma relação mais íntima entre tipicidade e antijuridicidade. Nada obstante, as proposições de Mayer, em sua essência, possuem uma estreita correspondência com aquelas desenvolvidas por Beling em sua *A Doutrina do Crime*, de 1906. Desta forma, Mezger desponta como o principal representante de uma nova direção na construção técnica do delito, para a qual o delito é uma ação tipicamente antijurídica, de forma que a tipicidade é um dos estágios de consideração da própria antijuridicidade. Assim, para o sistema proposto por Mezger, em primeiro lugar é estudada a antijuridicidade como injusto objetivo, para depois analisá-la como injusto típico.

Mezger já excluía a punibilidade do conceito de delito, porque, caso contrário, ocorreria uma inadmissível repetição na própria definição do objeto que se procura definir. Em outras palavras, o definido seria incluído na definição (tautologia), de forma que o delito seria concebido não por suas características, mas por suas conseqüências. Propunha Mezger: “[...] rechazamos la característica ‘sancionada con una pena’ [...] o ‘cubierta con una sanción penal adecuada’ [...], pues supone repetir de modo inadmisibile en la definición el propio definido (tautología).” (MEZGER. *Op. cit.*, t. I, p. 162, nota 5).

José Cerezo Mir adverte, no entanto, que, em 1951, em seu *Deutsches Strafrech, Ein Grundriss*, Mezger incluiu novamente a punibilidade no conceito de delito e, em seu *Strafrech (Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch)*, de 1958, afirmou que “solo se puede determinar de un modo exhaustivo y profundo la esencia del delito, haciendo referencia a sus consecuencias jurídicas, es decir a la pena” e que “la tautología existente no es nociva porque no se omite un examen detenido de lo que sean la pena y la punibilidad, sino que se reserva para más adelante.”, em referência ao texto contido na página 44. (CEREZO MIR. **Derecho penal**: parte general, p. 378, nota 14).

Claus Roxin prefere trabalhar uma concepção quadripartida de delito, por meio da qual destaca como categoria autônoma a ação. Para o Professor da Universidade de Munique, “toda conduta punível apresenta quatro elementos comuns (ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), aos quais é possível acrescentar, em alguns casos, um posterior pressuposto de punibilidade.” (tradução nossa). (ROXIN. **Derecho penal**: parte general, p. 194): “toda conducta punible presenta cuatro elementos comunes (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), a los cuales puede añadirse aún en algunos casos un ulterior presupuesto de la punibilidad.”

²⁷ Cf. PRADO. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, v. 1, p. 242.

²⁸ O estudo das concepções de crime que agora se inicia será desenvolvido a partir da sua chamada etapa científica, inaugurada com as reformas penais do final do século XIX.

1.4.1 Conceito clássico de delito

O conceito clássico de delito, defendido na Alemanha do final do século XIX, funda suas bases na concepção de ação,²⁹ compreendida, no sistema Beling-Liszt,

Desde o início da década de 70, em especial a partir da obra de Schünemann, vertida para o espanhol, em 1991, com o título *El sistema moderno del derecho penal*, foram realizadas diversas tentativas de se desenvolver um sistema “racional-final” ou “teleológico” ou “funcional” do direito penal. Claus Roxin destaca que “os defensores desta orientação estão de acordo em rechaçar o ponto de partida do sistema finalista e partem da hipótese de que a formação do sistema jurídico-penal não pode vincular-se a realidades ontológicas prévias (ação, causalidade, estruturas lógico-reais, etc.) senão que única e exclusivamente pode guiar-se pelas finalidades do direito penal. Sobre esta base [...] se pretende elaborar e desenvolver e fazer avançar com um novo conteúdo os pontos de partida neokantianos (e neo-hegelianos) da época entre-guerras, que nos sistemas neoclássicos somente haviam conseguido um desenvolvimento insuficiente e sofreram influências do período nazista. O avanço consiste sobretudo na substituição da vaga orientação neokantiana sobre os valores culturais por um critério de sistematização especificamente jurídico-penal: as bases político-criminais da moderna teoria dos fins da pena.” (ROXIN. *Op. cit.*, p. 203-204): “Los defensores de esta orientación están de acuerdo - con muchas diferencias en lo demás - en 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 previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc.), sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho penal. Sobre esa base [...] se intenta elaborar y desarrollar y hacer avanzar con un nuevo contenido los puntos de partida neokantianos (y neohegelianos) de la época de entreguerras, que en los sistemas neoclásicos sólo habían tenido un desarrollo insuficiente y se vieron conmovidos en la época nazi. El avance consiste sobre todo en que se sustituye la algo vaga orientación neokantiana a los valores culturales por un criterio de sistematización especificamente jurídicopenal: las bases políticocriminales de la moderna teoría de los fines de la pena.”

As bases do sistema funcionalista foram estruturadas, em primeiro lugar, na teoria da imputação objetiva do resultado. A imputação de um resultado ao tipo objetivo passa a depender da realização de um perigo não permitido dentro do fim de proteção da norma, substituindo-se, por conseguinte, a categoria científico-natural ou lógica da causalidade por um conjunto de regras orientadas por valorações jurídicas. Por outro lado, a culpabilidade foi ampliada à categoria de responsabilidade, de modo que a culpabilidade e as necessidades de prevenção (geral ou especial) da sanção penal se limitam reciprocamente e cedem lugar à responsabilidade pessoal do sujeito, que desencadeia a imposição da pena. O sistema funcional do direito penal sofreu importantes contribuições, ora convergentes, ora divergentes à concepção original, de Günther Jakobs (*Derecho penal: parte general*. Tradução J. Cuello Contreras e J. L. Serrano González de Murillo. Madrid: M. Pons, 1995); Schmidhäuser (*Strafrecht, Allgemeiner Teil*, de 1970); Luhmann (*Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, de 1974) e Rudolphi (*Systematischer Kommentar*, de 1990). (Cf. ROXIN. **Derecho penal**: parte general, p. 204-206).

Uma outra corrente entende que o determinante, na atualidade, como decorrência lógica do princípio da proporcionalidade, é o conteúdo sancionatório que a norma prevê para a infração, de forma que o delito deve ser concebido como um fato desvalioso, ofensivo a determinado bem jurídico-penal. (Teoria constitucionalista do delito). (Cf. GOMES; MOLINA. **Direito penal**: parte geral, v. 2. p. 192).

²⁹ Claus Roxin ressalta que o conceito de ação aparece pela primeira vez como pedra básica do sistema do delito no manual *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, publicado, em 1857, por Albert Friedrich Berner. Pouco tempo depois, Rudolph von Jhering formula a exigência do reconhecimento de uma antijuridicidade objetiva e independente da culpabilidade. O conceito de tipo, por sua vez, foi criado por Ernst von Beling, em sua célebre monografia *Die Lehre vom*

de forma naturalística, como o movimento corporal produtor de uma modificação no mundo exterior e a ela unida por uma relação de causa e efeito, ou nexos de causalidade (teoria causal-naturalística da ação).

A teoria causal-naturalística dividiu o conceito de ação em duas partes constitutivas, representadas, de um lado, pelo processo causal exterior, por outro, pelo conteúdo da vontade. A ação seria, portanto, um puro processo causal, a manifestação da vontade no mundo exterior (efeito da vontade), cujo conteúdo subjetivo não pertenceria ao conceito de ação, mas, tão somente, ao da culpabilidade.³⁰

Uma vez afirmada a presença da ação, passava-se à constatação da concorrência de seus predicados: tipicidade e antijuridicidade, que formavam sua face objetiva, e a culpabilidade, que constituía sua face subjetiva. A tipicidade nada dizia acerca da antijuridicidade. A culpabilidade representava todos os elementos espirituais e psíquicos que uniam o agente à conduta por ele praticada. Dolo e

Verbrechen (A Doutrina do Crime), de 1906. O desenvolvimento da teoria da culpabilidade contou com a especial contribuição de Reinhard Frank, em seu *Über den Aufbau des Schuldbegriffs* (Sobre a estrutura do conceito de culpabilidade), de 1907. O Professor tedesco afirma, por fim, que a evolução do sistema em sua totalidade, contou, na primeira metade do século passado, com os fundamentais impulsos de Franz von Liszt, Max Ernst Mayer, Edmund Mezger e Hans Welzel, que fundou a teoria final da ação. (Cf. ROXIN. **Derecho penal**: parte general, p. 196): “Las categorías básicas descritas – que también se las llama ‘peldaños (escalones) de la estructura del delito’ – han sido poco a poco desarrolladas por la ciencia en un proceso de discusión de décadas. Así aparece el concepto de acción por primera vez en el manual de Albert Friedrich Berner (1857) como piedra básica del sistema del delito. La exigencia de reconocimiento de una antijuridicidad objetiva e independiente de la culpabilidad la formula poco después el gran jurista Rudolph von Jhering en su escrito ‘Das Schuldmoment im römischen Privatrecht’ (‘El momento de culpabilidad en el Derecho privado romano’, 1867), abriendo el camino para la época siguiente. El concepto del tipo lo crea Ernst Beling en el año 1906 en su monografía, aún célebre hoy, ‘Die Lehre vom Verbrechen’ (‘La teoría del delito’). Para el desarrollo de la teoría de la culpabilidad tuvo especial importancia el escrito del gran comentarista Reinhard Frank ‘Über den Aufbau des Schuldbegriffs’ (‘Sobre la estructura del concepto de culpabilidad’, 1907). La evolución del sistema en su totalidad ha contado en la primera mitad del siglo con impulsos especialmente intensos por parte de Franz v. Liszt y Ernst Beling, de Max Ernst Mayer y Edmund Mezger, así como de Hans Welzel, el fundador de la teoría final de la acción.”

³⁰ Cf. WELZEL. **Derecho penal**: parte general, p. 44; WELZEL. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista, p. 49-51.

culpa eram formas ou classes de culpabilidade (concepção psicológica de culpabilidade).³¹

No sistema causal-naturalístico, o tipo, sua mais importante contribuição, tem a marcante característica de ser uma descrição objetiva e neutra do desenvolvimento de uma conduta, notadamente constituída por um movimento do agente e por um resultado, que deve estar necessariamente contido em todos os delitos.³²

1.4.2 Conceito neoclássico de delito (O neokantismo)

Em uma concepção que pode ser entendida como neoclássica, todos os elementos do conceito clássico do delito foram paulatinamente sofrendo um processo de transformação.

Sob a forte influência da filosofia dos valores neokantiana,³³ as mudanças começaram pelo conceito de ação, que passou a ser atrelado ao de comportamento humano. Sob este novo prisma, a ação deveria ser compreendida como um “comportamento voluntário”, a “realização da vontade”, o “comportamento conforme o arbítrio” ou, simplesmente, o “comportamento humano” que produz um efeito no mundo exterior (teoria causal-valorativa de ação).³⁴

³¹ Cf. JESCHECK. **Tratado de derecho penal**: parte general, p. 182-183.

³² Cf. TAVARES. **Teoria do injusto penal**, p. 134-135.

³³ A teoria dos valores neokantiana traz a realidade de que o corpo jurídico, em especial as normas constitucionais, condesam um conjunto de valores que se colocam, em tese, em choque, demandando do intérprete, de acordo com a textura fática de aplicação da norma, a ponderação entre estes diversos valores, para o fim de descortinar qual deles há de ser efetivado no caso concreto.

³⁴ Cf. JESCHECK. *Op. cit.*, p. 185.

Verificou-se que o conceito causal-naturalístico de ação não era capaz de sustentar todo o edifício da teoria do delito.³⁵ A partir das obras de Radbruch³⁶, do início do século passado, demonstrou-se a impossibilidade de se reduzir os conceitos de ação e de omissão a um denominador comum, uma vez que na omissão não haveria movimento corporal algum. O conceito de ação deveria, ainda, ser substituído pelo de “realização do tipo”.³⁷

A tipicidade meramente descritiva sofreu profunda modificação com a descoberta dos elementos normativos do tipo. A antijuridicidade deixou de ser um mero ataque formal a uma norma jurídica (Binding), para ser entendida materialmente como uma nocividade social,³⁸ um juízo de desvalor sobre o fato.³⁹

Com o reconhecimento da existência de verdadeiros elementos normativos no tipo penal e diante da nova concepção material de injusto, significativa mudança ocorreu, também, na relação existente entre tipo e ilicitude, cuja distinção acabou por ser relativizada: por obra de Max Ernst Mayer⁴⁰ e depois de Edmund Mezger,⁴¹ o tipo se transformou em tipo de injusto, consistente no conjunto de todos os elementos fundamentadores da antijuridicidade.⁴²

Desenvolveu-se, por fim, um conceito psicológico-normativo de culpabilidade, a qual passou a ser entendida como um juízo de reprovabilidade pessoal.⁴³

Sobre o conceito de comportamento humano no sistema jurídico penal, ver MARQUES. **Elementos subjetivos do injusto**, p. 13 *et seq.* e MIR PUIG. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**, p. 151 *et seq.*

³⁵ Cf. MUNÓZ CONDE. **Introducción al derecho penal**, p. 259-260.

³⁶ *Der Handlungsbegriff e Zur Systematik der Verbrechenslehre.*

³⁷ Cf. MUNÓZ CONDE. *Op. cit.*, p. 260-261.

³⁸ A antijuridicidade material permitiria a criação, posteriormente, das chamadas causas supra-legais de justificação, como o consentimento do titular do bem jurídico ofendido, adotada no ordenamento jurídico-penal brasileiro.

³⁹ Cf. MIR PUIG. *Op. cit.*, p. 130-131.

⁴⁰ *Der Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts.*

⁴¹ Cf. MEZGER. **Tratado de derecho penal**, t. I, p. 361 *et seq.*

⁴² Cf. JESCHECK. **Tratado de derecho penal: parte general**, p. 186.

⁴³ Cf. JESCHECK. *Op. cit.*, p. 187.

1.4.3 Conceito finalista de delito

A aspiração ideológica dos neokantianos abriu as portas para a mais importante transformação sistemática até hoje ocorrida na estrutura dogmática do delito: a teoria finalista da ação.⁴⁴

O conceito finalista de delito passou a ser elaborado, no início do segundo quartel do século XX, principalmente pelas obras de Hans Welzel.⁴⁵ Desde o seu princípio, Welzel estruturou sua teoria na ação humana que, segundo o jurista alemão, pertence a uma categoria totalmente distinta de qualquer outro processo causal. O comportamento humano é, na verdade, o exercício de uma atividade final.⁴⁶

⁴⁴ Cf. MUNÓZ CONDE. **Introducción al derecho penal**, p. 262.

⁴⁵ Dentre as quais podem ser destacadas duas das mais importantes, vertidas para a língua espanhola: **Derecho penal**: parte general, de 1956 e **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista, de 1964, cuja primeira edição foi reimpressa na Argentina em 2004.

⁴⁶ Preconizava Hans Welzel: “La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecer ‘finalista’ y no solamente ‘causal’. La ‘finalidad’ o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever, en determinada escala, las consecuencias posibles de una actividad con miras al futuro, proponerse objetivos de diversa índole, y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el acontecer causal exterior hacia el objetivo y lo sobredetermina así de modo finalista. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es ‘vidente’; la causalidad es ‘ciega’.

Como la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever en determinada escala las consecuencias de la intervención causal, y con ello dirigirla según un plan hacia la obtención del objetivo, la voluntad consciente del objetivo, que dirige el acontecimiento causal, es la espina dorsal de la acción finalista. Ella es el factor de dirección, que sobredetermina el acontecimiento causal exterior, sin el cual éste, destruido en su estructura material, degeneraría en un proceso causal ciego. Por eso, pertenece también a la acción, la voluntad finalista, como factor que conforma objetivamente el acontecimiento real.

En esta dirección objetiva del acontecimiento causal, la voluntad finalista se extiende a todas las consecuencias que el autor debe realizar para la obtención del objetivo; es decir, a:

- 1 el objetivo que se propone alcanzar;
- 2 los medios que emplea para ello; y
- 3 las consecuencias secundarias, que están necesariamente vinculadas con el empleo de los medios.

La actividad finalista no sólo comprende la finalidad de la acción, sino también los medios necesarios y las consecuencias secundarias, necesariamente vinculadas. La acción finalista es una

Da estrutura final de ação poder-se-á inferir que o dolo,⁴⁷ juntamente com os demais elementos subjetivos do injusto, pertence ao tipo penal. A consciência da ilicitude foi separada do dolo e transformada no elemento central de uma culpabilidade meramente normativa. O dolo, por conseguinte, não mais era concebido como o “*dolus malus*” da doutrina tradicional, que compreendia aquele conhecimento da antijuridicidade, mas sim como um dolo natural e não valorativo.⁴⁸

Ainda como consequência desta separação, a antiga dicotomia entre erro de fato e erro de direito acabou por superada. Em seu lugar, Welzel introduziu, de um lado, o erro de tipo, excludente do dolo e, de outro, o erro de proibição, quando negada a consciência da ilicitude.⁴⁹ No tratamento do erro de proibição, foram inseridos os critérios da evitabilidade e da inevitabilidade, sendo que somente no

construcción comprensiva y dividida del acontecimiento, en la cual el objetivo es solamente una parte, al lado de los medios puestos en movimiento, y las consecuencias secundarias vinculadas con ellos.

Por eso, no se debe opinar, partiendo de una pura interpretación de las palabras, que la ‘finalidad’ pueda tomar en consideración solamente el objetivo (*finis*). Esto no sería menos equivocado que querer objetar a la ‘causalidad’, que debería limitarse a la causa (*causa*) y no podría satisfacer el efecto.

La voluntad finalista de la acción es la voluntad de concreción, que abarca todas las consecuencias respecto de las cuales el autor conoce que están necesariamente vinculadas con la obtención del objetivo, y las quiere realizar por ello. Sólo en relación con estas consecuencias de la acción comprendidas por la voluntad de concreción, hay un nexo finalista de la acción. Una acción es finalista, solamente en lo referente a los resultados propuestos por la voluntad; en lo referente a otros resultados no propuestos por la voluntad de concreción, es sólo causal.” (WELZEL. **Derecho penal**: parte general, p. 39-41).

⁴⁷ O dolo é a consciência e a vontade de realização de todos os elementos objetivos de um tipo de injusto. Para Welzel o dolo, “como conceito jurídico, es aquella voluntad finalista de acción que esta dirigida hacia la concreción de las características objetivas de un *tipo de injusto*” ou, mesmo, “es conocimiento y querer de la concreción del tipo.” (WELZEL. *Op. cit.*, p. 43, 74).

⁴⁸ Cf. MUNÓZ CONDE. **Introducción al derecho penal**, p. 264.

A teoria normativa da culpabilidade se deve a Frank e a Goldschmidt, sendo apreendida e desenvolvida por Mezger, em seu *Tratado*. (Cf. MUNÓZ CONDE. *Op. cit.*, p. 261). Segundo Welzel, “[...] la teoría de la acción finalista asigna al dolo [...] su lugar adecuado en la acción típica. La teoría de lo injusto se llena así cada vez más, de elementos psíquicos, que en su origen fueron asignados erróneamente a la teoría de la culpabilidad: primero con los elementos subjetivos de lo injusto, luego con la voluntad de acción. En cambio, la teoría de la culpabilidad elimina los elementos subjetivos-psíquicos y retiene solamente el elemento normativo de la reprochabilidad.” (WELZEL. *Op. cit.*, p. 151). “La conciencia de la antijuricidad de la acción no pertenece al *dolo del tipo*, sino que es elemento de la culpa, de la reprochabilidad.” (WELZEL. *Op. cit.*, p. 82).

⁴⁹ Os erros de tipo e de proibição, bem como as variações decorrentes de sua evolução histórica e da adoção do finalismo de Welzel, podem ser verificados no item 2.4.5 deste trabalho.

erro de proibição inevitável haveria o completo afastamento do juízo de culpabilidade (teoria estrita da culpabilidade).⁵⁰

O giro metodológico do finalismo de Welzel determinou o abandono da concepção objetiva de injusto, de forma que a antijuridicidade passou a depender, também, do elemento subjetivo da finalidade.⁵¹

Por fim, o agente, nos delitos dolosos, passa a ser aquele que possui o domínio final do fato e não simplesmente aquele que de alguma forma intervenha na produção do resultado.⁵²

⁵⁰ Cf. WELZEL. *Op. cit.*, p. 35-38.

⁵¹ Cf. MIR PUIG. **Direito penal**: fundamentos e teoria do delito, p. 132.

⁵² O finalismo de Welzel promoveu alterações, também, no tratamento do concurso de pessoas. A participação, por induzimento, instigação ou cumplicidade, somente poderia ser verificada em face de fato principal doloso, uma vez que, ausente o dolo, haveria que se negar a própria tipicidade do fato principal.

CAPÍTULO II

TIPO LEGAL DE CRIME

2.1 Notas introdutórias

A construção do direito penal assumirá diferentes coloridos conforme a compreensão que se tenha do conceito de delito. Modernamente, a estrutura tripartida de delito, com suas categorias conduta típica, ilicitude e culpabilidade, assume posição de destaque entre aqueles que se dedicam ao estudo da dogmática jurídico-penal. Da mesma forma, é corrente o acolhimento da concepção finalista de delito, desenvolvida a partir da obra de Hans Welzel.

Sob o prisma finalista, o crime não é qualquer negação de valores, mas, sim, a negação de valores jurídico-criminais, que correspondem ao chamado injusto penal.⁵³

O Direito Penal moderno tem como finalidade precípua a proteção de bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à comunidade, em um quadro axiológico constitucional decorrente da concepção de Estado Democrático de Direito.⁵⁴

Desta orientação decorre que não há crime sem que haja lesão ou, ao menos, perigo de lesão a um determinado bem jurídico. A proteção penal somente se

⁵³ VARGAS. **Do tipo penal**, p. 18.

⁵⁴ PRADO. **Bem jurídico-penal e constituição**, p. 62.

Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina, ao realizarem uma coleta em Luigi Ferrajoli (**Derechos y garantías**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999, p. 19), ressaltam que: “em um Estado constitucional que se define, com efeito, como democrático [...] e de direito [...], e que tem nos direitos fundamentais seu eixo principal, não resta dúvida que só resulta legitimada a tarefa de criminalização primária (criminalização legal feita pelo legislador) ou de criminalização secundária (feita pelo julgador) quando recai sobre condutas ou ataques concretamente ofensivos a um bem jurídico e mesmo assim nem todos os ataques, senão unicamente os mais graves (fragmentariedade) é que podem ser incriminados ou punidos. Somente os ataques mais intoleráveis e que podem causar repercussões visíveis (palpáveis) para a convivência social é que devem ser castigados penalmente.” (GOMES; MOLINA. **Direito penal**: parte geral, v. 2, p. 192).

justifica, portanto, quando socialmente necessária, “imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em conta os ditames superiores da dignidade e da liberdade da pessoa humana”.⁵⁵

Não cabe ao magistrado a determinação do injusto penal, porquanto se confundiriam, em uma única pessoa, as figuras do legislador e do julgador. José Cirilo de Vargas leciona:

Por isso é que existe a necessidade de a ordem jurídica, vigente em determinado momento histórico, formular, de maneira a mais exata possível, os seus juízos de valor, tarefa que, evidentemente, não pode estar afeta à atividade judicial.⁵⁶

A solução para este impasse foi encontrada pela técnica legislativa com a criação do tipo penal (tipo legal, tipo de injusto ou, simplesmente, tipo), instrumento indispensável de garantia da pessoa humana em um Estado Democrático de Direito.

2.2 Conceito e evolução

O tipo legal de crime é a descrição normativa de condutas que representam a negação de valores jurídico-criminais. “É o modelo legal do comportamento proibido,

⁵⁵ PRADO. **Curso de Direito Penal brasileiro**: parte geral, p. 147.

O princípio da necessidade da tutela penal (“nulla lex poenalis sine necessitate”) é trabalhado por Beccaria, que forte influência sofreu de Montesquieu: “[...] mesmo provada que a atrocidade da pena, não sendo imediatamente oposta ao bem comum e ao próprio fim de impedir os delitos, fosse apenas inútil, ela seria, ainda assim, contrária não só às virtudes benéficas, efeito de uma razão esclarecida, que prefere o comando de homens felizes ao de um rebanho de escravos, em meio aos quais circulasse, perpetuamente, uma tímida crueldade, contrária também à justiça e à natureza do próprio contrato social.” (BECCARIA. **Dos delitos e das penas**, p. 31).

O bem jurídico-penal pode ser conceituado, em um sentido político-criminal, como o bem do direito protegido pelo Direito Penal e, em um sentido dogmático, como o objeto efetivamente protegido pela norma penal vulnerada. (Cf. MIR PUIG. **Direito penal**: fundamentos e teoria do delito, p. 139).

⁵⁶ VARGAS. **Do tipo penal**, p. 18.

compreendendo o conjunto das características objetivas e subjetivas do fato punível”.⁵⁷ Em fórmula lapidar, Aníbal Bruno ensina que tipo “é a descrição exata das circunstâncias elementares do fato punível”.⁵⁸

Claus Roxin busca em Welzel o conceito de tipo, estabelecendo-o como “a descrição concreta da conduta proibida” ou, ainda, “a matéria da proibição (= matéria da norma) das prescrições jurídico-penais.”⁵⁹ (tradução nossa).

Naquela descrição, em expressão há muito cunhada por Nelson Hungria,⁶⁰ a lei recorta em moldes os seus juízos de valor que, lesados ou submetidos a perigo de lesão, ensejam a chamada ilicitude ou antijuridicidade criminal.

⁵⁷ FRAGOSO. **Lições de direito penal**: parte geral, p. 153.

Para a doutrina majoritária, como visto, crime é a conduta típica, ilícita (antijurídica) e culpável. Ao lado do conceito de tipo, portanto, é importante destacar que a ilicitude é vista, correntemente, como a contrariedade do fato típico com todo o ordenamento jurídico (uno e indivisível). (Cf. PRADO. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, p. 392). “É um juízo de desvalor (ou juízo negativo de valor) que recai sobre a conduta típica, tendo em vista as exigências do ordenamento jurídico.” (FRAGOSO. *Op. cit.*, p. 181). É o contraste de um fato às exigências da ordem jurídica, ou, em outras palavras, o contraste entre o fato e a norma. (Cf. BRUNO. **Direito penal**: parte geral, t. I, p. 223).

Francesco Antolisei não vê a antijuridicidade como elemento do delito. O jurista italiano assim explica a conduta ilícita : “Poiché il reato consiste nella violazione di un precetto dell’ordinamento giuridico-penale, sua nota fondamentale è il contrasto, l’opposizione col diritto, questa contraddizione viene indicata col termine ‘antigiuridicità’ ed anche ‘illiceità’.” (ANTOLISEI. **Manuale di diritto penale**: parte generale, p. 192).

A culpabilidade, por sua vez, dever ser entendida como um juízo de reprovabilidade que recai sobre o agente que realizou um injusto penal. É, na verdade, a medida da responsabilidade penal. Pela concepção normativa pura da culpabilidade, hoje amplamente adotada (item 1.3.3), constituem elementos da culpabilidade a imputabilidade penal, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

⁵⁸ BRUNO. *Op. cit.*, t. I, p. 213.

Edmund Mezger destaca que, na Teoria do Direito, tipo seria “el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica”, para depois afirmar que, em um sentido jurídico-penal, significa “el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va liga la sanción penal.” (MEZGER. **Tratado de derecho penal**, p. 351-352).

⁵⁹ ROXIN. **Teoría del tipo penal**: tipos abiertos y elementos del deber jurídico, p. 4: “De esta manera Welzel llega a la siguiente definición: ‘Tipo penal es la descripción concreta de la conducta prohibida’; y también: ‘El tipo es la materia de la prohibición (= materia de la norma) de las prescripciones jurídico-penales’. Quien realiza un tipo penal, es decir, quien se comporta en la manera descrita por la materia de la norma - p. ej., ‘daña dolosamente la salud de otro’ -, obra siempre en forma contraria a la norma.”

Enrique Bacigalupo promove, na conceituação do tipo, a diferença entre tipo de garantia, como aquele que contém todos os pressupostos condicionantes da aplicação da sanção penal e tipo sistemático, ou tipo em sentido estrito, como sendo o que descreve a ação proibida pela norma. (Cf. BACIGALUPO. **Direito penal**: parte geral, p. 196).

⁶⁰ Cf. HUNGRIA. **Comentários ao Código Penal**, 1958.

Os modelos, uma vez construídos pelo órgão estatal competente, passam a figurar como balizas intransponíveis ao órgão jurisdicional criminal, a quem caberá aferir a adequação dos fatos ocorridos na vida àquela moldura normativa, atribuindo-lhes, por conseguinte, contornos jurídico-penais. A esta adequação, ou subsunção, atribui-se a denotação de tipicidade, instrumento indispensável de garantia ao jurisdicionado, uma vez que decorrente do princípio constitucional da legalidade ou da reserva legal, exigência de segurança jurídica e “verdadeira pedra angular do Estado de Direito”.⁶¹

Ocorrendo a adequação típica, um juízo positivo de ilicitude poderá ser emanado, configurando-se, então, o “injusto penal”, que caminhará ou não para a confirmação do delito, com a comprovação da culpabilidade.⁶²

⁶¹ PRADO. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, v. 1, p. 134.

No estudo do Direito Constitucional brasileiro, há autores que procuram estabelecer uma distinção entre o princípio da legalidade, descrito no artigo 5.º, II, da Constituição da República de 1988 (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”) e o princípio da reserva legal, insculpido no artigo 5.º, XXXIX, do texto constitucional e reproduzido no artigo 1.º do Código Penal brasileiro (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”). No entanto, é preferível uma concepção unitária, tal qual concebida por Cesare Beccaria, para quem: “só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça, aplicar pena a outro membro dessa mesma sociedade, pena essa superior ao limite fixado pelas leis, que é a pena justa acrescida de outra pena. Portanto, o magistrado não pode, sob qualquer pretexto de zelo ou de bem comum, aumentar a pena estabelecida para um delinqüente cidadão.” (BECCARIA. **Dos delitos e das penas**, p. 30).

A formulação latina do princípio, “nullum crimen, nulla poena sine praevia lege”, é devida a Feuerbach (*Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, de 1810). (Cf. PRADO. *Op. cit.*, p. 133).

Santiago Mir Puig destaca que “[...] a função de prevenção que corresponde ao Direito penal de um Estado não apenas social, mas também *democrático e de Direito*, deve estar sujeita, como sabemos, a certos limites. O princípio da legalidade requer, por um lado, que o delito seja determinado com suficiente precisão: o delito deve estar especificamente ‘tipificado’; e, por outro, requer que o delito constitua a ‘infração de uma norma primária’.” (MIR PUIG. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**, p. 114).

⁶² Nelson Hungria afirma que “o fato elementar do crime deve corresponder fielmente à descrição contida no preceito legal incriminador (considerado em si mesmo ou em conexão com a regra geral sobre a *tentativa*). A esse caráter do fato chama-se *tipicidade*.” (HUNGRIA; FRAGOSO. **Comentários ao Código Penal**, v. I, t. II, p. 20-21). A tipicidade é o ponto de partida da famosa teoria dogmático-jurídica de Beling, que assim a define, na transcrição realizada por Hungria: “qualidade do fato em virtude da qual este se pode enquadrar dentro de alguma das figuras de crime descritas pelo legislador mediante um processo de abstração de uma série de fatos da vida real”. (HUNGRIA; FRAGOSO. *Op. cit.*, v. I, t. II, p. 21, nota 17).

Wilhelm Gallas leciona que a punição de um comportamento está condicionada à sua adequação, formal e material, a um tipo. A subsunção somente será possível a partir do momento em que se realizar o conteúdo material do injusto a que tende o delito em análise.⁶³

Francisco de Assis Toledo afirma que:

Os tipos são, de um modo geral, frutos de um desvalor ético-social, tanto que representam denominações bastante vulgarizadas (homicídio, assassinato, furto, roubo, estupro etc.). Não obstante, em razão do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que entre nós é regra legislada (CF, art. 5.º, XXXIX; CP, art. 1.º), só a lei federal pode criar tipos penais (CF, art. 22, I). Assim, um fato, por mais danoso que seja, não poderá jamais ser reputado crime, antes de ser expressamente previsto em lei como tal. Essa previsão, como se disse, se faz por meio do tipo legal de crime.⁶⁴

O conceito de tipo é resultado de um processo de longa evolução histórica, conforme visto, que se confunde com o próprio desenvolvimento da teoria do delito.⁶⁵ Juarez Tavares destaca que os antecedentes do tipo penal podem ser encontrados em Tiberius Decianus que, no direito penal renascentista, o considerava a causa formal do delito.⁶⁶

Ressalta José Cirilo de Vargas que a palavra tipo decorre da livre tradução de “tatbestand”, utilizada na redação do artigo 59 do Código Penal Alemão de 1871, que se originou da expressão latina “corpus delicti”, de natureza eminentemente processual. Assim, significava o conjunto de todos os elementos do crime. O professor mineiro destaca, no entanto, não ser pacífica a tradução daquele

José Cirilo de Vargas, por sua vez, leciona que “em um Direito Penal de cunho legalista, como o nosso, uma ação ou omissão, para serem consideradas delito, devem estar descritas por um tipo legal de crime. Este importante instituto jurídico é a descrição, feita pela lei, de uma conduta proibida. Quando esta se ajusta, se enquadra ou se subsume nessa descrição legal, dá-se a tipicidade, ou *Tatbestandmässigkeit* dos autores alemães, que cuidaram do tema de forma completa, exhaustiva, definitiva.” (VARGAS. **Instituições de direito penal**: parte geral, t. I. p. 175).

⁶³ Cf. GALLAS. **La teoría del delito en su momento actual**, p. 31.

⁶⁴ TOLEDO. **Princípios básicos do direito penal**, p. 128-129.

⁶⁵ Cf. TAVARES. **Teoria do injusto penal**, p. 133.

⁶⁶ Cf. TAVARES. *Op. cit.*, p. 133-134.

vocábulo, encontrando, nos diversos estudos realizados, os significados de “delito-tipo”, “éléments légaux”, “fattispecie legale”, “modello”, “tipo”, “ação punível”, “conceito reitor”, “figura reitora” e “tipicidade”. No Brasil, o uso da palavra tipo é mais difundido, como é possível verificar nos trabalhos de Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Heleno Cláudio Fragoso e Everardo da Cunha Luna.⁶⁷

No entanto, somente a partir da obra fundamental de Ernst von Beling, *A doutrina do crime*⁶⁸, de 1906, fixou-se um conceito técnico de tipo penal e inaugurou-se efetivamente uma teoria do tipo:

Não fosse o gênio criador de BELING, a procurar posições novas, concepções novas, o instituto, muito provavelmente, não alcançaria lugar tão destacado na teoria do delito e, tampouco, mereceria tantos e aprofundados estudos doutrinários. Por isso é que se pode dizer que o estudo do tipo tem um divisor perfeitamente nítido: a obra de BELING, em 1906.⁶⁹

O grande mérito de Beling foi ter despertado a atenção da comunidade jurídica para a importância da figura de um genuíno tipo penal, força motriz de todo o sistema jurídico-penal.⁷⁰

⁶⁷ Cf. VARGAS. **Introdução ao estudo dos crimes em espécie**, p. 48-49.

Ressalta o Professor mineiro que “em 1943, SOLER verteu para o espanhol dois trabalhos de BELING [...]. Em ambos, traduziu a expressão por ‘delito-tipo’. Em traduções francesas do Código Penal alemão de 1871, a expressão ‘gesetzlichen Tatbestand’ aparece como *éléments légaux*. Na Itália, GRISPIGNI se refere a *fattispecie legale*, ‘modello’ e ‘tipo’. ANTOLISEI fala em *modello astratto del reato*; esclarece EDUARDO CORREIA que ‘a partir das investigações de BELING passa, porém, a considerar-se idéia assente a de que, quando em direito penal se fala de *Tatbestand*, se entende por este – independentemente de precisões e pontos de vista particulares – a descrição legal da ação punível’, notando-se que esta edição contou com a prestigiadíssima colaboração de FIGUEIREDO DIAS, um dos mais importantes penalistas da atualidade, em todo o mundo. JIMÉNEZ DE ASÚA, em trabalho de 1931 [...], propõe as expressões ‘conceito reitor’ e ‘figura reitora’ para *Leitbild*, que o Professor espanhol considera como sinônimo de *Tatbestand*, na construção de BELING. Já no *Tratado*, JIMÉNEZ DE ASÚA prefere ‘tipicidade’ [...]. Entre nós, o uso da palavra tipo é generalizado, como se vê nas obras de HUNGRIA, de BRUNO, de FRAGOSO e de CUNHA LUNA, ou seja, o que de mais representativo há em nossa literatura especializada.” (VARGAS. *Op. cit.*, p. 48-49).

⁶⁸ *Die Lehre vom Verbrechen*, que, mais tarde, foi complementada e alterada pelo próprio Beling, que a finalizou sob o título *Die Lehre vom Tatbestand*, de 1930.

⁶⁹ VARGAS. *Op. cit.*, p. 48.

⁷⁰ Cf. MEZGER. **Tratado de derecho penal**, p. 352.

O tipo legal é um instrumento absolutamente indispensável em um Estado Democrático de Direito. Não é possível conceber um conceito estratificado de crime com o afastamento de um tipo legal, cuja aferição, por meio de um juízo positivo de tipicidade formal, é imprescindível para a constatação da ilicitude e da culpabilidade. Ademais, é inconcebível a existência de uma ilicitude penal não descrita no tipo, uma vez que este carrega toda a carga valorativa do injusto penal.

Beling já ressaltava que a prática jurídico-penal havia estendido de tal forma o poder judicante que o juiz podia punir e impor arbitrariamente uma pena para toda e qualquer conduta que julgasse punível. Diante da insegurança jurídica fomentada pelo nascente Liberalismo do século XVIII, houve a necessidade de uma reação da comunidade jurídica e, para uma efetiva proteção do indivíduo, foram recortados, da ilicitude punível, determinados “tipos delitivos”, para os quais foram previstas penas concretas e precisamente determinadas por lei:

Deste modo, reduz-se o atual Direito Penal a um *catálogo de tipos delitivos*. A antijuridicidade e a culpabilidade subsistem como notas conceituais da ação punível, mas concorre com elas, como característica externa, a “*tipicidade*” (adequação ao catálogo), de modo que, dentro do ilícito culpável, está delimitado o espaço dentro do qual aquelas são puníveis [...]. Ação punível é somente a ação *tipicamente* antijurídica e culpável.⁷¹ (tradução nossa).

⁷¹ BELING. **Esquema de derecho penal**, p. 37-38: “De este modo, redúcese el actual Derecho Penal a un *catálogo de tipos delictivos*. La antijuridicidad y la culpabilidad subsisten como notas conceptuales de la acción punible, pero concurre con ellas, como característica externa, la ‘*Tipicidad*’ (adecuación al catálogo) de modo que, dentro de lo ilícito culpable, está delimitado el espacio dentro del cual aquellas son punibles [...]. Acción punible lo es sólo la acción típicamente antijurídica y culpable.”

Para Mezger: “en los últimos años ha presentado Beling en su nuevo trabajo, *Die Lehre vom Tatbestand* (1930) [...] una descripción del ‘tipo’ renovada y alterada en muchos puntos: separa netamente el ‘tipo del delito’ de la ‘tipicidad’ (o sea la adecuación, no a dicho tipo (total) del delito, sino a lo que es *figura rectora* de cada tipo de delito) [...]; el *tipo* es (ahora) para Beling una simple ‘imagen o figura rectora jurídico-penal’, una ‘representación conceptual’ que no debe ser confundida con su ‘realización en la práctica’, un concepto ‘estilizado’, ‘puramente funcional’, que sólo ejerce una función ‘caracterizadora, no normativa’, un ‘concepto troncal’ y de ‘ordenación metódica’. El *tipo del delito*, por el contrario, es expresión de una ‘valoración’ legal, una ‘figura normativa’, una parte integrante de la definición del delito.” (MEZGER. **Tratado de derecho penal**, t. I, p. 353).

Com fundamento no artigo 59 do antigo Código Penal alemão, Beling cunhou, então, a expressão delito-tipo (“gesetzlicher Tatbestand”), ou delito-tipo jurídico penal (“straf-gesetzliche Tatbestand”).⁷²

Juarez Cirino dos Santos ressalta que o conceito de tipo, construído por Beling na dogmática jurídico-penal, pode ser analisado sob diferentes ângulos: “a) como *tipo legal* constitui a descrição do comportamento proibido [...]; b) como *tipo de injusto* representa a descrição da lesão do bem jurídico [...]; c) como *tipo de garantia* [...] realiza a função político-criminal atribuída ao princípio da legalidade”.⁷³

Assim, é possível afirmar que o tipo possui duas funções fundamentais: a) de *garantia*, em face do princípio da reserva legal (artigo 5.º, XXXIX, da Constituição da República de 1988 e artigo 1.º, do Código Penal brasileiro) e b) *fundamentadora* (sistemática ou limitadora) da ilicitude.

Para José Cirilo de Vargas, o tipo legal de crime é o portador de toda valoração jurídico-penal diante da qual se coloca o intérprete da lei penal. Desta forma, a tipicidade é formal e garantidora do princípio da legalidade. Mas não só formal: é também material, configurando-se na própria ilicitude tipificada.⁷⁴

Do ponto de vista prático, tanto faz considerar que o tipo tenha caráter sistemático, quanto de garantia. Importa ressaltar, entretanto, que o tipo fundamentador possui função específica na estrutura da conduta punível, enquanto

⁷² Cf. BELING. **La doctrina del delito-tipo**, p. 3 *et seq.*

Na verdade, Beling utilizou um método puramente dedutivo, a partir das normas legais que previam os fatos criminosos. Posteriormente, passou a tratar do tipo como o conjunto das circunstâncias caracterizadoras do delito. Na década de 1930, estabeleceu uma distinção entre “tipo de delito” (conjunto das características de cada um dos delitos descritos na parte especial do Código Penal) e “tipo reitor” (modelo abstrato e conceitual de cada delito-tipo). (Cf. BELING. *Op. cit.*, p. 3 *est seq.*). Na teoria do delito o que importa é o “tipo reitor”, ficando o “tipo de delito” reservado para o estudo da parte especial do Código Penal. (Cf. TAVARES. **Teoria do injusto penal**, p. 135-136).

⁷³ CIRINO DOS SANTOS. **A moderna teoria do fato punível**, p. 33.

⁷⁴ Cf. VARGAS. **Introdução ao estudo dos crimes em espécie**, p. 46-48.

que o tipo-garantia está atrelado diretamente ao princípio constitucional da legalidade (reserva legal).

2.3 Elementos constitutivos

O tipo de injusto pode ser analiticamente decomposto, conforme a espécie de conduta praticada, em tipo de injusto de ação (doloso ou culposos) e tipo de injusto de omissão (doloso ou culposos).

O tipo de injusto de ação doloso,⁷⁵ por sua vez, é constituído, na ótica da doutrina dominante e a partir de um critério meramente didático, por elementos objetivos e subjetivos. Alguns desses elementos mostrar-se-ão presentes em todos os tipos penais, outros não.

Os elementos objetivos são aqueles que representam um conjunto de características materiais do tipo legal de crime (tipo objetivo). São a exteriorização da vontade, a realidade externa de todo e qualquer delito. Os elementos objetivos podem ser divididos em:

a) Descritivos (ou objetivos propriamente ditos): são aqueles cujo conteúdo revela a descrição pura, objetiva, do comportamento humano. Sua identificação decorre da simples verificação sensorial,⁷⁶ prescindindo de qualquer juízo valorativo

⁷⁵ Para o desenvolvimento deste trabalho, os estudos serão focados unicamente no tipo de injusto de ação doloso. Neste, o comportamento humano, como pode ser verificado em Welzel, consiste no exercício de uma atividade finalista, conscientemente orientada a um objetivo previamente determinado. (Cf. WELZEL. **Derecho penal**: parte general, p. 39-41).

A doutrina costuma estabelecer uma dicotomia entre tipos penais incriminadores (aqueles que descrevem uma conduta proibida) e tipos penais permissivos (aqueles que estabelecem as causas de justificação). Neste trabalho, será adotado o tipo total de injusto (item 2.4), de forma que será, desde já, abandonada aquela separação.

⁷⁶ Cf. PRADO. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, p. 361.

e, também, de qualquer especulação quanto ao ânimo do agente.⁷⁷

b) Normativos: são aqueles que dependem de um juízo de valor para o seu conhecimento. Este juízo de valor pode ser de índole cultural, fundado na experiência, na sociedade e na cultura (elementos normativos extrajurídicos)⁷⁸ ou de natureza jurídica ou referentes à norma jurídica (elementos normativos jurídicos).⁷⁹

O tipo objetivo é composto por um núcleo (verbo típico) e por elementos objetivos secundários: os sujeitos (ativo e passivo), os objetos (jurídico e material), o resultado e o nexa causal,⁸⁰ eventuais circunstâncias de tempo, de lugar, os meios e os modos de execução.

Os elementos subjetivos são, na lição de Johannes Wessels, “as circunstâncias que pertencem ao campo psíquico-espiritual e ao mundo de representação do autor.”⁸¹ São “os fenômenos anímicos do agente, ou seja, o dolo, especiais motivos, tendências e intenções.” (tipo subjetivo).⁸²

O tipo subjetivo é composto por um elemento geral: o dolo, como consciência e vontade de realização de todos os elementos objetivos do tipo de injusto doloso.⁸³ Ao lado do dolo, e com ele compondo o tipo subjetivo de injusto, podem estar presentes elementos subjetivos especiais do tipo, que são “todos aqueles requisitos de caráter subjetivo distintos do dolo que o tipo exige, além deste, para a sua configuração.”⁸⁴ Podem ser eles “ânimos, tendências, fins dotados de especificidade

⁷⁷ Cf. VARGAS. **Introdução ao estudo dos crimes em espécie**, p. 109.

⁷⁸ Cf. PRADO. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, p. 362.

⁷⁹ A existência de elementos meramente descritivos no tipo de injusto é questionável. Ao analisar qualquer elemento constitutivo do tipo penal, o homem sempre, e necessariamente, emprega para aquele estudo jurídico-penal juízos de valor, culturais ou jurídicos, forjados em suas experiências de vida ou profissional.

⁸⁰ Elementos necessariamente presentes em todos os tipos penais.

⁸¹ WESSELS. **Direito penal**, p. 34.

⁸² TOLEDO. **Princípios básicos de direito penal**, p. 154.

⁸³ Cf. PRADO. *Op. cit.*, p. 364.

⁸⁴ MIR PUIG. **Direito penal**: fundamentos e teoria do delito, p. 231.

própria constantes do tipo legal de delito que, se faltos, tornam a conduta atípica.”⁸⁵

Com a adoção da teoria dos elementos negativos do tipo e afirmação de um tipo total de injusto, aos elementos objetivos do tipo penal acrescentar-se-á uma face negativa, composta pela ausência de qualquer uma das causas de justificação,⁸⁶ que deverá ser necessariamente abarcada pelo dolo, elemento subjetivo geral do injusto.

2.4 Tipo total de injusto

2.4.1 Conceito e evolução

As relações do tipo com o juízo de ilicitude ou antijuridicidade da conduta por ele descrita podem ser analisadas sob o enfoque de três diferentes teorias, ou três fases de evolução do tipo.

2.4.1.1 O tipo avalorado

Para a primeira fase, o tipo, tal qual foi concebido por Ernst von Beling, é puramente descritivo, avalorado, nada adiantando sobre a ilicitude.⁸⁷

⁸⁵ PRADO. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, p. 373.

⁸⁶ Como será estudado nos itens 2.4.3 e 2.4.5.

⁸⁷ Cf. BELING. **La doctrina del delito-tipo**, p. 9.

Ressalta o professor da Universidade de Munique que o tipo (delito-tipo jurídico penal), como uma espécie de categoria, não possui conteúdo, nem determina por si mesmo os seus conteúdos. “Dito de outro modo: o delito-tipo é um conceito puramente funcional. Somente expressa o elemento orientador para dada figura de delito”.⁸⁸ (tradução nossa). Em seu *Esquema*, afirma que o delito-tipo não se identifica com a figura de delito que a ele corresponde, uma vez que é precisamente e tão-somente um esquema comum para os elementos do crime, um quadro meramente regulador para os elementos da figura delitiva.⁸⁹

Hans-Heinrich Jescheck afirma que, nesta fase, o tipo era compreendido como uma descrição puramente externa da realização da conduta, sem qualquer predicado valorativo.⁹⁰ Juarez Cirino dos Santos ressalta que

O conceito de tipo formulado por Beling, fundado no modelo *causal* da filosofia naturalista do século XIX, é *objetivo* e *livre-de-valor*: objetivo, porque todos os elementos subjetivos integram a culpabilidade; livre-de-valor, porque a tipicidade é neutra, e toda valoração legal pertence à antijuridicidade.⁹¹

Santiago Mir Puig acrescenta que Beling concebeu um tipo totalmente independente da antijuridicidade, de forma que a tipicidade não significava qualquer juízo de desvalor jurídico sobre o fato, mas tão somente a constatação lógica da sua subsunção a uma figura delitiva.⁹²

⁸⁸ BELING. **La doctrina del delito-tipo**, p. 9: “El delito-tipo jurídico penal, siendo una especie de categoría, es *sin* contenido; no determina por sí mismo sus contenidos. Los centenares de *contenidos* que tienen especial función definitoria, más brevemente, los ‘tipos regentes’ (‘die Tātbestände’), no se deducen de un mismo concepto. Se deducen más bien de las figuras delictivas, de las cuales se llega *inductivamente*, al esquema adecuado. Dicho de otro modo: el delito-tipo es un puro concepto funcional. Sólo expresa el elemento orientante para una figura dada de delito.”

⁸⁹ Cf. BELING. **Esquema de derecho penal**, p. 51.

⁹⁰ Cf. JESCHECK. **Tratado de derecho penal**: parte general, p. 182.

⁹¹ CIRINO DOS SANTOS. **A moderna teoria do fato punível**, p. 34.

⁹² Cf. MIR PUIG. **Direito penal**: fundamentos e teoria do delito, p. 133.

2.4.1.2 O tipo indiciário

Na segunda fase, chamada “fundamentadora da ilicitude”, encontra-se o tipo indiciário. A tipicidade é a “ratio cognoscendi” da ilicitude. Segundo esta concepção, a tipicidade está para a ilicitude assim como a fumaça está para o fogo, na precisa lição anunciada por Max Ernst Mayer, em seu *Tratado* de 1915.⁹³ A “conduta típica é, em regra, antijurídica, funcionando a tipicidade como *indício* da antijuridicidade. Em consequência, a análise da antijuridicidade se resume ao exame da ocorrência, na realização da conduta típica, de causas de justificação, que excluam a ilicitude.”⁹⁴ Para Mayer, até prova em contrário, a antijuridicidade deve ser aduzida da própria tipicidade. A sua negativa pode defluir do sistema jurídico, do contexto em que está inserido o preceito legal ou, mesmo, de uma especial regra de direito.⁹⁵

Hans Welzel afirma que,

Quem atua de maneira adequada ao tipo, atua, em princípio, antijuridicamente. Como o tipo capta o injusto penal, surge da realização dos tipos objetivo e subjetivo, a princípio, a antijuridicidade do fato; de modo que falta outra fundamentação positiva à antijuridicidade. Esta relação de adequação típica com a antijuridicidade caracterizou-se pela afirmação de que a adequação típica é “indício” da antijuridicidade. Quando existe esta relação, somente surgirá um problema nos casos em que a antijuridicidade

⁹³ Cf. VARGAS. **Introdução ao estudo dos crimes em espécie**, p. 53-57. PRADO. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, v. 1, p. 353.

⁹⁴ FRAGOSO. **Lições de direito penal**: parte geral, p. 182.

Jürgen Baumann, ao defender a função meramente indiciária do tipo penal, assevera que “a nuestro juicio, el tipo es el intento (necesariamente imperfecto) del legislador de tipificar lo injusto punible. La tipificación de lo injusto se realiza casi siempre de modo que la norma del tipo se extienda mucho, y también incluya casos que el orden jurídico no considera como injusto. Por consiguiente, es necesario crear, mediante disposiciones de excepción, causas de exclusión de lo injusto que hagan aparecer como no existente la antijuridicidad indiciada por la realización del tipo (vaciar, en cierto modo, el indicio). La ley procede según el principio de la regla-excepción, o sea, establece siempre en forma generalizadora normas y contra normas, de cuyo concurso se deduce el verdadero precepto de la conducta.” (BAUMANN. **Derecho penal**: conceptos fundamentales y sistema, p. 156-157).

⁹⁵ Cf. MAYER. **Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts**. Heidelberg, 1923, p. 53 *apud* HUNGRIA; FRAGOSO. **Comentários ao Código Penal**, v. I, t. II, p. 22.

está, excepcionalmente, excluída, apesar da realização da adequação típica. [...] Por isso, aqui, a antijuridicidade pode ser averiguada mediante um procedimento negativo, a saber, estabelecendo a inexistência de fundamentos de justificação, como a legítima defesa, o estado de necessidade, o consentimento, etc.⁹⁶ (tradução nossa).

Nelson Hungria, adepto da tipicidade preconizada por Mayer, ensina:

Um fato, para ser criminoso, tem de ser, além de típico, contrário ao direito, isto é, estar positivamente em contradição com a ordem jurídica. Via de regra, o fato típico é também antijurídico, mas, como já se notou acima, nem sempre é assim. A tipicidade é um *indício* da injuricidade e, como todo indicio, é falível. Para se reconhecer que um fato típico é também antijurídico, basta indagar, dadas as circunstâncias que o acompanham, se não ocorre uma *causa de excepcional licitude* (*causa excludente de crime, discriminante*), isto é, se a ação ou omissão não se apresenta como exercício de uma faculdade legal (reação moderada contra uma agressão atual e injusta, sacrifício do bem ou interesse alheio em *estado de necessidade*), ou realização de um direito outorgado ou cumprimento de um dever imposto por outra norma legal (penal ou extrapenal).⁹⁷

José Cirilo de Vargas destaca que “a realização do tipo permite formular um juízo, ainda que provisório, acerca da presença da ilicitude. Como, porém, nem toda ação típica é antijurídica, pode o tipo resultar desvirtuado no caso concreto. A antijuridicidade, como conseqüência da tipificação na figura legal, carece de comprovação: apresenta-se como regra”.⁹⁸

É interessante observar que Mayer afirmava, de fato, que o tipo era somente a “ratio cognoscendi” da antijuridicidade, mas não um de seus componentes. Para o professor alemão, o caráter não valorativo do tipo está garantido pelo fato de que os

⁹⁶ WELZEL. **Derecho penal**: parte general, p. 86: “*Quien actúa de manera adecuada al tipo, actúa, en principio, antijuridicamente*. Como el tipo capta lo injusto penal, surge del cumplimiento del tipo objetivo y subjetivo, en principio, la antijuricidad del hecho; de modo que huelga otra fundamentación positiva de la antijuricidad. Esta relación de la adecuación típica con la antijuricidad se ha caracterizado llamando a la adecuación típica el ‘indicio’ de la antijuricidad. Cuando exista esa relación, sólo surge problema en los casos en que la antijuricidad está, una vez *por excepción*, excluída, a pesar de darse la adecuación típica; (...) Por eso, aquí, la antijuricidad puede ser averiguada mediante un procedimiento *negativo*, a saber, estableciendo que no existen fundamentos de justificación, como defensa legítima, autoayuda, consentimiento, etc.”

⁹⁷ HUNGRIA; FRAGOSO. **Comentários ao Código Penal**, v. I, t. II, p. 21-22.

Hungria usava também a expressão injuricidade, hoje já abandonada, como sinônima de antijuridicidade.

⁹⁸ VARGAS. **Introdução ao estudo dos crimes em espécie**, p. 54.

elementos do tipo são meramente descritivos, uma vez que somente contém descrições facilmente perceptíveis pelo intérprete da norma penal. No entanto, ao trabalhar os elementos normativos, por ele descobertos, Mayer lecionava que eles são autênticos elementos da antijuridicidade, querendo afirmar, por conseguinte, que o tipo era a “ratio essendi” da ilicitude penal. Entretanto, paradoxalmente, para Mayer os elementos normativos também eram elementos típicos impróprios, possuindo, desta forma, uma dupla função.⁹⁹

2.4.1.3 A teoria da identidade

Por fim, o tipo é compreendido como a “ratio essendi” da ilicitude penal. Como decorrência da idéia de valor introduzida na teoria do delito pelo neokantismo, a tipicidade passa a ser compreendida como um juízo condicionado da antijuridicidade, uma vez que a sua ocorrência dependerá da inexistência de qualquer causa de justificação da conduta. Assim, aquele que atua tipicamente atua também antijuridicamente, desde que não tenha ocorrido uma causa de exclusão do injusto.¹⁰⁰

⁹⁹ Cf. ROXIN. **Derecho penal**: parte general, p. 281.

¹⁰⁰ Cf. MEZGER. **Tratado de derecho penal**, t. I, p. 361: “El que actúa típicamente actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto.”

Mezger ressalta, em seu *Tratado*, que a tipicidade da ação é a “ratio essendi” da antijuridicidade. No entanto, uma ação típica nem sempre será antijurídica, uma vez que esta propriedade estará ausente nas hipóteses em que ocorrer uma causa de justificação: “El tipo jurídico-penal que describe dicho actuar típico posee, por tanto, la más alta significación en orden a la existencia de la antijuricidad penalmente relevante de la acción: es *fundamento real y de validez* (*‘ratio essendi’*) *de la antijuricidad*, aunque a 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. *Op. cit.*, t. I, p. 357, 361-362).

Para Edmund Mezger, o tipo é uma figura totalmente normativa, um inseparável enramado estrutural no qual se entrelaçam elementos de valor e elementos descritivos. O ato de criação legislativa do tipo contém diretamente uma declaração de ilicitude, a própria fundamentação do injusto como injusto especialmente tipificado. Isto significa que, ao criar o tipo penal, o legislador desenvolve, também, uma ilicitude especificamente penal.¹⁰¹

Juarez Cirino dos Santos explica que, para Mezger, “a tipicidade não seria simples *ratio cognoscendi*, mas a própria *ratio essendi* da antijuridicidade. Por esta razão, a antijuridicidade da ação típica é determinada por um critério negativo: a ausência de causas de justificação”.¹⁰²

Santiago Mir Puig assevera que, sob o enfoque de Mezger, assim como de Wilhelm Sauer, a tipicidade não é condição suficiente e sim necessária da antijuridicidade penal. O delito, desta forma, passa a ser a ação tipicamente antijurídica e culpável. A tipicidade é o modo pelo qual se manifesta o juízo de desvalor da antijuridicidade com relevância jurídico-penal.¹⁰³

2.4.2 Teoria dos elementos negativos do tipo

A teoria dos elementos negativos do tipo surgiu, na Alemanha do final do século XIX, por obra de Adolf Joseph Matthäus Merkel, professor da Universidade de Estrasburgo, como uma variação da concepção de tipo cultuada por Mezger,

¹⁰¹ Cf. ROXIN. **Derecho penal**: parte general, p. 282.

¹⁰² CIRINO DOS SANTOS. **A moderna teoria do fato punível**, p. 146.

¹⁰³ Cf. MIR PUIG. **Direito penal**: fundamentos e teoria do delito, p. 133-134.

segundo a qual o tipo é o portador, também, de toda a carga valorativa negativa que o injusto supõe.¹⁰⁴

Merkel não sistematizou uma chamada teoria dos elementos negativos do tipo, mas acabou por marcar o seu início e delineou os fundamentos de sua existência, a partir do momento em que trabalhou o tipo como o conjunto de todos os pressupostos da pena.

Em seu *Derecho Penal*, o professor alemão, após tecer uma breve crítica à Teoria das Normas de Binding,¹⁰⁵ ressalta que “quando as leis penais ameaçam com penas as ações por elas descritas, declaram implicitamente que elas estão proibidas e que são, portanto, antijurídicas”.¹⁰⁶ (tradução nossa).

Segundo Merkel, as causas de justificação foram retiradas dos tipos penais descritos na Parte Especial do Código Penal e reposicionadas na Parte Geral por razões de técnica legislativa, de forma que não fossem repetidas a cada tipo penal. No entanto, materialmente, esta mudança sistemática das causas de justificação no momento da construção dos tipos penais não muda o fato delas estarem conceitualmente neles inseridas.¹⁰⁷

Para José Cirilo de Vargas, Adolf Merkel e seus seguidores (Reinhard Frank, Gustav Radbruch, Baumgarten e Hellmuth von Weber) buscaram, na verdade, solucionar a questão do erro sobre os pressupostos de uma causa de exclusão da ilicitude, que o então artigo 59, I, do Código Penal alemão, não resolvia

¹⁰⁴ Cf. MERKEL. **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**. Frankfurt: Keip Verlag, 1996, p. 82 *apud* TAVARES. **Teoria do injusto penal**, p. 165.

¹⁰⁵ Para a Teoria das Normas de Karl Binding, a única matéria que é objeto de violação no delito é o dever de obediência ao Estado. Por consequência, os delitos, por sua própria natureza, não podem ser outra coisa senão desobediências. (Cf. MERKEL. **Derecho penal**: parte general, p. 16).

¹⁰⁶ MERKEL. *Op. cit.*, p. 35: “Cuando las leyes penales amenazan con penas las acciones por ellas descritas, declaran implícitamente que ellas quedan prohibidas y que son, por lo tanto, antijurídicas.”

¹⁰⁷ Cf. ROXIN. **Derecho penal**: parte general, p. 283.

diretamente.¹⁰⁸

Para tanto, consideraram que o tipo de injusto contém uma face positiva e, outra, negativa. A primeira seria formulada pela descrição da conduta incriminada; a segunda, negativa, pela ausência de causas de justificação. Dessarte, a presença de uma excludente de ilicitude, atuando como elemento negativo, impediria a realização típica e o fato, por conseguinte, seria atípico.¹⁰⁹

Os elementos descritivos da conduta típica e a ausência dos pressupostos fáticos das causas de justificação (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal, exercício regular de direito e consentimento do ofendido) constituem as faces positiva e negativa do tipo penal e reúnem-se, portanto, em um “tipo total de injusto”:

Esta teoria leva à conclusão de que as causas de justificação excluem não só a antijuridicidade, senão o próprio tipo. Tipo e antijuridicidade se fundem em um tipo global (ou total) de injusto (Lang-Hinrichsen), que inclui dentro de si a totalidade dos elementos substanciais para o juízo de injusto (elementos positivos e negativos, escritos e não escritos, relevantes para a ação ou para a omissão).¹¹⁰

Hans-Heinrich Jescheck afirma que a tipicidade, desta forma, passa a resultar de um juízo complexo de adequação da conduta ao modelo legal explícito no preceito primário da norma penal incriminadora e de inadequação de suas

¹⁰⁸ Cf. VARGAS. **Introdução ao estudo dos crimes em espécie**, p. 64-65; VARGAS. **Do tipo penal**, p. 30-32, nota 58.

¹⁰⁹ Claus Roxin explica que tal formulação “convierte a los elementos de justificación en elementos negativos del tipo en cuanto que su no concurrencia es presupuesto del cumplimiento del tipo. Mientras que los elementos contenidos en las descripciones de los delitos de la Parte especial por regla general han de comprobarse positivamente para que se cumpla el tipo, en el caso de las circunstancias justificantes sucede justamente al revés, de modo que su presencia excluye el tipo, mientras que su negación (no concurre legítima defensa, ni estado de necesidad justificante, etc.) conduce a afirmar la realización del tipo. (ROXIN. **Derecho penal**: parte general, p. 283).

¹¹⁰ ROXIN. *Op. cit.*, p. 284.

circunstâncias a qualquer uma das causas excludentes da antijuridicidade:¹¹¹

Segundo esta teoria [...] o tipo não só deve abranger as circunstâncias típicas, senão todas as que afetam à antijuridicidade. Os pressupostos das causas de justificação são entendidos, sob este aspecto, como elementos negativos do tipo. São incluídas no tipo porque somente a sua ausência possibilita um juízo definitivo sobre a antijuridicidade do fato. Assim, os elementos do tipo e os pressupostos das causas de justificação se reúnem em um tipo total e se colocam sistematicamente em um mesmo nível.¹¹² (tradução nossa).

Edmund Mezger, por sua vez, ressalta que a ação, para ser punível, deve ser ao mesmo tempo típica e antijurídica, categorias que não aparecem de forma independente, mas, ao contrário, condicionando-se reciprocamente: “Uma ação que se amolda a um tipo legal é antijurídica contanto que não concorra uma especial *causa de exclusão do injusto*.”¹¹³ (tradução nossa).

Dessarte, tipo legal e ilicitude são, respectivamente, as dimensões de descrição e de valoração da conduta punível, motivo pelo qual as causas de justificação estariam sistematicamente separadas dos tipos penais, como afirmado, por questões de técnica legislativa.¹¹⁴

Assim, como exemplo, ao interpretar o tipo legal do artigo 121, do Código Penal brasileiro, o destinatário da norma deve assim entendê-la: “Matar alguém, a não ser em legítima defesa, ou em estado de necessidade etc.”¹¹⁵

¹¹¹ Cf. JESCHECK. **Tratado de derecho penal**, p. 225.

¹¹² JESCHECK. *Op. cit.*, p. 225: “Según esta teoría [...], el tipo no sólo debe abarcar las circunstancias típicas delictivas, sino todas las que afecten a la antijuridicidad. Los presupuestos de las causas de justificación son entendidos, en esa línea, como elementos negativos del tipo. Se incluyen en el tipo porque sólo su ausencia possibilita el juicio definitivo sobre la antijuridicidad del hecho. Así, los elementos del tipo y los presupuestos de las causas de justificación se reúnen en un tipo total y se colocan sistemáticamente a un mismo nivel.”

¹¹³ MEZGER. **Tratado de derecho penal**, t. I, p. 161: “La acción, para ser punible, debe, además, ser *antijurídica*. Pero esto solo no basta: la acción tiene que caer al mismo tiempo bajo *un tipo legal*. Ambas características no aparecen con independencia una de otra, sino condicionándose mutuamente: una acción que cae bajo un tipo legal es antijurídica en tanto no concorra una especial *causa de exclusión del injusto*.”

¹¹⁴ Cf. CIRINO DOS SANTOS. **A moderna teoria do fato punível**, p. 3.

¹¹⁵ Cf. VARGAS. **Introdução ao estudo dos crimes em espécie**, p. 67.

O desenvolvimento da teoria, como observado, encontrou terreno fértil no Direito Penal alemão, que não previa, como ainda não prevê, o erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação, mas apenas o erro sobre as circunstâncias típicas, conforme preceitua o artigo 59, I, do Código Penal do Império Alemão (*Deutsches Reich*), de 15 de maio de 1871: “Se alguém, ao praticar um fato punível, desconhecia a existência de circunstâncias de fato que integram a tipicidade legal ou aumentam a punibilidade, não se lhe imputam estas circunstâncias”.¹¹⁶

Desta forma, ao incluir a inexistência das causas de justificação no âmbito da tipicidade, pretendeu-se explicar a aplicação analógica conferida pelos magistrados ao artigo 59, I, do Código Penal alemão, por meio da qual estendiam às hipóteses de erro sobre a existência de discriminantes o mesmo tratamento do erro incidente sobre as circunstâncias da descrição típica.

Por outro lado, em numerosos tipos os elementos normativos funcionam como verdadeiros elementos negativos. Como exemplo, podem ser ressaltadas as expressões “sem consentimento” (art. 125, do Código Penal brasileiro); “sem observância de disposição legal” (art. 151, IV, CP); “sem licença da autoridade competente” (art. 166, CP); “sem suficiente provisão de fundos” (art. 171, §2.º, VI, CP). Ainda, as chamadas “escusas absolutórias”,¹¹⁷ dos artigos 181 e 348, §2.º,

¹¹⁶ O Código Penal Alemão em vigor, com a última reforma ocorrida em 31 de janeiro de 1998, regulou a eficácia do erro sobre elemento constitutivo do tipo e do erro de proibição, direto e indireto (parágrafos 16 e 17), omitindo-se, também, quanto ao erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de exclusão da ilicitude: “Parte General. [...] Capítulo Segundo. El Hecho. Título I. Fundamentos de la punibilidad. [...] § 16. Error sobre las circunstancias del hecho. (1) Quien en la comisión de un hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente. La punibilidad por la comisión culposa permanece intacta. (2) Quien en la comisión de un hecho suponga circunstancias erradas, que realizarían el tipo de una ley más benigna, solo podrá ser castigado por comisión dolosa conforme a la ley más benigna. § 17. Error de prohibición. Sí le falta al autor en la comisión de un hecho la comprensión de lo injusto de su actuar entonces actúa sin culpa si el no pudo evitar ese error. Si el autor pudo evitar el error, entonces puede atenuarse la pena conforme al § 49, inciso 1.” (ALEMANHA. **Código Penal Alemán**, p. 9).

¹¹⁷ As escusas absolutórias são causas pessoais de exclusão da punibilidade do agente, em determinados casos expressamente previstos na legislação penal. Dentre os exemplos colacionados, é possível mencionar a situação jurídica daquele que pratica um crime contra o patrimônio de ascendente, descendente ou cônjuge, na constância da sociedade conjugal, desde

daquele diploma legal, devem ser entendidas, também, como elementos negativos do tipo.

Entre as críticas normalmente dirigidas à teoria dos elementos negativos do tipo, poucas lograram atingir-lhe o mérito, seja dogmático, seja funcional.

Assim, censuram-lhe por fundir em uma única fase valorativa a tipicidade e ilicitude, o que, antes de representar um equívoco, constitui a própria essência da teoria. Por outro lado, críticas também lhe são tecidas porque exige a extensão do dolo, elemento constitutivo do tipo, à ausência de quaisquer das causas de justificação. No entanto, ao contrário de uma falha, esta conseqüência natural coloca a teoria dos elementos negativos do tipo em perfeita harmonia com a legislação penal brasileira em vigor, uma vez que o artigo 20, §1.º, do Código Penal brasileiro, sob a inspiração da teoria limitada da culpabilidade, sinaliza a exclusão do dolo quando da ocorrência de um erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação.¹¹⁸

Nada obstante, merece relevo a crítica formulada por Hans Welzel, para quem a teoria em apreço nega autonomia às normas permissivas, que passam a ser meras limitações às normas proibitivas. Com efeito, esta conclusão afasta a diferença existente entre um fato ofensivo a um bem jurídico penalmente tutelado, mas justificado por alguma excludente da ilicitude, e um outro fato, penalmente indiferente pela simples razão de não lesar ou expor a perigo de lesão bem jurídico qualquer.¹¹⁹

Jescheck, por sua vez, ressalta a existência de determinadas manifestações legislativas prévias sobre valores conflitantes que retiram do alcance da norma, em

que o comportamento não seja conduzido por violência ou grave ameaça à pessoa, nem tampouco tenha o ofendido mais de sessenta anos de idade. (artigos 181 e 183, do Código Penal brasileiro).

¹¹⁸ O que será melhor analisado no item 2.4.5.

¹¹⁹ Cf. WELZEL. **El nuevo sistema del derecho penal**, p. 80-84.

caráter geral, determinados fatos ou pessoas ainda no âmbito de construção do tipo penal. Contudo, as causas de justificação não correspondem às exceções gerais constantes da norma incriminadora, mas são requeridas excepcionalmente para a solução de situações sociais conflitantes, por meio da ponderação de valores no caso concreto.¹²⁰

No mesmo sentido, observa Juarez Tavares:

Enquanto o tipo, com sua função de garantia ou de política criminal, serve para delimitar o setor de intervenção estatal, mediante a descrição da conduta criminosa, a antijuridicidade deve ser com ele conjugada, não na modalidade de sua exceção formal, mas como limitação de seu conteúdo diante do fato concreto. O tipo, portanto, como categoria abstrata, é um limitador do arbítrio e uma segurança para o cidadão. A antijuridicidade extrai validade do caso concreto.¹²¹

Jescheck prossegue sua crítica afirmando ser impossível o intercâmbio entre os elementos do tipo e os requisitos das causas de justificação, já que suas diferenças fundamentais possuem significado material. “A ação atípica não é merecedora de pena porque carece de relevância jurídico-penal, enquanto que a ação típica, mas justificada, não resulta merecedora de pena porque excepcionalmente o fato, em que pese lesar um bem jurídico protegido, não encerra injusto material algum”.¹²² (tradução nossa).

Por fim, o Professor tedesco aponta a existência de verdadeiros “elementos do tipo” configurados de forma negativa. Eles, entretanto, em que pese a carga valorativa negativa, cuidam da descrição positiva do conteúdo da norma proibitiva,

¹²⁰ Cf. JESCHECK. **Tratado de derecho penal**, p. 226.

¹²¹ TAVARES. **Teoria do injusto penal**, p. 166-167.

¹²² JESCHECK. *Op. cit.*, p. 226-227: “La acción atípica no es merecedora de pena porque carece de relevancia jurídicopenal, mientras que a la acción típica, pero justificada, le falta el merecimiento de pena porque excepcionalmente el hecho, pese al menoscabo del bien jurídico protegido, no contiene ningún injusto material.”

uma vez que descrevem uma determinada lesão ao bem jurídico tutelado e não uma hipótese justificadora desta lesão, como é próprio das causas de justificação.

Helena Cláudio Fragoso critica a teoria afirmando que a identificação de tipo e antijuridicidade conduz à inaceitável conclusão de que existe uma antijuridicidade exclusivamente penal, sem afastar o círculo vicioso entre os dois elementos. Ressalta, ainda, que a teoria dos elementos negativos do tipo parte da premissa errônea de que a ordem jurídica estabelece apenas normas proibitivas, afastando a existência das normas permissivas.¹²³

No entanto, Fragoso nunca conseguiu explicar a função meramente indiciária do tipo nos chamados tipos abertos,¹²⁴ como ocorre nas hipóteses de crimes culposos, nos crimes comissivos por omissão e naqueles em que há expressa referência à ilicitude, com expressões como “indevidamente”, “sem justa causa” ou “sem permissão legal”: “no caso de tipos abertos, a ilicitude deve ser estabelecida pelo juiz, verificando se houve a transgressão das normas que a incriminação pressupõe.”¹²⁵

José Cirilo de Vargas, após colacionar opiniões favoráveis e contrárias à teoria, pondera:

Nada obstante, filio-me ao entendimento de que as justificativas afetam apenas a antijuridicidade, isto é, constituem obstáculos à constatação da ilicitude, apenas. [...] Há um argumento doutrinário contra o tipo total de injusto que dificilmente pode ser contrastado com sucesso: o legislador, do

¹²³ Cf. FRAGOSO. **Lições de direito penal**: parte geral, p. 156-157.

¹²⁴ No tipo aberto, a norma não esgota as características da conduta proibida, que deve ser complementada posteriormente pela atuação jurisdicional. Segundo Welzel, os tipos abertos são aqueles que “requieren ser completados, los 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.” (WELZEL. **Derecho penal**: parte general, p. 87). Com isto, a descrição típica não atinge a sua função precípua de garantia e não atende, por conseguinte, aos objetivos de um Estado Democrático de Direito.

¹²⁵ FRAGOSO. *Op. cit.*, p. 183-184.

mesmo modo que constrói os tipos legais de crime, descrevendo condutas incriminadas, elabora tipos permissivos ou justificadores.¹²⁶

E, de forma taxativa, o professor mineiro conclui que: “[...] contra a teoria em questão, temos uma realidade legislativa: o Código Penal, no art. 23, ao arrolar as justificativas, inseriu a seguinte rubrica marginal: “exclusão da ilicitude”, e, não, “exclusão da tipicidade”. Para mim, não há mais o que argumentar”.¹²⁷

O argumento legislativo não tem a menor procedência. Já foi mencionada a redação do artigo 20, §1.º. E nem precisaria lembrar aquela dos artigos 22, 26 e 28 do Código Penal brasileiro, que, ao trabalhar hipóteses legais de “isenção de pena”, poderiam levar a uma diferente estruturação bipartida de delito, em concepção há muito superada.¹²⁸

Nada obstante, José Cirilo de Vargas aproxima-se de Mezger ao afirmar que “a ilicitude não está rigidamente separada da tipicidade.”¹²⁹ O professor da Casa de Afonso Pena admite que, em um sistema jurídico subordinado ao princípio da reserva legal, a antijuridicidade somente possui significado diante da tipicidade, porquanto ao penalista somente interessa a ilicitude descrita no tipo penal.¹³⁰ No entanto, José Cirilo de Vargas discorda de que a posição de Mezger conduza a uma fusão entre tipicidade e antijuridicidade, uma vez que o professor da Universidade de Munique empregava a expressão injusto como sinônimo de antijuridicidade. E é

¹²⁶ VARGAS. **Introdução ao estudo dos crimes em espécie**, p. 66.

¹²⁷ VARGAS. *Op. cit.*, p. 67.

¹²⁸ Cf. JESUS. **Direito penal**: parte geral, 1.º v., p. 153-154; 451-453. MIRABETE. **Manual de direito penal**, v. 1, p. 97-98. COELHO. **Teoria geral do crime**, p. 36. CAPEZ. **Direito penal**: parte geral, v. 1, p. 106. Estes autores são chamados, por alguns, de finalistas dissidentes (Cf. GOMES; MOLINA. **Direito penal**: parte geral, v. 2, p. 189-190, p. 207).

Há uma outra frente, capitaneada em nosso ordenamento jurídico por Luiz Flávio Gomes, que vê o crime como fato formal e materialmente típico, antijurídico e punível. (Cf. GOMES; MOLINA. *Op. cit.*, v. 2, p. 190).

¹²⁹ VARGAS. *Op. cit.*, p. 227; VARGAS. **Do tipo penal**, p. 30.

¹³⁰ Cf. VARGAS. **Introdução ao estudo dos crimes em espécie**, p. 227; VARGAS. **Do tipo penal**, p. 30.

neste sentido, para Vargas, que o tipo descreve a ilicitude.¹³¹

Paul Bockelmann, em obra atualizada por Klaus Volk, também se posiciona contrário à teoria, afirmando que as descrições de conduta presentes em cada um dos fatos típicos já constituem tipificações de ilícitos. No entanto, ressalta a importância de diferenciar os elementos negativos do tipo dos elementos do fato típico expressos de forma negativa que, como verdadeiros elementos típicos, devem estar presentes para que um tipo legal possa ser considerado concretizado.¹³²

Em lado oposto, Edmund Mezger defende a teoria dos elementos negativos do tipo, afirmando que as críticas decorrem, muitas vezes, de uma errônea compreensão de sua formulação.¹³³ Sua posição deflui, como já ressaltado, de sua opção pela “teoria da identidade”, que trabalha o tipo como a “ratio essendi” da ilicitude penal.

Na Alemanha, ressalta José Cirilo de Vargas, a teoria dos elementos negativos do tipo recebeu outras importantes adesões, como as de Karl Engisch, Arthur Kaufman, Claus Roxin, Friedrich Schaffstein, Helmut von Weber, Wilhelm Sauer, Baumgarten, Reinhard Frank, Richard Busch, Adolf Schönke, Horst Schröder, além de

¹³¹ Cf. VARGAS. **Introdução ao estudo dos crimes em espécie**, p. 227-228; VARGAS. **Do tipo penal**, p. 30.

José Cirilo de Vargas ressalta, ainda, que aceitar a doutrina de Mezger não implica em repudiar, por completo, a concepção tripartida do delito, como conduta típica, antijurídica e culpável. (Cf. VARGAS. **Do tipo penal**, p. 30). Neste sentido, a lição de Luis Jiménez de Asúa, para quem “no es que lo típico sea la *ratio essendi* de lo injusto, como cree Mezger, tesis que, como hemos dicho, nos llevaría a la falsa posición de que hay una antijuricidad penal que tiene su razón de ser en el tipo, sino que concreta lo injusto o lo señala.” (JIMÉNEZ DE ASÚA. **Tratado de derecho penal**, v. III, p. 680).

¹³² BOCKELMANN; VOLK. **Direito penal**: parte geral, p. 48-50.

¹³³ Cf. MEZGER. **Tratado de derecho penal**, t. I, p. 358-359, 363-364.

Ressalta Mezger: “Pero, en cambio, la antijuricidad 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 corriente en la teoría general del Derecho. También se ha negado esto, diciendo para fundamentar la negación que la antijuricidad 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 síntoma de una enfermedad al lado de la enfermedad misma.” (MEZGER. *Op. cit.*, t. I, p. 358-359).

Heinrich Lange, Dietrich Lang-Hinrichsen, Harro Otto, Erich Samson, dentre outros.¹³⁴

No Brasil, renomados juristas também abraçam a teoria examinada ou alguma de suas variantes, como Miguel Reale Júnior,¹³⁵ Everardo da Cunha Luna¹³⁶ e Paulo de Souza Queiroz.¹³⁷

Para Everardo da Cunha Luna, “não são típicos os atos justificados (exercício regular de direito, estrito cumprimento do dever legal, estado de necessidade e legítima defesa)” e “configurada uma causa de exclusão da antijuridicidade, excluída está a tipicidade”.¹³⁸

Miguel Reale Júnior ressalta que a estrutura tripartida do delito em suas categorias tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, constitui uma possível necessidade de caráter analítico com a finalidade meramente explicativa, sem

¹³⁴ Cf. VARGAS. **Introdução ao estudo dos crimes em espécie**, p. 65.

¹³⁵ Cf. REALE JÚNIOR. **Antijuridicidade concreta**; REALE JÚNIOR. **Instituições de direito penal: parte geral**, v. I.

¹³⁶ Cf. CUNHA LUNA. **Capítulos de direito penal**; CUNHA LUNA. **Estrutura jurídica do crime**.

¹³⁷ QUEIROZ. **Direito penal: introdução crítica**.

¹³⁸ CUNHA LUNA. **Capítulos de direito penal**, p. 22-23 e 76.

Em tese apresentada, em 1958, à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, no concurso para Livre Docência da Cátedra de Direito Penal, Cunha Luna já afirmava: “Para nós, quando o legislador constrói, tecnicamente, os tipos penais, por meio de descrições, muito breves umas (matar alguém), menos breves outras (subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência), o faz com o propósito de fixar *atos ilícitos*. Logo, os fatos típicos são, necessariamente, fatos ilícitos, *rectius*, ilícitos penais, crimes. E a tipicidade, em vez de pura descrição de fatos incolores, de *ratio cognoscendi* ou *ratio essendi da antijuridicidade*, é a própria antijuridicidade sob o aspecto formal: a relação de contrariedade, entre o ilícito penal e a norma penal, é inseparável da relação de adequação entre o fato real e a descrição legal. O que a lei descreve é o que viola a norma.

Deste modo, não sentimos necessidade de afirmar, por exemplo, que um fato, praticado em legítima defesa, é típico, mas lícito. Preferimos dizer que é *aparentemente* típico, tendo-se em vista que a Parte Especial do Código deve ser interpretada segundo as normas nela contidas e conforme as normas que contém a Parte Geral. Exemplifiquemos.

Na descrição típica *matar alguém*, podemos compreender, por aparência, não só o *matar ilícito*, como o *matar lícito*. Quem mata em legítima defesa, também *mata alguém*. Já a descrição típica *divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem*, as cousas não se passam com a mesma simplicidade. Fixemo-nos sobre a frase *sem justa causa*. Se a divulgação é feita *com justa causa*, surge uma causa de justificação e o fato torna-se lícito. Pergunta-se, agora: o fato é típico, correspondendo à descrição legal do art. 153 do Código, mesmo com a ausência do elemento normativo *sem justa causa*? Claro que não o é, porque o elemento normativo aludido é parte integrante do tipo, *compõe* o tipo, é elemento típico. Em síntese: uma causa de justificação nega não somente a antijuridicidade, como também a tipicidade do fato.” (CUNHA LUNA. **Estrutura jurídica do crime**, p. 61).

representar, no entanto, a substância do fenômeno delituoso:

Posso dizer com Pagliaro que os tipos penais requerem a ausência de causas de exclusão, como elementos negativos do fato delituoso. Se se pretender dar uma autonomia à antijuridicidade, seria forçoso concluir que constitui antijuridicidade a ausência daquilo que se existisse ela deixaria de existir, em uma demonstração de que não tem a antijuridicidade autonomia, mas constitui a outra face da tipicidade.¹³⁹

Dessa forma o delito se compõe da ação típica, em suas faces positiva e negativa, e da culpabilidade, em uma conformação bimembre. O que não significa que a face negativa da tipicidade não possa, sob o nome de antijuridicidade, ser analisada separadamente.¹⁴⁰

2.4.3 Tipo total de injusto

A teoria dos elementos negativos do tipo tem como conseqüência fundamental a unificação do tipo e da ilicitude (antijuridicidade) no chamado “tipo total de injusto”.¹⁴¹

A inclusão das causas de justificação no tipo legal de crime, transformando as normas permissivas em faces negativas do tipo de injusto, fundamenta um sistema de fato punível com apenas duas categorias fundamentais: o tipo total de injusto e a

¹³⁹ REALE JÚNIOR. **Instituições de direito penal**: parte geral, v. 1, p. 147. Para o Professor Miguel Reale Júnior: “A ação típica é antijurídica, pois se a função do direito é impor valores e defendê-los, a antijuridicidade consiste no ajuizamento de que foi a ação animada por um desvalor, isto é, realizada de modo típico, a revelar sua contrariedade ao valor tutelado. Mas toda ação típica é antijurídica? A nosso ver, sim. E as causas de justificação? Ocorrendo uma causa de justificação não há a adequação típica.” (REALE JÚNIOR. **Antijuridicidade concreta**, p. 48 e 53).

¹⁴⁰ Cf. REALE JÚNIOR. **Instituições de direito penal**: parte geral, v. 1, p. 147.

¹⁴¹ Cf. TAVARES. **Teoria do injusto penal**, p. 166.

culpabilidade.¹⁴²

O tipo total de injusto, resultante da confluência das faces positiva e negativa do tipo, abrange todos os elementos que fundamentam, delimitam e excluem a ilicitude. Desta forma, a confirmação da tipicidade determina, desde o início, a inoportunidade de causa de justificação, o que autoriza, por consequência, um juízo definitivo sobre a ilicitude.¹⁴³ Tipo e antijuridicidade fundem-se, portanto, numa só figura, a do “tipo total de injusto”.¹⁴⁴

Johannes Wessels leciona:

Tipo e causas justificantes, dentro desta forma de consideração, não se situam face a face como proibição geral e norma permissiva autônoma; as causas de exclusão do injusto aparecem muito mais como meras limitações à norma proibitiva [...] Cada conduta justificada seria, pois, de antemão, não proibida e de modo algum típica no sentido do tipo total de injusto. Em visão sistemática, fundem-se, assim, tipicidade e antijuridicidade forçosamente em um estágio unitário de valoração.¹⁴⁵

No tipo total de injusto, todas as circunstâncias de fato que fundamentam ou excluem o ilícito são reunidas convenientemente em um mesmo grau valorativo e em um mesmo conceito de fato típico, com os seus elementos positivos e negativos. O

¹⁴² CIRINO DOS SANTOS. **A moderna teoria do fato punível**, p. 4.

¹⁴³ Cf. JESCHECK. **Tratado de derecho penal**, p. 225.

Wilhelm Gallas estruturou uma concepção um pouco mais ampla. Para o jurista alemão, o tipo total compreende, além da antijuridicidade, também a culpabilidade. (Cf. CUNHA LUNA. **Estrutura jurídica do crime**, p. 34).

¹⁴⁴ Sebastian Soler, ao definir delito, optou por descrevê-lo como uma ação tipicamente antijurídica e culpável, adotando, por conseguinte, o tipo total de injusto: “[...] al definir el delito hemos preferido referirnos a la acción ‘tipicamente antijurídica y culpable’ en vez de decir ‘típica, antijurídica y culpable’. Pretendemos así señalar la diferencia que media la teoría del tipo y de la antijuridicidad. La figura concreta viene a dar la sustancia a la ilicitud y a la culpabilidad.” (SOLER. **Derecho penal argentino**, v. I, p.305).

Ainda no Direito Penal argentino, Eugenio Raúl Zaffaroni, em obra vertida para o português e adaptada para o direito pátrio por José Henrique Pierangeli, buscou desenvolver uma denominada “tipicidade conglobante”, consistente em um juízo de averiguação da proibição por meio da indagação do alcance proibitivo da norma “conglobada” no ordenamento jurídico. Segundo o Professor portenho “a tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas”, mas que são alcançadas pela tipicidade legal. (ZAFFARONI; PIERANGELI. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral, p. 459-461). Com o devido respeito, a tese acima sustentada é exatamente a do tipo total de injusto, com uma nova nomenclatura.

¹⁴⁵ WESSELS. **Direito penal**, p. 31-32.

delito se estrutura, então, em apenas dois níveis, o do fato típico ilícito e o da culpabilidade.

Claus Roxin destaca que é totalmente razoável conceber um tipo descritivo do injusto frente a outro tipo que o exclua, de modo que, no caso concreto, primeiro seja aferido o tipo fundamentador para logo a seguir afirmar a existência do tipo excludente do injusto. De toda forma, é recomendável abranger os tipos em um tipo total, porquanto ambos servem à mesma tarefa de definição do injusto jurídico-penal que constitui a essência do tipo. Destaca Roxin que:

Para o tipo total, uma ação justificada não é típica, e uma ação típica é sempre antijurídica. [...] O tipo total resulta, de pontos de vista sistemáticos, dogmáticos e práticos, preferível a um tipo penal que só contenha os elementos das prescrições penais da Parte Especial. Só o tipo total é realmente um tipo fechado, uma vez que compreende a totalidade do substrato correspondente ao juízo de injusto.¹⁴⁶ (tradução nossa).

O professor alemão acrescenta, ainda, que “só o tipo total é capaz de realizar sem limitações a exigência da moderna teoria do tipo, segundo a qual este deve ser a *ratio essendi* da antijuridicidade.”¹⁴⁷

Nesta estrutura bipartida do delito, ou em qualquer outra que possa ser adotada, é indiscutível a precedência da ilicitude. Neste aspecto, os causalistas Mezger¹⁴⁸ e Sauer¹⁴⁹ e o finalista Maurach¹⁵⁰ possuem opiniões convergentes. Em primeiro lugar, advém a ilicitude, para, em momento posterior, haver a tipificação. Assim, o tipo só descreve condutas consideradas ilícitas.

¹⁴⁶ ROXIN. **Teoría del tipo penal**: tipos abiertos y elementos del deber jurídico, p. 276; 294: “Para el tipo total una acción justificada no es típica, y una acción típica es siempre antijurídica. [...] El tipo total resulta desde puntos de vista sistemáticos, dogmáticos y prácticos, preferible a un tipo penal que sólo contenga los elementos de las prescripciones penales de la Parte Especial Sólo el tipo total es realmente un tipo ‘cerrado’, pues comprende la totalidad del sustrato correspondiente al juicio de injusto.”

¹⁴⁷ ROXIN. *Op. cit.*, p. 273-276.

¹⁴⁸ Cf. MEZGER. **Tratado de derecho penal**, 1946.

¹⁴⁹ Cf. SAUER. **Derecho penal**: parte general, 1956.

¹⁵⁰ Cf. MAURACH. **Derecho penal**: parte general, 1994.

Desta ordem de idéias, é forçoso concluir que, para o Direito Penal, é absolutamente irrelevante a ilicitude não tipificada, de forma que é possível afirmar, ao contrário de Fragoso,¹⁵¹ a existência de uma ilicitude especialmente penal.¹⁵²

Assim, ao voltar os olhos para a doutrina alemã do final do século XIX e início do século passado, percebe-se o acerto doutrinário da teoria concebida por Adolf Merkel.

A estrutura do delito sustentada pelo finalismo de Welzel e por seus seguidores subverte a ordem natural de criação dos tipos penais e permite a concepção dos chamados tipos abertos.

Como afirmado, o tipo legal, como um tipo total de injusto, leva a uma concepção bipartida, ou bímembre, de crime, de forma que o delito se constitua de apenas duas etapas: o tipo e a culpabilidade.¹⁵³

¹⁵¹ FRAGOSO. **Lições de direito penal**: parte geral, p. 156-157.

Giuseppe Maggiore vem em socorro ao Professor brasileiro: “El concepto de justificación no es, a decir verdad, particular y exclusivo del derecho penal; pertenece al derecho en general, tanto público como privado, pues es facultad del ordenamiento jurídico el decidir si determinada relación está contra el derecho o es conforme a él, hacer jurídico lo que es antijurídico.” (MAGGIORE. **Derecho penal**, v. I, p. 387-388).

¹⁵² Welzel, do qual discordamos, caminha em sentido diametralmente oposto: “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. En 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 [...]. La *antijuricidad*, como pura relación entre un objeto (acción) y el derecho, es una sola en la totalidad del orden jurídico. Lo *injusto*, como *objeto* valorado antijurídico, es, en cambio, múltiple, tanto como acciones antijurídicas hay en el derecho. Por esa razón, hay ciertamente *injusto* específicamente penal (distinto de lo injusto del derecho civil, p. ej.); pero ninguna *antijuricidad* específicamente penal. Lo injusto penal está especialmente diferenciado por la característica de la ‘adecuación típica’. [...] Así es comprensible que haya injusto específicamente penal, pero no antijuricidad específicamente penal.” (WELZEL. **Derecho penal**: parte general, p. 58-59).

¹⁵³ Cf. TAVARES. **Teoria do injusto penal**, p. 165.

Juarez Cirino dos Santos ressalta que este sistema bipartido de delito encontrou, nas lições dos alemães Engisch, Arthur Kaufmann, Otto, Schünemann e Herzberg e do brasileiro Machado, prestigiosas adesões da dogmática jurídico-penal moderna: “E parece lógico, porque, freqüentemente, o tipo legal exige elementos da antijuridicidade, cuja ausência exclui o próprio tipo (por exemplo, o caráter injusto do mal, na ameaça) e, além disso, existem tipos legais que não admitem causas de justificação (por exemplo, o estupro e o atentado violento ao pudor), nos quais tipicidade e antijuridicidade se confundem.” (CIRINO DOS SANTOS. **A moderna teoria do fato punível**, p. 4).

O tipo, como tipo de injusto, é o único que pode realizar, plenamente, a sua função de garantia, consectário lógico do princípio constitucional da legalidade.

2.4.4 O conteúdo da ilicitude penal no Estado Democrático de Direito

Como afirmado, nem toda ilicitude é ilicitude penal. Em um Estado Democrático de Direito, a ilicitude penal pressupõe a tipicidade penal como decorrência lógica do princípio da legalidade, ou da reserva legal. O tipo penal destina-se, por conseguinte, à descrição de lesões ou de ameaças de lesões aos denominados bens jurídico-penais.¹⁵⁴

A tipicidade não é um elemento independente da ilicitude penal, configurando, ao contrário, um de seus requisitos fundamentais, um pressuposto de sua própria existência.¹⁵⁵

O tipo penal reúne todos os elementos que fundamentam, delimitam e excluem a ilicitude penal. Os fatos típicos não são valorativamente neutros ou “antinormativos” como preconiza Welzel, mas representam uma lesão ou um perigo

Claus Roxin, ao desenvolver a teoria dos elementos negativos do tipo, destaca que “Esta teoría llega a la conclusión de que las causas de justificación excluyen no sólo la antijuridicidad, sino ya el propio tipo. Tipo y antijuridicidad se funden en un tipo global (o total) de injusto (Lang-Hinrichsen), que incluye dentro de sí la totalidad de los elementos sustanciales para el juicio de injusto (elementos positivos y negativos, escritos y no escritos, relevantes para la comisión y para la omisión). Y si con respecto a los tres atributos esenciales de la acción (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) se puede hablar de una estructura del delito tripartita, en cambio, la teoría de los elementos negativos del tipo conduce a un sistema bipartito del delito, que en caso de concurrencia de una acción, sólo distingue además entre el injusto típico y la culpabilidad, y a lo sumo se diferencia, dentro de la amplia categoría delictiva del injusto, entre tipos positivos, fundadores del injusto, y ‘contratipos’ negativos, excluyentes del injusto.” (ROXIN, **Derecho penal**: parte general, p. 284).

¹⁵⁴ Cf. PRADO. **Bem jurídico-penal e constituição**, p. 62; MIR PUIG. **Direito penal**: fundamentos e teoria do delito, p. 135-136.

¹⁵⁵ Cf. MIR PUIG. *Op. cit.*, p. 136.

de lesão a um bem jurídico extremamente importante para determinado grupo social, em determinado momento histórico¹⁵⁶ e que, por consequência, merece a tutela específica e derradeira do Direito Penal.

O tipo constitui uma unidade em duas partes, uma positiva (conduta incriminada) e outra negativa (a ausência dos pressupostos fáticos de uma causa de justificação).¹⁵⁷

A atipicidade de uma conduta pode decorrer da opinião comum acerca de sua licitude em geral, como pode denotar que o legislador, mesmo considerando-a ilícita, entendeu não ser suficientemente grave para merecer a sanção do Direito Penal.¹⁵⁸ Nesta ordem de idéias, é possível afirmar que nem toda conduta antijurídica é penalmente típica, bem como que existe uma antijuricidade eminentemente penal.

2.4.5 A teoria dos elementos negativos do tipo no Código Penal brasileiro

O legislador da reforma penal brasileira de 1984, capitaneado pelo Ministro Francisco de Assis Toledo, adotou a teoria dos elementos negativos do tipo ao

¹⁵⁶ Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos.

¹⁵⁷ Santiago Mir Puig adota posição muito semelhante à por nós assumida no presente trabalho. Destaca o Professor da Universidade de Barcelona que “[...] esta doutrina [teoria dos elementos negativos do tipo] evidenciou algo que é correto: a *hipótese de que o fato* antijurídico constitui uma unidade com duas partes, uma positiva (para nós, o tipo) e outra negativa (a ausência dos pressupostos da situação justificada). O tipo não esgota a descrição da hipótese de fato antijurídico. Pode-se dizer, portanto, que as causas de justificação são *‘elementos negativos da hipótese de fato’*. A parte positiva da hipótese de fato equivaleria ao ‘tipo’, no sentido acolhido do ‘típico’ da figura delitiva correspondente; a parte negativa equivaleria à ausência de causas de justificação. Neste sentido, também é possível falar em *‘tipo positivo’* para fazer referência ao ‘tipo’ que fundamenta o injusto, e em *‘tipo negativo’* para designar o conjunto de pressupostos específicos (‘típicos’) de uma causa de justificação. No entanto, aqui, ‘tipo positivo’ e ‘tipo negativo’ não significam ‘parte positiva e negativa do tipo’, mas ‘parte positiva e negativa da hipótese de fato’.” (MIR PUIG. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**, p. 137).

¹⁵⁸ Cf. MIR PUIG. *Op. cit.*, p. 137.

disciplinar as hipóteses de erro sobre os elementos constitutivos do tipo penal.

O Código Penal brasileiro, diferentemente do Alemão, disciplina as diversas espécies de erro: o erro de tipo (artigo 20, *caput*), o erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação (artigo 20, §1.º) e o erro de proibição, direto ou indireto (artigo 21, *caput*, do Código Penal).

O erro nada mais é do que uma falsa representação da realidade, “é a *não-conformidade* entre a representação e a realidade.”¹⁵⁹

A sistematização da teoria do erro passou por diversas etapas em sua caminhada histórica, de acordo com a adoção de um ou outro esquema de construção do delito.

No esquema causal, o conhecimento da ilicitude, concreto ou potencial, é elemento constitutivo do dolo, que integra a culpabilidade. Para a teoria extremada (estrita) do dolo, o agente tem que possuir um conhecimento atual e concreto do injusto, enquanto que, para a teoria limitada do dolo, basta o seu conhecimento potencial. Em ambas, tanto o erro de tipo, quanto o erro de proibição, excluem o dolo.¹⁶⁰

No esquema finalista, o dolo é concebido como dolo natural, desprovido da consciência da ilicitude, que é elemento da culpabilidade. O dolo, portanto, é valorativamente neutro. Para a teoria extremada (estrita) da culpabilidade, o erro sobre a ilicitude do fato é sempre erro de proibição. A teoria limitada da culpabilidade, por seu turno, desenvolve uma diferenciação entre erro de proibição direto e indireto, este sobre a existência, o âmbito ou os limites legais de uma causa de justificação.¹⁶¹ O erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação

¹⁵⁹ LISZT. **Tratado de direito penal alemão**, t. 1, p. 282.

¹⁶⁰ Cf. WELZEL. **Derecho penal**: parte general, p. 224.

¹⁶¹ Cf. PRADO. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, p. 447.

equivale, na verdade, a um erro de tipo permissivo, que possui os mesmos efeitos do genuíno erro de tipo: sempre exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos.

O Código Penal brasileiro adotou, em sua reforma de 1984, a teoria limitada da culpabilidade. E, neste aspecto, parece-nos ter abraçado, também, a teoria dos elementos negativos do tipo:

A divergência irremovível entre a teoria estrita e a limitada está no tratamento do erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação, para a primeira erro de proibição, para a segunda uma espécie anômala de erro (erro de tipo permissivo), que produz os mesmos efeitos do erro sobre elemento do tipo, ensejando, portanto, o aparecimento da modalidade culposa.

Essa orientação, que prevaleceu na reforma penal brasileira, encontra justificativa doutrinária entre os inúmeros seguidores da denominada “teoria dos elementos negativos do tipo”.¹⁶²

Santiago Mir Puig pondera que, como a ausência dos pressupostos fáticos de uma causa de justificação é indispensável para que ocorra o tipo negativo que, por sua vez, é fundamental para que se forme o tipo total de injusto, o erro sobre aqueles pressupostos indica um erro sobre os elementos do tipo negativo, o que configura, desta forma, um erro de tipo.¹⁶³

A importância deste erro não poderia ser outra senão a exclusão do dolo, que leva à atipicidade da conduta, da mesma forma que preconizam os defensores da teoria limitada da culpabilidade. Na hipótese de erro vencível, não há impunidade nos crimes culposos, como buscam defender alguns. Não há, também, equívoco legislativo no tratamento da teoria do tipo, como querem outros.¹⁶⁴ A questão está restrita, como se percebe, tão somente à natureza jurídica do erro.

¹⁶² TOLEDO. **Princípios básicos do direito penal**, p. 286.

¹⁶³ Cf. MIR PUIG. **Derecho penal**: parte general, p. 538.

¹⁶⁴ Cf. PRADO. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, p. 447.

Em resumo: as teorias limitada da culpabilidade e dos elementos negativos do tipo tratam da mesma forma aquela espécie de erro e estão em perfeita harmonia com a Parte Geral do Código Penal brasileiro vigente. A teoria limitada da culpabilidade conduz a um resultado idêntico ao proposto pela teoria dos elementos negativos do tipo, mas com uma fundamentação diversa.

Quando o legislador optou por descrever as causas de justificação no artigo 23 do Código Penal brasileiro, o fez por uma mera questão de técnica legislativa, como uma forma de evitar a repetição de sua face negativa em cada um dos tipos penais estruturados na Parte Especial do Código Penal.

Neste aspecto, portanto, qualquer crítica que se faça ao tipo total de injusto pode ser estendida à teoria limitada da culpabilidade, que conta com a adesão de ampla maioria de nossa doutrina.

CAPÍTULO III

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

3.1 O Estado Democrático de Direito

A leitura que se pretende do conteúdo de cada um dos elementos que compõem o conceito de delito e das suas relações recíprocas, sob a ótica da teoria dos elementos negativos do tipo, pode conduzir a importantes modificações no estudo do ônus da prova no processo penal e, por conseguinte, na efetivação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, informativos da garantia constitucional do devido processo legal.

Em tempos passados, predominavam sistemas políticos em que o Estado possuía um poder exacerbado e o indivíduo, em decorrência, não tinha qualquer direito que se opusesse ao direito ilimitado estatal. A idéia de soberania surgiu com a centralização do poder, antes disperso, nas mãos do rei. A noção que temos hoje de Estado e, por conseqüência, de interesse público, surge, lentamente, com limitações ao poder absoluto dos soberanos, historicamente impostas pelos costumes, pelas leis divinas e pelas normas.¹⁶⁵ O poder do rei foi transferido, então, para o povo e em nome dele passou a ser exercido.

Com o aparecimento das democracias modernas, os direitos humanos passam a ter um lugar de destaque. O Estado deixa de existir apenas para ser Estado, estruturando-se em certas necessidades inerentes à própria condição do homem e da sociedade.

¹⁶⁵ Cf. BARACHO. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n.º 33, p. 275-277.

A Constituição de 1988 trouxe como estrutura do Estado brasileiro a República Federativa, constituindo-a em um Estado Democrático de Direito.¹⁶⁶

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias ressalta, ao realizar uma coleta em José Alfredo de Oliveira Baracho e Héctor González Uribe, que “a teoria do Estado moderno é fundamentalmente a de um Estado de Direito”,¹⁶⁷ cujos elementos configuradores se assentam nas seguintes bases:

- a) no império da lei, esta compreendida como expressão da vontade geral, ato formalmente emanado da função legislativa, exercida com a participação indispensável de representantes do povo;
- b) na *divisão* de poderes do Estado, entendida esta *divisão*, todavia, como separação das funções do Estado (legislativa, administrativa e jurisdicional);
- c) na legalidade da administração pública, isto significando atuação do Estado segundo a lei e sob suficiente controle jurisdicional;
- d) enunciado dos direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos, reconhecidos sob garantia jurídico-formal e efetiva realização material.¹⁶⁸

O Estado de Direito, ainda no século XX, passou a ser estudado como princípio, a partir do qual outros tantos princípios são gerados e, sem qualquer relação de subordinação, em torno dele passam a gravitar.¹⁶⁹

O Estado de Direito desponta, então, constitucionalmente estruturado, com

¹⁶⁶ Habermas ressalta que o “princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. [...] Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um *sistema* de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de *modo co-originário*.” (HABERMAS. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, v. I, p. 158).

¹⁶⁷ BRÊTAS C. DIAS. **Responsabilidade do estado pela função jurisdicional**, p. 93.

¹⁶⁸ BRÊTAS C. DIAS. *Op. cit.*, p. 96.

¹⁶⁹ Cf. LARENZ. **Metodologia da ciência do direito**, p. 676. Larenz ressalta que “estes subprincípios (e as normas que porventura deles se venham a derivar ulteriormente) não são predicados enunciativos, mediante cuja adição ao princípio do Estado de Direito este fosse, de certo modo, dividido entre espécies e subespécies. O princípio do Estado de Direito é antes uma idéia diretiva que serve de base a todos estes subprincípios e lhes indica a direção, não podendo explicar-se esta idéia diretiva de outro modo senão aduzindo os seus subprincípios e princípios jurídicos gerais concretizadores na sua conjugação plena de sentido, devida justamente à idéia de Estado de Direito.” (LARENZ. *Op. cit.*, p. 676).

suas atividades exercidas por meio de destacadas funções fundamentais, regidas por leis votadas e aprovadas pelos representantes do povo, dentro de um sistema político que reconheça e garanta os seus direitos fundamentais.¹⁷⁰

Verifica-se, portanto,

um Estado submetido às normas do direito e estruturado por leis, sobretudo a lei constitucional, um Estado no qual se estabeleça estreita conexão interna entre dois grandes princípios jurídicos, *democracia* e *Estado de Direito*, ou seja, um *Estado Constitucional Democrático de Direito*.¹⁷¹

A democracia, na modernidade, tem a necessidade de se estruturar tendo como base a significativa ampliação das atribuições do Estado, que, por sua vez, exige uma maior organização do Governo.¹⁷² Neste contexto, as funções fundamentais do Estado são a administrativa (governamental), a legislativa e a jurisdicional.

A jurisdição, como até hoje têm defendido os discípulos de Bülow,¹⁷³ não mais pode ser entendida, no Estado Democrático de Direito, como fonte de legitimação do direito.

3.2 Direitos fundamentais e processo constitucional

O processo é o meio de passagem do princípio do discurso para o princípio da democracia, porquanto a legitimidade do direito, no Estado Democrático, somente

¹⁷⁰ Cf. BRÊTAS C. DIAS. **Responsabilidade do estado pela função jurisdicional**, p. 99.

¹⁷¹ BRÊTAS C. DIAS. *Op. cit.*, p. 99.

¹⁷² Cf. BARACHO. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n.º 66, p. 57.

¹⁷³ Cf. DINAMARCO. **A instrumentalidade do processo**.

é alcançada a partir da atividade de criação e de interpretação da norma pelas partes interessadas (racionalidade comunicativa), em espaço procedimentalizado, assegurada a igualdade de todos perante a lei (isonomia).¹⁷⁴ Jürgen Habermas ressalta que “as ordens jurídicas modernas extraem sua legitimação da idéia de autodeterminação, pois as pessoas devem poder se entender a qualquer momento como autoras do direito, ao qual estão submetidas como destinatários.”¹⁷⁵

Nesse contexto, os direitos humanos são, na verdade, direitos fundamentados no discurso da processualidade, uma vez que é ela a fonte de criação daqueles direitos, que não são imanentes às pessoas.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias traça importante distinção entre direitos e garantias fundamentais, destacando que direitos fundamentais do ser humano “são direitos constitucionalizados sob a técnica especial de reconhecimento e definição assentados nas Constituições dos Estados contemporâneos, não raro, sob influência dos pactos internacionais, formando uma categoria dogmática do moderno Direito Constitucional.”¹⁷⁶

José Alfredo de Oliveira Baracho, por sua vez, ressalta que as garantias dos direitos consignados na Constituição são os meios processuais que tornam possível a proteção e a eficácia destes direitos.¹⁷⁷ E acrescenta: “Constituições como as da Argentina, Brasil, Chile, Uruguai e México usam a terminologia francesa das

¹⁷⁴ Cf. LEAL. **Teoria geral do processo**, p. 71 *et seq.*

¹⁷⁵ HABERMAS. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, v. II, p. 309.

¹⁷⁶ BRÊTAS C. DIAS. **Responsabilidade do estado pela função jurisdicional**, p. 109.

Jorge Miranda define direitos fundamentais como os “direitos ou as posições jurídicas subjetivas de pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material, donde temos direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material. Esta dupla noção – pois os dois sentidos podem ou devem não coincidir – pretende-se susceptível de permitir o estudo de diversos sistemas jurídicos, sem escamotear a atinência das concepções de direitos fundamentais com as idéias de Direito, os regimes políticos e as ideologias. Além disso, recobre múltiplas categorias de direitos quanto à titularidade, quanto ao objeto ou ao conteúdo e quanto à estrutura e abrange verdadeiros e próprios direitos subjetivos, expectativas, pretensões e interesses legítimos.” (MIRANDA. **Manual de direito constitucional**, t. IV, p. 89-90).

¹⁷⁷ Cf. BARACHO. **Processo constitucional**, p. 183.

‘garantias individuais’ ou ‘constitucionais’, com o significado de direitos da pessoa humana, recolhidos pela Carta Fundamental.”¹⁷⁸

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, ainda trabalhando a apontada dicotomia, traça o importante conceito de processo constitucional:

[...] enquanto os direitos fundamentais são os direitos humanos declarados expressamente no ordenamento jurídico-constitucional, as garantias fundamentais compreendem as garantias processuais estabelecidas na própria Constituição (processo constitucional) e formadoras de um essencial sistema de proteção aos direitos fundamentais, tecnicamente apto a lhes assegurar efetividade. Essas garantias processuais constitucionais são o mandado de segurança, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação popular e, a mais importante delas, o devido processo legal, informado pelos princípios do juízo natural, do contraditório, da ampla defesa e da indispensabilidade da presença do advogado.¹⁷⁹

Em notável síntese, José Alfredo de Oliveira Baracho complementa que processo constitucional é “metodologia de garantia dos direitos fundamentais”, porquanto “assegura os direitos fundamentais do homem, por meio da tutela, proveniente de um tipo de jurisprudência particularmente forte e diferenciada.”¹⁸⁰

Dentre as garantias constitucionais processuais, merece relevo a do devido processo legal, informada pelos princípios do contraditório e da ampla defesa.

¹⁷⁸ BARACHO. **Processo constitucional**, p. 183.

¹⁷⁹ BRÊTAS C. DIAS. **Responsabilidade do estado pela função jurisdicional**, p. 111.

Habermas ressalta que os direitos fundamentais são aqueles que resultam da “configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*.” Estes direitos têm, como correlatos necessários, aqueles que resultam do “*status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito” e os que decorrem imediatamente da “*possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.” (Cf. HABERMAS. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, v. I, p. 159).

¹⁸⁰ BARACHO. *Op. cit.*, p. 361.

CAPÍTULO IV

O CONTEÚDO DO PROCESSO PENAL

4.1 Conceito de processo penal

O processo penal, em concepção estrutural-constitucionalista,¹⁸¹ é uma instituição constitucionalizada de estruturação (por meio do contraditório, da ampla

¹⁸¹ Esta concepção, estrutural-constitucionalista, é o resultado de longa e nem sempre linear evolução histórica, de Pothier a Rosemiro Pereira Leal. Para a perfeita compreensão desta moderna construção científica, mostra-se necessário realizar um breve esboço das mais variadas teorias do processo, que tem seu início em 1800, quando surgiu a Teoria, de natureza privatística, do **Processo como Contrato**. Desenvolvida por Pothier, entendia o processo como o instrumento de aceitação, pelas partes, da atuação do juiz, a fórmula judicial-contratual para fazer cumprir o contrato social preexistente entre as partes (teoria de bases rousseauianas). O processo, para o co-autor do anteprojeto do Código Napoleônico, nada mais seria que um pacto acessório a um hipotético pacto social formado pela sociedade humana em determinado momento histórico.

A “litiscontestatio” era o ato de testemunho das partes da transformação de um conflito em lide. O processo inaugurava-se, então, por meio da “litiscontestatio”, figurando o juiz como árbitro judicial e facultativo para a solução do conflito entre as partes (Cf. CARREIRA ALVIM. **Elementos de teoria geral do processo**, p. 135).

Em 1850, surge a confusa **Teoria do Processo como Quase-Contrato** (Contrato Atípico), idealizada por Savigny, Zimmern e Guényvau, em que o processo parecia contrato, mas não o sendo, nem um delito, era denominado um quase-contrato, ou um contrato atípico. O processo tinha força coativa para obrigar o réu, pela “in jus vocatio” (condução judicial à força), a comparecer em juízo. Assim, não era necessário prévio e bilateral consentimento das partes para que o processo tivesse eficácia, porquanto, nesta Escola, ele possuía sentido de atos imperativos de jurisdição (Cf. LEAL. **Teoria geral do processo**, p. 91-92).

A **Teoria do Processo como Relação Jurídica** (1868) foi o marco da autonomia do processo em face do conteúdo do direito material. (Cf. LEAL. **Teoria geral do processo**, p. 92). Para Oskar Von Bülow (**La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales** 1973), o processo é uma relação jurídica entre o juiz, o autor e o réu, apropriando-se, muito provavelmente, de um Professor, “Búlgaro”, que, na Itália do século XII, escreveu que “judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei.” (Cf. LEAL. *Op. cit.*, p. 92: “O processo é ato de três personagens: do juiz, do autor e do réu”).

A expressão “relação jurídica”, em Bülow, significa uma relação entre pessoas, um vínculo de subordinação, de sujeição, do réu ao autor, e de ambos ao juiz. O processo, constituindo uma relação jurídica entre as partes deduzida em juízo, é, também, uma relação de direito público entre elas e o órgão jurisdicional. O processo, sob esta ótica, seria um complexo de atos coordenados que visam à atuação da vontade da lei, ou, mesmo, o complexo de direitos, poderes, deveres, faculdades das partes e do juiz que se desenvolvem até a sentença. (Neste sentido, os estudos de Giuseppe Chiovenda, em suas **Instituições de direito processual civil**).

Como se observa, Bülow ainda trabalhava sob o prisma dos direitos subjetivos, em uma concepção civilística, somente transposta para a esfera pública a partir de 1920.

Discípulos da Escola de Bülow, buscando desenvolver a Teoria da Relação Jurídica, estabeleceram algumas representações gráficas da relação juiz-autor-réu: 1) Teoria triangular (Wach); 2) Teoria Angular (Hellwig) e 3) Teoria Linear (Köhler).

Rosemiro Pereira Leal, valendo-se da lição de Sérgio Bermudes (**Introdução ao processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 76) destaca que “o quadro de reflexão desta teoria ainda é mais nebuloso quando seus defensores resolvem, a exemplo de Wach, Hellwing e Köhler, excursionar pela indagação inútil se a relação processual entre juiz, autor e réu é triangular (Wach), angular (Hellwig) ou linear (Köhler), o que, por óbvio, nada acrescenta ao seu perfil lógico que, ainda impregnado das teorias voluntaristas do velho direito subjetivo, vincula autor e réu em pólos de subordinação (ativo e passivo), como se o autor pudesse, à margem da lei, por um impulso íntimo de um direito idiossincrático e *apriorístico*, exigir do réu uma obrigação.” (LEAL *Op. cit.*, p. 93).

No Brasil, a Teoria do Processo como Relação Jurídica é, ainda hoje, defendida pela denominada Escola Instrumentalista do Processo: os ensinamentos de Bülow (1868) foram transmitidos a seu discípulo Wach, deste a Chiovenda (**Instituições de direito processual civil**, 1965) e dele a Carnelutti (**Sistema di diritto processuale**, 1936), Calamandrei (**Instituições de direito processual civil**, 2003), Liebman (**Manual de direito processual civil**, 1985), que a trouxe ao Brasil, Buzaid (1973) (**Revista de Processo**, v. 27). e a Dinarmaco (SP) (**A instrumentalidade do processo**, 2000), Frederico Marques(SP) (**Manual de direito processual civil**, 1976), Ovídio Batista da Silva (RS) (**Curso de processo civil**, 1996), Barbosa Moreira (RJ) (**O novo processo civil brasileiro**, 1996), Humberto Teodoro Júnior (MG) (**Curso de direito processual civil**, 1997), dentre tantos outros.

A teoria bülowiana, nada obstante sua grande difusão, não desenvolveu a diferença entre processo-procedimento-jurisdição, prestigiou a postura de um juiz como ser infalível, bem como a celeridade em detrimento de princípios institutivos do processo. Os seus adeptos defendem, ainda, o processo como instrumento da jurisdição.

James Goldschmidt, ao buscar soluções para os problemas encontrados na Teoria do Processo como Relação Jurídica, concebeu, sem sucesso, a **Teoria do Processo como Situação Jurídica** (1910), por meio da qual o processo passava a ser estudado como um método dinâmico de criação, pelas partes, de posições de vantagem a serem reconhecidas pelo juízo. A realização do processo se dava pela atividade jurisdicional em que o provimento final (sentença) definia simplesmente uma disputa travada entre as partes. As decisões judiciais, para esta Escola, passam a ser absolutamente imprevisíveis, o que asseguraria a necessária imparcialidade do julgador. (Cf. GOLDSCHMIDT. **Teoria general del proceso**, p. 67).

Já em meados do século XX, Jaime Guasp, inspirado em Hauriou, seguido por Morel e, até 1952, por Couture, entendia o processo como um conjunto de condutas, como um instrumental de direitos decorrentes dos costumes, da ética social e do direito praticado pelos tribunais. Processo, nesse sentido, é meio institucional de transposição dos valores sociais para decisão dos conflitos pelos juízes. (**Teoria Institucionalista do Processo**, de 1948). (Cf. LEAL. **Teoria geral do processo**, p. 95).

A Escola Estruturalista do Processo (**Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório**, de 1978) marca o início da democratização do discurso processual. Elio Fazzalari, fazendo uma coleta em Aristóteles, afirma que o processo é uma espécie de procedimento em contraditório entre as partes (sujeitos do processo), que, em simétrica paridade (distribuição isonômica do tempo argumentativo), atuam na preparação da tutela jurisdicional.

Para Fazzalari, o processo seria, então, a estrutura técnico-jurídica de atos lógico-temporais realizados em contraditório. (Cf. LEAL. **Teoria geral do processo**, p. 96-97). O procedimento é, nesse contexto, uma estrutura preparatória do provimento, constituída de maneira que a incidência válida de uma norma somente se operará sobre os atos da seqüência se a norma anterior houver sido observada, na sua previsão de atos que poderiam ou deveriam ter sido realizados. (Cf. GONÇALVES. **Técnica processual e teoria do processo**, p. 111).

O processo, para Fazzalari, é uma ordem progressiva de preclusões, de forma que todo o procedimento é estruturado pelo instituto da preclusão.

A relação criada em Fazzalari é normativa e não entre as pessoas.

No ano seguinte, é desenvolvida a **Teoria Constitucionalista do Processo**, que teve como maiores precursores Hector Fix-Zamudio (**Revista de la Comisión Internacional de Juristas**,

defesa, do juízo natural e da indispensabilidade da presença do advogado) dos procedimentos, de tal forma que os provimentos judiciais deles decorrentes resultem da constante participação, em simétrica paridade, de seus interessados.

O processo penal possui, como finalidade precípua, a reconstrução, pelas partes, dos fatos delitivos ocorridos na vida real.

Neste contexto, portanto, o devido processo legal surge como garantia processual fundamental, informada, em especial, pelos princípios do contraditório e da ampla defesa.

4.2 Contraditório e ampla defesa

Após mais de um século de intenso embate sobre as concepções de processo e de procedimento, predominam hodiernamente duas tendências distintas

1968), José Alfredo de Oliveira Baracho (**Processo constitucional**, 1984) e Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera (**I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano**, 1997). Nela, é trabalhado o modelo geral constitucional do processo ainda como instrumento da Jurisdição Constitucional e esta como atividade judicatória dos juízes em face dos conteúdos da norma constitucional. A diferenciação entre Direito Processual Constitucional (ações constitucionais asseguradoras dos direitos e garantias fundamentais: “habeas corpus”, ação civil pública, mandado de segurança, dentre outros) e Direito Constitucional Processual (princípios e regras constitucionais) é um de seus aspectos mais marcantes. Esta Teoria, reproduzindo o ensinamento dos instrumentalistas búlowianos, transplanta, para o plano constitucional, o processo como instrumento de uma Jurisdição Constitucional, com escopos metajurídicos de realização de uma justiça social.

Por fim, merece destaque a **Teoria Neo-Institucionalista do Processo** (1993), criada e difundida pelo jurista mineiro Rosemiro Pereira Leal, para quem o processo é, na perspectiva democrática, instituição jurídica constitucionalizada de regência dos procedimentos legais que põem em movimento direitos processualmente criados e assegurados. O processo é o conjunto principiológico de direitos fundamentais constitucionalizados (isonomia, ampla defesa, contraditório, direito a assistência de um advogado, gratuidade da atividade jurisdicional na defesa de direitos fundamentais) regentes da construção da estrutura dos procedimentos, em que as partes, como em Fazzalari, encontram-se em simétrica paridade (espácio-temporal) para a construção do provimento final. A jurisdição (atuação dos conteúdos da lei) é colocada como instrumento de um processo que, aberto ao povo, propicie uma irrestrita fiscalidade do controle procedimental de constitucionalidade do processo legiferante nas bases instituintes e constituintes da legalidade. (Cf. LEAL. **Teoria geral do processo**, p. 99-108).

no campo do Direito Processual, firmadas sobre dois fundamentos teóricos diferentes, cada uma delas trabalhando com base em seus conceitos, suas definições, suas categorias, seus institutos.¹⁸²

As diferenças teóricas não recaem somente sobre o conceito de procedimento e de processo, mas alcançam temas fundamentais do Direito Processual.¹⁸³ Aroldo Plínio Gonçalves ressalta que elas decorrem, fundamentalmente, da concepção que se adote sobre procedimento e sobre processo, porque é por ela que se começará a estabelecer todo um sistema de conceitos de que o Direito Processual necessita para as suas construções jurídicas.¹⁸⁴

No desenvolvimento do Direito Processual, superou-se a concepção de processo de Oskar von Bülow,¹⁸⁵ como tipo de procedimento que consistia na mera sucessão de atos que compunham o “rito” da aplicação judicial do direito. Todavia, a autonomia proclamada por Bülow influenciou gerações até Enrico Tullio Liebman¹⁸⁶ e Alfredo Buzaid,¹⁸⁷ orientando a elaboração do Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 e provocando distorções ao mitigar o procedimento a ponto de concebê-lo como simples forma de exteriorização de atos encadeados no processo.¹⁸⁸

Ressalta Aroldo Plínio Gonçalves que a linha doutrinária que separa o procedimento do processo firmou-se sobre o critério teleológico, pelo qual se atribuem finalidades ao processo e se considera o procedimento delas destituído.¹⁸⁹

¹⁸² Cf. GUIMARÃES. **Coisa Julgada: de Chiovenda a Fazzalari**, p. 237.

¹⁸³ Cf. GONÇALVES. **Técnica processual e teoria do processo**, p. 63.

¹⁸⁴ Cf. GONÇALVES. *Op. cit.*, p. 63-64.

¹⁸⁵ Cf. BÜLOW. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**.

¹⁸⁶ Cf. LIEBMAN. **Manual de direito processual civil**.

¹⁸⁷ Cf. BUZAID. **Revista de Processo**, v. 27.

¹⁸⁸ Cf. GUIMARÃES. *Op. cit.*, p. 238.

¹⁸⁹ Cf. GONÇALVES. *Op. cit.*, p. 65.

O procedimento, portanto, seria puramente formal, podendo configurar uma técnica, como os atos de uma técnica, como a ordenação de uma técnica.

A evolução dos conceitos de procedimento e de processo não se fez em trajeto linear, mas foi bastante assemelhada a uma dialética de oposição, em que a antítese se levanta contra a tese, para negá-la, até que advém o momento da síntese, que absorve as afirmações e as negações em uma nova tese.¹⁹⁰

Elio Fazzalari teve o mérito de propor a análise do procedimento e do processo pelo critério lógico, com base no sistema jurídico que os disciplina.¹⁹¹ Percebe-se, então, que, antes de distinção, há uma relação de inclusão entre processo e procedimento, como conclui Aroldo Plínio Gonçalves:

[...] o processo é uma espécie do gênero procedimento e, se pode ser dele separado, é por uma diferença específica, uma propriedade que possui e que o torna, então, distinto na mesma escala em que pode haver distinção entre gênero e espécie. A diferença específica entre o procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório. O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos.¹⁹²

Para Fazzalari e seus seguidores da Escola Estruturalista do Processo, dentro da idéia de formação de uma estrutura procedimental, cada norma concorre individualmente para constituir a seqüência que será conhecida como procedimento. Essas normas representarão, pois, uma conduta qualificada como um direito ou uma obrigação para a pessoa.

O conceito de provimento é construído a partir da noção de procedimento como atividade preparatória de um ato estatal imperativo, destinado a surtir efeitos

¹⁹⁰ Cf. GONÇALVES. **Técnica processual e teoria do processo**, p. 67.

¹⁹¹ Cf. GUIMARÃES. **Coisa Julgada: de Chiovenda a Fazzalari**, p. 239.

¹⁹² GONÇALVES. *Op. cit.*, p. 68.

aos interessados.¹⁹³ Para tanto, é necessário que este provimento seja precedido de uma atividade preparatória, consubstanciando, assim, a conclusão de todo o procedimento realizado.

O procedimento, por sua vez, seria a estrutura técnica de atos jurídicos seqüenciais em uma relação espaço-temporal, segundo um modelo legal, em que o ato inicial é sempre pressuposto do ato consequente e este como extensão do ato antecedente e, assim, sucessivamente, até o provimento final:

O “procedimento” se obtém quando se está diante de uma série de normas, cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como lícita ou ilícita), mas que enuncia como pressuposto da sua própria incidência o cumprimento de uma atividade regulada por uma outra norma da série, e assim até a norma reguladora de um “ato final”.¹⁹⁴ (tradução nossa).

O procedimento, para Elio Fazzalari, seria, então:

[...] uma série de “faculdades”, “poderes”, “deveres”, quantas e quais sejam as “posições subjetivas” possíveis de serem extraídas das normas em discurso e que resultam também elas, e necessariamente, ligadas, de modo que, por exemplo, um poder dirigido a um sujeito depois que um dever tenha sido cumprido, por ele ou por outros, e, por sua vez o exercício daquele poder constitua o pressuposto para o insurgir-se de um outro poder (ou faculdade, ou dever).¹⁹⁵ (tradução nossa).

¹⁹³ Cf. GONÇALVES. **Técnica processual e teoria do processo**, p. 102.

¹⁹⁴ FAZZALARI. **Istituzioni di diritto processuale**, p. 60: “Il ‘procedimento’ si coglie quando ci si trova di fronte ad una serie di norme, ciascuna delle quali regola una determinata condotta (qualificandola come lecita o doverosa), ma enuncia come presupposto della propria incidenza il compimento di un’attività regolata da altra norma della serie, e così via fino alla norma regolatrice di un ‘atto finale’.”

¹⁹⁵ FAZZALARI. *Op. cit.*, p. 77-78: “Il procedimento va, infine, riguardado come una serie di ‘facoltà’, ‘poteri’, ‘doveri’: quante e quali sono le ‘posizioni soggettive’ che è dato trarre dalle norme in discorso; e che risultano anch’esse, e necessariamente, collegate in modo che, ad esempio, un potere spetti ad un soggetto quando un dovere sia stato compiuto, da lui o da altri, e, a sua volta, l’esercizio di quel potere costituisca il presupposto per l’insorgere di un altro potere (o facoltà o dovere).”

Pode-se afirmar, desde logo, que, para os estruturalistas, há processo sempre que o procedimento realizar-se em contraditório entre os interessados. A essência do contraditório, sob esta lógica, está exatamente na simétrica paridade da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados, porque, como seus destinatários, sofrerão os efeitos em suas universalidades de direitos. Para o professor da Universidade de Roma:

O “processo” é um procedimento em que participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor não possa obliterar as suas atividades.¹⁹⁶ (tradução nossa).

A distinção entre processo e procedimento ultrapassa a simples participação dos sujeitos em numa relação jurídica, na concepção de Elio Fazzalari. A diferença entre ambos consiste no princípio do contraditório, pelo qual é indispensável a participação de pelo menos dois sujeitos, um interessado e um contra-interessado, sobre os quais o ato final recairá:

[...] Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanação do provimento); na sua relevância para o autor do provimento: no modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva resistir aos controles e reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas do resultado.

[...] Existe, em resumo, “processo” quando em uma ou mais fases do “iter” de formação de um ato é contemplada a participação não só – obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele possa desatender, mas não ignorar.¹⁹⁷ (tradução nossa).

¹⁹⁶ FAZZALARI. *Istituzioni di diritto processuale*, p. 82-83: “Il ‘processo’ è un procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) coloro nella cui sfera giuridica l’atto finale è destinato a svolgere effetti: in contraddittorio, e in modo che l’autore dell’atto non possa obliterare le loro attività.”

¹⁹⁷ FAZZALARI. *Op. cit.*, p. 83: “[...] Tale struttura consiste nella partecipazione dei destinatari degli effetti dell’atto finale alla fase preparatoria del medesimo; nella simmetrica parità delle loro posizione; nella mutua implicazione delle loro attività (volte, rispettivamente, a promuovere ed a impedire l’emanazione del provvedimento); nella rilevanza delle medesime per l’autore del

O contraditório é o espaço destinado à argumentação e à contra-argumentação das partes, em paridade de oportunidades, que se abre aos sujeitos interessados, para o fim de recompor a realidade vivida.¹⁹⁸ É a estrutura argumentativa que propicia às partes uma intervenção de maneira participativa em toda a construção, ao lado do juiz, do provimento jurisdicional.¹⁹⁹

Por meio do contraditório é aberto o espaço simétrico para que autor e réu realizem considerações de ordem técnica e fática para o fim de reconstruir, no processo penal, o fato delitivo. E nessa atividade de reconstrução, mediada pela linguagem, não se tem mais a garantia de que a percepção da conformidade da coisa com a inteligência possa ser o campo seguro da revelação da verdade.²⁰⁰

De outro lado, o contraditório se aperfeiçoa na forma de arregimentar razões de convencimento sobre a adequação, ou não, do fato reconstruído ao tipo penal.

provvedimento: in modo che ciascun contraddittore possa esercitare un insieme – cospicuo o modesto non importa – di scelte, di reazioni, di controlli, e debba subire i controlli e le reazioni degli altri, e che l'autore dell'atto debba tener conto dei risultati.

[...] C'è, insomma, 'processo' quando in una o più fasi dell'*iter* di formazione di un atto è contemplata la partecipazione non solo – ed ovviamente – del suo autore, ma anche dei destinatari dei suoi effetti, *in contraddittorio*, in modo che costoro possano svolgere attività di cui l'autore dell'atto deve tener conto; i cui risultati, cioè, egli può disattendere, ma non ignorare.”

¹⁹⁸ Cf. FAZZALARI. **Istituzioni di diritto processuale**, p. 85: “La partecipazione di soggetti al processo, in quanto stimati destinatari dell'efficacia dell'atto emanando costituisce, come si vedrà, la loro 'legittimazione ad agire'. [...] L'essenza stessa del contraddittorio exige que vi partecipino almeno due soggetti, un 'interessato' e un 'contrainteresado': sull'uno dei quali l'atto finale é destinado a svolgere effetti favorevoli e sull'altro effetti pregiudizievoli.”

Não há consenso sobre esta concepção. Ada Pellegrini Grinover vê no contraditório o binômio “necessidade de informação e possibilidade de reação”. (GRINOVER. **Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988**, p. 4). Joaquim Canuto Mendes de Almeida, por sua vez, define o contraditório como “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los.” (MENDES DE ALMEIDA. **Princípios fundamentais do processo penal**, p. 81). Antônio Scarance Fernandes, apesar de seguir a linha defendida pela Escola Instrumentalista do Processo, acrescenta à concepção de Grinover o “princípio” da paridade de armas, como meio indispensável para a afirmação de um contraditório pleno e efetivo. (Cf. SCARANCA FERNANDES. **Processo penal constitucional**, p. 63).

¹⁹⁹ Cf. GONÇALVES. **Técnica processual e teoria do processo**, p. 127-132.

²⁰⁰ A “verdade real” que se pretende descortinar no processo penal é, em verdade, uma figura mítica. A verdade que se alcança e que baliza a decisão jurisdicional no processo penal é formal, porquanto trazida aos autos pelas partes, que atuam sob a égide do contraditório. Toda e qualquer norma procedimental que pretenda atribuir ao juiz a atividade de produção das provas (juízo instrutório), ou que preveja a atuação do magistrado em substituição às partes do processo penal, não foi recepcionada pela Constituição da República de 1988.

Nesse passo, por ser instituto correlacionado ao contraditório, a se expandir no tempo e no espaço processual apropriado, a ampla defesa emerge como garantia de ampla argumentação das partes para a construção do provimento. José Cirilo de Vargas leciona que:

Sabe-se que uma das características da ação penal pública é a sua obrigatoriedade; o órgão do Ministério Público não pode deixar de propor a demanda, verificados os requisitos legais. Pelo mesmíssimo princípio político, a defesa é indispensável ao processo, sob a égide do devido processo.²⁰¹

Para o Direito Processual moderno, a concepção fazzalariana de contraditório mostra-se insuficiente, a ela devendo ser acrescentada a oportunidade das partes de influir, de maneira incisiva, na produção de uma decisão favorável. Neste sentido, a precisa lição de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, para quem, em concepção científica atual, a garantia constitucional do contraditório importa em possibilitar às partes:

[...] a oportunidade de influir no sentido de uma decisão favorável ao seu interesse, a fim de que o procedimento guarde a indispensável sintonia técnica com o devido processo constitucional.²⁰²

Como consequência lógica, a ampla argumentação garante a possibilidade de vasta produção de prova para a reconstrução do fato e de circunstâncias relevantes para o processo.

A ampla defesa é, neste contexto, o “direito processualmente garantido a um espaço procedimental cognitivo à construção de fundamentos obtidos dos

²⁰¹ VARGAS. **Processo penal e direitos fundamentais**, p. 178.

²⁰² BRÊTAS C. DIAS. **Processo civil reformado**, p. 233.

argumentos jurídicos advindos de liberdades isonômicas exercidas em contraditório na preparação das *decisões*.”²⁰³

Rosemiro Pereira Leal acrescenta que:

*O princípio da ampla defesa é coextenso do contraditório e da isonomia porque a amplitude da defesa se faz nos limites temporais do procedimento em contraditório. A amplitude da defesa não supõe infinitude de produção da defesa a qualquer tempo, porém, que esta se produza pelos meios e elementos totais de alegações e provas no tempo processual oportunizado na lei. Há de ser ampla, porque não pode se estreitada (comprimida) pela sumarização do tempo a tal ponto de excluir a liberdade de reflexão cômoda dos aspectos fundamentais de sua produção eficiente. É por isso que, a pretexto de celeridade processual ou efetividade do processo, não se pode, de modo obcecado, suprimindo deficiências de um Estado já anacrônico e jurisdicionalmente inviável, sacrificar o tempo da ampla defesa que supõe a oportunidade de exaurimento das articulações de direito e produção de prova.*²⁰⁴

Nesse contexto, a “verdade real” que pretendem os sujeitos do processo descortinar é o fruto das reconstruções fragmentárias, mediadas pela palavra equívoca,²⁰⁵ que somente possuem elemento de segurança quando sujeitas a funções de travamento, que não permitam uma nova abordagem crítica. E esses marcos de intangibilidade, decorrente do compromisso do direito com a pragmática de se chegar ao provimento jurisdicional, bem como com a segurança jurídica, encontram-se presentes tanto no processo civil (de certa forma em maior escala) quanto no Direito Processual Penal.

No processo civil, quando em causa direitos indisponíveis, impera o sentido da “verdade real”, enquanto o processo penal tem aversão à revisão criminal “pro societatis”.

Dessas considerações surge a idéia de que, para além da igualdade de oportunidades de fala, de participação na construção da prova, o processo

²⁰³ LEAL. **Teoria processual da decisão jurídica**, p. 171.

²⁰⁴ LEAL. **Teoria geral do processo**, p. 111-112.

²⁰⁵ Cf. LAUAND. **Anais**, 2002, p. 1.

democrático carece de outros elementos que consigam neutralizar as diferenças fáticas entre os sujeitos do processo; as diferenças de poder entre acusado e acusador, seja este poder de natureza política ou econômica.

O devido processo legal cumpre a função de ser o conteúdo de neutralidade que, malgrado não possuindo em si valor algum, gera o valor que é derramado do provimento.

4.2.1 A moderna concepção de processo

Das estruturas estudadas pode-se inferir, sob a lógica fazzalariana, que o processo é espécie de procedimento em contraditório entre as partes. Partes que, em simétrica paridade, influenciam a construção do provimento jurisdicional.

No entanto, ao fundar as bases para a Escola Estruturalista do Processo, Elio Fazzalari não a inseriu no movimento constitucionalista, que somente se afirmou, em uma concepção moderna de democracia, pelos recentes estudos desenvolvidos pelos idealizadores da Escola Constitucionalista do Processo, com as relevantes contribuições do espanhol Jorge Carpizo, do italiano Alessandro Pizzorusso, do português José Joaquim Gomes Canotilho, dentre outros.²⁰⁶

Assim, uma leitura moderna e contemporânea de processo somente é possível a partir de sua compreensão em uma teoria constitucional de direitos democráticos que legitimem a cidadania.

²⁰⁶ Cf. LEAL. **Teoria geral do processo**, p. 97-98.

O processo, sob esta ótica, é instituição constitucionalizada de estruturação (por meio do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e da indispensabilidade da presença do advogado) dos procedimentos, de tal forma que os provimentos deles decorrentes, judiciais, legiferantes ou administrativos, resultem da constante participação, em simétrica paridade, de seus interessados.

O juiz figura, então, como um diretor-dialogador, porquanto deve, em todas as circunstâncias, observar e fazer observar o princípio do contraditório.²⁰⁷

Nesse passo, cumpre ressaltar que a jurisdição atua mediante o devido processo constitucional e, ao fundamentar a decisão no processo, deve o órgão jurisdicional justificar todas as razões pelas quais o provimento foi emanado.²⁰⁸

4.3 A inexistência de pretensão do réu

No bojo do processo penal, não existe uma verdadeira pretensão do réu contraposta à pretensão punitiva do titular da ação penal.

Com efeito, as disposições da Constituição da República de 1988 são explícitas ao assegurar a liberdade da pessoa humana de modo pressuposto,²⁰⁹ sendo certo que a liberdade de alguém somente poderá ser privada mediante

²⁰⁷ Nos termos da redação do artigo 16 do “Nouveau Côté de Procédure Civile” francês.

²⁰⁸ Cf. BRÊTAS C. DIAS. **Processo e constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira, p. 570.

²⁰⁹ A Constituição da República de 1988 acentua, em seu artigo 5.º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (presunção de inocência) e, no inciso LXI, do mesmo artigo, que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”

Na ordem jurídico-constitucional brasileira, portanto, presume-se a inocência de um acusado e a prisão, como medida assecuratória, cautelar, figura como uma exceção à regra da liberdade do jurisdicionado. Os dois princípios, por conseguinte, devem ser analisados em conjunto, pois se entrelaçam e se completam.

processo, respeitado o devido processo legal, estruturado nos princípios do juízo natural, do contraditório, da ampla defesa e da indispensabilidade do advogado.²¹⁰

Dúvidas não sobejam que esses valores positivados na Carta Política de 1988 são hauridos da filosofia da consciência que, por sua vez, encontra fundamento na tradição realista, de matiz eminentemente aristotélica. Nesse ponto, emerge, com relevo, o paradoxo da modernidade que assimila a idéia de natureza do homem, adequada ao paradigma anterior, imiscuindo o conceito nesta nova ordem de pensamento como uma herança que se aceita sem questionamento, contradizendo os pressupostos críticos da época iluminista.

Ressalta Jürgen Habermas que, mesmo conceituada de forma renovada, a noção de natureza entra no paradigma da filosofia da consciência como um elemento de todo estranho que influi na construção do direito e do Estado.²¹¹

A liberdade é tida como o único direito inato do homem e assenta suas premissas na capacidade do sujeito de se determinar segundo as normas, tanto no âmbito interno, quanto no externo. A liberdade é, fundamentalmente, ausência de obstáculos impeditivos da conduta conforme o imperativo categórico no âmbito da moral, ou do imperativo hipotético no âmbito do direito. O direito é idealizado em sua função de coordenação de arbítrios. Arbítrio é a capacidade que tem o indivíduo de produzir, conscientemente, o objeto do desejo.²¹²

O primado da liberdade humana foi consagrado na Constituição da República de 1988 e irradia densidade valorativa à hermenêutica de todo o direito.

²¹⁰ Cf. BRÊTAS C. DIAS. **Responsabilidade do estado pela função jurisdicional**, p. 111.

A Constituição da República de 1988, ao inserir em seu texto os direitos inerentes à pessoa humana e consolidar uma metodologia de garantia desses direitos, assegurou em seu artigo 5.º, expressamente, dentre outras, a garantia do devido processo legal (inciso LIV), informada pelos princípios do juízo natural (inciso LIII), do contraditório e da ampla defesa (inciso LV) e a indispensabilidade do advogado (inciso LXXIV e artigo 133).

²¹¹ Cf. HABERMAS. **Consciência moral e agir comunicativo**, p. 17-23.

²¹² Cf. BOBBIO. **Direito e estado no pensamento de Emmanuel Kant**, p. 68.

Por força do imantar de sentido derivado do princípio da liberdade, afirma-se, em realidade, a inexistência de uma pretensão contraposta, entre autor e réu, no processo penal.

A liberdade, como direito pressuposto, tem importante papel na delimitação dos ônus probatórios no processo penal, bem como na conceituação das funções das partes no interior do processo.

4.4 A questão controvertida

Note-se, pois, que, nada obstante não se possa, com rigor, falar que exista pretensão do réu que seja deduzida em contraposição a do autor, por meio do processo penal, dessa circunstância não decorre que nele não exista questão ou ponto controvertido.

Com efeito, uma coisa é a formatação do processo civil em que o autor levanta uma pretensão frente ao réu, sem, contudo, lograr êxito em sua demanda. A improcedência do pedido formulado traz consigo o acerto do direito segundo uma causa de pedir, que acaba por consubstanciar um incremento de valor na esfera jurídica do réu. Verifica-se um conflito de interesses caracterizado pela existência de pretensões resistidas.

Esses caracteres não se apresentam no processo penal. As conseqüências jurídicas do provimento jurisdicional que, no estrito âmbito penal, absolve um acusado, não lhe trazem qualquer incremento de valor ao seu direito de liberdade.

Coisa muito diversa se passa com as questões deduzidas no bojo de um processo. A oportunidade de se argumentar acerca dos elementos de fato e das conseqüências de direito, salvo raríssimos casos, é o campo aberto para a controvérsia.

O contraditório é justamente o elemento que caracteriza a possibilidade de se criar o dissenso acerca de matéria de direito ou de fato. E, nessa seara, vale lembrar que “questão é um ponto a respeito do qual não estão de acordo autor e réu”.²¹³

Questão prejudicial é toda controvérsia que se constitui no bojo de um processo, podendo se referir a um fato (questão de fato) ou a um direito (questão de direito).

O conflito que existe dentro do processo penal não é um conflito de interesses, mas um conflito de reconstrução da realidade e da aplicação do direito. Não há, propriamente, um conflito entre o direito de punir do Estado e o direito à manutenção do “status libertatis” da pessoa humana.

Isso porque o processo penal não se destina a dirimir controvérsia instalada entre o Estado e o jurisdicionado, pacificando as partes envolvidas (pela própria ausência de pretensão de lado a lado), mas tão somente desenvolve-se para que se possa formular uma asserção, uma proposição, uma declaração, ou uma crença, de modo verdadeiro, tendo em vista que correspondente aos fatos reconstruídos e verificáveis a partir dos elementos de convicção alcançados pelos sujeitos do processo. Ressalta Rogério Lauria Tucci que:

Em suma, e como observa, outrossim, Ubaldo Ferrari, já que a verdade, como tal, e superiormente concebida, não pode ser conhecida do homem, cumpre estabelecer-se a verdade possível, por inteiro, em seus mínimos e

²¹³ WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI. **Curso avançado de processo civil**, p. 21.

peculiares detalhes, como se a própria verdade fosse pelo juiz pesquisada e, afinal, descoberta. Essa a verdade processual, cuja perquirição, assim realizada, constitui objeto da prova, no processo penal.²¹⁴

Emerge clara a consideração de que a defesa do réu no processo penal não encontra qualquer fundamento em concepções atreladas ao direito de ação. A pretensão punitiva não encontra correlato numa pretensão do réu (direito de liberdade pressuposta), o qual se vale do contraditório e da ampla defesa para ingressar no espaço argumentativo que densificará o provimento jurisdicional.

Ressalta Jacinto Nelson de Miranda Coutinho que “a palavra *lide*, de início, não condiz com um referencial semântico que é sinônimo de conteúdo do processo penal.”²¹⁵ Na verdade, “a lei, nem o sistema jurídico obriga o autor do crime a resistir à pretensão punitiva, a contestá-la. [...] O conflito de interesses eventualmente existente “não é suficiente para agasalhar o conteúdo do processo penal em todas as suas formas e fases.”²¹⁶

Ambos, autor e réu, encontram-se, portanto, no interior do caso penal,²¹⁷ compreendido como o âmbito cognitivo em que os sujeitos legitimados para o processo participam ativamente da construção da prova e aduzem razões acerca do sentido possível dos elementos fáticos, contextualizados na pujança das expressões

²¹⁴ TUCCI. **Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro**, 1978, p. 93.

²¹⁵ “*Lide* é um “conflito de interesses regulado ou composto pelo direito”, ou, mesmo, “um conflito de interesses qualificado por uma pretensão e por uma resistência a essa” (CARNELUTTI. **Lezione di diritto processuale civile**, p. 28-30) (tradução nossa). “*Lite* [...] si trata di un conflitto di interessi regolato o composto dal diritto”; “La *lite* è un conflitto di interessi qualificato da una pretesa e da una resistenza a questa.”

²¹⁶ COUTINHO. **A lide e o conteúdo do processo penal**, p. 132-137.

²¹⁷ Expressão cunhada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. (Cf. COUTINHO. *Op. cit.*, p. 138). O Professor paranaense ressalta que “cometido o crime, a sanção só será executada a partir da decisão jurisdicional, presa a um pressuposto: a reconstituição de um fato pretérito, o crime, na medida de uma verdade processualmente válida e evidenciadora da culpabilidade e ou da periculosidade. [...] Para expressar essa reconstituição que se efetiva no processo penal – geralmente de forma conflitual, mas não sempre –, e tem importância prática já na primeira fase de persecução penal, o ideal seria uma expressão ainda não comprometida com outros significados relevantes: caso penal, por exemplo. Trata-se, entenda-se bem, de encontrar uma palavra, uma expressão, adequada ao fenômeno que se dá no processo e, dessa maneira, o melhor é deixar, na medida do possível, um menor espaço à indeterminação, por natureza sempre presente. Caso penal cumpre o requisito a contento.” (COUTINHO. *Op. cit.*, p. 137-138).

vernaculares assenhoreadas, de modo a concorrerem para a construção do provimento jurisdicional.

Nota-se que a jurisdição surge não como a justa composição do litígio, emergente de um conflito de interesses. Tampouco diz meramente o direito ao caso concreto.

Ao revés, o processo penal, servindo-se da jurisdição, é a instância onde são recriados os fatos sociais, a partir da recomposição do estado de coisas por meio de elementos significantes, ou aos quais se imputa significância.

4.5 O ônus da prova

Se a liberdade é tida como um direito pressuposto da pessoa humana, não cumpre a qualquer réu pretender que ela seja efetiva, visto que o é “ab ovo”. O direito de liberdade pressuposto do acusado impõe ao titular da pretensão punitiva o dever de comprovar a existência, em concreto, do pressuposto fático normativo apto a justificar o decreto condenatório que elide o pressuposto direito de ir e vir desembaraçado do cidadão.

Vale dizer que o órgão de acusação tem o compromisso de comprovar a existência do fato descrito como ilícito, pretendendo seja ao autor do evento socialmente relevante imposta a conseqüência normativa sancionadora, porque verificado que não há nenhuma outra circunstância que, na forma do direito, possa justificar a conduta como valorativamente reprovável.

Nessa medida, ao réu não toca o dever de comprovar um fato, ou qualquer excludente de ilicitude, mas tão somente o direito de participar da reconstrução dos fatos e de aglutinar argumentos de aplicação do direito.

Dessas considerações, emerge a clara noção de que o ônus de provar²¹⁸ a conveniência de se reduzir o âmbito de liberdade da pessoa humana, por ter ela lesado ou exposto a risco de lesão um bem jurídico afetado à proteção da norma jurídica penal, recai, de modo exclusivo, sobre aquele que deduz a pretensão de punir.

Como o fato social não é um elemento ôntico que se possa encontrar e levar para o interior do processo, a existência do contraditório, como garantia fundamental, dirige-se a salvaguardar as oportunidades de reconstruir os elementos relevantes do viver social, como proposições a serem interpretadas pelas sujeitos interessados na formação do provimento jurisdicional.

A sentença penal é construída em sustentáculos argumentativos, nos quais os sujeitos interessados são co-legitimados ao processo, que visa à reconstrução de um fato.

Assim, como o processo penal se destina à reconstrução dos fatos penalmente relevantes, ao se adotar o tipo total de injusto formulado a partir da obra fundamental de Adolf Merkel, a sentença penal será integralmente estruturada e

²¹⁸ Explica Rosemiro Pereira Leal que a prova “é um instituto criado pela lei para o exercício lógico da demonstração de existência ou inexistência de pessoa, coisa, fato, ato ou situação jurídica.” Acrescenta o Professor que a prova é um “instituto jurídico”; os elementos de prova são a sua “realidade extraprocessual ou intraprocedimental”; os meios de prova são “modalidades lógico jurídicas de *enunciação* dos elementos de prova” e os instrumentos de prova são as peças “gráfico-formais de explicitação sensível dos *elementos* de prova pelos *meios* de prova.” (LEAL. **Teoria geral do processo**, p. 297; Cf. LEAL **Relativização inconstitucional da coisa julgada**, p. 49-52).). Assim, como exemplo, o objeto a ser submetido a perícia seria o elemento de prova; a perícia seria o meio de prova e o laudo, por sua vez, seria o instrumento de prova. (Cf. LEAL. **Teoria geral do processo**, p. 297-298).

A prova não é um dever, uma obrigação processual, mas um encargo, um ônus, uma obrigação que a parte tem para consigo mesma. (Cf. TORNAGHI. **Instituições de processo penal**, 3.º v., p. 467). E ônus nada mais é que a “conseqüência do não-exercício de uma faculdade legal.” (LEAL. *Op. cit.*, p. 305).

fundamentada na realização do tipo penal, que, como tipo de injusto, possui, é importante lembrar, todos os elementos que fundamentam, delimitam e excluem a ilicitude penal.

Em um processo penal estruturado nos princípios do contraditório, da ampla defesa e da igualdade entre as partes, a distribuição dos ônus probatórios deve fundar-se nos mesmos critérios de isonomia. No entanto, todo o sistema de provas no processo penal deve ter como ponto convergente a presunção constitucional da inocência do acusado,²¹⁹ o que desloca, indubitavelmente, todo o ônus probatório ao órgão que se desincumbir da acusação.

Dessa forma, cabe ao Ministério Público, ou ao Querelante, a prova de todas as categorias que compõem o conceito analítico de delito, que, na concepção adotada neste trabalho, seria a conduta típica e culpável.²²⁰

A doutrina contemporânea trabalha, no entanto, com determinadas presunções legais. Eugênio Pacelli de Oliveira afirma que a análise da tipicidade e da ilicitude do fato não dizem respeito à matéria de prova, consistindo, ao contrário, em um simples juízo de abstração em relação à norma penal.²²¹ Por outro lado, o dolo e alguns elementos subjetivos especiais do injusto são aferidos por um

²¹⁹ Cf. OLIVEIRA. **Curso de processo penal**, p. 257.

Conforme já ressaltado, a presunção de inocência de um acusado no processo penal foi erguida à condição de princípio constitucional, nos termos artigo 5.º, LVII, da Constituição da República de 1988.

²²⁰ Neste sentido, a sempre precisa lição de Nicola Framarino dei Malatesta: “O princípio supremo, regulador da obrigação da prova, é o ontológico: o ordinário se presume, o extraordinário se prova. E esse princípio se funda em que o ordinário, como tal, apresenta-se por si mesmo, com um elemento de prova, que se assenta na experiência comum, enquanto o extraordinário, ao contrário, apresenta-se destituído de todo princípio mais afastado de prova. Por isso lhe compete a obrigação da prova, quando se encontra em antítese com aquele. [...] O ordinário no homem é a inocência, por isso ela se presume e é ao acusador que cabe a obrigação da prova no juízo penal.” (MALATESTA. **A lógica das provas em matéria criminal**, v. I, p. 141-143).

O Professor italiano ainda acrescenta: “[...] a inocência se presume. Por isso, no juízo penal, a obrigação da prova cabe à acusação. A presunção da inocência, pois, quando determina a obrigação da prova em juízo penal, não é senão uma dedução daquele princípio ontológico que afirmamos ser o princípio supremo para o ônus da prova.” (MALATESTA. *Op. cit.*, p. 148).

Neste caso, prevalece a máxima romana: “onus probandi incumbit actori”.

²²¹ Cf. OLIVEIRA. *Op. cit.*, p. 258.

processo de dedução a partir das circunstâncias até então devidamente provadas, utilizando-se “como critério de referência as regras da experiência comum do que ordinariamente acontece.”²²²

Quanto à culpabilidade, as presunções legais recairiam principalmente sobre a imputabilidade penal.

Nessa ordem de idéias, caberia à acusação a prova da materialidade, da existência do delito, bem como de sua autoria, não sendo imposto ao titular da ação penal o ônus de demonstrar a inexistência de qualquer situação excludente da ilicitude e da culpabilidade.²²³

Julio Fabbrini Mirabete afirma que, no processo penal,²²⁴ oferecida a peça inicial, recai sobre a acusação o ônus de provar o fato e sua autoria, bem como eventuais circunstâncias que importem em um aumento da sanção penal. Ressalta o professor da Universidade de São Paulo, por outro lado, que à defesa cabe o encargo de provar qualquer causa que exclua a ilicitude, a culpabilidade ou a punibilidade do agente.²²⁵

Hélio Tornaghi é taxativo ao lecionar que, ao acusador, não é necessário provar a ilicitude do fato, cabendo-lhe, tão somente, a prova de sua tipicidade:

A produção da prova sugere o problema do *onus probandi*, que se põe nos seguintes termos: a quem compete provar?

[...] Seria errado supor que o acusador tem de provar tudo quanto alega contra o réu. Assim, por exemplo, não lhe é necessário provar a ilicitude do fato, desde que ele seja típico, isto é, adequado à descrição legal.

[...] Para bem entender o art. 156, é preciso, ainda, não esquecer que as presunções invertem o ônus da prova. Quando alguém mata outrem, o que se presume é que o fez injustamente, porque isso é o que geralmente acontece e as presunções se baseiam em *id quod plerumque accidit*.²²⁶

²²² OLIVEIRA. **Curso de processo penal**, p. 258.

²²³ Cf. OLIVEIRA. *Op. cit.*, p. 259.

²²⁴ Processo penal que o jurista intitula como condenatório.

²²⁵ Cf. MIRABETE. **Processo penal**, p. 283-284.

²²⁶ TORNAGHI. **Instituições de processo penal**, 3.º v., p. 467-469.

Paulo Heber Morais e João Batista Lopes destacam que sobre o acusado recaí integralmente o ônus de provar qualquer uma das causas que exclua a ilicitude do fato:

Na falta de regra expressa, propõe-se que o julgador se oriente seguindo estes critérios: a) o ônus da prova do fato delituoso ou contravençional (materialidade) incube à acusação; b) o ônus da prova das excludentes de criminalidade (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito, estrito cumprimento de dever legal) e das causas de isenção de pena, incumbe ao acusado [...].²²⁷

José Q. T. de Camargo Aranha, por sua vez, assevera que:

Os fatos, considerados em função da condição jurídica que o direito substancial lhes atribui, podem ser constitutivos, extintivos, impeditivos ou modificativos.

Ao acusador cabe o ônus de provar os fatos constitutivos.

No campo penal os fatos constitutivos dizem respeito à tipicidade e à autoria. Vale dizer, ao órgão acusador cabe provar a existência de um fato previsto como ilícito penal e o seu realizador, isto é, demonstrar a existência concreta do tipo e de sua realização pelo acusado.²²⁸

Essa tendência doutrinária, como o devido respeito, parece afrontar visceralmente a garantia do devido processo legal, em especial os seus princípios informativos do contraditório e da ampla defesa. No processo penal, a inocência é informada pelo postulado de sua presunção, até a produção de prova em sentido contrário: presunção constitucional, cuja supremacia sobre toda e qualquer presunção decorrente da legislação infraconstitucional não deveria demandar qualquer discussão.

Dessa assertiva decorre o ônus da prova da acusação, expresso pelo axioma “nulla accusatio sine probatione”,²²⁹ de modo que é impossível a transferência deste

²²⁷ MORAIS; LOPES. **Da prova penal**: teoria e prática, p. 32.

²²⁸ ARANHA. **Da prova no processo penal**, p. 10-11.

²²⁹ FERRAJOLI. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal, p. 488.

encargo a outra parte que não seja o Ministério Público, na ação penal pública, ou o Querelante, na ação penal privada.

Nada obstante, o posicionamento expresso pela doutrina brasileira tradicional e seguido por grande parte dos tribunais pátrios, do qual veementemente discordamos, orientado principalmente pela lógica da escola instrumentalista do processo, parte da premissa de que ao acusador incumbe provar a autoria e a materialidade do delito. E estas autoria e materialidade podem ser expressas, na teoria do delito, pela realização de todos os elementos subjetivos e objetivos do tipo penal.

Assim, quando do oferecimento da denúncia ou da queixa, o acusador deve demonstrar os sujeitos (ativo e passivo) do delito, os seus objetos ofendidos (jurídico e material), o resultado e o conseqüente nexo de causalidade, as eventuais circunstâncias de tempo ou de lugar, os também eventuais meios ou modos de execução, assim como todos os elementos subjetivos do injusto,²³⁰ cuja dedução, como querem alguns, deve fundar-se nas provas até então colhidas.

Quanto a isto não há dúvida.

Uma releitura da estrutura do crime, no entanto, com a adoção da teoria dos elementos negativos do tipo e a inserção das causas de justificação no tipo, figurando como sua face negativa, como temos sustentado, levaria inegavelmente a uma inversão no ônus da prova no processo penal, cabendo ao acusador a comprovação da ocorrência de uma conduta não justificada, de forma a afirmar a tipicidade da ação ou omissão praticada pelo sujeito ativo.

Esta inversão do encargo probatório teria o condão de influenciar, desde o início das investigações criminais, a atividade da polícia judiciária.

²³⁰ Elementos descritos no item 2.3 deste trabalho.

A partir de um tipo total de injusto, por outro lado, ao acusador incumbiria, desde o oferecimento da peça inicial, a prova de todos os elementos que compõem as faces positiva e negativa do tipo penal, de forma a afastar, ou pelo menos, a mitigar, a aplicação do artigo 156 do Código de Processo Penal brasileiro.²³¹

Durante a instrução criminal, a coleta da prova ganharia, também, uma nova roupagem, cabendo à defesa, contudo, o importante trabalho de valoração de todo o conjunto probatório colacionado, de forma a persuadir o julgador à construção de um provimento final que lhe seja favorável.

A própria fundamentação da decisão ganharia um novo viés, porquanto o provimento passaria a ser estruturado, fundamentalmente, na realização do tipo penal.²³²

Esta inversão do encargo probatório seria importante instrumento para assegurar de forma mais efetiva ao acusado, no processo penal, a garantia de participação em simétrica paridade de armas com o Ministério Público ou com o Querelante, bem como traria uma nova roupagem à garantia constitucional da ampla defesa.

O tipo total de injusto, como categoria apta a dar uma eficácia mais ampla aos princípios constitucionais, parece não ter sido adotado somente pelo legislador da reforma penal de 1984. O Supremo Tribunal Federal, em decisões recentes, vem

²³¹ O artigo 156 do Código de Processo Penal brasileiro dispõe que “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

²³² A jurisdição atua mediante do devido processo constitucional e, ao fundamentar a decisão no processo, deve o órgão jurisdicional justificar todas as razões pelas quais o provimento foi emanado. (Cf. BRÊTAS. **Processo e constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira, p. 570). Assim, como o processo penal se destina à reconstrução do comportamento humano que violou a norma jurídico-penal, ao se adotar o tipo total de injusto formulado a partir da obra fundamental de Adolf Merkel, a sentença penal será integralmente estruturada e fundamentada na realização do tipo penal, que, como tipo de injusto, possui, é sempre bom lembrar, todos os elementos que fundamentam, delimitam e excluem a ilicitude penal.

assumindo uma postura que sinaliza, ou ao menos demonstra sinalizar, um giro dogmático no estudo da prova no processo penal.

Em acórdão relatado pelo Ministro Cezar Peluso, fica evidente a necessidade da narração completa e, obviamente, bem demonstrada, dos “comportamentos típicos” realizados pelo agente, sob pena de, com a ofensa à garantia do devido processo legal, causar vício absoluto e insanável no processo penal. Da decisão daquele Tribunal, pode-se extrair a seguinte ementa:

Ação penal. Denúncia. Deficiência. Omissão dos comportamentos típicos que teriam concretizado a participação dos réus nos fatos criminosos descritos. Sacrifício do contraditório e da ampla defesa. Ofensa à garantia constitucional do devido processo legal (*due process of law*). Nulidade absoluta e insanável. Superveniência da sentença condenatória. Irrelevância. Preclusão temporal inócurrenente. Conhecimento da arguição em HC. Aplicação do art. 5.º, incisos. LIV e LV, da CF. Votos vencidos. A denúncia que, eivada de narração deficiente ou insuficiente, dificulte ou impeça o pleno exercício dos poderes da defesa, é causa de nulidade absoluta e insanável do processo e da sentença condenatória e, como tal, não é coberta por preclusão.²³³

Em outra decisão, ainda mais contundente, o mesmo Supremo Tribunal Federal consignou, por meio de acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello, que ao Ministério Público recai integralmente o ônus de provar a ocorrência do ilícito penal:

[...] O PODER DE ACUSAR SUPÕE O DEVER ESTATAL DE PROVAR LICITAMENTE A IMPUTAÇÃO PENAL. - A exigência de comprovação plena dos elementos que dão suporte à acusação penal recai por inteiro, e com exclusividade, sobre o Ministério Público. Essa imposição do ônus processual concernente à demonstração da ocorrência do ilícito penal reflete, na realidade, e dentro de nosso sistema positivo, uma expressiva garantia jurídica que tutela e protege o próprio estado de liberdade que se reconhece às pessoas em geral. Somente a prova penal produzida em juízo pelo órgão da acusação penal, sob a égide da garantia constitucional do contraditório, pode revestir-se de eficácia jurídica bastante para legitimar a

²³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1.ª Turma. “Habeas Corpus” n.º 83.301/RS. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão Ministro Cezar Peluso. Paciente Francisco Renan Oronoz Proença. Impetrante Eduardo Antônio Lucho Ferrão e outros. Autoridade Coatora Superior Tribunal de Justiça. Julgamento em 16/03/2004. Publicado no Diário da Justiça de 06/08/2004, p. 00041. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

prolação de um decreto condenatório. Os subsídios ministrados pelas investigações policiais, que são sempre unilaterais e inquisitivas - embora suficientes ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público -, não bastam, enquanto isoladamente considerados, para justificar a prolação, pelo Poder Judiciário, de um ato de condenação penal. É nula a condenação penal decretada com apoio em prova não produzida em juízo e com inobservância da garantia constitucional do contraditório. Precedentes. - Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-Lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n.º 5). Não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, que deve sempre assentar-se - para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica - em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambigüidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados evadidos de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou Tribunal a pronunciar o *non liquet*.²³⁴

Dessa forma, é possível asseverar, em face do princípio constitucional da presunção de inocência e da garantia constitucional do devido processo legal, informada, principalmente, pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, que à acusação incube o ônus de provar integralmente a presença, no caso concreto, de todos os elementos que constituem o delito.

Em quase vinte anos de vigência do retalhado texto constitucional, em apenas três ocasiões, como se observa, a Suprema Corte brasileira afastou a aplicação

²³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1.ª Turma. “Habeas Corpus” n.º 73.338/RJ. Relator Ministro Celso de Mello. Paciente José Carlos Martins Filho. Impetrante Eduardo de Vilhena Toledo e outro. Autoridade Coatora Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Julgamento em 13/08/1996. Publicado no Diário da Justiça de 19/12/1996, p. 51.766. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

O “non liquet” mencionado pelo Ministro Celso de Mello seria uma lacuna deixada pela lei. Rosemiro Pereira Leal destaca que “mesmo na chamada modernidade, em que o direito é posto na realidade pelo discurso da lei atribuída a um povo ou representante desse povo, ainda assim se crê que a lei, como instrumento formal do direito, apresenta *lacunas* que são inerentes ao sistema jurídico e, como tal, a atividade jurisdicional será sempre supletiva ou salvadora do vazio horrorizante da lei.” (LEAL. **Teoria processual da decisão jurídica**, p. 37-38). Neste aspecto, também, há de ser louvada a decisão da Suprema Corte brasileira.

No mesmo sentido, ainda, outra decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos de um Recurso Extraordinário também relatado pelo Ministro Celso de Mello, na qual ficou asseverado que nenhuma acusação penal se presume provada, o que acentua a inteira sujeição do Ministério Público ao ônus material de provar a imputação penal consubstanciada na denúncia. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1.ª Turma. Recurso Extraordinário n.º 136.239/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 07/04/1992. Publicado no Diário da Justiça de 14/08/1992, p. 12.227. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2007).

integral do artigo 156 do Código de Processo Penal brasileiro, curvando-se frente ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Essa tendência do Supremo Tribunal Federal, ainda tímida, é uma importante reação daquele pretório em face de um pragmatismo doutrinário imposto há mais de um século e repetido, sem qualquer perquirição, pelos processualistas penais contemporâneos.

Enquanto os Tribunais pátrios caminham lentamente em direção a uma interpretação constitucionalmente adequada do ônus da prova no processo penal, a doutrina, trabalhando em sentido diametralmente oposto, sustenta com veemência o discurso de que à acusação recai o ônus de provar apenas a tipicidade da conduta praticada pelo acusado.

Por este motivo, uma nova leitura do tipo de injusto, com a inserção das causas de justificação no tipo penal, como sua face negativa, levaria necessariamente a uma aplicação mais adequada do artigo 156 do Código de Processo Penal, deslocando o ônus da prova da ocorrência ou não de uma causa excludente da ilicitude ao órgão da acusação.

CONCLUSÕES

1) O tipo legal de crime é a descrição normativa de condutas que representam a negação de valores jurídico-criminais, que podem levar à lesão ou à ameaça de lesão a bens jurídico-penais. Desta forma, ele é o portador de toda valoração jurídico-penal diante da qual se coloca intérprete da lei penal;

2) A tipicidade é formal e garantidora do princípio da legalidade e, também, material, configurando-se na própria ilicitude tipificada. Sob este prisma, o tipo legal seria um instrumento absolutamente indispensável à consolidação de um Estado Democrático de Direito;

3) Na moderna teoria do fato punível, a determinação do conteúdo do injusto penal deve se estruturar, fundamentalmente, na relação existente entre tipo e ilicitude. De um tipo penal compreendido com o fundamento real e de validade da ilicitude penal, foi desenvolvida, na Alemanha do último quartel do século XIX, a teoria dos elementos negativos do tipo, que parte da premissa de que o tipo possui duas faces: a primeira, positiva, formulada pela descrição da conduta incriminada; a segunda, negativa, indicada pela ausência de causas de justificação. Desta forma, a presença de uma causa excludente de ilicitude, funcionando como elemento negativo, impediria a realização típica;

4) A teoria dos elementos negativos do tipo tem como consequência fundamental a unificação do tipo e da ilicitude no chamado tipo total de injusto. O tipo total de injusto, resultante da confluência das faces positiva e negativa do tipo, abrange todos os elementos que fundamentam, delimitam e excluem a ilicitude. Assim, a confirmação da tipicidade determina, desde o início, a inoccorrência de

causa de justificação, o que autoriza, por conseqüência, um juízo definitivo sobre a antijuridicidade;

5) A ilicitude sempre precede à tipificação da conduta, de modo que, para o Direito Penal, é irrelevante a ilicitude não tipificada. Portanto, é possível afirmar a existência de uma ilicitude especificamente penal;

6) O tipo penal, como assentado, possui as funções precípua de fundamentar a ilicitude e figurar como instrumento indispensável de garantia, força motriz do princípio da reserva legal. Como tipo total de injusto, leva a uma concepção bipartida de crime, de forma que o delito se constitua de apenas duas etapas: tipicidade e culpabilidade;

7) O Código Penal brasileiro adotou a teoria limitada da culpabilidade, que se encontra, no tratamento do erro, em perfeita sintonia com a teoria dos elementos negativos do tipo. Como a inexistência de uma causa de justificação integra o tipo penal, o erro sobre os seus pressupostos fáticos implica, na verdade, em um erro de tipo, que exclui o dolo, mas permite a eventual punição a título de culpa;

8) Quando o legislador optou por descrever as causas de justificação no artigo 23 do Código Penal brasileiro, o fez por uma mera questão de técnica legislativa, como uma forma de evitar a repetição de sua face negativa em cada um dos tipos penais estruturados na Parte Especial do Código Penal;

9) A leitura que se pretende do conteúdo de cada um dos elementos que compõem o conceito de delito e das suas relações recíprocas, sob a ótica da teoria dos elementos negativos do tipo, pode conduzir a importantes modificações no estudo do ônus da prova no processo penal e, por conseguinte, na efetivação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, informativos da garantia constitucional do devido processo legal;

10) A Constituição de 1988 trouxe como estrutura do Estado brasileiro a República Federativa, constituindo-a em um Estado Democrático de Direito. Nele, o processo é o meio de passagem do princípio do discurso para o princípio da democracia, porquanto a legitimidade do direito, no Estado Democrático, somente é alcançada a partir da atividade de criação e de interpretação da norma pelas partes interessadas, em espaço procedimentalizado, assegurada a igualdade de todos perante a lei;

11) Neste contexto, os direitos humanos são, na verdade, direitos fundamentados no discurso da processualidade, constitucionalizados sob a técnica especial de reconhecimento e definição assentados nas Constituições dos Estados contemporâneos e que formam uma categoria dogmática do moderno Direito Constitucional;

12) Por outro lado, as garantias dos direitos consignados na Constituição são os meios processuais que tornam possível a proteção e a eficácia destes direitos;

13) Uma leitura moderna e contemporânea de processo somente é possível a partir de sua compreensão em uma teoria constitucional de direitos democráticos que legitimem a cidadania;

14) Sob este prisma, o processo penal é uma instituição constitucionalizada de estruturação (por meio do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e da indispensabilidade da presença do advogado) dos procedimentos, de tal forma que os provimentos judiciais deles decorrentes resultem da constante participação, em simétrica paridade, de seus interessados;

15) O contraditório é o espaço destinado à argumentação e contra-argumentação das partes, em paridade de oportunidades, que se abre aos sujeitos

interessados, para o fim de recompor a realidade vivida. É a estrutura argumentativa que propicia às partes uma intervenção de maneira participativa em toda a construção, ao lado do juiz, do provimento jurisdicional;

16) Nesse passo, por ser instituto correlacionado ao contraditório, a se expandir no tempo e no espaço processual apropriado, a ampla defesa emerge como garantia de ampla argumentação das partes para a construção do provimento;

17) A sentença penal é construída em sustentáculos argumentativos, nos quais os sujeitos interessados são co-legitimados ao processo, que visa à reconstrução de um fato;

18) Assim, como o processo penal se destina à reconstrução do fato proibido pela lei penal, ao se adotar o tipo total de injusto formulado a partir da obra fundamental de Adolf Merkel, a sentença penal será integralmente estruturada e fundamentada na realização do tipo penal e na culpabilidade;

19) Em um processo penal estruturado nos princípios do contraditório, da ampla defesa e da igualdade entre as partes, a distribuição dos ônus probatórios deve fundar-se nos mesmos critérios de isonomia. No entanto, todo o sistema de provas no processo penal deve ter como ponto convergente a presunção constitucional da inocência do acusado, o que desloca, indubitavelmente, todo o ônus probatório ao órgão que se desincumbir da acusação;

20) A doutrina corrente, no entanto, afirma que cabe à acusação a prova da materialidade do delito, bem como de sua autoria, não sendo imposto ao titular da ação penal o ônus de demonstrar a inexistência de qualquer situação excludente da ilicitude e da culpabilidade;

21) Essa tendência doutrinária afronta visceralmente a garantia do devido processo legal, em especial os princípios do contraditório e da ampla defesa;

22) Sob esta ótica distorcida, no entanto, a releitura da estrutura do crime, com a adoção da teoria dos elementos negativos do tipo e a inserção das causas de justificação no tipo, figurando como sua face negativa, como temos sustentado, levaria a uma inversão no ônus da prova no processo penal, cabendo ao acusador a comprovação da ocorrência de uma conduta não justificada, de forma a afirmar a tipicidade da ação ou omissão praticada pelo sujeito ativo;

23) A partir de um tipo total de injusto, ao acusador incumbiria a prova de todos os elementos que compõem as faces positiva e negativa do tipo penal, de forma a afastar, ou pelo menos, a mitigar, a festejada aplicação do artigo 156 do Código de Processo Penal brasileiro;

24) A inversão do ônus da prova, portanto, como conseqüência natural de uma nova leitura da estrutura jurídica do delito, representaria um importante avanço na aplicação, no caso concreto, dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa;

25) Em decisões coletadas, observa-se uma ainda modesta tendência do Supremo Tribunal Federal em afastar, como pretendemos, a aplicação integral do artigo 156 do Código de Processo Penal, de forma a demonstrar a supremacia do princípio da presunção de inocência do texto constitucional sobre as presunções legais sustentadas pela doutrina dominante;

26) Dessarte, com a adoção da teoria dos elementos negativos do tipo na teoria do delito e a partir de uma compreensão do processo como garantia constitucionalizada, o Direito Penal estará, em comunhão de esforços com o Direito Processual Penal, contribuindo de forma decisiva para a construção do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Código Penal Alemán**. Traducción Claudia López Diaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modelo costituzionale del processo civile italiano**. Torino: Giappichelli Editore, 1997.

ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale**: parte generale. 40.^a ed. Milano: Giuffrè, 1997.

ARANHA, José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **O novo processo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 8.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BACIGALUPO, Enrique. **Direito penal**: parte geral. Tradução André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria do governo. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, UFMG, n.º 66, jan. 1988.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Direitos e garantias fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, Nova Fase, n.º 33, 1991.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 2, n.º 3 e 4, 1999.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BAUMANN, Jürgen. **Derecho penal**: conceptos fundamentales y sistema. Traducción Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1973.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução José Cretella Jr.; Agnes Cretella. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BELING, Ernst Von. **Esquema de derecho penal**. Traducción Sebastian Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.

BELING, Ernst Von. **La doctrina del delito-tipo**. Traducción Sebastian Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.

BETTIOL, Giuseppe. **Diritto penale**. 7.^a ed. Padova: CEDAM, 1969.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. 2.^a ed. Tradução Paulo José da Costa Júnior; Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, v. I.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 8.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emmanuel Kant**. Tradução Alfredo Fait. 3.^a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito penal: parte geral**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BRASIL. **Código de processo penal**. (1941). Brasília: Senado, 2007.

BRASIL. **Código penal**. (1940). Brasília: Senado, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. (1988). Brasília: Senado, 2007.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. **Responsabilidade do estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. Fundamentos do estado democrático de direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 7, n.º 13 e 14, p. 150-163, 2004.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n.º 15, p. 230-240, 1.º sem. 2005.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. A fundamentação das decisões jurisdicionais no estado democrático de direito. *In* FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) **Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. As reformas do código de processo civil e o processo constitucional. *In* BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo; NEPOMUCENO, Luciana Diniz. (Coord.) **Processo civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. 5.^a ed. Rev. e atual. por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2003, t. I.

BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: EJE, 1973.

BUZAID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo:, Revista dos Tribunais, v. 27.

CALAMANDREI, Piero. Instituições de **direito processual civil**. 2.^a ed. São Paulo: Bookseller, 2003..

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAPEZ, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 7.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale**. Padova: Cedam, 1936.

CARNELUTTI, Francesco. **Lezione di diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1926-1986.

CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal**: parte general. Bogotá: Temis, 1977. v. I.

CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal**. Traducción Ortega Torres. Buenos Aires: Depalma, 1986, t. I.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Elementos de teoria geral do processo**. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CEREZO MIR, José. **Derecho penal**: parte general. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal na constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A moderna teoria do fato punível**. 3.^a ed. Curitiba: Fórum, 2004.

COELHO, Walter. **Teoria geral do crime**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de direito penal: parte geral e parte especial**. São Paulo: Saraiva, 1992.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998.

COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos do direito processual civil**. Tradução Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946.

CUNHA LUNA, Everardo da. **Capítulos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1985.

CUNHA LUNA, Everardo da. **Estrutura jurídica do crime**. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese?** Tradução Gilson César Cardoso de Souza. 20.^a ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 6.^a ed. Padova: Cedam, 1992.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução Elaine Nassif. 1.^a ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIX-ZAMUDIO, Hector. La protección procesal de las garantías individuales en América Latina. **Revista de la Comisión Internacional de Juristas**, Ginebra, 1968.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 13.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

FRANCO, Alberto Silva et al. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 6.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GALLAS, Wilhelm. **La teoría del delito en su momento actual**. Traducción Juan Córdoba Roda. Barcelona: Bosch, 1959.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 143, p. 191-209, jul./set. 1999.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Da idéia à defesa: monografias e teses jurídicas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**. Rio de Janeiro: Labor, 1936.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito penal**: parte geral. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 2.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988**. São Paulo: Forense Universitária, 1990.

GRISPIGNI, Filippo. **Diritto penale italiano**. 2.^a ed. Milano: Giuffrè, 1947, t. I.

GRISPIGNI, Filippo. **Derecho penal italiano**. Traducción Isidoro de Bendetti. Buenos Aires: Depalma, 1948. v. II.

GUIMARÃES, Rodrigo Suzana *et al.* A coisa julgada em Fazzalari. *In*: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Coisa Julgada: de Chiovenda a Fazzalari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. **Cadernos de filosofia alemã**, São Paulo, Humanitas, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, n.º 6, ago. 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. 2.^a ed. Tradução Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. I, t. II.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. Traducción José Luís Manzanares Samaniego. 4.^a ed. Granada: Comares, 1993.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**: parte geral. 20.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1997, 1.º v.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Losada, 1962, v. III.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamego. 3.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAUAND, Jean. A arte de decidir: a virtude da *prudentia* em Tomás de Aquino. *In*: Seminário Internacional sobre Cristianismo, Filosofia, Educação e Arte III,

25/06/2002, Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo. **Anais**. São Paulo: USP, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6.^a ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia Jurídica**. 6.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tradução e notas Cândido Rangel Dinamarco. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução José Higino Duarte Pereira. 1.^a ed. Campinas: Russel Editores, 2003, t. I.

LORENTZ, Lutiana Nacur. Ampla defesa e celeridade processual: compossibilidade teórica. *In*: LEAL, Rosemiro Pereira. (Coord.) **Estudos continuados de teoria do processo**. 4.^a ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, v. II.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

MAGGIORE, Giuseppe. **Derecho penal**. Traducción José J. Ortega Torres. Bogotá: Temis, 1971. v. I.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução Waleska Giroto Silverberg. CONAN, 1995. v. I.

MANZINI, Vincenzo. **Trattato di diritto penale italiano**. 2.^a ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1920. v. I.

MARQUES, Daniela de Freitas. **Elementos subjetivos do injusto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MARQUES, Daniela de Freitas. **Sistema Jurídico Penal do Perigo Proibido e do Risco Permitido**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1971.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1976.

MAURACH, Reinhart. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Astrea, 1994.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

MERKEL, Adolf. **Derecho penal**: parte general. Traducción Pedro Dorado Montero. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004.

MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Traducción José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Editorial Revista de Derecho Privado, 1946. t. I.

MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: libro de estudio, parte general. Traducción Ricardo C. Núñez. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 22.^a ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1988.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 7.^a ed. Barcelona: Reppertor, 2004.

MIR PUIG, Santiago. **Direito penal**: fundamentos e teoria do delito. Tradução Cláudia Viana Garcia; José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Parte da 7.^a ed. da obra *Derecho penal: parte general*. Barcelona: Reppertor, 2004.

MITTERMAYER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. 2.^a ed. Tradução Alberto Antônio Soares. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1909.

MORAIS, Paulo Heber; LOPES, João Batista. **Da prova penal**: teoria e prática. Campinas: Julex, 1978.

MUNÕZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução Luiz Regis Prado; Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

MUNÕZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. 2.^a ed. Buenos Aires: Julio César Faira, 2001.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Manual da monografia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar. **Monografia jurídica**. 1.^a ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

PAIVA, José da Cunha Navarro de Paiva. **Tratado theorico e pratico das provas no processo penal**. Coimbra: Livraria Portuguesa e Estrangeira, 1895.

PETROCELLI, Biagio. **Principii di diritto penale**. 2.^a ed. Napoli: Jovene, 1949, t. I.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 7.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Antijuridicidade concreta**. São Paulo: José Bushatsky, 1974.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. I.

ROXIN, Claus. **Teoría del tipo penal**: tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Traducción Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Traducción e notas Diego-Manuel Luzón Pena; Miguel Díaz y Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, t. I.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 3.^a ed. Curitiba: Fórum, 2004.

SAUER, Wilhelm. **Derecho penal**: parte general. Traducción Juan del Rosal; José Cerezo Mir. Barcelona: Bosch, 1956.

SCARANCE FERNANDES, Antônio. **Processo penal constitucional**. 5.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, Ovídio Batista da. **Curso de processo civil**. 3.^a ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996.

SOLER, Sebastian. **Derecho penal argentino**. Buenos Aires: TEA, 1978. v. I.

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

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 20.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1978. 3.^o v.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 9.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v 1.

TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 14.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

TUCCI, Rogério Lauria. **Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1978.

VARGAS, José Cirilo de. **Do tipo penal**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1987.

VARGAS, José Cirilo de. **Processo penal e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

VARGAS, José Cirilo de. **Introdução ao estudo dos crimes em espécie**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de direito penal**: parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, t. I.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Traducción Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción e notas José Cerezo Mir. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004.

WESSELS, Johannes. **Direito penal**. Tradução Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.