

2^a
EDIÇÃO

LUCIANO
SANTOS
LOPES

INJUSTO
PENAL
A
RELAÇÃO
ENTRE
O
TIPO
E
A
ILICITUDE

 editora
D'PLÁCIDO



INJUSTO
PENAL
A
RELAÇÃO
ENTRE
O
TIPO
E
A
ILICITUDE

2^ª
EDIÇÃO

LUCIANO
SANTOS
LOPES

INJUSTO
PENAL
A
RELAÇÃO
ENTRE
O
TIPO
E
A
ILICITUDE

Copyright © 2017, D'Plácido Editora.
Copyright © 2017, Luciano Santos Lopes.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Leticia Robini
(Imagem por Dmitri Popov, via Unsplash)

Diagramação
Bárbara Rodrigues da Silva

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização prévia
do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

LOPES, Luciano Santos.

Injusto Penal: a relação entre o tipo e a ilicitude -- 2.ed. -- Belo Horizonte:
Editora D'Plácido, 2017.

Bibliografia.

ISBN: 978-85-8425-706-5

1. Direito 2. Direito Penal. I. Título. II. Autor

CDU343

CDD341.5

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



*Para a Alessandra, e para o Pedro:
“felizes para sempre!”*

AGRADECIMENTOS NA PRIMEIRA EDIÇÃO

O texto que se segue foi, em sua origem, concebido como tese elaborada para a conclusão de meu curso de doutorado perante o Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Fui orientado pelo Professor Doutor José Cirilo de Vargas.

A ele, portanto, segue um primeiro agradecimento. Sua firmeza e seriedade no trato com a pesquisa possibilitou que eu chegasse ao término deste trabalho com sucesso. Ficou o exemplo preciso e definitivo de como se torna possível a autoridade ser compartilhada com o diálogo constante.

Um segundo agradecimento se dirige à banca que examinou a tese de doutoramento em questão: Professora Doutora Sheila Jorge Selim de Sales; Professor Doutor Luis Augusto Sanzo Brodt; Professor Doutor Adilson Nascimento; Professor Doutor Paulo Queiroz. Suas intervenções, sempre muito lúcidas e precisas, possibilitaram diversas reflexões e melhoramentos no texto original.

Preciso agradecer, também, à Faculdade de Direito Milton Campos (MG). Desta instituição de ensino superior sempre recebi o incentivo para uma melhor capacitação como operador do Direito. Lá, com meus alunos e alunas, renovo diariamente minhas expectativas de construção efetiva de um Direito Penal constitucionalmente orientado e respeitador do Estado Democrático de Direito.

À FDUFG (tradicional Casa de Afonso Pena), com seus docentes e funcionários, fica o agradecimento por me proporcionar a realização (e conclusão) desta importante etapa de minha vida acadêmica.

Agradeço também ao meu sócio, Renato Machado, que compreendeu minhas necessárias, e involuntárias, ausências profissionais

enquanto estruturei o trabalho que se segue. Amigo fraterno e companheiro leal nas lides forenses.

À minha família e aos meus bons amigos, segue uma lembrança muito especial pelo incentivo que recebi durante toda esta caminhada acadêmica. Repito especialmente (e textualmente) uma menção que já fiz em várias oportunidades pretéritas: pai, obrigado, ainda, pela contribuição direta neste trabalho, ajudando na adequação das ideias a uma melhor forma da bela língua de Camões.

E, por fim, as mais importantes lembranças: Para a Alessandra, minha esposa, “por todo amor que houver nesta vida”. Foi meu refúgio mais seguro, sempre. Você não me deixou desistir desta caminhada, mesmo quando me faltaram forças. E, ainda, há o Pedro, nosso menininho, que enche de alegria a vida de todos que o cercam.

São, em síntese, algumas necessárias menções que precisavam ser feitas. Termino este ciclo acadêmico com a sensação do dever cumprido. Expresso, com estes agradecimentos, uma gama de sentimentos que se confundem e se sintetizam em um só: a certeza de que a jornada apenas começou.

*Luciano Santos Lopes.
Inverno de 2012.*

AGRADECIMENTOS NESTA SEGUNDA EDIÇÃO

Cinco anos se passaram desde o lançamento da primeira edição desse livro, que se originou de minha tese de doutoramento (realizada na Faculdade de Direito da UFMG).

E esses cinco anos a mais de vivências profissionais múltiplas (como advogado e como professor universitário) me mostraram (ou me confirmaram) que o processo de amadurecimento, em torno das questões criminais, é constante e muito intenso.

Pensar a questão punitiva requer incessante aceitação da falibilidade humana e, portanto, requer a disposição para sempre repensar os dogmas estabelecidos.

É assim que vejo a dogmática penal: em constante afirmação e, por vezes, reinventando seus termos. Tudo, sempre, através de reflexões necessárias e tecnicamente adequadas (sob o ponto de vista jurídico e também político-criminal).

Acredito, verdadeiramente, que há espaço para se construir uma tutela punitiva efetivamente baseada na ordem constitucional e na mais coerente dogmática penal (reflexiva e aberta às contribuições político-criminais mais adequadas ao Estado Democrático de Direito).

Além disso, revisitar a obra, para organizar essa segunda edição, trouxe memórias muito agradáveis daquele tempo vivido, por ocasião da sua redação inicial. Todo o processo de investigação científica, com seus acertos e desacertos, me veio de novo à memória. Saudade boa.

Algumas tristezas, contudo, surgiram junto. Nesse meio tempo (entre as edições desse livro), faleceu o Professor José Cirilo de Vargas, meu orientador no doutorado (FDUFMG) (fui seu último orientando). Perda de um verdadeiro “craque” do Direito Penal (termo que ele usava muito para referenciar os autores que considerava

diferenciados). Perco, pessoalmente, um querido amigo e mestre que a vida acadêmica me trouxe. Intenso e tenso, como normalmente são as pessoas geniais, ele faz falta, com certeza!

Também nos deixou o querido Professor Jair Leonardo Lopes. Professor e mestre de todos nós, penalistas mineiros! Foi-se leve, ainda trabalhando e discutindo com a mesma intensidade as coisas do Direito Penal, que lhe eram tão caras! Nos deixa uma saudade enorme também. Outro gênio!

Refaço, por fim, toda a ordem de agradecimentos que antes fiz, por ocasião da primeira edição: aos (às) amigos (às); à família; ao meio acadêmico que tão bem recebeu a obra; à UFMG que tornou possível o sonho de um doutoramento; à Faculdade de Direito Milton Campos (que lá me acolheu, como Professor, há quase 17 anos); a toda a equipe do LLMB (Luciano Lopes, Machado & Barbosa – Advocacia Criminal), por sonharem (e realizarem) comigo o sonho do exercício da Advocacia com qualidade; entre outros tantos agradecimentos antes (e agora) feitos...

Quero, aqui, acrescentar um especial agradecimento ao amigo (e novamente editor) Plácido Arraes, por acreditar nesse projeto editorial e incentivar a produção literária jurídica de qualidade (não só a mim, mas a toda comunidade acadêmica mineira e, por que não, brasileira). Obrigado, meu fraterno amigo!

E, novamente por último (por serem as mais importantes menções), agradeço à Alessandra, minha esposa, e ao Pedroca, meu (já não tão) pequeno e cruzeirense filho (orgulho danado para esse pai, cruzeirense fanático)! Tomo (constantemente) de vocês um tempo precioso de nosso convívio, em função de meus compromissos profissionais e acadêmicos. E, ainda assim, vocês vibram e torcem verdadeiramente por mim! Companheiros leais e incondicionais que ganhei nessa vida, mesmo sem saber se de fato eu os mereço! São meu verdadeiro porto seguro! Amo vocês!

*Luciano Santos Lopes.
Inverno de 2017.*

SUMÁRIO

Prefácio	15
<hr/>	
Apresentação	19
<hr/>	
1. Nota introdutória: a colocação do problema	21
<hr/>	
2. O injusto penal na teoria do crime	29
<hr/>	
2.1. O conceito de injusto penal.....	29
2.2. Elementos componentes do injusto penal: a ilicitude.....	31
2.2.1. Antecedentes teóricos: o surgimento do conceito de ilicitude.....	31
2.2.2. Definições terminológicas.....	36
2.2.2.1. Ilicitude e antijuridicidade.....	36
2.2.2.2. Ilicitude e injusto penal	36
2.2.2.3. Ilicitude e antinormatividade.....	39
2.2.3. Ilicitude Formal e Material.....	43
2.2.4. Ilicitude genérica e específica.....	49
2.2.5. Ilicitude objetiva e subjetiva.....	55
2.2.6. Finalizando: um conceito de ilicitude.....	63
2.3. Elementos componentes do injusto penal: o tipo penal.....	65

2.3.1. O conceito e sua evolução dogmática.....	65
2.3.2. Os elementos componentes do tipo penal	76
2.3.3. As funções do tipo penal.....	86
3. Os antecedentes teóricos da teoria da <i>ratio essendi</i> na definição da relação entre tipo penal e ilicitude, no injusto penal	93
<hr/>	
3.1 A relação tipo-ilicitude na concepção causalista de Ernest Beling.....	94
3.2. A estrutura do pensamento neokantiano na dogmática jurídico-penal	104
3.3. A teoria da <i>ratio cognoscendi</i> , de Max Ernst Mayer.....	115
3.4. As críticas dogmáticas à teoria da <i>ratio cognoscendi</i> e a necessidade de reformulação do conceito	121
3.4.1. A deficiente função indiciadora de ilicitude nos tipos abertos e o problema dos elementos normativos.....	121
3.4.2. Toledo e a crítica à dicotomia entre antinormatividade e ilicitude.....	126
4. A relação entre tipo penal e ilicitude na doutrina italiana	133
<hr/>	
4.1. O método de estudos comparados no Direito Penal.....	141
4.2. O conceito unitário de delito e a relação entre tipo penal e ilicitude.....	147
4.3. O conceito bipartido de delito e a relação entre tipo penal e ilicitude.....	153
4.4. O conceito tripartido de delito e a relação entre tipicidade e ilicitude.....	162
5. A teoria da <i>ratio essendi</i> , suas vertentes e a definição da relação entre o tipo legal e a ilicitude	171
<hr/>	

5.1. A teoria da <i>ratio essendi</i> na doutrina de Mezger e de Sauer: conceito e imprecisões dogmáticas.....	172
5.2. A teoria da <i>ratio essendi</i> e a doutrina do tipo total de injusto (os elementos negativos do injusto penal): a necessidade de sua adoção.....	191
5.3. A questão do erro penalmente relevante e a teoria da <i>ratio essendi</i>	211
6. A aplicação prática da teoria da <i>ratio essendi</i> e do tipo total de injusto	231
6.1. A viabilidade da utilização da teoria da <i>ratio essendi</i> fora do sistema dogmático neokantista	232
6.2. A aplicação da teoria da <i>ratio essendi</i> no momento legislativo: a valoração dos bens jurídicos dignos da tutela penal.....	253
6.3 A aplicação da teoria da <i>ratio essendi</i> no momento judicante	267
6.3.1 A questão do ônus da prova e a teoria do tipo total do injusto.....	270
6.3.2 Outras aplicações da teoria do tipo total do injusto no momento judicante.....	276
Conclusões	281
Referências	285

PREFÁCIO

O livro que tenho a honra de prefaciar constitui a tese que conferiu ao professor Luciano Lopes o título de Doutor em Direito (Penal) pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), sob a competente orientação do renomado penalista José Cirilo de Vargas.

Nele o autor trata, especialmente, da relação entre tipicidade e ilicitude, adotando uma concepção total do injusto, isto é, o tipo como *ratio essendi* da antijuridicidade.

Já não bastasse a profundidade e maestria com que o assunto é tratado, cuida-se de um texto escrito em linguagem clara, precisa e concisa e, pois, facilmente acessível.

Naturalmente que nem sempre estamos de acordo. Assim, por exemplo, não me parece que ainda faça algum sentido a tradicional distinção entre elementos descritivos e não descritivos (normativos) do tipo.

Com efeito, de acordo com Luciano Lopes (fl. 50-51), “é certo que os elementos objetivos, meramente objetivos, são diversos daqueles normativos. Há normas cuja interpretação é plena de valor em si mesma e há normas que dependem de complementação na sua interpretação. Ao contrário do que afirmou Roxin, há, sim, uma distinção bem nítida entre as duas modalidades de elementos típicos”. Ainda segundo o autor (p. 51), “quanto aos elementos objetivos, que são meramente descritivos, há clareza e simplicidade no conceito. São aqueles verificados pela percepção direta dos sentidos humanos. Podem ser percebidos independentes da vontade que o autor da conduta expressou. Sua objetividade não se condiciona a juízos axiológicos”.

Tenho, porém, que essa distinção entre elementos descritivos e não descritivos do tipo é uma ilusão, quer porque não existe conhecimento

sem mediação do sujeito, quer porque todos os tipos penais demandam interpretação, afinal o sentido das coisas (textos, provas etc.) não é dado pelas próprias coisas, mas por nós, ao atribuírmos um determinado sentido num universo de possibilidades, aí incluída a falta de sentido inclusive, razão pela qual o direito, como um *constructo* que é, não preexiste à interpretação, mas é dela resultado. A interpretação é, pois, o ser do direito; e o ser do direito é um *dever*.¹ Ou, como diz Gadamer, “o ser que pode ser compreendido é linguagem”.

Não existem, por conseguinte, fenômenos criminosos, mas apenas uma interpretação criminalizante dos fenômenos e, pois, uma interpretação tipificante, antijuridizante e culpabilizante dos fenômenos.

Consequentemente, todos os elementos referidos nos tipos penais são inevitavelmente valorativos (normativos) e não simplesmente objetivos ou descritivos.

Estamos, porém, de acordo quanto ao essencial, ainda que motivos diversos: os tipos penais encerram, explícita ou implicitamente, proibições, de não matar, de não furtar, de não estuprar etc. Afinal, e conforme assinala Luciano Lopes (p. 12), “o legislador, ao elaborar a figura típica, já verificou anteriormente o caráter de ilicitude que a conduta a ser tipificada apresenta. Há prévia verificação axiológica da ofensa, ou do perigo de ofensa, ao bem jurídico”, visto que (p. 182, item 6) “o tipo é descrição legal de conduta proibida pelo ordenamento jurídico-penal. Ele exerce, entre outras, as funções de garantia e de descrição (fundamentação da ilicitude)”.

E mais: a proibição que o tipo contém deve ser interpretada à luz do direito e do direito penal como um todo, e não isoladamente, naquilo que o seu enunciado contém. É que os tipos penais só fazem sentido se considerados dentro de um determinado contexto jurídico-penal, e sistematicamente.

Sim, porque os tipos penais não traduzem mandados absolutos de proibição, mas relativos, forçosamente. Justamente por isso, não há crime de homicídio, mas homicídio simplesmente, quando o autor age em legítima defesa; não há lesão corporal por parte do cabeleireiro ao cortar o cabelo de seu cliente; nem há estupro por parte de quem mantém relações sexuais validamente consentidas. Tampouco existe infração penal por parte do funcionário público, que, no estrito

¹ Para maiores detalhes, Paulo Queiroz. *Direito Penal: Parte Geral*. Salvador: Editora juspodivum, 2012, 8ª. Edição, segunda tiragem.

cumprimento do dever legal, invade a casa de alguém e aí busca e apreende bens e prende pessoas.

Consequentemente, se os tipos penais encerram proibições e se as causas legais de justificação importam em autorizações, embora previstas e dispostas separadamente em diferentes lugares do Código, segue-se que as excludentes de ilicitude são, de fato, elementos que negam o tipo, que, por isso, afastam a incidência da norma proibitiva.

Em todo tipo penal está implícita, portanto, a ausência de causas de justificação, conforme a teoria dos elementos negativos do tipo. Assim, por exemplo, a sentença “matar alguém; reclusão de 6 a 20 anos” (CP, art. 121, *caput*), é incompleta, porque omite, por uma compreensível questão de estilo, que “matar alguém é crime”, “que é punível” “que é proibido”, exceto se houver, em favor do agente, alguma excludente legal de ilicitude, quando então a proibição perde o sentido e deixa de incidir.

Exatamente por isso, carece de fundamento a distinção entre erro de tipo e erro de proibição, uma vez que errar sobre o tipo é, inevitavelmente, errar sobre a proibição que o tipo encerra. Consequentemente, todo erro de tipo implica um erro de proibição. Assim, por exemplo, quem tem droga ilegal supondo ser uma substância inócua qualquer incorre, simultaneamente, em erro de tipo e erro sobre a ilicitude do fato, pois quem erra sobre a representação do fato tampouco terá idéia da dimensão jurídico-penal de seu ato. A recíproca é também verdadeira: o erro de proibição importa em erro de tipo, porque o erro de proibição é um erro sobre a mensagem proibitiva que o tipo consagra.

A distinção entre erro de tipo e erro de proibição é, pois, uma superficial e perfeitamente superável.

Também por isso, o dolo há de compreender, necessariamente, o conhecimento da proibição que o tipo encerra, porque um dolo neutro ou natural, tal como formulado pelo sistema finalista clássico, é uma ficção insustentável. O dolo é, pois, *dolus malus*, isto é, compreensivo da consciência e vontade de realização dos elementos do tipo.

Não há dolo, portanto, por parte do agente que, acreditando agir licitamente, pesca ou caça ilegalmente, pois realiza, segundo a sua representação, uma atividade absolutamente legítima. Só existe dolo, por conseguinte, se o autor pratica uma ação que sabe vedada pelo ordenamento jurídico, pouco importando, para esse fim, se ele concorda ou não com a vedação que recai sobre a conduta. Mas, se

faltar o conhecimento da proibição que incide sobre a ação, faltarão algo essencial à configuração do dolo.

Vê-se, por conseguinte, que o presente livro trata de assunto dos mais relevantes dogmaticamente e que pode, inclusive, conduzir a doutrina séria e crítica - isto é, uma doutrina que não se limita a repetir, sem mais, o que os outros dizem, nem a só reproduzir decisões dos tribunais, ou, ainda, como parece ser uma tendência atual, a dar dicas de como passar em concurso público com um mínimo de esforço - a uma radical reconfiguração do sistema da teoria do delito.

O livro do professor Luciano Lopes é, portanto, indispensável para aqueles que ainda acreditam que é possível doutrinar, e doutrinar séria, autônoma e criticamente.

Que o presente livro tenha, assim, a justa e merecida acolhida por parte do público especializado!

Paulo Queiroz

Doutor em Direito (PUC-SP)
Procurador Regional da República
Professor - UNICEUB

APRESENTAÇÃO

Acho que será de pouca prestatça a fala a seguir.

De fato. Nós outros, de constante visita às questões ligadas ao tipo e à tipicidade, seja visando à atividade acadêmica, seja no calor do debate forense, sabemos que o Autor deste trabalho não é nenhum iniciante que se aventura por verdadeiro banco de prova da teoria do delito.

Mais jovem, e começando por onde se deve começar, conteve-se nos primeiros degraus de escada ardilosa e cheia de tropeços.

Admitido por concurso público no Programa de pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Luciano Santos Lopes, sob a orientação segura e ilustre do Prof. Doutor Carlos Augusto Canêdo, pesquisou, meditou e redigiu um texto versando certos momentos especiais da ilicitude, crismando-o de elementos normativos do tipo. Realmente eles assim se comportam, seja na visão do tipo indiciador, seja não prescindindo de seu congênito enlace à antijuridicidade.

O trabalho ensajou-lhe o Mestrado, *cum summa lauda*.

Depois, sempre por concurso público, foi escolhido para o Doutorado, na mesma Instituição de Ensino.

E ali, por influência direta de Mezger e de Sauer, se convenceu de que o tipo não é apenas a razão de conhecer a ilicitude. É a sua própria razão de ser. Ultrapassando-os (a Mezger e Sauer), compreendeu que a valoração contida no tipo não é provisória. Ao contrário, já é definitiva. Adotou, ao final, a doutrina do tipo total do injusto.

Sem temor de contrastar a modernidade tardia de Ernst Beling, Luciano, de maneira implícita, refutou a existência de um tipo valorativamente neutro, nos moldes concebidos e expostos na obra de 1906.

A verdadeira carga subjetiva que o injusto carrega deveria ter precedido ao Tratado de Beling, a ser crível, como resulta ser, que o tipo descreve a conduta lesiva de um valor.

Para logo, Luciano deu-se conta disso.

E melhor: por essa estrada batida pelo bom senso e razão, valendo-se de argumentos irrefutáveis, ele chegou ao ponto de chegada, habilitando-se a dar por finda a tramitação.

Seu trabalho quebra a monotonia da planície, e haverá de ficar.

José Cirilo de Vargas

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Minas Gerais

NOTA INTRODUTÓRIA: A COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

1

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

O objetivo central do trabalho é verificar o acerto da hipótese que ora se apresenta, no sentido de que a relação entre o tipo penal e a ilicitude deve se basear na teoria da *ratio essendi*, tal como formulada pela doutrina do tipo total do injusto (com seus elementos negativos do tipo)².

O trabalho, então, se divide em partes distintas. Primeiramente, quer-se exatamente investigar em que termos se apresenta a relação entre tipo e ilicitude, dentro da estrutura do injusto penal. Em virtude do resultado obtido com essa análise, adotar-se-á a teoria do tipo total do injusto como a forma mais adequada para explicar essa citada relação. Ressalte-se que a doutrina da *ratio essendi* se divide em duas vertentes³: a teoria do tipo de injusto, de Mezger e Sauer; e a já citada teoria do tipo total do injusto.

Posteriormente, em uma segunda etapa do trabalho, pretende-se demonstrar que a concepção dogmática aqui sustentada tem concreta

² Conforme afirma Vargas, “a expressão ‘tipo total do injusto’ decorre da teoria dos elementos negativos do tipo, elaborada, por sua vez, em face do que dispunha o art. 59 do revogado Código Penal alemão de 1871” (VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal*: parte geral. Tomo I. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 321).

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

aplicabilidade legislativa e judiciária. Mais que isso, ela se conforma a um Direito Penal constitucionalmente orientado à proteção de bens jurídicos. A conclusão é a seguinte: o exercício da função estatal de proteção aos bens jurídicos exige que as figuras típicas sejam adequadamente valoradas com o conteúdo ilícito do ordenamento jurídico.

Assim, quer-se demonstrar como se compõe o injusto penal, conceituando-se e correlacionando seus elementos. Quanto ao tipo legal, há a descrição da conduta proibida e, o que é igualmente relevante, determina-se a proibição da conduta. Essa figura típica já foi negativamente valorada. Há uma ligação axiológica com a ilicitude.

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

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

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

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

Diversas doutrinas se sucederam na tentativa de explicar qual a dimensão exata dessa relação entre tipo penal e ilicitude dentro do injusto penal. Todas essas correntes doutrinárias serão apresentadas e analiticamente estudadas. Acompanhando as fases de evolução do conceito de tipo penal, algumas teorias foram mais importantes na tentativa de se definir essa relação: o conceito de tipo meramente descritivo e sem relações valorativas com a ilicitude (Beling); a teo-

ria da *ratio cognoscendi*, na qual o tipo contém apenas um indício da existência da ilicitude (Mayer); a teoria da *ratio essendi*, na vertente do tipo de injusto (Mezger e Sauer), ainda com uma definição tripartida do delito e com igual uso da regra-exceção (na definição das causas de justificação); por fim, a teoria do tipo total de injusto (com os elementos negativos do tipo), que vem a ser uma segunda vertente da *ratio essendi*, na qual há a união entre tipo penal e ilicitude (Merkel e Frank).

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

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

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

Quer-se verificar em que medida a dogmática brasileira foi influenciada por esses argumentos estrangeiros, de diversas matrizes teóricas (alemães, italianos, entre outros). Contudo, adverte-se que haverá sempre a preocupação de se construir um argumento compatível com a realidade dogmática e legislativa pátria.⁴

⁴ Sheila Sales também faz importante observação, em nota introdutória à obra de sua autoria. Ela afirma que há um vício recorrente nas pesquisas doutrinárias, no sentido de se trazer para o ordenamento jurídico pátrio as conclusões estrangeiras, sem nada acrescentar. Algumas conclusões não são aplicáveis e não encontram “suporte textual” na ordem normativa interna (SALES, Sheila Jorge Selim de. *Dos tipos plurissubjetivos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 9/10). Todavia, é de se perceber que essas conclusões da autora não a impediram de realizar intensa produção acadêmica com um referencial teórico comparativo (especialmente ligado ao Direito Penal italiano). A sua advertência, extremamente lúcida, é somente de que a comparação doutrinária (ou mesmo legal e jurisprudencial) deve respeito às particularidades de cada ordenamento jurídico nacional.

Após a apresentação das teorias que relacionam o tipo penal e a ilicitude, adotar-se-á a teoria da *ratio essendi*, tal como sistematizada pela doutrina do tipo total do injusto. A escolha dessa segunda vertente da teoria se dá, como à frente se justificará, pela necessidade de afastamento da ineficiente utilização da regra-exceção, na verificação das excludentes de ilicitude. Mezger e Sauer, com o tipo de injusto, definiram adequadamente a relação valorativa antes citada. Todavia, ao deixarem essa valoração na provisoriedade (podendo ser excluída, excepcionalmente, por uma causa de justificação⁵), admitem a possibilidade paradoxal de existir uma conduta proibida e permitida ao mesmo tempo. Esse equívoco somente consegue ser resolvido com a aceitação do tipo total.⁶

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

Todavia, existem vários pontos de interseção entre as duas vertentes da teoria da *ratio essendi*. Não se nega isso e, mais ainda, pensa-se ser possível a utilização dos conceitos comuns. De Mezger, por

⁵ “El tipo jurídico-penal que describe dicho actuar típico posee, por tanto, la más alta significación en orden a la existencia de la antijuridicidade penalmente relevante de la acción: es fundamento real y de validez (‘ratio essendi’) de la antijuridicidad, aunque la reserva, siempre, de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto. Si tal ocurre, la acción no es antijurídica, a pesar de su tipicidad.” (MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. T. I. Nueva edición, revisada y puesta al día por José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 376.)

⁶ Conforme se explicará ao longo do trabalho, é por causa dessas críticas insuperáveis que se adota a segunda vertente da teoria da *ratio essendi*: o tipo total do injusto. Alterou-se, aqui, o entendimento de obra anterior, que optava pela primeira vertente da *ratio essendi*: o tipo de injusto de Mezger e Sauer (LOPES, Luciano Santos. Os elementos normativos do tipo e o princípio constitucional da legalidade. Porto Alegre: SAFe, 2006, p. 61.).

exemplo⁷, adota-se a opinião de não se sustentar a existência de uma ilicitude penal, diversa daquela geral.⁸

A ilicitude somente tem razão de ser na esfera penal porque existe o tipo penal a expressar a proibição da conduta que ofende o bem jurídico. Em resumo, o tipo é a razão de ser da ilicitude. Não de sua existência: ela é geral para toda a ordem jurídica. É razão de a ilicitude ter função na punição penal.⁹

Além dos motivos dogmáticos antes expostos, adota-se a teoria do tipo total também por razões político-criminais. Essa doutrina é capaz de fundamentar uma concepção de intervenção punitiva constitucionalmente orientada à tutela de bens jurídicos.¹⁰ Nesse ponto, inicia-se a segunda parte do trabalho e duas indagações precisam ser respondidas: de que forma a teoria da *ratio essendi* se liga a essas questões aqui apresentadas? Tal doutrina não seria apenas uma fase de evolução do conceito de tipo legal de crime?

⁷ Existem outras tantas ideias concordantes entre ambas as correntes, que serão apresentadas ao longo do trabalho. A base axiológica dos conceitos é similar: tipo é a razão de ser da ilicitude.

⁸ “El injusto típico específico del Derecho Penal no tiene nada que ver con la tesis, que a veces aparece en la bibliografía, de una especial antijuridicidad penal. Tal concepción debe recharzarse en absoluto. Según ella, la ‘amada unidad de la antijuridicidad’ en el total ámbito de las distintas disciplinas jurídicas es una ficción, puesto que tal unidad no existe con arreglo a una consideración teleológica. Lo que es injusto en una disciplina jurídica no es necesariamente en otra, y viceversa. Pero este supuesto de una antijuridicidad sólo penal contradice la naturaleza misma del Derecho como ordenación unitaria de vida. El tipo jurídico-penal no es, por tanto, una especie del injusto circunscrito a la esfera especial del Derecho punitivo, sino un injusto especialmente delimitado y con especiales consecuencias jurídicas, que tanto fuera como dentro del ámbito del Derecho Penal representa una contradicción con el Derecho.” (MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, tomo I, p. 374/375.)

⁹ Sustenta-se, aqui, a ideia de que o Direito Penal tem função meramente sancionadora, tutelando valores (constitucionais) já recepcionados na ordem jurídica. Em momento próprio, será desenvolvido este argumento, com os fundamentos doutrinários adequados à ideia que se quer afirmar.

¹⁰ Em virtude desse argumento, a teoria do *garantismo penal* (de Ferrajoli) também funcionará como marco teórico necessário para a confirmação da hipótese que aqui se afirma. Será legítima a ordem jurídico-penal que maximize a tutela dos direitos fundamentais inscritos na ordem constitucional. É fundamental tal tomada de posição no sistema penal.

Respondendo às perguntas antes formuladas, sustenta-se que a teoria da *ratio essendi* oferece importante argumento teórico para essa discussão. Quer-se demonstrar que, com uma adequada valoração de ilicitude dentro da estrutura típica, consegue-se fundamentar, de maneira coerente, a legitimação constitucional da intervenção penal, orientada à proteção de bens jurídicos.¹¹ O legislador, ao elaborar a figura típica, já verificou anteriormente o caráter de ilicitude que a conduta a ser tipificada apresenta. Há prévia verificação axiológica da ofensa, ou do perigo de ofensa, ao bem jurídico.¹²

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

Assim, um capítulo será especialmente destinado a explicar como a teoria do tipo total pode auxiliar nessa fundamentação constitucionalizada da tutela punitiva. Dessa forma, pretende-se demonstrar

¹¹ A tutela penal de bens jurídicos deve restar limitada e, o que é mais importante, também fundamentada pela Constituição, conforme entende Roxin (ROXIN, Claus. *Culpabilidad, prevención en derecho penal*. Traducción por Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial REUS, 1981, p. 16.). Tal argumento será desenvolvido à frente.

¹² Conforme afirma Vargas: “Antes da criação legislativa do tipo, a conduta, por ele descrita, já trazia a marca da ilicitude, por ofender ou colocar em perigo de ofensa determinado bem jurídico. (...) O que temos, então, na Parte Especial do Código Penal, é uma tipologia de condutas ilícitas. Qual Parlamento perderia tempo em descrever condutas lícitas? Só se descreve o ilícito. As condutas lícitas de nosso cotidiano escapam ao interesse do Congresso, no particular aspecto da incriminação. Por isso é que sempre afirmamos e repetimos: ao penalista só interessa a antijuridicidade tipificada. Fato ilícito não tipificado é um nada.” (VARGAS, José Cirilo de. *Direitos e garantias individuais no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 108.)

Evidentemente, é igualmente necessária a verificação do desvalor da ação para a existência da ilicitude. Àquela abordagem valorativa (ofensa, ou ameaça de ofensa a bem jurídico), acresce-se o seu conceito formal, formando uma ilicitude material, tal como se sustenta neste trabalho. De forma contrária, poder-se-ia afirmar pela punição, inclusive, de situações oriundas de casos fortuitos e para as quais não colaboraram a conduta humana voluntária e finalística. Seria um grave equívoco.

sua aplicabilidade prática. Para tanto, serão analisados os argumentos justificadores das práticas legislativas e judicantes, no que se refere à utilização da relação valorativa tipo penal/ilicitude.

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

Certo é que as ciências sociais aplicadas devem levar suas reflexões teóricas para fora do meio acadêmico, regulando efetivamente o convívio coletivo de uma determinada sociedade. Assim deve ocorrer com o Direito Penal. Suas definições conceituais devem ser capazes de interferir nas atuações legislativas e judiciais, unindo teoria e prática de forma definitiva.¹³

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

¹³ Miaille constata a existência desse equivocado distanciamento entre teoria e prática, que ora se critica: “O professor de direito eleva-se ao nível da teoria jurídica, juntando os fios dispersos de um novelo em que as práticas frequentemente se perdem: com que autoridade a ‘doutrina’, designadamente os professores de direito, propõe esta ou aquela solução ao legislador ou ao juiz a fim de tornar mais coerente este ou aquele sistema? O estudante de direito passa, aparentemente, a maior parte do tempo a distanciar-se em relação às contingências da prática: repetiu-se frequentemente que, saído da universidade, saído desse mundo artificial, perfeitamente estruturado, lógico e racional, lhe era preciso reaprender tudo. Há mais do que isso entre a teoria jurídica e a prática do direito: há muitas vezes um fosso” (MIAILLE, Michel. *Uma introdução crítica ao direito*. Tradução de Ana Prata. Lisboa: Moraes, 1979, p. 22. *Apud*: VARGAS, José Cirilo de. *Direitos e garantias individuais no processo penal*, p. 69/70.).

“O AUTOR

trata, especialmente,
da relação entre
tipicidade e ilicitude,
adotando uma concepção total
do injusto, isto é, o tipo como
ratio essendi da antijuridicidade.

Já não bastasse a profundidade
e maestria com que o assunto
é tratado, cuida-se de um texto
escrito em linguagem clara,
precisa e concisa e, pois,
facilmente acessível.”

PAULO QUEIROZ



ISBN 978-85-8425-706-5



9 788584 257065